

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 262.133 du 27 janvier 2025

A. 234.169/VI-22.111

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
POSTALIA BELGIUM**,
ayant élu domicile chez
M^e George DOBBELAERE, avocat,
Bommelsrede 26
9070 Heusden,
assistée et représentée par M^e Rika HEIJSE, avocat,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
de droit public Intercommunale pure de financement
du Brabant Wallon (IPFBW)**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et Flore VERHOEVEN, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 7 septembre 2021, la partie requérante demande l'annulation de « la décision de date inconnue approuvant le cahier des charges pour le marché public de services intitulé “Marché relatif aux services postaux” avec référence “MP-IPFBW/PO/Services postaux/2021”, publié au Bulletin des Adjudications, par l'avis du 9 juillet 2021, sous référence BDA 2021-527562 ».

II. Procédure

L'arrêt n° 251.367 du 12 août 2021 (ECLI:BE:RVSCE:2021:ARR.251.367) a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence et liquidés les dépens. Il a été notifié aux parties.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 25 octobre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 décembre 2024.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Rika Heijse, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Flore Verhoeven, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur, a été entendue en son avis contraire.

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. Exposé des faits utiles

1. La requérante est un prestataire de services postaux au sens de l'article 2 de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux. Elle présente son activité économique comme il suit :

« 4. Avec la libéralisation des services postaux, différentes formes de services de traitement postal sont apparues sur le marché, ce que l'on appelle la segmentation des services postaux.

En conséquence, une concurrence s'est instaurée sur certains aspects du traitement postal. Des entreprises sont spécialisées, par exemple, dans l'emballage des envois postaux, la distribution d'imprimés non adressés, la collecte et l'affranchissement des envois postaux et l'acheminement à un titulaire d'une licence postale pour la distribution postale universelle.

Il s'agit d'"activités de routage" (voir article 2, 20° de la loi relative aux services postaux du 26 janvier 2018) :

« "activités de routage" : les activités de routage sont exécutées par une personne physique ou morale pour le compte d'un expéditeur. Les activités de routage consistent en des activités de préparation des envois postaux selon les normes des prestataires de services postaux, éventuellement combinées avec d'autres

activités de préparation d'envois postaux comme l'emballage, l'impression ou l'affranchissement des envois postaux ; ” [...]

La requérante est un prestataire de services postaux, elle est prestataire d'activités de routage. Elle collabore avec bpost, qui distribue en sous-traitance permanente, les envois que la requérante dépose chez bpost.

[...]

6. La requérante, Postalia Belgium (ci-après également désignée par Easypost), est un prestataire de services postaux, actif sous la marque commerciale “Easypost”.

Elle est prestataire d'activités de routage et les clients sont des grandes entreprises, des institutions et des administrations qui produisent de nombreux envois postaux.

Tous les envois sortants (lettres, colis, envois recommandés...) sont mis à disposition par les clients d'Easypost et le chauffeur d'Easypost vient collecter les envois à l'heure convenue. Le client peut également déposer lui-même ces envois dans un point de dépôt d'Easypost. Le client n'est pas obligé d'affranchir préalablement lui-même ces envois.

Ensuite, ces envois sont transportés vers un des centres de traitement et de distribution d'Easypost. Dans ces centres, les employés d'Easypost les numérisent : c'est-à-dire un MAIL ID (code-barres) est affranchi sur l'enveloppe ou le colis. Puis, le courrier et les colis sont triés, affranchis et préparés pour réexpédition. Le jour même, les envois postaux traités/préparés sont transportés vers un centre de bpost pour la distribution et la délivrance aux destinataires.

La collaboration entre Easypost et bpost est basée sur un contrat de sous-traitance permanente, sur base duquel bpost distribue – à des tarifs fortement avantageux – les envois postaux qu'Easypost dépose.

Grâce à un système logistique d'enlèvement très bien organisé et grâce aux machines de traitement et de tri très performantes, Easypost réussit à traiter les envois postaux d'une telle façon, qu'elle obtient de bpost de grandes réductions sur la valeur d'affranchissement, qu'Easypost sait offrir des prix très avantageux à ses clients (moins chers que les tarifs de bpost), tandis que ces envois postaux sont délivrés chez les destinataires aussi vite et aussi bien que si l'envoi était confié à bpost même. En effet, la distribution vers le destinataire est effectuée par bpost même.

Le prix que Easypost facture au client (étant l'expéditeur), couvre aussi bien les frais internes d'Easypost pour la levée et le pré-tri des envois, ainsi que la valeur de l'affranchissement qu'Easypost paie à bpost pour la distribution des envois ».

La requérante explique également que, dans son modèle économique, il lui revient d'affranchir les envois qui lui sont confiés par les expéditeurs, avant de les trier et de les confier à bpost pour distribution. Elle recourt, pour ce faire, à la méthode d'affranchissement en numéraire « Port Payé », prévue par l'article 22 de l'arrêté royal du 24 avril 2014 portant réglementation du service postal. Ses services, et donc notamment l'affranchissement des courriers et colis, sont ensuite facturés à l'expéditeur.

2. La partie adverse a notamment pour mission d'être la centrale d'achats

pour le compte des communes associées et autres entités publiques situées sur le territoire du Brabant wallon, soit les CPAS, la Zone de secours du Brabant wallon, les intercommunales (in BW, ISBW, ...), les zones de police, la Province, les régies communales autonomes.

3. Le 11 mai 2021, le conseil d'administration de la partie adverse, agissant en sa qualité de centrale d'achats, approuve le cahier spécial des charges n° MP-IPFBW/PO/Services postaux/2021, relatif à un marché public de service ayant pour objet « les services postaux universels tels que prévus par l'article 15 de la loi postale du 26 janvier 2018 et les services d'enlèvement de courrier divers ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

Ce cahier des charges précise ce qui suit pour justifier l'absence de division du marché en lots distincts :

« Le marché n'est pas divisé en lots car une division en lots distincts est difficilement réalisable sur le plan pratique lors de l'exécution. En effet, la division en lots implique de coordonner l'action de plusieurs prestataires sur un processus qui doit être intégré et ce, dans l'intérêt des entités adhérentes.

D'un point de vue administratif et opérationnel, l'attribution de différents lots à différents prestataires pourrait augmenter la charge de travail et donc rendre l'exécution plus coûteuse (surtout pour les entités ayant un petit budget postal). Ceci aurait également un impact sur l'environnement si plusieurs opérateurs économiques venaient quotidiennement enlever une partie du courrier ».

Dans le cadre des critères de sélection qualitative concernant les « capacités techniques et professionnelles de l'opérateur économique », il est exigé que :

« 1. Pour la prestation des services d'envois de correspondance relevant du service universel :

o Fournir la preuve que l'opérateur économique soit, dispose d'une licence de l'IBPT pour la fourniture d'un service de courrier postal dans le cadre du service universel, soit, est désigné par la loi du 26 janvier 2018 comme prestataire universel ».

Au titre des prescriptions techniques du marché, il est précisé ce qui suit, au sujet des modalités d'affranchissement des envois :

« 1.1. Modalités pour l'affranchissement des envois :

- Les méthodes ci-dessous doivent être prévues pour affranchir les envois, dans la mesure du possible pour les prestations demandées :

- o Au moyen du timbre-poste (pour les lettres) par l'entité adhérente ;
 - o Au moyen d'une machine à affranchir (lettres, paquets) par l'entité adhérente ;
 - o Au moyen d'un code d'identification unique (lettres) par l'entité adhérente ;
 - o Au moyen d'une facturation différée (lettres) par l'entité adhérente ;
 - o Par l'opérateur économique (option exigée, pour les lettres et paquets).
- Les modes d'affranchissement indiqués doivent être compris dans le prix, à l'exception de l'affranchissement par l'opérateur économique, qui fait l'objet d'une option exigée.
 - L'opérateur économique doit pouvoir utiliser la machine à affranchir des entités adhérentes et prévoir la possibilité de charger en ligne la machine à affranchir.
 - Les entités adhérentes doivent pouvoir apposer une valeur réelle d'affranchissement sur les envois, qui indique le tarif réellement appliqué.
 - Possibilité de proposer les modes d'affranchissement susmentionnés + description de ceux-ci à inclure par le soumissionnaire dans l'offre.

