

L'arrêt n° 261.536 du 27 novembre 2024 est rectifié par l'arrêt n° 261.634 du 3 décembre 2024.

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LA PRÉSIDENTE DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 261.536 du 27 novembre 2024

A. 243.379/VI-23.187

En cause : **la société anonyme POSTALIA BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^e Rika HEIJSE, avocate,
dorpsstraat 1
9052 Gand
et étant également assistée par
M^e George DOBBELAERE, avocat,

contre :

**l'association sans but lucratif CENTRE HOSPITALIER
RÉGIONAL DE LA HAUTE-SENNE,**
en abrégé CHR Haute-Senne,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS et
Manon de THIER, avocats,
chaussée de La Hulpe 185 (5^{ème} étage)
1170 Bruxelles.

Tiers intéresse :

la société à responsabilité limitée DDP MESSAGERIE,
ayant élu domicile chez
M^e Cyrille DONY, avocat,
avenue des Mélèzes 31
1410 Waterloo.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 1^{er} novembre 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - la décision du 16 octobre 2024 du Conseil d'Administration du Centre Hospitalier Régional de la Haute Senne ASBL, Chaussée de Braine 49, 7060 Soignies, KBO 0556 981 407, concernant l'attribution dans le cadre du Cahier des charges du marché public de services ayant pour objet "Services d'enlèvement et de distribution du courrier médical/professionnel et du courrier non médical/privé" :
 - o du lot 1 : Enlèvement et de distribution de courrier médical/professionnel (distribution de nuit) à DDP Messagerie, rue Zephirin Caron 29 à 7333 Tertre,

- o du lot 2 : Services d'enlèvement et de distribution du courrier médical/professionnel (affranchissement) à DDP Messagerie, rue Zephirin Caron 29 à 7333 Tertre ;
- la décision implicite du 16 octobre 2024 du Conseil d'Administration du Centre Hospitalier Régional de la Haute Senne ASBL, Chaussée de Braine 49, 7060 Soignies, KBO 0556 981 407, de ne pas attribuer le marché ayant pour objet "Services d'enlèvement et de distribution du courrier médical/professionnel et du courrier non médical/privé" pour le lot 1 et 2 à Postalia Belgium ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 novembre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 novembre 2024.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 18 novembre 2024, la SRL DDP Messagerie demande à intervenir dans la présente procédure.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

M^{me} Michèle Belmessieri, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e France Vlassembrouck, *loco* M^{es} George Dobbelaere et Rika Heijse, avocate, comparaisant pour la partie requérante, M^e Manon de Thier, avocate, comparaisant pour la partie adverse, et Me Cyrille Dony, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits utiles à l'examen de la demande

La partie requérante relate les faits comme il suit :

« 1. Concernant le cadre factuel

1.1 L'adoption du cahier spécial des charges

1. CHR Haute Senne est une association sans but lucratif au sens de l'article 118 de la loi du 8 juillet 1976 (Chapitre XII de la loi).

“ Un (centre public d'action sociale) peut, pour réaliser une des tâches confiées aux centres par la présente loi, former une association avec un ou plusieurs autres (centres publics d'action sociale), avec d'autres pouvoirs publics et/ou avec des personnes morales autres que celles qui ont un but lucratif.”

2. Elle a organisé un marché de services ayant pour objet des “services d'enlèvement et de distribution du courrier médical/professionnel et du courrier non médical”.

Le présent marché est un marché public de services postaux repris sous le code CPV 64100000-7 portant sur l'enlèvement, le tri, l'affranchissement, l'acheminement et la distribution des envois postaux, recommandés et non recommandés, nationaux et transfrontaliers de nature médicale/professionnelle et non médicale/privée (voir CsC p 4, pièce 2).

3. L'avis du marché est envoyé le 13.02.2024 et la date ultime pour le dépôt des offres était fixée le 15 mars 2024 à 11 h 00.

4. Le marché est divisé en lots comme suit :

Lot 1 : Enlèvement et distribution de courrier médical/professionnel (distribution de nuit)

Ce lot concerne l'enlèvement, le tri, l'acheminement et la distribution de nuit de courriers adressés à des médecins ou à d'autres professionnels liés aux fonctions médicales.

Le courrier sera enlevé sur les sites suivants du CHR de la Haute Senne ;

- Le Tilleriau, Chaussée de Braine 49 à 7060 Soignies – St Vincent, Boulevard Roosevelt 17, 7060 Soignies
- Centre Médical Brainois, Rue de la Station, 103 A, 7090 Braine-Le-Comte
- Centre Médical des ascenseurs, Rue du Manoir Saint-Jean, 1 A, 7070 Le Roeulx
- Centre Médical d'Enghien, Place du Vieux Marché, 56, 7850 Edingen (Enghien)
- Centre Médical de Tubize, Avenue du Scandiano, 4 1480 Tubize

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de modifier les sites de livraison ou d'en ajouter selon ses besoins.

Lot 2 : Enlèvement et distribution de courrier non médical/privé (affranchissement)

Ce lot concerne l'enlèvement, le tri, l'acheminement, l'affranchissement et la distribution des envois non médicaux/privés, c'est-à-dire le courrier qui n'est pas adressé à des médecins ou à d'autres professionnels liés aux fonctions médicales.

Le courrier sera enlevé sur les sites suivants du CHR de la Haute Senne :

- Le Tilleriau, Chaussée de Braine 49 à 7060 Soignies – St Vincent, Boulevard Roosevelt 17, 7060 Soignies
- Centre Médical Brainois, Rue de la Station, 103 A, 7090 Braine-Le-Comte
- Centre Médical des ascenseurs, Rue du Manoir Saint-Jean, 1 A, 7070 Le Roeulx
- Centre Médical d'Enghien, Place du Vieux Marché, 56, 7850 Edingen (Enghien)
- Centre Médical de Tubize, Avenue du Scandiano, 4 1480 Tubize

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de modifier les sites de livraison ou d'en ajouter selon ses besoins.

5. En ce qui concerne le lot 1, il y a 5 critères d'attribution, dont (voir CsC p. 10-11, pièce 2) :

4	Largeur de la couverture du territoire avec le service de distribution de nuit	5
Le soumissionnaire complète les cellules jaunes de l'annexe C (format Excel) afin d'indiquer la couverture du territoire (en pourcents pour chaque tranche de codes postaux) par son service de distribution de nuit. Ce critère récompense la largeur de la couverture du territoire belge avec le service de distribution de nuit.		
5	Périmètre de distribution en fonction du type de fonction médicale ou assimilée	5
Le soumissionnaire complète les cellules jaunes de l'annexe C (format Excel) afin d'indiquer les professions médicales ou assimilées pour lesquelles il assure la distribution de nuit.		

Dans la description des exigences techniques, il est imposé pour le lot 1 que les envois médicaux (*cfr* liste des destinataires médicaux et assimilés) qui ne peuvent être distribués par les services de l'adjudicataire (zone non couverte par le service, destinataires non accessibles...), seront affranchis en Prior pour être expédiés par l'adjudicataire (même s'il n'est pas l'adjudicataire du lot 2) au plus tard le jour suivant celui de l'enlèvement.

Ces envois seront facturés au pouvoir adjudicateur au prix de la distribution (prix du lot 1) et l'adjudicataire prendra en charge la différence de prix. (Voir CsC p 24, point 2 Traitement des envois, pièce 2).