[...]

1.3. Dépôt des envois dans un point d'accès de l'opérateur économique :

- Prévoir au moins un point d'accès pour l'opérateur économique dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes, auquel elles peuvent s'adresser en cas de questions ou de services urgents ;
- Pour les envois massifs : prévoir au moins un point d'accès dans la province du Brabant wallon.

[...]

2.3. Enlèvement des envois

- Les envois adressés journaliers *[sic]* sont enlevés chaque jour ouvrable par l'opérateur économique dans les locaux des différentes entités adhérentes. Si un enlèvement doit être prévu à des adresses supplémentaires, les adhérents transmettront ces adresses au minimum quinze jours ouvrables à l'avance à l'opérateur économique.

[...]

2.4. Description des options exigées

- Pour les envois journaliers nationaux et internationaux :
 - o Enlèvement et traitement des lettres non encore affranchies : le soumissionnaire doit proposer son service et ses prix, de sorte que les adhérents puissent faire appel à un service pour enlever le courrier quotidiennement ou à certains jours fixes en semaine dans leurs locaux et acheminer celui-ci vers un point d'accès, et ce, suivi par un affranchissement de ce courrier par l'opérateur économique. Cette option exigée ne s'applique pas à l'envoi d'importants volumes de courrier national ;
 - o Envois de type "Port Payé par le destinataire" : proposer son service et ses prix au cas où les différents adhérents souhaitent recevoir une réponse à une lettre envoyée.

[...] ».

4. Le 9 juillet 2021, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis relatif à un marché public de services ayant pour objet « les services postaux universels tels que prévus par l'article 15 de la loi postale du 26 janvier 2018 et les services d'enlèvement de courrier[s] divers », pour une durée de 48 mois. Le même avis de marché est publié au JOUE le 14 juillet 2021.

5. Le 23 juillet 2021, la partie requérante informe la partie adverse de son intention d'introduire un recours à l'encontre du cahier des charges au motif que celui-ci l'exclut du marché.

6. En août 2021, au cours de la procédure en suspension d'extrême urgence à l'encontre du cahier spécial des charges, un échange de mails intervient entre les parties à l'issue duquel la partie requérante communique à la partie adverse, en réponse à la demande de cette dernière, les lignes de l'inventaire qu'il conviendrait de dédoubler (TVA 21% et TVA 0%) et un modèle d'inventaire.

7. Le 4 août 2021, le conseil d'administration de la partie adverse décide de marquer son accord sur la publication d'un avis rectificatif portant sur deux éléments du cahier spécial des charges. Les modifications apportées sont fondées sur les motifs suivants :

« 1. En ce qui concerne les points d'accès, le cahier spécial des charges exige à la page 12 que le soumissionnaire prévoit au moins un point d'accès dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes, auquel elles peuvent s'adresser en cas de questions ou de services urgents. Selon Postalia, cette exigence est disproportionnée et taillée sur mesure pour bpost. Seul bpost dispose par son réseau de bureaux de poste et de points de poste, d'un point d'accès dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes à la centrale d'achat. Seul bpost sait répondre à cette exigence. Il est impossible pour tout autre prestataire de services postaux d'établir un tel réseau dans le temps imparti pour la soumission de l'offre.

Cette mesure est reprise dans le CSC car certaines communes envoient encore des plis postaux (ex : service de l'urbanisme) après l'heure de levée du courrier et chargent leur coursier de les déposer dans des points-relais.

Cette mention, jugée discriminatoire par Postalia, peut être supprimée. Toutefois, un de nos administrateurs soulève le fait que si c'est la distance qui pose un problème, la mention pourrait être adaptée avec un rayon plus large. Ce point sera suggéré à nos Conseils pour la plaidoirie du 6 août prochain.

2. Quant à l'absence d'un poste distinct, dans l'inventaire, pour l'imputation des frais de traitement, d'une part, et pour la valeur d'affranchissement, d'autre part :

Selon Postalia, il manque, dans l'inventaire, un poste pour l'imputation du coût de

traitement de l'activité de routage soumise à un régime de TVA de 21 % et un poste distinct pour la valeur d'affranchissement facturée par la partie requérante, étant donné que le tarif facturé par bpost pour l'affranchissement n'est pas soumis à un régime de TVA (0 %).

Pour remplir ces conditions, l'inventaire peut être adapté en conséquence et ainsi être publié dans avis rectificatif.

Au vu des éléments repris dans la note d'information, le Conseil d'administration décide de marquer accord sur la publication d'un avis rectificatif portant sur :

- La suppression ou l'adaptation de la mention "Dépôt des envois dans un point d'accès de l'opérateur économique :
Prévoir au moins un point d'accès pour l'opérateur économique dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes, auquel elles peuvent s'adresser en cas de questions ou de services urgents";
- L'adaptation de l'inventaire existant avec
 - o L'ajout d'un poste pour l'imputation du coût de traitement de l'activité de routage soumise à un régime de TVA de 21%.
 - o L'ajout d'un poste distinct pour la valeur d'affranchissement facturée par la partie requérante, étant donné que le tarif facturé par bpost pour l'affranchissement n'est pas soumis à un régime de TVA (0 %) ».

8. Le 12 août 2021, le Conseil d'État rejette, par l'arrêt n° 251.367, la demande de suspension d'extrême urgence introduite par la partie requérante à l'encontre de l'acte attaqué.

9. En réponse à une question de la partie adverse, formulée le 9 août 2021, par laquelle elle lui demande quelle serait, à son estime, une distance raisonnable pour la fixation d'un « point relais », la requérante indique, le 12 août 2021, qu'« un rayon de 50 km est raisonnable en ce qui concerne les points relais » mais « que le rayon et le nombre de points de relais n'est pas pertinent compte tenu du type de service proposé par EasyPost ».

10. Le 16 août 2021, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis rectificatif comportant les informations suivantes :

« Page 10 point 1.3 - premier paragraphe :

L'adaptation de la mention "Dépôt des envois dans un point d'accès de l'opérateur économique :

Prévoir au moins un point d'accès pour l'opérateur économique dans un rayon de maximum 10 km des locaux des différentes entités adhérentes, auquel elles peuvent s'adresser en cas de questions ou de services urgents" ;

Le rayon maximum de 10 km est remplacé par un rayon maximum de 50 km ».

11. Dans le cadre de la préparation de son offre, la partie requérante pose la question suivante à la partie adverse le 23 août 2021 :

« P.12 – 1.3 Dépôt des envois dans un point d'accès de l'opérateur économique

“ Pour les envois massifs : prévoir au moins un point d'accès dans la province du Brabant wallon.”

> La prescription technique ci-dessus nous exclut du marché car comme communiqué préalablement, nos points d'accès sont dans un rayon de maximum 50km (avis rectificatif à publier). De plus, notre service de base prend également en charge les envois massifs par le biais de l'enlèvement donc nullement besoin d'un dépôt par l'entité adhérente. Pouvez-vous nous confirmer que cette prescription n'engendrera pas d'exclusion ?

P.15 – 2.4 Description des options exigées

“ Envois de type 'Port Payé par le destinataire' : proposer son service et ses prix au cas où les différents adhérents souhaitent recevoir une réponse à une lettre envoyée.”

> L'option ci-dessus engendre également une exclusion au marché. Cette option et un mode d'affranchissement bien distinct pour des cartes-réponses ou enveloppes-réponses insérées dans vos courriers et utilisable uniquement en Belgique et n'entre pas dans le cadre d'un affranchissement par le biais d'une timbreuse ou timbre post.

Il s'agit ici d'un produit purement lié à bpost, ce qui ne nous permet pas de répondre favorablement à cette option. Par conséquent le Port Payé par le destinataire (aussi appelé “MaxiResponse”) donne une exclusivité à bpost qui est actuellement le seul prestataire à proposer ce genre de service. »

12. Le 25 août 2021, la partie adverse répond ceci à la requérante :

« L'avis rectificatif a été publié. Compte tenu de l'obligation de dépôt de certains plis urgents par les adhérents (notamment en matière d'urbanisme) après les heures prévues pour l'enlèvement, les points d'accès sont indispensables.

Nos adhérents doivent pouvoir déposer des plis, à leur meilleure convenance, sur le territoire du Brabant wallon. Pour le surplus, je vous invite à consulter l'arrêt rendu par le Conseil d'État (n° 251.367 du 12 août 2021).

[...]

P.15 – 2.4. Description des options exigées

Ce type d'envoi est indispensable pour certains de nos adhérents. Le Port Payé par le destinataire est une solution à laquelle tout opérateur détenteur d'une licence peut répondre. Je vous invite à consulter l'arrêt rendu par le Conseil d'État (n° 251.367 du 12 août 2021) ».

13. Le 30 août 2021, la requérante interroge à nouveau la partie adverse sur plusieurs points. Le 31 août 2021, la partie adverse indique toutefois à la requérante qu'elle ne répondra pas à ses dernières observations, celles-ci étant tardives.

14. Le 3 septembre 2022, trois soumissionnaires, dont la requérante, déposent une offre.

15. Le 12 octobre 2021, la partie adverse estime que les offres de la requérante et de la société MESTRABEL sont entachées d'une irrégularité substantielle. Elle reproche à l'offre de la requérante de ne pas respecter plusieurs des prescriptions techniques dès lors qu'elle ne propose pas d'affranchissement par l'entité adhérente, mais permet uniquement un affranchissement via une marque d'affranchissement unique « Port Payé » par le soumissionnaire lui-même (service de routage).

Le même jour, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société bpost.

Cette décision, de même que la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante, font l'objet d'un recours en annulation introduit par la requérante et enrôlé sous le numéro G/A. 235.214/VI-22.205.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un moyen unique pris de la violation « des articles 4, 5 § 1^{er} et 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 53, §, 1^{er}, § 2 et § 4 en matière des spécifications techniques, de l'article 81 § 1^{er} et § 2, des articles 56, 62, 51 et 52 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), de l'article 22 de l'AR du 24 avril 2014 portant réglementation du service postal, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration, notamment du principe de minutie et du principe du raisonnable et de proportionnalité et du principe de la motivation matérielle ».

La requérante affirme qu'il n'est pas possible, en application du cahier spécial des charges, de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle formule en substance cinq griefs, qui peuvent être identifiés comme étant des branches distinctes.

Dans la première branche de son moyen, la requérante critique l'objet du marché en ce qu'il serait limité à la prestation du service postal universel, qui est actuellement réservé exclusivement à bpost, ce qui exclurait tout autre prestataire de services postaux.

Cette illégalité découle, selon elle, du fait que l'article 1.1 du cahier spécial des charges contraint le prestataire de services postaux à proposer l'ensemble des modes d'affranchissement prévus à l'article 22 de l'arrêté royal du 24 avril 2014 portant réglementation du service postal. Elle explique que cela impose aux soumissionnaires de proposer trois méthodes de pré-affranchissement par l'entité adhérente elle-même (par timbre-poste, au moyen de la machine à affranchir des entités adhérentes ou par une « marque d'affranchissement unique »), en plus d'une possibilité d'affranchissement par l'opérateur économique, à titre d'option obligatoire. Dans le même sens, elle critique le fait que les entités adhérentes doivent pouvoir apposer une valeur réelle d'affranchissement sur les envois, qui indique le tarif réellement appliqué.

Selon la requérante, cette exigence du cahier des charges revient à nier l'équivalence légale des méthodes d'affranchissement et à favoriser le prestataire de service universel qui disposerait d'un monopole sur deux méthodes de pré-affranchissement (timbres et machines à affranchir) et d'un avantage économique sur ces méthodes de pré-affranchissement.

La requérante considère que l'objectif de la procédure d'attribution est, dans son ensemble, de garantir au pouvoir adjudicateur le meilleur prix et le meilleur service pour la collecte et le traitement de la poste sortante. La méthode proposée par le soumissionnaire pour atteindre cet objectif (en ce compris la méthode d'affranchissement) est, selon elle, d'une importance secondaire. L'équivalence légale des quatre méthodes d'affranchissement prévues à l'article 22 de l'arrêté royal du 24 avril 2014 portant réglementation du service postal serait, du reste, consacrée par cet article et aurait été reconnue par le Conseil d'État dans l'arrêt n° 249.941 du 2 mars 2021.

La requérante insiste sur le fait qu'en imposant le pré-affranchissement des envois avec des timbres, des machines à affranchir exclusivement certifiées par bpost ou une « marque affranchissement unique », cela revient à utiliser une méthode d'affranchissement qui rémunère directement et préalablement le prestataire du service universel, à savoir bpost. Elle souligne également que l'affranchissement via une machine à affranchir ou *via* une marque d'affranchissement unique « Port Payé »

appartenant à l'entité adhérente serait contraire au fonctionnement et au financement des activités d'un prestataire de routage.

De telles exigences ont pour conséquence, soit d'exclure les prestataires de routage de l'accès au marché, soit de leur nuire gravement (ce qui suffit, selon la requérante, pour démontrer une violation des articles 5 et 53 de la loi du 17 juin 2016). Elle estime, par conséquent, que le marché a été conçu sur mesure pour bpost et qu'il n'existe pas d'exigence particulière propre au marché qui pourrait justifier de telles spécifications techniques restrictives de la concurrence, qui ne sont pas intrinsèquement liées à l'objet du marché et qui ne sont pas proportionnées à la valeur et aux objectifs de celui-ci.

Selon la requérante, le cahier spécial des charges, tel que rédigé, ne l'autoriserait pas à présenter un produit ou un service équivalent – tel qu'un service de routage – en violation de l'article 53, § 4, de la loi du 17 juin 2016.

Ce faisant, le cahier spécial des charges imposerait, par ailleurs, une mesure qui a un effet équivalent à une discrimination au sens de l'article 56 du TFUE. La requérante soutient que le pouvoir adjudicateur serait en mesure de répondre à ses besoins par une solution équivalente en divisant le marché en plusieurs lots selon chaque méthode légale d'affranchissement, en combinaison avec des activités de routage.

La requérante invite le Conseil d'État à poser la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice de l'Union européenne quant à la portée des articles 56, 62, 51 et 52 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« Est-ce que le présent cahier des charges, en exigeant sous peine d'irrégularité substantielle de l'offre, une offre de base pour plusieurs méthodes d'affranchissement légalement équivalentes, dont certaines sont réservées exclusivement au prestataire du service universel dans le sens de l'article 4 de la Directive 97/69/EC, est en violation avec l'article 56, 62, 51 et 52 du TFEU dans la mesure où cette exigence est une mesure avec effet équivalent d'une mesure discriminatoire entravant la libre circulation des services et la libre concurrence dans le chef du prestataire de services d'activité de routage?