6. La partie requérante pose le 1^{er} mars 2024 une question sur le forum concernant le lot 1 :

- Page 24 – point 2 - Traitement des envois : « Les envois médicaux (*cfr* liste des destinataires médicaux et assimilés) qui ne peuvent être distribués par les services de l'adjudicataire (zone non couverte par le service, destinataires non accessibles...) seront affranchis en Prior pour être expédiés par l'adjudicataire (même s'il n'est pas l'adjudicataire du lot 2) au plus tard le jour suivant celui de l'enlèvement. Ces envois seront facturés au P.A. au prix de la distribution (prix du lot 1) et l'adjudicataire prendra en charge la différence de prix. »
Vous sollicitez que le courrier non-distribuable soit facturé au tarif de distribution, mais affranchi dans la catégorie PRIOR chez Bpost (également désignée comme « le prix d'achat »). Cependant, selon la législation, il nous est interdit de vendre en dessous du prix d'achat. De plus, cela va à l'encontre du modèle économique. Pourriez-vous clarifier cette section ? Pouvons-nous dans ce cas fixer un prix d'affranchissement Prior pour le courrier concerné ?

FR

Posté le 01/03/2024 10:33 CET

7. Le pouvoir adjudicateur répond ainsi le 11 mars 2024 :

L'indice ITLB s'applique uniquement pour le lot 1.
Si le courrier n'est pas bien trié par le pouvoir adjudicateur, l'adjudicataire devra le lui remettre le lendemain.
Il n'y aura donc que du courrier médical à distribuer de nuit. Le P.A. conçoit que dans certains cas très exceptionnels, ce courrier ne puisse pas être distribué et permet à titre exceptionnel à l'adjudicataire d'expédier ces envois en Prior (car il s'agit d'envois urgents) par la poste. Puisqu'il s'agit d'envois remis en distribution, il seront facturés au tarif de distribution.

Il n'y aura donc pas de facture à émettre pour l'affranchissement dans le lot 1 puisque ces envois devront être facturés au tarif de distribution.

L'alignement avec les tarifs de Bpost en matière d'indexation n'a pas lieu d'être puisqu'on ne parle ici que de tarifs de distribution.

FR

Publié le 11/03/2024 10:40 CET

8. La partie requérante a introduit une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence ainsi qu'un recours en annulation contre les décisions portant sur l'adoption du cahier des charges :

- la décision, prise à une date inconnue, de l'association sans but lucratif CHR Haute Senne approuvant le cahier des charges pour le marché public de services ayant pour objet "Services d'enlèvement et de distribution du courrier médical/professionnel et du courrier non médical/privé", avec référence 2024-001 ;
- la réponse du 11 mars 2024 à la question de la requérante du 1^{er} mars 2024 concernant l'obligation pour l'adjudicataire d'affranchir en Prior les envois médicaux qui ne peuvent être distribués par les services de l'adjudicataire et de les expédier au plus tard le jour suivant celui de l'enlèvement, ainsi que de facturer ces envois au pouvoir adjudicateur au prix de la distribution et de prendre en charge la différence de prix ;
- la décision implicite de refus à modifier le cahier des charges sur le point que l'adjudicataire doit prendre en charge la différence de prix entre le prix de la distribution et l'affranchissement en Prior des envois médicaux qui ne peuvent être distribués par les services de l'adjudicataire.

La procédure est connue au Conseil sous le n° G/A- 241.515-VI-22.782. La demande en suspension selon la procédure d'extrême urgence fut rejetée. Le recours en annulation est encore pendant.

9. Au cours de ces procédures, la partie adverse a expliqué que :

- le courrier doit être distribué avant 7 h du matin dans le but que les médecins soient en possession de toutes les informations dès le matin avant de débiter la journée et puissent ainsi le consulter dès qu'ils arrivent à leur cabinet et débutent leur activité ;
- dans des cas exceptionnels, il peut toutefois arriver que le courrier ne puisse pas être distribué de nuit : route inaccessible, adresse introuvable, problème mécanique ;
- dans ces cas, qui sont très limités, certains chauffeurs vont quand même faire le nécessaire pour distribuer le courrier, mais s'ils ne peuvent pas le faire, une solution alternative doit être mise en place ;
- pour cette raison, le cahier des charges critiqué permet, à titre exceptionnel, que le courrier soit remis à la poste pour être affranchi en Prior et expédié au plus tard le jour suivant celui de l'enlèvement ;
- au vu de l'objectif du marché, le pouvoir adjudicateur ne permet pas la facturation, par le prestataire, de ce courrier au tarif Prior (plus élevé que le tarif "distribution") afin de ne pas inciter le prestataire à choisir la solution de facilité qui impliquerait, pour lui, de ne pas livrer le courrier, mais de choisir l'affranchissement et de conserver pour lui une éventuelle différence de prix.

Le marché ne serait pas conçu dans le but de favoriser ou défavoriser certains opérateurs économiques. Il serait conçu dans le but d'assurer une distribution optimale du courrier médical urgent et d'empêcher qu'un prestataire ne décide d'exclure certains médecins de ses tournées pour des raisons économiques, à son avantage.

10. La partie requérante conteste ce raisonnement. Comme la partie adverse l'explique, la partie requérante était titulaire du marché antérieur et connaît donc très bien la réalité de l'exécution (voir pièce confidentielle 6). La partie adverse simplifie les choses à l'extrême.

En premier lieu, les cas dans lesquels la distribution ne peut avoir lieu ne sont pas seulement les deux cas énumérés par la partie adverse, mais aussi d'autres situations :

- L'envoi est un envoi "non médical" (par exemple à destination d'un patient) et doit donc être retourné au donneur d'ordre pour être distribué via le lot 2.
- Il s'agit bien d'une adresse médicale, mais l'indication qu'il s'agit d'une entité médicale n'est pas clairement mentionnée (mention de "Dr", "médecin", "laboratoire", etc.). Le contractant ne peut pas résoudre ce problème et l'envoi est affranchi en Prior.
- L'adresse n'est pas lisible dans la fenêtre et ne peut être reconnue comme une adresse médicale (emplacement) ; l'envoi est donc affranchi en Prior.
- Le destinataire (médecin, orthophoniste, dentiste, etc.) a déménagé/est décédé.
- Il n'y a que le nom du destinataire, mais on ne sait pas exactement à quel service médical il doit être remis. Dans ces cas, il est même parfois impossible d'envoyer le courrier en Prior.

11. En outre, il est tout à fait irréaliste de prétendre que la facturation obligatoire au "tarif de distribution" vise à empêcher le contractant de se sortir d'un tel cas en envoyant de préférence en tarif Prior. Il n'y a aucune raison de le faire, car le coût de l'envoi en tarif Prior est plus élevé que le coût de la distribution de nuit. Il est financièrement désavantageux et tout à fait déficitaire d'accorder la préférence à l'envoi via le tarif Prior. Tel est précisément l'argument avancé dans le moyen.

1.2 L'attribution du marché

12. Actuellement, la partie requérante est le contractant actuel qui est chargé des envois médicaux de nuit et de l'affranchissement des autres courriers (par rachat de l'entreprise Ciblex).