Est-ce que dans l'affirmative, il incombe au pouvoir adjudicateur de procéder à une division du marché en plusieurs lots, lesquels ont respectivement comme objet une des quatre méthodes légales d'affranchissement d'envois postaux relevant du service postal universel prévues à l'article 22 de l'AR du 24 avril 2014 portant réglementation du service postal ? »

B. Mémoire en réponse

Au sujet de la première branche, la partie adverse rappelle que le pouvoir adjudicateur, qui est le mieux à même d'identifier ses besoins, dispose d'un grand pouvoir d'appréciation dans le cadre de la conception d'un marché et de la rédaction du cahier des charges y afférent.

Elle souligne qu'en sa qualité de centrale d'achats, elle devait prendre en compte les besoins différents et spécifiques de tous ses adhérents en matière de services postaux. Elle affirme que certains d'entre eux « affranchissent aujourd'hui leur courrier avec des timbreuses, qui [...] ont représenté un investissement considérable dans leur chef », et que le choix « d'exiger que l'affranchissement des envois puisse notamment être effectué par l'entité adhérente elle-même, au moyen d'une timbreuse, de timbres-poste et d'un code d'identification unique s'explique ainsi notamment en raison de cette situation factuelle existante ».

Elle explique qu'il faut également tenir compte du fait qu'une machine à affranchir présente de nombreux avantages pour l'entité qui l'utilise, notamment en termes de contrôle interne des dépenses et de suivi de la quantité de courrier affranchi, ce qui est de nature à renforcer le choix du pouvoir adjudicateur d'imposer cette exigence.

La partie adverse reproche à la requérante de manquer de cohérence lorsqu'elle soutient, à la fois, que les prescriptions litigieuses seraient de nature à désavantager les soumissionnaires autres que bpost et qu'elles auraient pour effet d'exclure certains soumissionnaires de la participation au marché.

Selon elle, le fait que la société bpost soit le prestataire du service postal universel est une réalité juridique, à laquelle elle est étrangère mais dont il faut s'accommoder, qui découle de l'article 14 de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux. Elle souligne que la société bpost n'est toutefois pas la seule à pouvoir prêter des services de courrier qui relèvent du service universel, puisque tout opérateur du secteur peut le faire à condition qu'il dispose d'une licence délivrée conformément à l'article 6 de la loi du 26 janvier 2018. Elle cite les prestataires qui ont obtenu une telle licence.

Il est par ailleurs possible pour un opérateur actif dans les services postaux de conclure des conventions de collaboration avec le prestataire du service universel ou avec les détenteurs d'une licence de prestation de service postal universel, en vue

de rendre l'un des services réservés à ce prestataire et aux titulaires d'une telle licence. Il serait dès lors incorrect d'affirmer que tout autre opérateur de service postal que bpost serait dans l'impossibilité de participer au marché en cause.

Selon la partie adverse, la requérante – qui admet du reste collaborer avec bpost pour la prestation de certains services – était en mesure de faire offre dans le cadre du marché, moyennant le recours à une collaboration avec d'autres prestataires de services postaux. Elle constate que la requérante a d'ailleurs remis une offre en réponse au cahier spécial des charges qu'elle critique, qui se fonde sur une convention de collaboration avec bpost.

La partie adverse souligne que la certification et l'agrément des machines à affranchir sont organisés par la loi et que, contrairement à ce que soutient la requérante, bpost n'est pas la seule à pouvoir certifier/agréer les machines à affranchir. Elle cite les cas de TBC-Post, qui dispose d'une licence pour émettre des timbres et permettre à ses clients de faire usage d'une machine à affranchir, et de Deutsche Post Global Mail SA, qui peut également émettre des timbres pour rémunérer ses services.

Selon la partie adverse, la critique de la requérante est donc essentiellement liée au fait que l'exigence d'un pré-affranchissement obligatoire par l'entité adhérente est contraire au modèle économique qu'elle entend développer, à savoir les services de routage. La partie adverse estime cependant qu'elle ne peut être tenue pour responsable du choix économique et commercial qui a ainsi été posé.

La partie adverse établit un parallèle avec l'enseignement de l'arrêt n° 243.332 du 7 janvier 2019, dans lequel le Conseil d'État aurait rejeté un argument similaire à celui développé par la requérante. Selon elle, « si Postalia ne souhaite pas faire les démarches/investissements nécessaires pour obtenir une licence afin de pouvoir prêter des service de courrier qui relèvent du service universel (l'obtention de cette licence n'étant pas fermée ou réservée) ou pour être en mesure de pouvoir agréer/certifier les machines à affranchir, ou encore qu'elle n'est pas prête, compte tenu des particularités et contraintes du secteur, à collaborer avec d'autres opérateurs économiques du secteur, c'est son propre choix commercial et elle doit en assumer les conséquences en pratique, sans imposer ses propres pratiques aux acheteurs publics qui souhaitent mettre en place le marché qui sera le plus avantageux pour eux (et/ou pour leurs adhérents, comme en l'espèce) »

La partie adverse estime enfin que la demande de question préjudicielle

est sans objet et dénuée de pertinence pour la solution du litige, et doit dès lors être rejetée.

C. Mémoire en réplique

La requérante revient sur certains éléments de fait du dossier.

Elle relève que la partie adverse n'apporte pas la preuve que TBC Post dessert effectivement l'ensemble du territoire national, et souligne que cette société n'a d'ailleurs pas participé au marché. Elle conteste également l'affirmation de la partie adverse selon laquelle les machines à affranchir ne seraient pas intrinsèquement liées à bpost, et mentionne à cet égard que Deutsche Post Global Mail SA ne dispose plus d'une licence individuelle depuis le 15 décembre 2020.

Elle soutient que l'objet du marché « fait exclusivement référence aux “services postaux universels tels que prévus par l'article 15 de la loi du 26 janvier 2018”, lequel article définit les services imposés à bpost ». Le cahier des charges ne stipulerait en revanche pas « que l'objet du marché porte sur “les services d'envois de correspondance qui relèvent du service universel” au sens de l'article 6 de la loi du 26 janvier 2018 ».

Au sujet spécifiquement des arguments contenus dans la première branche, la requérante souligne à nouveau que le cahier spécial des charges impose au prestataire de services postaux de proposer simultanément tous les modes d'affranchissement prévus par l'article 22 de l'arrêté royal du 24 avril 2014 portant réglementation du service postal. Elle réaffirme que seul bpost est en mesure de satisfaire à cette exigence. Selon elle, les spécifications techniques du marché à cet égard « sont des exigences qui ont été conçues sur mesure pour le prestataire des services postaux universels de bpost ».

Par ailleurs, les avantages que la partie adverse voit dans l'utilisation de la machine à affranchir existeraient également dans le cadre de l'usage du « Port Payé » par le prestataire d'une activité de routage, qui permet aussi de contrôler les dépenses et la quantité de courrier affranchi.

Elle affirme qu'il est impossible, sur le plan économique, de collaborer avec bpost pour offrir la possibilité d'utiliser les machines à affranchir de cet opérateur ou une marque d'affranchissement unique appartenant au pouvoir adjudicateur. Ces deux modes d'affranchissement impliquent en effet uniquement la

rémunération de bpost, de sorte que la requérante ne serait pas du tout rémunérée pour ses services.

Elle conteste également l’affirmation de la partie adverse selon laquelle bpost ne serait pas la seule à pouvoir certifier ou agréer des machines à affranchir, et invoque à cet égard les articles 24 et 25 de l’arrêté royal du 24 avril 2014 portant réglementation du service postal.

Elle rappelle que, pour pouvoir invoquer le bénéfice de l’article 53 de la loi du 17 juin 2016, il n’est pas nécessaire de démontrer qu’il serait absolument impossible de satisfaire à une spécification technique, mais qu’il suffit de démontrer que celle-ci la place dans une situation désavantageuse.

Elle maintient en conséquence sa demande de question préjudicielle à la Cour de Justice de l’Union européenne.

Au surplus, la requérante paraphrase ou renvoie à l’argumentation qu’elle développe dans sa requête en annulation.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse, après avoir rappelé les principes applicables, insiste sur les contradictions qu’elle perçoit dans la position de la requérante, et rappelle certaines des observations contenues dans son mémoire en réponse. Elle réitère son affirmation qu’elle n’a pas à supporter les conséquences du modèle économique choisi par la requérante, qui s’abstient de demander une licence individuelle en application de l’article 6 de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux.

Elle réaffirme que « l’exigence du “pré-affranchissement” obligatoire et, plus précisément, l’exigence du [cahier spécial des charges] selon laquelle les envois doivent pouvoir être affranchis par les entités adhérentes elles-mêmes, au moyen d’une timbreuse, de timbres-poste, et par un code d’identification unique est une exigence régulière, non-discriminatoire et qui se justifie précisément au regard de la structure du marché et de ses spécificités », en particulier les besoins divers des adhérents auquel le marché doit répondre.

La partie adverse critique ensuite la position défendue dans le rapport de l’auditeur.

Elle estime qu'un pouvoir adjudicateur peut faire référence, dans son cahier des charges, « à un procédé particulier (et donc définir des spécifications techniques par rapport à une solution technique permettant d'atteindre un résultat) à partir du moment où ce procédé particulier répond à un besoin et est donc finalement justifié, ce qui est le cas en l'espèce ».

Elle fait valoir que la spécification technique concernée est destinée à faire face « à l'ensemble des besoins divers de ses adhérents » et qu'elle a dû « conceptualiser son marché d'une manière qui puisse répondre aux besoins de tous ses adhérents ». Elle soutient que l'utilisation des machines à affranchir par les entités adhérentes, et plus largement le pré-affranchissement par ces entités, « renvoie bel et bien à des besoins sous-jacents, qui sont inhérents à la fonction que poursuivent les entités adhérentes et aux contraintes auxquelles elles sont soumises en pratique ».

Elle détaille plusieurs de ces contraintes, liées à l'impossibilité de prévoir et de planifier les envois de courriers, et cite les nombreux avantages qui résulteraient de l'utilisation d'une timbreuse par les entités concernées.

Au sujet de l'investissement réalisé par ses adhérents pour se procurer une machine à affranchir, la partie adverse indique qu'une majorité d'entre eux est concernée, et dépose à son appui la preuve que certains de ses adhérents ont soit acheté, soit loué pour plusieurs années, une machine à affranchir. Ces éléments attesteraient de la « pratique actuelle (et en réalité historique) des entités adhérentes qui sont ainsi dans les liens d'un contrat pour la location des machines à affranchir » et démontreraient l'existence de « besoins sous-jacents » qui seraient « inhérents à la fonction que poursuivent les entités adhérentes et aux contraintes auxquelles elles sont soumises en pratique ».

Elle détaille ensuite lesdits besoins des diverses entités adhérentes.

Il existerait tout d'abord une impossibilité de « prévoir/planifier les envois de courriers ». Elle insiste sur les envois urgents, qui doivent intervenir dans des délais de rigueur, et sur les envois en grands nombres (comme les avertissements extraits de rôle). Elle soutient que les entités adhérentes doivent être en mesure « de pouvoir connaître, avec exactitude, les dates d'envoi » desdits courriers et qu'en cas d'affranchissement par le prestataire externe, il n'y aurait « pas de contrôle sur cet élément » et qu'un risque existerait « que les délais ne soient pas assurés/respectés ». La machine à affranchir permettrait en outre de « faire face aux urgences au jour le jour », ce que ne permettrait pas un prélèvement externe du courrier à heure fixe. Elle

prend l'exemple de l'envoi d'un permis d'urbanisme le dernier jour du délai qui « amène les entités adhérentes à affranchir parfois en extrême limite dans la journée par rapport à l'heure de levée ».

Elle évoque également la pratique d'administrations communales qui, dans certaines hypothèses, font payer à l'administré les frais réels de l'envoi postal qui lui est adressé. Ceci rendrait indispensable « de connaître le coût réel et exact de l'envoi », et ce en temps réel, ce qui ne serait possible que par le pré-affranchissement par l'entité adhérente. Elle précise « qu'une différence d'un gramme » peut avoir « des répercussions sur le tarif ».

Il serait également essentiel, pour les communes, de « pouvoir budgéter un montant (pour les frais postaux) pour l'année suivante », le pré-affranchissement par l'entité concernée étant la méthode qui permet aux communes « d'évaluer de la manière la plus juste possible les crédits nécessaires et la dépense dont le montant est à budgéter ». Une telle précision ne serait pas garantie en cas d'affranchissement par un prestataire externe.

La machine à affranchir jouerait également « un rôle important dans la refacturation interne entre services communaux et extra-communaux » qui utilisent la même machine. Le pré-affranchissement par l'adhérent « permet ainsi de connaître, en temps réel, les consommations de chaque entité, d'ajuster les budgets nécessaires à l'affranchissement et de refacturer à ces entités les coûts liés à ce service ».

La partie adverse rappelle ensuite les limites du contrôle que peut exercer le Conseil d'État, qui ne peut s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont dispose le pouvoir adjudicateur lorsqu'il détermine ses besoins et conçoit son marché. Selon elle, l'exigence du pré-affranchissement par le pouvoir adjudicateur n'est pas manifestement déraisonnable dès lors qu'elle se fonde sur un besoin existant des entités adhérentes à la centrale d'achats « qui est de poursuivre leur fonctionnement au moyen de l'appareil qu'elles louent (pour la plupart) et qui leur semble la manière la plus opportune et efficace de procéder ».

Elle soutient ensuite que cette exigence n'est pas un obstacle injustifié à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Rien dans le dossier ne le corroborerait et trois sociétés ont déposé une offre pour le marché « et étaient en pratique en mesure de remettre une offre conforme, répondant aux exigences du CSC ». Au sujet de l'offre de la société requérante, elle affirme que si cette dernière s'était associée « pleinement » (et pas seulement pour une partie du marché) avec la

société bpost (et ne s'était pas écartée de certaines prescriptions techniques et modifié dans la foulée l'inventaire des prix), son offre pour ce marché n'aurait sans doute pas été écartée pour irrégularité substantielle ».

La partie adverse indique enfin, pour réfuter l'argument financier invoqué par l'auditeur dans son rapport, que le tarif pratiqué par bpost pour l'affranchissement par timbreuse est « nettement inférieur » au tarif normal par timbres.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Principes applicables

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans le cadre de la formulation des spécifications techniques d'un marché, qui est justifiée par sa meilleure connaissance des travaux, services ou fournitures dont il a besoin, qui implique qu'il est aussi le plus apte à déterminer les exigences auxquelles il doit être satisfait afin d'obtenir les résultats souhaités.

L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose cependant au pouvoir adjudicateur de respecter, tout au long de la procédure de passation d'un marché, les principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité. Ces principes sont notamment applicables lorsque le pouvoir adjudicateur détermine les spécifications techniques applicables à un marché déterminé.