13. La partie requérante a soumis offre pour le présent marché, pour les deux lots.

14. Par courriel du 17.10.2024, la partie adverse a communiqué un avis d'attribution avec en annexe le rapport d'examen des offres pour le lot 1 et le lot 2 (pièce 18). Les deux lots sont attribués à DDP Messagerie (pièce 19). La décision motivée d'attribution ne fut pas communiquée par la partie adverse. Seuls les rapports d'examen des offres pour les deux lots sont communiqués (pièces 20 et 21) ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 18 novembre 2024, la SRL DDP Messagerie demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire des lots 1 et 2 du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité de la demande, en ce qu'elle est dirigée contre le refus implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la partie requérante

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient que le recours est irrecevable, en ce qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer les lots 1 et 2 du marché

litigieux à la partie requérante. Elle fait valoir que la partie requérante ne démontre pas, de manière convaincante et pertinente, que les deux lots auraient dû lui être attribués, d'autant plus qu'elle conteste la légalité du cahier des charges.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la partie requérante n'invoque aucun élément, ni en termes de requête, ni à l'audience, à l'appui de sa demande de suspendre le refus implicite de lui attribuer le marché litigieux. Elle ne démontre donc pas, *a fortiori* de manière convaincante et pertinente, que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer les lots 1 et 2 du marché litigieux.

Dès lors, en tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la partie requérante, la demande est irrecevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un premier moyen « concernant l'illégalité du cahier des charges sur la base de la violation » des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics et les articles VI.104 et VI.116 du Code de droit économique.

Le résumé du moyen établi par la partie requérante conformément à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté du régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, se présente comme il suit :

- « Le cahier des charges, tel qu'il est formulé pour le lot 1, contient une clause illégale qui oblige l'adjudicataire à prendre en charge lui-même la différence de prix lorsque les envois médicaux ne peuvent pas être distribués par ses services et doivent être affranchis en *Prior* pour être expédiés par l'adjudicataire. En l'absence de plus de détails concernant le nombre d'envois médicaux qui ne pourraient être distribués, le pouvoir adjudicataire oblige le soumissionnaire à spéculer quel pourrait être le nombre de cas où il devra prendre en charge lui-même la différence de prix. Dès lors, le soumissionnaire est forcé de soumettre un prix anormal :
- soit de proposer un prix unitaire trop élevé pour les postes de distribution dans le but de s'assurer de couvrir ses frais ;
 - soit de vendre avec perte, puisque le prix unitaire de la distribution est beaucoup moins cher que le prix de l'affranchissement à tarif *Prior*, le soumissionnaire étant ainsi obligé d'adopter une pratique du marché déloyale entre entreprises. »

B. Note d'observations

Le résumé de la position de la partie adverse se présente comme il suit :

- « La partie adverse invite Votre Conseil à rejeter le premier moyen pour les motifs suivants :
1. Irrecevabilité du moyen pour défaut d'intérêt : le moyen est dirigé à l'encontre du cahier des charges (lot 1) ne permet pas de démontrer que la partie requérante aurait subi un préjudice puisqu'elle a pu remettre une offre compétitive ;
 2. Irrecevabilité du moyen pour absence de développement : La partie requérante ne développe pas la prétendue violation des articles 36 et 76 de l'AR du 18 avril 2017. Elle ne démontre pas que la prétendue absence de vérification des prix et de régularité des offres pourraient amener à déclarer le cahier des charges irrégulier. Elle n'explique pas non plus en quoi les articles VI.104 et VI.116 du Code de droit économique auraient été violés puisque la conséquence du prix qu'elle a remis pour le lot 1 est uniquement liée à son organisation interne et non à l'intitulé du cahier des charges.
 3. Le moyen n'est pas sérieux pour le surplus (au regard des articles 4 et 5 de la Loi du 17 juin 2016), dans la mesure où la partie requérante ne démontre pas une discrimination ou une limitation artificielle de la concurrence. Par ailleurs, elle disposait de toutes les informations nécessaires pour pouvoir remettre un prix pour le lot 1 puisqu'elle devait elle-même déterminer l'étendue de la couverture géographique de ses services et le périmètre de distribution de nuit. Il n'y a donc aucune obligation dans le cahier des charges d'indiquer un prix anormal ou de "vente à perte" ».

C. Plaidoiries

À l'audience, la partie requérante soutient que la clause litigieuse du cahier spécial des charges lui cause grief, en ce qu'elle prévoit que l'adjudicataire doit prendre en charge la différence entre le coût de distribution du courrier médical et le coût de l'affranchissement *prior* des courriers médicaux ne pouvant être distribués. Elle explique que les cas dans lesquels il est impossible de délivrer le courrier médical, qui doit donc être affranchi en *prior*, sont très nombreux et, en tout

cas, plus nombreux que les deux hypothèses visées dans la clause litigieuse. Elle cite à titre d'exemples le cas où l'adresse du destinataire est illisible et le cas du déménagement et du décès du destinataire. Selon elle, ces cas constituent 11 % du total des courriers médicaux, ce qui correspondait, dans le cadre du précédent marché conclu avec la partie adverse, à 35 % du chiffre d'affaires. Elle se fonde à cet égard sur les pièces 9, 10 et 11 de son dossier. Elle conclut à la recevabilité du premier moyen.

Quant au caractère sérieux du moyen, la partie requérante précise que la clause litigieuse implique que les soumissionnaires doivent proposer un prix qui les oblige de vendre à perte. Elle indique qu'elle a néanmoins décidé de soumissionner, ce qui ne peut lui être reproché, tout en posant une question à la partie adverse laquelle n'y a toutefois pas apporté une réponse satisfaisante. Elle avance que si la volonté du pouvoir adjudicateur est d'éviter des abus de la part de l'adjudicataire, consistant à préférer affranchir du courrier médical en *prior* au lieu de le distribuer lui-même, elle constate que ce but ne peut être atteint par la clause litigieuse puisqu'en toute hypothèse, de nombreux éléments justifiant la non-distribution du courrier médical ne sont pas liés au soumissionnaire, mais à des circonstances indépendantes de sa volonté.

La partie adverse précise que les soumissionnaires disposaient avant le dépôt des offres de deux informations pertinentes leur permettant de juger de l'opportunité de déposer une offre et, dans ce cas, de calculer leur prix, à savoir la zone géographique couverte par le service de l'adjudicataire et les types de professions médicales dont le courrier devrait être délivré. Elle précise qu'en ajoutant la clause litigieuse dans le cahier des charges, elle a voulu mettre fin à la pratique actuelle consistant à ne pas délivrer du courrier médical, lorsque la livraison est possible mais moins commode pour le prestataire de service que son affranchissement en *prior*. Elle indique que l'hypothèse dans laquelle l'hôpital remet par erreur du courrier non-médical dans le circuit de la distribution du courrier médical n'engendre aucun coût pour l'attributaire du marché – puisque celui-ci peut remettre le courrier à l'hôpital le lendemain en vue de son affranchissement. Par ailleurs, ce type de courrier ne fait pas partie du nombre maximal des cas dans lesquels le courrier médical ne peut pas être délivré, qui a été fixé par la partie adverse à 5 % dans la clause litigieuse. Elle précise ensuite que les différents cas visés par la partie requérante en termes de plaidoiries, dans lesquels le courrier médical ne pourrait être distribué (adresse illisible, médecin décédé, adresse inaccessible, *etc.*) sont extrêmement hypothétiques et rares. Elle relève ensuite qu'il est contradictoire, pour la partie requérante, de soutenir que le taux de 5 % de non-distribution du courrier médical est sous-estimé, tout en proposant dans son offre de desservir presque toutes les zones géographiques visées par le marché. Concernant

le taux de non-distribution du courrier médical de 11 % avancé par la partie requérante, elle observe qu'aucun contrôle des raisons pour lesquelles la partie requérante avait estimé être dans l'impossibilité de délivrer le courrier médical n'est possible, de sorte que ce taux n'est pas justifié.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le lot 1 du marché litigieux porte sur l'enlèvement et la distribution du courrier médical et professionnel (aussi appelé « distribution de nuit ») de la partie adverse. La distribution de ce courrier est considérée comme urgente.