L'article 53 de la loi du 17 juin 2016 précitée encadre spécifiquement la formulation des spécifications techniques par le pouvoir adjudicateur. Les quatre premiers paragraphes de cette disposition sont rédigés comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur inclut dans les documents du marché les spécifications techniques, qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services.

Ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou d'exécution des travaux, des fournitures ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

[...]

§ 2. Les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés.

§ 3. Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit de l'Union européenne, les spécifications techniques sont formulées de l'une des façons suivantes :

1° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, en ce compris des caractéristiques environnementales, à condition qu'elles soient suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché ;

2° soit par référence à des spécifications techniques et par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux évaluations techniques européennes, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures. Chaque référence est accompagnée de la mention "ou équivalent";

[...]

§ 4. Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.

[...] ».

Cette disposition entend concilier l'imposition de spécifications techniques par les acheteurs publics et l'ouverture des marchés publics à la concurrence, en exigeant de ces spécifications qu'elles soient suffisamment transparentes, non discriminatoires et proportionnées.

La Cour de Justice de l'Union européenne considère que les articles 18 et 42 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics – respectivement transposés en droit interne belge par les articles 4 et 53 de la loi du 17 juin 2016 – imposent que « les spécifications techniques, dans leur ensemble, respectent les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité », ce qu'il appartient à la juridiction saisie d'un litige à ce sujet de vérifier, dans le respect de la marge d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (CJUE, 25 octobre 2018, C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865, points 40 et 45).

Ceci implique notamment que les spécifications techniques, lorsqu'elles ont pour effet de restreindre la participation la plus large possible des opérateurs économiques à une procédure de passation, doivent être proportionnées, c'est-à-dire qu'elles doivent être liées à l'objet du marché et qu'elles ne peuvent aller au-delà de

ce qui est nécessaire pour satisfaire le besoin identifié par le pouvoir adjudicateur.

B. Application au cas d'espèce

L'exigence litigieuse du cahier spécial des charges, valable pour « l'ensemble des envois » concernés par le marché, est libellée comme suit :

« 1. Modalités pour l'ensemble des envois

1.1. Modalités pour l'affranchissement des envois :

- Les méthodes ci-dessous doivent être prévues pour affranchir les envois, dans la mesure du possible pour les prestations demandées :
 - o Au moyen d[e] timbres-postes (pour les lettres) par l'entité adhérente ;
 - o Au moyen d'une machine à affranchir (lettres, paquets) par l'entité adhérente ;
 - o Au moyen d'un code d'identification unique (lettres) par l'entité adhérente ;
 - o Au moyen d'une facturation différée (lettres) par l'entité adhérente ;
 - o Par l'opérateur économique (option exigée, pour les lettres et paquets).
- Les modes d'affranchissement indiqués doivent être compris dans le prix, à l'exception de l'affranchissement par l'opérateur économique, qui fait l'objet d'une option exigée.
- L'opérateur économique doit pouvoir utiliser la machine à affranchir des entités adhérentes et prévoir la possibilité de charger en ligne la machine à affranchir.
- Les entités adhérentes doivent pouvoir apposer une valeur réelle d'affranchissement sur les envois, qui indique le tarif réellement appliqué.
- Possibilité de proposer les modes d'affranchissement susmentionnés + description de ceux-ci à inclure par le soumissionnaire dans l'offre ».

Ces modalités d'exécution du marché, qui doivent être considérées comme des spécifications techniques au sens de l'article 53, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, concernent l'affranchissement des envois. Elles visent à imposer à l'opérateur postal de fournir la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs d'affranchir eux-mêmes leurs envois par l'utilisation, à leurs choix, de timbres postes, d'une machine à affranchir ou d'un code d'identification unique.

Dans ce contexte, la requérante affirme, en substance, qu'elle est en mesure de remettre une offre pour l'enlèvement et la distribution de l'ensemble des catégories d'envois (courriers et paquets) décrits par le cahier des charges, mais que la spécification technique en question aboutit à l'exclure du marché car, dans le cadre de son activité de routage, elle est incapable d'offrir de telles modalités d'affranchissement. Selon elle, cette spécification est un obstacle à la concurrence et est contraire à l'article 53 de la loi du 17 juin 2016. La partie adverse estime quant à

elle disposer d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les prescriptions techniques applicables au marché. La prescription en cause serait en l'occurrence justifiée par les pratiques, et donc les besoins, de certains de ses adhérents quant à l'affranchissement du courrier. Ces prescriptions n'auraient par ailleurs pas pour effet d'exclure certains opérateurs économiques, ceux-ci étant juridiquement en mesure de se conformer aux prescriptions en question.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la spécification technique précitée n'impose pas le recours aux services de bpost pour l'affranchissement des envois. D'autres prestataires de services postaux pourraient, moyennant l'obtention d'une licence individuelle accordée par l'IBPT sur le fondement de l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux, développer un service de distribution couvrant tout ou partie des prestations du service universel et, le cas échéant, mettre en place des modes d'affranchissement pouvant satisfaire à la spécification technique en question.

La partie adverse ne conteste toutefois pas que, hormis bpost, les prestataires de services postaux proposant en Belgique un affranchissement *via* des timbres-poste ou une machine à affranchir sont peu nombreux. Elle cite à cet égard la société TBC-Post (timbres et machines à affranchir) et Deutsche Post Global Mail SA (timbres). Outre bpost, seule la société TBC-Post pouvait donc théoriquement déposer une offre, pour autant qu'elle soit en mesure de respecter la prescription selon laquelle « l'opérateur économique doit pouvoir utiliser la machine à affranchir des entités adhérentes et prévoir la possibilité de charger en ligne la machine à affranchir », ce que rien dans le dossier ne permet d'établir.

Le cahier spécial des charges impose ainsi une spécification technique qui, sans exclure juridiquement un autre prestataire que bpost, tend à réduire considérablement la possibilité d'une concurrence concrète dans l'attribution du marché en cause.

La proportionnalité de cette spécification doit donc pouvoir être justifiée. Il convient dès lors d'examiner si celle-ci est bien en lien avec l'objet du marché et si la restriction qu'elle porte à la concurrence est nécessaire à la satisfaction des besoins identifiés par les documents du marché.

Selon l'avis de marché, celui-ci « porte sur une centrale d'achats ayant pour objet les services postaux universels tels que prévus par l'article 15 de la loi postale du 26 janvier 2018 et les services d'enlèvement de courrier divers ».

Le cahier des charges décrit comme suit l'« objet » et la « nature du marché » :

« Le présent marché porte sur une centrale d'achats ayant pour objet les services postaux universels tels que prévus par l'article 15 de la loi postale du 26 janvier 2018 et les services d'enlèvement de courrier divers.

[...]

Il s'agit d'un marché à bordereau de prix (A.R. 18 avril 2017, art. 2, §4°). [...] Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre ».

L'article 14.2.1 du cahier spécial des charges, qui détermine le « lieu où les services doivent être exécutés », précise que « les services seront exécutés aux endroits renseignés par les différentes entités adhérentes ».

Les prescriptions techniques du cahier des charges énoncent les types d'envoi que le prestataire de service aura à distribuer pour les adhérents de la partie adverse, dont certains seulement relèvent des prestations du service universel. Elles comprennent également l'exigence suivante, au sujet de l'« enlèvement des envois » :

« 2.3. Enlèvement des envois

- Les envois adressés journaliers sont enlevés chaque jour ouvrable par l'opérateur économique dans les locaux des différentes entités adhérentes. Si un enlèvement doit être prévu à des adresses supplémentaires, les adhérents transmettront ces adresses au minimum quinze jours ouvrables à l'avance à l'opérateur économique.
- Dans l'inventaire, le soumissionnaire indique son prix pour un enlèvement journalier à une adresse, de max. 500 kg, entre :
 - o 11:00 – 13:30 ;
 - o 13:30 – 16:00 ;
 - o 16:00 – 18:00 ;
 - o 18:00 – 19:00 ;

S'il le souhaite, le soumissionnaire peut proposer dans l'offre ses prix pour d'autres types d'enlèvements ».

Une « option exigée » des soumissionnaires est par ailleurs libellée comme suit :

« Enlèvement et traitement des lettres non encore affranchies : le soumissionnaire doit proposer son service et ses prix, de sorte que les adhérents puissent faire appel à un service pour enlever le courrier quotidiennement ou à certains jours fixes en semaine dans leurs locaux et acheminer celui-ci vers un point d'accès, et ce, suivi par un affranchissement de ce courrier par l'opérateur économique. Cette option

exigée ne s'applique pas à l'envoi d'importants volumes de courrier national ».

L'objet du marché, tel qu'il apparaît des extraits précités des documents du marché, est l'enlèvement des différentes catégories de courriers et de colis des adhérents de la partie adverse, à partir d'un endroit déterminé par eux, ainsi que l'acheminement, le tri et la distribution de ces envois à leurs destinataires. Cet objet n'est pas limité aux services relevant du « service postal universel », dont le contenu est énoncé par l'article 15, § 1^{er}, de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux. D'une part, certains des envois et colis concernés par le marché n'ont pas les caractéristiques des envois et colis visés par cette disposition. D'autre part, l'enlèvement des envois postaux et des colis dans un lieu déterminé par l'expéditeur – qui est imposé par le cahier des charges pour l'essentiel des envois de l'adhérent – ne relève pas du service postal universel. Il résulte en effet d'une application combinée des articles 2, 3^o et 4^o, et 15 de la loi précitée que la « levée » des envois postaux relevant du service postal universel ne doit être effectuée par le prestataire du service postal qu'à partir des « points d'accès », telles des boîtes aux lettres, définis par lui.

La spécification technique contestée est relative à la possibilité qui doit être donnée aux pouvoirs adjudicateurs d'affranchir eux-mêmes leurs envois en cours d'exécution du marché.

L'affranchissement, dans le cadre du service postal, est la marque apposée sur un envoi démontrant à l'opérateur chargé de son traitement et de sa distribution que son service a été payé conformément à ses tarifs. Il s'agit donc à la fois d'un mode de paiement et de la preuve de ce paiement.

Cette spécification n'a donc d'incidence ni sur la prestation du service postal confié à l'adjudicataire, ni sur sa qualité. À cet égard, la requérante n'est pas valablement contredite en ce qu'elle affirme que l'affranchissement « Port Payé » qu'elle appose elle-même sur les envois est équivalent aux affranchissements directement apposés par les expéditeurs.

Cette spécification peut néanmoins être considérée comme étant en lien avec l'objet du marché puisqu'elle est relative au paiement de la prestation de l'opérateur postal et qu'elle a pour objectif affirmé de s'accommoder des diverses pratiques des pouvoirs adjudicateurs concernés dans la gestion interne de leur correspondance.

Les motifs énoncés par la partie adverse pour justifier l'exigence de fournir aux pouvoirs adjudicateurs des modalités leur permettant d'affranchir

eux-mêmes leurs envois n'en établissent toutefois pas le caractère proportionné.

En premier lieu, la partie adverse, en tant que centrale d'achats agissant au nom de plus de cinquante pouvoirs adjudicateurs, est responsable du respect, dans les procédures de passation qu'elle organise, des principes visés à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle doit en particulier s'assurer du respect du principe de concurrence, lors de la rédaction des documents du marché, nonobstant les besoins spécifiques de l'un ou l'autre pouvoir adjudicateur.

En deuxième lieu, les arguments de la partie adverse fondés sur une meilleure prévision et un meilleur suivi budgétaire lorsque le pouvoir adjudicateur peut lui-même affranchir ses envois ne peuvent être suivis.

La partie adverse ne démontre pas que, s'agissant de réaliser des prévisions budgétaires, la facturation du service postal ne permettrait pas d'atteindre le même degré de précision que l'utilisation des données comptables pouvant être extraites d'une machine à affranchir.

Les affirmations de la partie adverse quant à la nécessité, pour certains de ses adhérents, de suivre en temps réel les frais postaux qu'ils exposent, et quant à l'impossibilité de le faire autrement que par l'usage d'une machine à affranchir, ne sont étayées que par l'exemple d'une seule commune, dans la matière de la délivrance de documents administratifs, et ne peuvent donc justifier, à elles seules, une réduction de la concurrence au détriment de dizaines d'autres entités. À supposer que – comme l'affirme la partie adverse – il soit nécessaire pour ce pouvoir adjudicateur de déterminer immédiatement le prix d'un courrier afin de le répercuter aussitôt auprès d'un administré, ce résultat peut être atteint en pesant l'envoi et en confrontant ce poids à la grille de tarification du prestataire du service postal.

Enfin, rien ne semble empêcher, dans le cadre de l'exécution du marché concerné, que le prestataire de services distingue, notamment sur le plan de la facturation, les courriers des diverses entités exerçant leurs activités dans les mêmes locaux. La possibilité qu'offre la machine à affranchir de créer un compte pour chaque entité utilisant la même machine ne suffit pas à étayer l'argumentation de la partie adverse quant à un meilleur suivi du budget ou des dépenses postales de telles entités.

En troisième lieu, l'investissement réalisé par certains adhérents de la partie adverse dans l'acquisition ou la location d'une machine à affranchir n'est pas non plus de nature à justifier la spécification technique en cause.

La partie adverse verse au dossier des preuves d'achat ou de location d'une machine à affranchir par neuf de ses adhérents. Elle affirme par ailleurs qu'une majorité d'entre eux utilise des machines à affranchir.

Ni l'utilisation actuelle généralisée des machines à affranchir par les adhérents de la partie adverse, ni les investissements que certains d'entre eux ont récemment réalisés, ne peuvent suffire à démontrer une volonté générale desdits adhérents de continuer à utiliser ce mode particulier de paiement des prestations de l'opérateur postal, et ce en dépit du coût éventuellement plus élevé du service postal qui peut résulter d'un amoindrissement de la concurrence.

À cet égard, il doit être constaté qu'il ressort des documents produits par la partie adverse que les sommes en cause sont en réalité modestes et qu'elles ne peuvent être considérées comme un « investissement considérable », ce que la partie adverse semble admettre dans son dernier mémoire. Un investissement d'un montant relativement modeste par certains adhérents d'une centrale d'achats, qu'il conviendrait à leurs yeux de rentabiliser, ne peut justifier que le bénéfice de la concurrence soit réduit.

En quatrième lieu, les affirmations de la partie adverse quant à l'impossibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, d'assurer le même contrôle et le même suivi de leurs envois, notamment les courriers urgents et recommandés, lorsque l'affranchissement est réalisé par un tiers utilisant la méthode « Port Payé », ne résistent pas à l'analyse.