Aux termes des exigences techniques du cahier des charges, l'enlèvement du courrier médical doit être réalisé sur les différents sites hospitaliers et médicaux de la partie adverse, et à certaines heures précises, généralement entre 16 heures et 19 heures. En ce qui concerne la distribution du courrier médical, elle doit avoir lieu durant la nuit et au plus tard avant 7 heures du matin le jour suivant, pour permettre aux professionnels médicaux de prendre connaissance du courrier en début de journée. Quant au traitement du courrier médical par le prestataire de services, les exigences techniques du cahier des charges comportent la clause suivante :

« 2. Traitement des envois

Les envois sont traités et préparés dans le but d'être distribués.

Dans le cas où du courrier non médical (c'est-à-dire du courrier destiné à des patients) est remis par erreur par le P.A, l'adjudicataire le remettra au P.A le lendemain pour qu'il puisse le remettre à l'affranchissement.

Si l'adjudicataire du lot 1 est également l'adjudicataire du lot 2, il remettra directement ce courrier à l'affranchissement en Non-Prior et informera le PA du nombre d'envois qui ont été ainsi remis par erreur.

Le soumissionnaire précisera dans son offre la façon selon laquelle il remplira ses obligations en vertu du présent paragraphe.

Les envois médicaux (*cfr* liste des destinataires médicaux et assimilés) qui ne peuvent être distribués par les services de l'adjudicataire (zone non couverte par le service, destinataires non accessibles...) seront affranchis en Prior pour être expédiés par l'adjudicataire (même s'il n'est pas l'adjudicataire du lot 2) au plus tard le jour suivant celui de l'enlèvement.

Ces envois seront facturés au P.A. au prix de la distribution (prix du lot 1) et l'adjudicataire prendra en charge la différence de prix. L'adjudicataire informera le PA au moins une fois par mois du nombre d'envois qui ont été ainsi remis par erreur. Le soumissionnaire précisera dans son offre la façon selon laquelle il informera le P.A des envois médicaux non distribués de nuit.

Le nombre d'envois médicaux non distribués de nuit ne peut en aucun cas dépasser 5 % du montant total des envois sur une période d'un mois calendaire ».

En vertu de cette clause, lorsque les courriers médicaux ne peuvent pas être distribués par l'adjudicataire, celui-ci est tenu de prendre en charge la différence

de prix entre, d'une part, le prix de la distribution du courrier médical pour lequel il a remis offre et, d'autre part, le prix de l'affranchissement en *prior*. Selon la partie requérante, ce dernier prix est largement supérieur au premier.

La partie adverse expose que le but de cette clause est d'éviter que l'attributaire du marché considère, par facilité, qu'un envoi médical ne peut pas être distribué, préférant l'affranchir en *prior* aux frais de la partie adverse.

La partie requérante invite le Conseil d'État à vérifier, dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, si, en intégrant cette clause dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a violé les dispositions visées au moyen, en ce que cette clause amènerait les soumissionnaires à devoir proposer des prix spéculatifs et anormaux, ou encore à vendre à perte, ce qui constitue une pratique de marché déloyale.

Tout d'abord, il y a lieu d'observer qu'il ressort de manière non-équivoque de la clause litigieuse que, contrairement à ce que soutient la partie requérante, l'hypothèse d'une remise, par erreur, de courriers non-médicaux dans le circuit de distribution des courriers médicaux par la partie adverse ne constitue pas un cas dans lequel l'attributaire est tenu de prendre en charge la différence de prix entre le prix de distribution du courrier médical et le prix de son affranchissement en *prior*. En effet, cette hypothèse est réglée comme il suit par le deuxième alinéa de la clause litigieuse : « dans le cas où du courrier non médical (c'est-à-dire du courrier destiné à des patients) est remis par erreur par le P.A », l'adjudicataire est tenu de remettre le courrier non-médical au pouvoir adjudicateur le lendemain de l'enlèvement, afin que ce courrier puisse être « remis à l'affranchissement ». L'affranchissement en question est celui qui est effectué par l'attributaire du lot 2 concernant l'enlèvement et la distribution du courrier non-médical ou privé de la partie adverse. Ainsi, « si l'adjudicataire du lot 1 est également l'adjudicataire du lot 2, il remettra directement ce courrier à l'affranchissement en Non-Prior », c'est-à-dire sans remise préalable de ce courrier à la partie adverse.

La partie adverse peut dès lors être suivie lorsqu'elle soutient que la remise du courrier non-médical - mis par erreur dans le circuit du courrier médical - entre les mains du pouvoir adjudicateur le lendemain de l'enlèvement (lorsque les adjudicataires pour les lots 1 et 2 ne sont pas les mêmes) ou la remise de ce courrier dans le circuit de distribution du courrier non-médical et son affranchissement en *non-prior* (lorsque l'adjudicataire pour les lots 1 et 2 est le même) n'impliquent pas de perte financière pour l'attributaire du lot 1 due à la différence entre le prix de la distribution du courrier médical et son affranchissement en *prior*.

La partie requérante répond qu'il est matériellement impossible pour l'adjudicataire du lot 1 de remettre le courrier non-médical à la partie adverse déjà le lendemain de la date d'enlèvement. Or, d'une part, il apparaît *prima facie* que si impossibilité il y a, celle-ci tiendrait avant tout à l'organisation interne du prestataire de services qui, au demeurant, ne permettrait pas à celui-ci de répondre à une prescription technique du cahier des charges. D'autre part, même en cas d'impossibilité de remettre le courrier non-médical au pouvoir adjudicateur le lendemain de l'enlèvement, il reste que le prestataire de services du lot 1 ne doit pas prendre en charge de différence entre le prix de distribution et le prix d'un affranchissement en *prior*, puisque, par définition, il n'y a pas d'affranchissement en *prior*.

Ensuite, les hypothèses dans lesquelles l'attributaire du lot 1 doit prendre en charge la différence de prix entre le prix de la distribution du courrier médical et le prix de l'affranchissement en *prior* sont visées à l'alinéa 3 de la clause litigieuse. De manière non-exhaustive, cet alinéa vise la distribution du courrier médical dans une zone non couverte par le prestataire de services et l'inaccessibilité du destinataire du courrier médical.

En ce qui concerne le courrier médical à distribuer dans une zone non-couverte par le prestataire de services, force est de constater que le marché litigieux est structuré de manière à permettre aux soumissionnaires de déterminer eux-mêmes la couverture du territoire sur lequel ils assurent le service de distribution du courrier médical, compte tenu d'une estimation de la partie adverse des zones à couvrir. Le 4^e critère d'attribution pour le lot 1 valorise d'ailleurs les offres proposant une couverture territoriale étendue. Par ailleurs, les soumissionnaires pouvaient déterminer eux-mêmes le périmètre de distribution du courrier médical par type de professions médicales (médecins, dentistes, kinésistes, *etc.*) et type de sites médicaux (hôpitaux, maisons médicales, maisons de repos, *etc.*) à desservir sur la base d'une estimation faite par la partie adverse. Le 5^e critère d'attribution pour le lot 1 valorise les offres proposant un large service de distribution de nuit en fonction des professions et sites médicaux desservis. Il en résulte que les soumissionnaires pouvaient directement influencer, et donc diminuer s'ils le souhaitaient, le nombre de cas dans lesquels le courrier médical ne peut être délivré en raison d'une zone géographique ou de professions ou sites médicaux non-desservis - en augmentant la couverture de leurs services. C'est ce que la partie requérante a fait en proposant une couverture de 99 % pour tous les secteurs géographiques, en retirant 1 % par secteur « pour des raisons d'inaccessibilité de nuit », et en proposant une couverture totale pour le périmètre de distribution de nuit des professionnels de santé et des sites médicaux à desservir. Il s'agit là d'un choix commercial. Le fait d'avoir amené les soumissionnaires à poser ce choix, et donc à fixer leur prix de distribution du

courrier médical en fonction (i) de la couverture géographique des services qu'ils offrent, (ii) d'un périmètre des professions de santé et sites médicaux qu'ils proposent de desservir et (iii) de la clause litigieuse qui leur impose de prendre en charge une partie du coût d'un affranchissement en *prior* en cas de non-couverture géographique et de non-couverture de certaines professions médicales, n'implique pas *prima facie* que la clause litigieuse serait illégale et, en particulier, contraire aux articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

En ce qui concerne l'inaccessibilité des destinataires du courrier médical, il s'agit effectivement d'une hypothèse dans laquelle la distribution du courrier de nuit doit être remplacée par un affranchissement en *prior*.

La partie requérante, qui est le cocontractant actuel de la partie adverse, soutient que cette hypothèse, mais bien d'autres encore (par exemple une adresse erronée, incomplète ou illisible, le déménagement ou le décès du destinataire...), sont fréquentes. Elle produit différentes pièces desquelles il résulte que ces hypothèses correspondent, selon ses calculs, à 11 % de l'ensemble des courriers médicaux qu'elle a distribués au cours du marché précédent, ce qui équivaut à 35 % de son chiffre d'affaires pour ce marché.

Il y a toutefois lieu de constater, dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, qu'il n'est pas possible de déterminer si les cas dans lesquels le courrier médical n'a pas pu être délivré par la partie requérante au cours du marché précédent correspondent toutes à des hypothèses indépendantes de la volonté de la partie requérante (et de la partie adverse). Sans que le Conseil d'État ne se prononce, et ne puisse se prononcer, sur la manière dont la partie requérante a exécuté le marché précédent, il y a lieu de constater qu'en insérant la clause litigieuse, la partie adverse cherche à éviter que le futur prestataire de services considère hâtivement qu'un courrier médical ne peut être délivré. Elle vise ainsi à limiter les cas dans lesquels le courrier médical ne peut être délivré aux cas réellement indépendants de la volonté du prestataire de services.

Dès lors, la partie adverse peut *prima facie* être suivie lorsqu'elle soutient que les hypothèses dans lesquelles le courrier médical ne peut être délivré en raison de l'inaccessibilité du destinataire du courrier et, plus largement, en raison de tous les événements qui ne sont dus ni au fait du prestataire de services, ni à celui de la partie adverse, sont plutôt exceptionnelles. En tout cas, ces hypothèses doivent le rester puisque la clause litigieuse prévoit que le nombre de courriers médicaux ne pouvant être distribués ne peut dépasser 5 % du montant total des envois médicaux. Ce pourcentage n'apparaît *prima facie* pas sous-estimé, mais plutôt réaliste, bien

que, comme l'observe la partie requérante, il est impossible de connaître à l'avance le nombre exact de ces cas.

Dès lors, les hypothèses dans lesquelles le prestataire de services doit prendre en charge la différence de prix entre le coût de distribution et le coût de l'affranchissement en *prior* sont, elles aussi, plutôt rares.

Certes, le coût résultant de ces hypothèses est lié à un risque que le soumissionnaire ne maîtrise pas. Le Conseil d'État ne voit toutefois pas, certainement lors d'un examen effectué en extrême urgence, en quoi le fait, pour la partie adverse, d'amener les soumissionnaires à choisir d'intégrer, ou non, ce coût dans le prix de distribution du courrier médical serait contraire aux dispositions visées au moyen.

En particulier, la partie requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient qu'un soumissionnaire qui décide d'intégrer ce coût dans le prix de distribution du courrier médical proposerait un prix anormalement élevé. De la même manière, il n'apparaît pas qu'un soumissionnaire qui fait le choix de ne pas intégrer ce coût dans le prix de distribution proposerait nécessairement un prix anormalement bas. En toute hypothèse, il appartient à la seule partie adverse – et non au Conseil d'État – d'apprécier le caractère normal d'un prix dans le cadre de la vérification des prix, sous le contrôle éventuel du Conseil d'État *a posteriori*. En l'espèce, il y a lieu de constater que le rapport d'examen des offres du lot 1 mentionne que la partie adverse a considéré, au terme de la vérification des prix, ne pas être en présence de prix anormalement bas ou haut, sans que cette appréciation pour le lot 1 ne soit critiquée par la partie requérante.

Enfin, aucun élément soumis au Conseil d'État ne permet de constater, *prima facie*, que la clause litigieuse imposerait aux soumissionnaires de vendre leurs services à perte. C'est d'autant plus le cas qu'il ressort du rapport d'examen des offres pour le lot 1 que tant la partie requérante que la partie intervenante ont répondu à la partie adverse, dans le cadre de la vérification des prix, qu'ils réaliseraient une marge bénéficiaire en cas d'attribution du lot. Le fait que la partie requérante ait calculé son prix en tenant compte d'une marge bénéficiaire ressort également du courrier confidentiel que celle-ci a adressé à la partie adverse et qui contient les clarifications de son prix de distribution.

En conséquence, le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation du « critère de sélection concernant la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire tel que prévu au cahier des charges pour le lot 1 », de l'article 4 et l'article 5, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 68, § 4, 1^o, b), de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et des articles 4, 8^o, et 5, 8^o, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

Faute d'un résumé du moyen établi par la partie requérante conformément à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté du régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, il y a lieu de reproduire les développements du moyen de la requête :

- « 15. Le cahier des charges exige à titre de critère de sélection pour le lot 2 que le soumissionnaire présente une liste des principaux services similaires (références) exécutés au cours des trois dernières années pour des clients dans le secteur public ou privé, avec pour chaque client cité, l'adresse complète et les coordonnées d'une personne de contact.

Le soumissionnaire devait apporter la preuve de trois services d'affranchissement de courrier qui représentent chacun une valeur annuelle minimale (= montant facturé HTVA) de 50.000 euros.

Sur base de sa connaissance du marché, la partie requérante estime que DDP Messagerie ne dispose pas de trois telles références, exécutées au cours de ces trois dernières années ayant chacune une valeur annuelle minimale de 50.000 euros. La partie requérante conteste dès lors la sélection de DDP Messagerie pour le lot 2.

La requérante demande à votre siège de bien vouloir vérifier l'offre de DDP Messagerie, et plus particulièrement les références déposées afin de constater qu'elles ne satisfont pas aux exigences du critère de sélection concernant les références requises.

16. La requérante relève que – en ce qui concerne les marchés de services d'affranchissement récents passés sur le marché au cours des trois dernières années – il convient de tenir compte de ce qui suit.

Le CHU Ambroise Paré a acheté des services d'affranchissement à la requérante au cours des trois dernières années et que l'hôpital de Jolimont a acheté ses services d'affranchissement à Sent. La requérante le sait avec certitude car elle a acheté Sent. CHU Ambroise Paré est également appelé "Helora". Il s'agit de la fusion entre l'Hôpital Jolimont et Ambroise Paré.

En outre, la requérante a également connaissance sur le marché que le Grand Hôpital de Charleroi utilise une machine à affranchir et fait du *leasing* depuis trois ans, de sorte que cette référence appartient à bpost.

Conclusion : le deuxième moyen est sérieux. »

B. Note d'observations

Le résumé de la position de la partie adverse se présente comme il suit :

- « La partie adverse invite Votre Conseil à rejeter le deuxième moyen pour les motifs suivants :
1. Irrecevabilité du moyen pour absence de développement : la partie requérante n'explique pas en quoi l'égalité de traitement ou la concurrence auraient été violées puisque tous les soumissionnaires ont dû soumettre une liste des principaux services similaires exécutés au cours des trois dernières années avec un montant de minimum 50.000 EUR conformément à l'article 68, § 4, 1°, b), de l'AR du 18 avril 2017.
Par ailleurs, une décision motivée d'attribution a été rédigée et ni l'offre de la partie requérante ni celle de l'attributaire pressenti n'ont été déclarées irrégulières. La partie requérante n'explique pas en quoi les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 auraient été violés.
 2. Le moyen n'est pas sérieux : Votre Conseil pourra constater, au regard des pièces confidentielles transmises, que l'attributaire pressenti répond au critère de sélection ».

C. Requête en intervention

Faute d'un résumé établi par la partie intervenante de son argumentation, il convient de reproduire les extraits pertinents de la requête en intervention :

- « 1.
En ce qui concerne le deuxième moyen, la partie intervenante s'en réfère pour l'essentiel aux développements exposés par la partie adverse dans le cadre de sa note d'observations, tant par rapport à l'irrecevabilité du moyen que son caractère non sérieux.
2.
La partie intervenante entend toutefois apporter les précisions et compléments d'information suivants en vue de répondre aux arguments de la requérante.

Aux termes de son deuxième moyen, la requérante indique, pour rappel, que "[s]ur la base de sa connaissance du marché, la partie requérante estime que DDP Messagerie ne dispose pas de trois telles références, exécutées au cours de ces trois dernières années ayant chacune une valeur annuelle minimale de 50.000 euros". La requérante conteste dès lors la sélection de la partie intervenante pour le lot 2.

La requérante est toutefois mal informée puisque, comme la partie adverse l'a précisé dans le cadre de sa note d'observations, la partie intervenante a fourni trois attestations (références) démontrant clairement qu'au cours des trois dernières années, elle a presté des services similaires qui représentent chacun une valeur annuelle supérieure au niveau minimal d'exigence de 50.000 EUR (voy. pièce confidentielle D de la partie adverse).

Si les références produites par la partie intervenante permettent de conclure au caractère manifestement non sérieux du deuxième moyen, il y a lieu de préciser également que, contrairement à ce que tente de faire accroire la requérante, les Centres Hospitaliers Universitaires HELORA (CHU HELORA) ne se résument pas à l'Hôpital de Mons-Kennedy (CHU Ambroise Paré) et à l'Hôpital Jolimont. En effet, les CHU HELORA comprennent les polycliniques et les sept sites hospitaliers suivants :

- Hôpital Jolimont ;
- Hôpital de Lobbes ;
- Hôpital de Nivelles ;
- Hôpital de Mons-Constantinople ;
- Hôpital de Mons-Kennedy ;
- Hôpital de Warquignies ;
- Polyclinique de Beaumont ;
- Centre médical de l'Alliance (Braine-l'Alleud) ;
- Maison de la Femme et de l'Enfant (Frameries) ;
- Polyclinique Aubry (Haine-Saint-Paul) ;
- Centre d'imagerie médicale et de radiologie (Mons) ;
- Centre de médecine sportive (Mons) ;
- Centre montois de réadaptation (Mons) ;
- Cabinet d'imagerie médicale Dodaine (Nivelles) ;
- Centre poids et santé (Quaregnon) ;
- Centre de consultations (Quaregnon).

Le fait que la requérante soit le prestataire de l'une de ces institutions (Hôpital de Mons-Kennedy) n'empêche donc aucunement la partie intervenante d'être le prestataire d'autres institutions des CHU HELORA, ce qui est le cas comme l'atteste la pièce confidentielle D de la partie adverse.

La partie intervenante dépose également, à titre confidentiel et à la seule attention de Votre Conseil, l'ensemble des factures émises au cours des trois dernières années par la partie intervenante à l'égard d'une des institutions hospitalières pour laquelle la requérante laisse sous-entendre que la partie intervenante n'effectuerait pas de services d'affranchissement (pièces n^{os} 1 à 4).

Il ressort de ces factures qu'au cours des trois dernières années, le montant annuel des services d'affranchissement réalisés pour cette institution hospitalière s'élève à :

- 72.762,14 EUR pour l'année 2021 (pièce n° 1) ;
- 73.829,69 EUR pour l'année 2022 (pièce n° 2) ;
- 71.458,48 EUR pour l'année 2023 (pièce n° 3) [en note de bas de page : Ces montants correspondent à la somme des montants qui font l'objet d'une TVA à 0 % au niveau des factures. La valeur d'affranchissement n'est effectivement pas soumise à la TVA alors que la distribution et les frais de traitement (services) sont des prestations qui, elles, sont soumises à une TVA de 21 %].

3.

Au vu de ce qui précède, le deuxième moyen est irrecevable et, en tout état de cause, n'est pas sérieux ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

En termes de requête, la partie requérante soutient que la partie intervenante ne répond pas au critère de sélection relatif à la capacité technique et

professionnelle des soumissionnaires pour le lot 2, fixé dans le cahier spécial des charges. Plus précisément, la partie intervenante ne disposerait pas de trois références de services d'affranchissement de courrier similaires, qui représentent chacune une valeur annuelle minimale de 50.000 euros.

Dans le cahier des charges, ce critère est libellé comme il suit :

«

Une liste des principaux services similaires (références) exécutés au cours des trois dernières années pour des clients de collectivités dans le secteur public ou privé, avec pour chaque client cité, l'adresse complète et les coordonnées d'une personne de contact. »	Trois services similaires prestés pour des institutions hospitalières, qui représentent chacun une valeur annuelle minimale de 100.000€.	Lot 2
--	--	-------

».

L'avis de marché, quant à lui, définit le critère comme il suit :

« Type : Capacité technique et professionnelle

Description : Une liste des principaux services d'affranchissement de courrier (références) exécutés au cours des trois dernières années pour des clients dans le secteur public ou privé, avec pour chaque client cité, l'adresse complète et les coordonnées d'une personne de contact. Niveau(x) minimal(aux) : Trois services d'affranchissement de courrier, qui représentent chacun une valeur annuelle minimale de 50.000 € ».

Le critère de sélection n'est donc pas libellé de la même manière dans le cahier des charges et dans l'avis de marché. Toutefois, si contradiction entre les documents du marché il y a, ce qu'il conviendrait de déterminer, celle-ci n'est pas dénoncée par la partie requérante et elle ne relève pas de l'ordre public.

Dès lors, en ce que la partie requérante invite le Conseil d'État à vérifier si la partie intervenante a produit trois prestations d'affranchissement de courrier similaires, chacune pour un montant supérieur à 50.000 euros « conformément au cahier des charges », qui prévoit toutefois, à titre de seuil d'exigence minimum, des références similaires d'une valeur annuelle minimale de 100.000 euros chacune, le moyen part d'un postulat erroné et ne peut dès lors être considéré comme sérieux.

En toute hypothèse, il ressort de l'offre de la partie intervenante ainsi que des attestations de bonne exécution que celle-ci a produites, qu'elle peut faire

état d'une liste de trois services d'affranchissement similaires, chacune pour un montant supérieur à 50.000 euros, au cours des trois dernières années. La critique selon laquelle la partie intervenante ne disposerait pas de telles références manque dès lors en fait.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un troisième moyen pour « motivation inadéquate pour le score attribué pour le critère d'attribution n° 1 (prix) et 3.1 », pris de la violation des articles 4 et 5, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et des articles 4, 8°, et 5, 8°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

Faute d'un résumé du moyen établi par la partie requérante conformément à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté du régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, le moyen peut être résumé comme il suit.

La partie requérante soutient que le prix de la partie intervenante pour le lot 2 est anormalement bas, ce qui affecterait l'offre de ce soumissionnaire d'une irrégularité substantielle (premier grief).

Elle conteste ensuite l'appréciation que la partie adverse a portée sur son offre au regard du sous-critère d'attribution 2.1 « Mesures prises pour éviter la perte d'envois et les mesures prises pour assurer le respect de la confidentialité des envois » (deuxième et quatrième griefs).

Elle conteste enfin l'appréciation portée par la partie adverse sur son offre au regard du sous-critère d'attribution 2.3 « Qualité de la distribution des recommandés (avec ou sans accusé de réception) et des paquets » (troisième grief).

B. Note d'observations

Le résumé de l'argumentation de la partie adverse se présente comme il suit :

- « La partie adverse invite Votre Conseil à rejeter le troisième moyen pour les motifs suivants :
1. Irrecevabilité du moyen pour absence de développement : la partie requérante n'explique pas en les règles de droit auraient été méconnues puisqu'une vérification de la régularité des offres a été effectuée comme cela ressort de la décision motivée d'attribution ;
 2. Irrecevabilité du moyen pour défaut d'intérêt : la partie requérante ne démontre pas que ses critiques, si elles devaient être considérées comme fondées, pourraient avoir une incidence sur le classement final des offres ;
 3. Le moyen n'est pas sérieux : Votre Conseil pourra constater que le pouvoir adjudicateur a
 - correctement vérifié les prix des soumissionnaires et que cette vérification a pu démontrer que l'adjudicataire pressenti est en mesure d'exécuter le marché pour le prix proposé (critère n° 1) ;
 - pu apprécier, selon son large pouvoir d'appréciation, les mesures prises pour éviter la perte d'envois et assurer le respect de la confidentialité reprises dans les différentes offres et attribuer une cotation en conséquence (critère n° 2.1) ;
 - pu constater que la partie requérante ne s'engageait pas sur un horaire d'enlèvement des envois alors que cela était requis dans le cahier des charges (critère n° 2.3) ;
 - attribué un point de plus à la partie requérante en ce qui concerne le critère "qualité du traitement des envois", elle ne comprend dès lors pas ce qui lui est reproché puisqu'elle a obtenu une côte plus élevée que l'attributaire pressenti (critère n° 3.1) ».

C. Plaidoiries

À l'audience, la partie requérante fait valoir que le prix remis par la partie intervenante pour le lot 2 est anormalement bas, comme en témoigne la différence de prix de 15 % entre son offre et celle de la partie intervenante. Elle explique que cette différence de prix reste inexplicable, compte tenu de ce que les frais de bpost, mais aussi une marge et les frais du soumissionnaire, qui sont importants, doivent être intégrés dans le prix. Elle explique que le service « mail ID » de bpost consiste en un procédé moderne et plus opérationnel, permettant à bpost d'accorder des réductions importantes à ses clients professionnels allant jusqu'à 7 %. Elle estime que la partie intervenante a dû proposer le prix litigieux en ayant recours à son réseau de distribution de nuit ou à « mail ID ». Selon elle, dans ce dernier cas toutefois, la différence de prix de 15 % ne s'explique pas puisque la réduction de bpost reste limitée à 7 %. Enfin, elle précise qu'il n'est pas correct de soutenir qu'elle ne disposerait que d'un centre de distribution à Gand car elle dispose également de centres logistiques en province de Hainaut.

La partie adverse plaide tout d'abord que les critiques de la partie requérante, si elles aboutissaient, ne lui permettraient d'obtenir que 8 points en plus, alors qu'il lui faudrait obtenir 11 points en plus pour renverser le classement des offres. Selon elle, les critiques de la partie requérante ne sont donc pas recevables.

Quant au caractère sérieux de la critique, la partie adverse précise qu'elle a procédé à une vérification des prix sur la base de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en faisant appel à un consultant externe. Elle explique qu'il en est ressorti que la différence de prix s'explique par des modèles économiques différents entre soumissionnaires et par le fait que la partie requérante a plus de frais que la partie intervenante puisqu'elle est un opérateur économique plus grand et que son centre de distribution se situe loin du lieu d'exécution du marché, soit à Gand. Quant au procédé « mail ID », elle observe que la circonstance que les réductions accordées par bpost soient limitées à 7 % ne change pas le fait que la partie requérante arrive à dégager une marge bénéficiaire.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant au premier grief

La partie requérante soutient que le prix de la partie intervenante pour le lot 2 est anormalement bas, ce qui affecterait l'offre de ce soumissionnaire d'une irrégularité substantielle.

Il ressort du rapport d'examen des offres du lot 2 que la partie adverse a procédé à une vérification des prix sur la base de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Dans ce cadre, elle a invité les soumissionnaires à fournir des clarifications de leurs prix. Au terme de la vérification des prix, la partie adverse a considéré que « bien que des écarts soient observés entre les soumissionnaires au niveau de certains prix unitaires et au niveau des prix totaux », il n'y a pas de prix anormalement bas ou anormalement haut.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la vérification des prix et des coûts au sens de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, tant dans le choix de la méthode de vérification des prix ou des coûts que pour considérer, au terme de ce contrôle, que certains prix ou coûts lui semblent anormalement bas ou élevés. Le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

Le fait allégué par la partie requérante qu'il existe un écart de 15 % entre le montant total de son offre et celle de la partie intervenante pour le lot 2 peut être un indice d'un prix anormal. Il ne démontre toutefois pas en soi que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le prix de la partie intervenante n'a pas les apparences d'un prix anormalement bas. Dans le rapport d'examen des offres, la partie adverse a indiqué que, bien que des écarts soient observés, il n'y a pas de prix anormaux « en raison de la vérification des prix qui a été opérée sur les prix globaux et les prix unitaires et du contexte nouveau de mise en concurrence ». Le rapport mentionne encore que « dans ces justifications, DDP a indiqué pour chaque ligne de l'inventaire le prix des timbres, ses frais de traitement et sa marge, ainsi que ses frais généraux ». Ces motifs ne sont pas contestés par la partie requérante. Ensuite, le fait que le prix de la partie requérante est compétitif puisqu'il tient compte des prix de vente « Mail ID » de bpost, ce qui lui permet de profiter de réductions importantes, ne signifie ni qu'un concurrent de la partie requérante ne puisse proposer un prix plus bas qu'elle, ni qu'un concurrent puisse réaliser une marge bénéficiaire uniquement grâce aux réductions accordées par bpost. Il suffit, à cet égard, de constater qu'il apparaît de leurs clarifications de prix respectives que la partie requérante et la partie intervenante sont structurées différemment, que la partie intervenante profite également de ristournes de bpost et qu'elle réalise une marge bénéficiaire. L'acceptation de ces explications dans le cadre de la vérification des prix ne traduit pas une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse.

Enfin, l'argument, peu développé, de la partie requérante selon laquelle la partie intervenante a l'intention de distribuer les envois non-médicaux *prior* par l'intermédiaire de son service interne pour les envois médicaux, dont le tarif est moindre que les envois médicaux, ne se confirme pas à l'examen, effectué en extrême urgence, de l'offre de la partie intervenante, qui indique expressément que les deux types de courrier sont traités distinctement.

En conséquence, la partie adverse n'a *prima facie* pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que le prix de la partie intervenante pour le lot 2 du marché litigieux n'est pas anormalement bas.

Le premier grief n'est pas sérieux.

Quant aux deuxième, troisième et quatrième griefs

La partie requérante estime que, pour le sous-critère d'attribution 2.1 « Mesures prises pour éviter la perte d'envois et les mesures prises pour assurer

le respect de la confidentialité des envois », pondéré à concurrence de 5 points, elle aurait dû obtenir 5 points au lieu de 4 pour son offre (deuxième et quatrième griefs).

Elle estime pour le sous-critère d'attribution 2.3 « Qualité de la distribution des recommandés (avec ou sans accusés de réception) et paquets », pondéré à concurrence de 10 points, qu'elle aurait dû obtenir 10 points au lieu de 5 (troisième grief).

À les supposer sérieuses, ces critiques conduisent à considérer que la partie adverse aurait dû accorder 6 points en plus à la partie requérante. Ce nombre de points est toutefois insuffisant pour combler l'écart de points (11,57 points) qui sépare son offre de celle de l'adjudicataire, compte tenu également du fait que les autres critiques ne sont pas sérieuses.

Il se dégage des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, une condition d'intérêt au moyen dans le contentieux des marchés publics qui n'est rencontrée que si la partie requérante peut faire valoir une lésion ou un risque de lésion en raison de l'illégalité qu'elle dénonce.

Dès lors que les deuxième, troisième et quatrième griefs de la partie requérante ne pourraient aboutir à un renversement du classement des offres, s'ils étaient jugés sérieux, ils sont irrecevables.

Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le troisième moyen est en partie irrecevable et en partie non-sérieux.

IX. Confidentialité

La partie requérante demande que les pièces n^{os} 6 à 16 et n^{os} 22 et 23, qu'elle dépose en annexe à sa requête, restent confidentielles dès lors qu'elles contiennent des informations protégées par le secret des affaires.

Pour la même raison, la partie adverse déclarent déposer les pièces A à H du dossier administratif à titre confidentiel et à l'attention unique du Conseil d'État.

La partie intervenante dépose les pièces n^{os} 1 à 4 de son dossier de pièces à titre confidentiel et demande que le même sort soit réservé à son offre et

aux autres pièces déposées à titre confidentiel par la partie adverse, à savoir les pièces A à H du dossier administratif.

Ces demandes et dépôt à titre confidentiel n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

X. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SRL DDP Messagerie est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces n^{os} 6 à 16 et n^{os} 22 et 23 du dossier de la partie requérante, les pièces A à H du dossier administratif et les pièces n^{os} 1 à 4 du dossier de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

La partie adverse supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 27 novembre 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Michèle Belmessieri,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

La Présidente,

Vincent Durieux

Michèle Belmessieri

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LA PRÉSIDENTE DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

ARRÊT RECTIFICATIF

n° 261.634 du 3 décembre 2024

A. 243.379/VI-23.187

En cause : **la société anonyme POSTALIA BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^e Rika HEIJSE, avocate,
dorpsstraat 1
9052 Gand
et étant également assistée par
M^e George DOBBELAERE, avocat,

contre :

**l'association sans but lucratif CENTRE HOSPITALIER
RÉGIONAL DE LA HAUTE-SENNE,**
en abrégé CHR Haute-Senne,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS et
Manon de THIER, avocats,
chaussée de La Hulpe 185 (5^{ème} étage)
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société à responsabilité limitée DDP MESSAGERIE,
ayant élu domicile chez
M^e Cyrille DONY, avocat,
avenue des Mélèzes 31
1410 Waterloo.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 1^{er} novembre 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - la décision du 16 octobre 2024 du Conseil d'Administration du Centre Hospitalier Régional de la Haute Senne ASBL, Chaussée de Braine 49, 7060 Soignies, KBO 0556 981 407, concernant l'attribution dans le cadre du Cahier des charges du marché public de services ayant pour objet "Services d'enlèvement et de distribution du courrier médical/professionnel et du courrier non médical/privé" :

- o du lot 1 : Enlèvement et de distribution de courrier médical/professionnel (distribution de nuit) à DDP Messagerie, rue Zephirin Caron 29 à 7333 Tertre,
- o du lot 2 : Services d'enlèvement et de distribution du courrier médical/professionnel (affranchissement) à DDP Messagerie, rue Zephirin Caron 29 à 7333 Tertre ;
- la décision implicite du 16 octobre 2024 du Conseil d'Administration du Centre Hospitalier Régional de la Haute Senne ASBL, Chaussée de Braine 49, 7060 Soignies, KBO 0556 981 407, de ne pas attribuer le marché ayant pour objet "Services d'enlèvement et de distribution du courrier médical/professionnel et du courrier non médical/privé" pour le lot 1 et 2 à Postalia Belgium ».

II. Procédure

Un arrêt n° 261.536 du 27 novembre 2024 a accueilli la requête en intervention introduite par la société DDP Messagerie et a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.261.536).

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Rectification d'une erreur matérielle

Une erreur matérielle s'est glissée dans l'arrêt n° 261.536 du 27 novembre 2024, précité.

Il convient de la rectifier comme indiqué au dispositif.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article unique.

Il convient de lire l'article 4 du dispositif de l'arrêt n° 261.536 du 27 novembre 2024 comme il suit :

« Article 4.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

La partie requérante supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse. »

Ainsi prononcé à Bruxelles le 3 décembre 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Michèle Belmessieri,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

La Présidente,

Vincent Durieux

Michèle Belmessieri