D'une part, l'argument de la partie adverse repose en partie sur sa méfiance en la capacité d'un prestataire de service postal affranchissant la correspondance pour ses clients de garantir que les envois urgents et recommandés soient traités le jour même où ils lui sont confiés. Il ressort cependant du cahier spécial des charges que le prestataire du service postal doit s'engager à introduire tous les envois qui lui sont confiés « dans le circuit postal le jour même de l'enlèvement ou du dépôt dans un point d'accès ». Cette exigence suffit à garantir que les correspondances devant être envoyées endéans un certain délai le seront au jour décidé par le pouvoir adjudicateur. La partie adverse ne peut pas, à cet égard, présupposer que le prestataire désigné comme adjudicataire manquera à ses obligations.

D'autre part, la requérante énonce comme suit, dans son dernier mémoire, les garanties qui sont liées au service qu'elle propose dans le cadre de l'utilisation de

l'affranchissement en « Port Payé » :

« 4. La partie adverse prétend qu'il y aurait moins de facilités de contrôle en temps réel pour le pouvoir adjudicateur en cas d'affranchissement par le prestataire de services, puisqu'il n'y aurait pas de tracing du courrier récupéré par le prestataire, ni moyen de faire l'adéquation entre le courrier récupéré et affranchi par le prestataire d'une part et les factures émises par le prestataire d'autre part.

5. Ce raisonnement est faux en ce qui concerne la façon de travailler de la requérante.

1/ D'abord, chaque client a la possibilité standardisée d'utiliser la plateforme électronique de la partie requérante pour enregistrer chaque jour le nombre d'envois (lettres et paquets et envois recommandés) qu'il a compté lui-même selon le type d'envoi (lettre prior, lettre non prior, paquet, envoi recommandé). Cet enregistrement peut être affiné en faisant sur la plateforme plusieurs sous-catégories selon le format et le poids des envois.

Sur base de ces enregistrements le pouvoir adjudicateur est en mesure de faire le calcul du coût des envois puisque les prix sont fixés dans l'offre. En plus, sur ce point, il n'y a pas de différence entre l'affranchissement par le pouvoir adjudicateur avec sa PP et l'affranchissement par le prestataire avec sa PP.

Lorsque la requérante constate qu'elle a traité plus ou moins d'envois qu'enregistré par le pouvoir adjudicateur à la plateforme, ce dernier en est informé par courriel automatique.

2/ La requérante photographie lors du traitement et triage machinal chaque envoi au moment de la pose de l'étiquette Mail ID avec tampon digital de la registration temporelle de la photo. Dès lors il y a une preuve des lettres affranchies par le prestataire de services avec l'adresse et le code du Mail ID. En cas de doute ou de discussion ces preuves peuvent – sur demande explicite du pouvoir adjudicateur - être fournies pour que le pouvoir adjudicateur puisse faire des vérifications sur base de l'adresse de chaque envoi traité. Toutes ces données peuvent également être fournies dans un tableau en format excel. Ces informations et preuves sont disponibles pendant une durée limitée conforme aux exigences du GDPR.

Pour tout paquet traité, un "track and trace" est disponible et librement accessible au pouvoir adjudicateur.

3/ Sur chaque facture figure le nombre d'envois, classé par catégorie d'envoi, par poids et par jour.

4/ Sur demande expresse du pouvoir adjudicateur, il est possible dans un délai de 12 jours après date de levée d'obtenir pour un envoi spécifique (lettre particulière) le trajet de cette lettre sur base du code Mail ID de cette lettre (toutes les étapes de traitement par la requérante et par bpost en vue de la distribution).

Il y a donc suffisamment de moyens pour faire le suivi du coût financier des envois en temps utile.

La seule différence entre le pré-affranchissement par timbres ou par la machine à affranchir ou par PP par l'entité adhérente et affranchissement par la requérante (prestataire de services) est que le travail est fait manuellement par le personnel des entités adhérents avec des erreurs humaines et que l'affranchissement par PP par le prestataire de services est automatisé et digitalisé par des machines ».

Ces affirmations de la requérante quant au suivi possible d'un envoi affranchi en « Port Payé » n'ont pas été contestées à l'audience.

Les affirmations de la partie adverse quant au caractère inférieur du suivi et du contrôle de la correspondance, lorsqu'elle n'est pas affranchie par le pouvoir adjudicateur lui-même, ne reposent pas sur une réalité que le dossier administratif permet de vérifier.

En cinquième lieu, s'il peut être admis qu'il est parfois nécessaire, pour une autorité administrative, d'envoyer des courriers recommandés urgents qui ont été finalisés après le passage du prestataire du service postal, la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que cela suffit à justifier la spécification technique en cause.

La fréquence d'une telle nécessité doit d'abord être envisagée au regard de la prescription précitée du cahier spécial des charges qui impose au prestataire du service postal, et ce pour « tous les types d'envois », qu'ils soient introduits « dans le circuit postal le jour même de l'enlèvement ou du dépôt dans un point d'accès ». Cette disposition doit elle-même être lue conjointement avec celle qui prévoit que le soumissionnaire doit indiquer son prix pour un enlèvement journalier entre « 11:00 – 13:30 », « 13:30 – 16:00 », « 16:00 – 18:00 » ou « 18:00 – 19:00 », ce qui laisse supposer que chaque adhérent de la partie adverse peut choisir l'heure à laquelle le courrier est journalièrement enlevé par le prestataire du service postal.

Il se déduit de ces deux exigences que le prestataire du service postal a l'obligation et la responsabilité d'intégrer l'envoi recommandé dans le circuit postal le jour même où il lui est confié, et que l'entité adhérente peut faire le choix – si elle l'estime justifié compte tenu de ses missions et des délais qui s'imposent généralement à elle – de demander à cet opérateur un enlèvement de son courrier entre 16 et 18 heures, voire entre 18 et 19 heures, c'est-à-dire en fin de journée de travail.

À défaut de toute pièce versée au dossier administratif démontrant le contraire, l'envoi de courriers recommandés *in extremis*, le dernier jour d'un délai de rigueur, après le passage du prestataire du service postal, ne peut donc être envisagé que comme une nécessité occasionnelle.

Or le cahier des charges prévoit, au point 1.3 des prescriptions techniques, la possibilité pour les entités adhérentes de la partie adverse de déposer des envois de ce type dans un « point d'accès » du prestataire du service. Dans son courriel du 25 août 2021, la partie adverse a indiqué à la requérante que c'est « compte tenu de

l'obligation de dépôt de certains plis urgents par les adhérents (notamment en matière d'urbanisme) après les heures prévues pour l'enlèvement [que] les points d'accès sont indispensables », et sont donc imposés pour le marché en cause.

Dans ce contexte, l'envoi *in extremis* des courriers urgents, après le passage du prestataire du service postal, n'est pas susceptible de justifier l'importante restriction de concurrence qu'implique la spécification technique contestée.

Il résulte de ce qui précède que les arguments de la partie adverse ne permettent pas de démontrer la nécessité, et donc le caractère proportionné, au regard de l'objet du marché, de la prescription technique imposant que, dans le cadre du service postal défini par le marché, les pouvoirs adjudicateurs puissent affranchir eux-mêmes leurs envois.

Le moyen unique est fondé, en sa première branche, en ce qu'il est pris de la violation des articles 4 et 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

V. Indemnité de procédure et autres dépens

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

L'annulation de l'acte attaqué justifie par ailleurs que les autres dépens soient laissés à la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La délibération du 11 mai 2021 du conseil d'administration de l'Intercommunale pure de financement du Brabant Wallon approuvant le cahier spécial des charges n ° MP-IPFBW/PO/Services postaux/2021, relatif à un marché public de service ayant pour objet « les services postaux universels tels que prévus par l'article 15 de la loi postale du 26 janvier 2018 et les services d'enlèvement de courrier divers » est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 27 janvier 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Laurence Vancrayebeck,
Xavier Close,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseillère d'État,
conseiller d'État,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy