

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 260.555 du 30 août 2024

A. 242.732/VI-23.117

En cause : **la société à responsabilité limitée
T-REX SAFETY,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Gauthier ERVYN, Marie-Cécile FLAMENT
et Noamane LATRACHE, avocats,
avenue Herrmann-Debroux 40
1160 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public BPOST,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kathleen DE HORNOIS
et Debora SHALA, avocats,
Luchthaven Nationaal 1J
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 août 2024, la société à responsabilité limitée (SRL) T-REX Safety demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de Bpost du 17 juillet 2024, attribuant le "marché de fournitures de bonnets avec lampe LED" au soumissionnaire Prosafco NV et classant l'offre de la requérante en deuxième position ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 août 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 août 2024.

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

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

M. David De Roy, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Gauthier Eryvn et Marie-Cécile Flament, avocats, comparaissant pour la partie requérante et M^e Kathleen De Hornois, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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. Exposé des faits

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. [B]post SA est une société anonyme de droit public, ayant son siège social à Boulevard Anspach 1, boîte 1, 1000 Bruxelles (Belgique) et ayant comme numéro d'entreprise 0214.596.464. Elle a notamment pour objet "l'exploitation de services postaux [...], la fourniture de services financiers postaux [...], l'exploitation de services du transport [...], l'exploitation de services de colis [...], l'exploitation de services de vente au détail [...], la fourniture de services de proximité [...], la fourniture de services de communication papier ou digitale [...],..." (Pièce 1).
2. Conformément aux dispositions légales de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics et plus particulièrement de son article 124, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, la Partie Adverse a décidé, le 17 mai 2024 (date d'envoi du cahier des charges (Pièce 2) et de la lettre d'invitation à remettre offre), de lancer un marché public selon la forme d'une procédure négociée sans mise en concurrence préalable ayant pour objet un marché de fournitures de bonnets rechargeables équipés d'une lumière LED et comportant un logo [B]post sous la forme d'un accord-cadre bilatéral.
3. Suivant l'article 2, 27^o, de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics, une procédure négociée sans mise en concurrence préalable vise la procédure de passation dans laquelle l'entité adjudicatrice demande une offre aux opérateurs économiques de son choix et peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Cette procédure implique notamment qu'il n'est pas nécessaire qu'un délai de 15 jours s'écoule entre la communication de la décision motivée d'attribution et la conclusion du marché (Article 12 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).
4. Une lettre d'invitation à remettre offre pour ce marché a été envoyée le même jour, soit le 17 mai 2024, à six entreprises, potentiels soumissionnaires, à savoir :

PROSAFCO NV, AU BLEU SARRAU, BEDRIJFSKLEDING VEYS, T-REX SAFETY, VERA et FDS PROMOTIONS (Pièce 3).

5. La durée de l'accord-cadre est de 4 ans, avec possibilité de reconduction tacite 4 fois pour une période d'un an.

6. La date limite pour obtenir des informations supplémentaires sur le marché ou signaler des erreurs ou omissions dans le cahier des charges était le 23 mai 2024 (Pièce 2, page 7/49). Le cahier des charges indique explicitement que "Les soumissionnaires doivent notifier à [B]post toute objection (juridique) éventuelle concernant la procédure de placement et les documents du marché, toute ambiguïté ou inexactitude, au moins le 23 mai 2024" (Pièce 2, page 9/49).

7. La date limite de soumission des offres pour le marché était fixée au 13 juin 2024 à 13.00 (Pièce 2, page 7/49).

8. Afin de soumettre une offre, les soumissionnaires devaient envoyer plusieurs documents (Pièce 2, page 14/49), dont l'Annexe A : Formulaire d'appel d'offres/formulaire de devis et l'Annexe B : Inventaire sous la forme d'un formulaire Excel séparé.

9. [B]post a déterminé les spécifications techniques et fonctionnelles suivantes liées à l'objet du marché (Pièce 2, page 37/49) :

Un bonnet chaud et confortable doté d'une lampe LED amovible pour une excellente visibilité en cas de faible luminosité. La LED rechargeable peut être chargée sur un port USB-A.

3.2.1. Bonnets

- Matière : 100% Acrylique tricoté.
- Gris avec fil réfléchissant tricoté
- Logo Bpost brodé en fil réfléchissant sur un écusson gris dans le même gris que le bonnet avec une bordure noire.
L'écusson mesure 7 cm sur 4 cm et se trouve sur le rebord du bonnet.
Il se trouve sur le côté droit de la face avant.
- Tricot de jauge 9
- Doublure douce de 40 g/m² pour plus de chaleur et de confort
- Taille unique

3.2.2. Lampes

Les lampes intégrées et amovibles sont conçues pour un large éventail de tâches, de la sécurité à l'utilisation quotidienne.

- Différents niveaux de luminosité réglables
- Luminosité : au moins jusqu'à 150 lumens
- Durée d'éclairage : 2 à 4 heures, selon le niveau de luminosité
- Alimentation : rechargeable via un chargeur USB (non fourni)
- Fonction : High-Medium-Flash
- Distance d'éclairage : élevée - 10 mètres, moyenne - 5 mètres
- Conforme à la norme IP23 : étanche à l'eau de pluie

10. [B]post a déterminé deux critères d'attribution s'appliquant à l'attribution du marché, à savoir d'une part, le prix, et, d'autre part, le délai de livraison. Une pondération a été attribuée à chacun de ces critères. Le cahier des charges indique que "Sur la base de la pondération de tous ces critères, le marché sera attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre régulière la plus économiquement avantageuse du point de vue de [B]post." (Pièce 2, page 16/49).

11. Le critère du prix s'est vu attribuer une pondération d'un poids de 80%. Pour apprécier ce critère d'attribution, le soumissionnaire devait compléter l'inventaire (Annexe B au cahier des charges sous la rubrique "P1") et le joindre à son offre.

Ce critère d'attribution est apprécié selon la règle de trois appliquée au prix total hors TVA. (rubrique "PT" de l'inventaire) : Règle de trois ; score de l'offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre examiné) * 80.

12. Le critère du délai de livraison s'est vu attribuer une pondération d'un poids de 20%. Pour apprécier ce critère d'attribution, le soumissionnaire devait compléter l'inventaire (Annexe B au cahier des charges en vigueur, Poste L1) et le joindre à son offre.

13. Le cahier des charges indique que le délai est 18 semaines maximum après réception de la commande (y compris les jours de congé, les jours fériés, les contrôles de qualité et la "mise à l'expédition"). Le soumissionnaire doit indiquer dans l'inventaire (Annexe B au cahier des charges en vigueur) s'il peut garantir un meilleur délai de livraison. Il indique en outre dans quelle mesure le délai de livraison peut être influencé par les quantités commandées.

Il y [est] précisé que chaque offre précisant un délai de livraison plus long sera considérée comme non-conforme.

Le cahier des charges indique que l'évaluation du critère de délai de livraison sera effectuée suivant un score attribué pour chaque tranche de livraison de 3 semaines, selon le tableau comme suit (Pièce 2, Page 16/49) :

Délai de livraison	Score
Livraison en 3 semaines	20
Livraison en 6 semaines	16
Livraison en 9 semaines	12
Livraison en 12 semaines	8
Livraison en 15 semaines	4
Livraison en 18 semaines (maximum)	0

Le cahier des charges indique également que :

“ Le contractant doit toujours envoyer une confirmation de commande, indiquant la date exacte et la quantité de livraison correcte, à la personne indiquée sur le bon de commande dans les 72 heures suivant la réception d'une commande.

Les livraisons effectuées après la date de livraison formellement confirmée entraîneraient des pénalités de retard et éventuellement un refus de livraison ou une annulation de la commande. En cas de livraison après le délai de livraison maximum convenu, des pénalités de retard seront également facturées [...].

Si le contractant ne peut exécuter le(s) bon(s) de commande envoyé(s) par le client, il doit le signaler par courrier électronique dans les 72 heures suivant leur réception.

Cette notification doit être adressée à la personne de contact du client indiquée sur le bon de commande (PO), en précisant les motifs et, le cas échéant, une solution alternative qui n'entraînerait pas de délais de livraison ni de frais supplémentaires pour le client.” (Pièce 2, pages 18-19/49).

14. Ainsi qu'il en ressort de la décision d'attribution du marché (Pièce 4), trois soumissionnaires ont introduit une offre en temps voulu :

N°	Nom	Adresse	Numéro d'entreprise
1	FDS Promotions	Waterrijtstraat 32, 3920 Lommel	0461.313.984
2	PROSAFCO NV	Ovenhoek 2, 8800 Roeselare	0896.106.685
3	T-REX SAFETY	Rue des Dizeaux 2, 1360 Perwez	0834.515.942

15. Il a été procédé à la vérification administrative des offres des trois soumissionnaires (Pièce 5).

16. Conformément à l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, [B]post a procédé à la vérification de la régularité des offres reçues. Constatant que l'un des trois soumissionnaires, à savoir FDS Promotions, ne répondait pas aux exigences minimales en termes de tricot pour lequel [B]post exige une jauge de 9, celui-ci a vu son offre être considérée comme étant irrégulière (Pièce 4, page 6/12).

Les offres des deux autres soumissionnaires, à savoir celle de PROSAFCO NV et celle de T-REX SAFETY, la partie requérante, ont quant à elles été considérées comme régulières (Pièce 4, page 6/12).

17. Afin de départager ces deux soumissionnaires, [B]post a procédé à une évaluation et une comparaison des offres (Pièce confidentielle A) selon les critères d'attribution mentionnés au cahier des charges (Pièce 4, pages 6 et 7) et exposés aux points 8 à 11 de la présente Note d'observations.

Les offres déposées par l'attributaire du marché public (Pièce confidentielle B), par le soumissionnaire FDS Promotion (Pièce confidentielle C), ainsi que par la partie requérante (Pièce confidentielle D) sont jointes au dossier administratif. Ces pièces comportent des éléments relevant du secret des affaires – notamment le prix proposé – en sorte qu'il y a lieu d'en maintenir la confidentialité.

L'évaluation effectuée par [B]post a donné le résultat suivant s'agissant des deux soumissionnaires dont l'offre était déclarée régulière (Pièce 4, page 8/12) :

N°.	Critère d'attribution	PROSAFCO NV	T-REX SAFETY
1	Prix – 80%	73,27%	80%
2	Délai de livraison – 20%	20% (3 semaines)	0% (18 semaines)
TOTAL:		93,27%	80,00%

Sur base des critères d'attribution et de leur pondération, PROSAFCO NV obtient le score total le plus élevé, soit 93,27%, arrivant en deuxième position pour le critère du prix (73,27%), mais première s'agissant du critère du délai de livraison (20%), en ce qu'elle propose un délai de livraison de 3 semaines, contre 18 semaines pour la partie requérante. La partie requérante obtient quant à elle un score total de 80%.

18. Le 17 juillet 2024, [B]post adopte une décision d'attribution du marché public ayant pour objet 'Marché de fournitures de bonnets avec lampe LED' au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus avantageuse, régulière et la plus appropriée, à savoir PROSAFCO NV aux prix unitaires indiqués dans son offre (Pièce 4). Il s'agit de la décision attaquée par la partie requérante.

19. Le 29 juillet 2024, la lettre d'attribution et de conclusion du marché, ainsi que la décision motivée d'attribution ont été envoyées par *e-mail* à PROSAFCO NV (Pièce 6), de même que les lettres de non-attribution ainsi que la décision

motivée d'attribution à FDS Promotions (Pièce 7) et la Partie Requérante (Pièce 8).

20. Etant donné la forme du marché public, à savoir une procédure négociée sans mise en concurrence préalable, n'impliquant pas un délai d'attente entre la communication de la décision d'attribution du marché public et la conclusion du marché, un contrat entre [B]post et PROSAFCO NV, l'attributaire du marché public, a bel et bien été conclu et communiqué par *e-mail* le 29 juillet 2024 (Pièce 6).

21. Le 14 août 2024, [B]post s'est vu notifier la demande de suspension d'extrême urgence introduite par la partie requérante contre la décision litigieuse (ci-après : "La Requête") ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, qu'elle résume comme suit :

« 1. La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 81 et 153, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 74 de l'Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe de proportionnalité, d'égalité et mise en concurrence et de bonne administration, et plus spécifiquement du devoir de minutie, des dispositions du cahier spécial des charges.

2. En effet, la partie adverse n'a pas procédé à l'examen du caractère réaliste du délai de livraison qui constituait pourtant un des critères d'attribution, et ce contrairement à la jurisprudence de Votre Conseil (cfr. notamment C.E., 25 janvier 2022, n° 252.751, ASBL COHEZIO).

En résumé et selon cette jurisprudence constante, retenu en tant que critère d'attribution de l'offre, le délai d'exécution constitue nécessairement un élément essentiel du marché, ce qui impose à la partie adverse de vérifier, avec une attention particulière, le caractère réaliste de ce délai.

Or, l'acte attaqué ne rend pas compte du fait que la partie adverse a procédé à une vérification du délai d'exécution et ne contient aucune motivation quant à l'appréciation du caractère réaliste de ce délai.

3. Selon la requérante, le délai qu'a remis l'adjudicataire du marché est manifestement irréaliste. Les bonnets faisant l'objet du marché présentent des spécifications techniques importantes, qui nécessitent une fabrication sur mesure, en Chine. Or, le fournisseur unique de ces bonnets, qui intervient pour tous les distributeurs belges dont l'adjudicataire, a confirmé à la requérante qu'il est logistiquement impossible de livrer ce produit spécifique dans des délais aussi courts.

4. La partie adverse ne s'est donc pas acquittée de son devoir de vérification du caractère réaliste des délais proposés dans les offres ou, à tout le moins, n'a pas motivé adéquatement sa décision ».

B. Note d'observations

La partie adverse a exposé une argumentation qu'elle résume comme suit :

- « 3. La Partie Adverse a démontré qu'elle a procédé à la vérification de la régularité des offres *in concreto*. En effet, l'offre qui avait été déposée par l'attributaire du marché indiquait un délai de livraison de 3 semaines.
4. Durant toute la durée de la procédure, soit à partir de l'envoi de l'appel d'offres le 17 mai 2024, jusqu'à l'attribution du marché le 17 juillet 2024, aucun soumissionnaire, y compris la Partie Requérante, n'a émis la moindre remarque concernant le délai de livraison du produit faisant l'objet du marché litigieux. Néanmoins, et précisément afin de satisfaire à son obligation de vérification, la Partie Adverse a expressément demandé à l'attributaire du marché public de confirmer si elle était en mesure de respecter le délai de livraison de 3 semaines qui avait été indiqué dans son offre. Celui-ci a expressément confirmé le délai de livraison de 3 semaines dès la réception du bon de commande et ce, sans aucune réserve ou déviation par rapport aux différentes livraisons.
5. Par conséquent, la Partie Adverse a bien procédé à la vérification des offres et n'a pas pu commettre d'erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas irréaliste le délai de livraison de 3 semaines tel que repris dans l'offre de l'attributaire ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

En termes de requête, la requérante fait grief à la partie adverse de n'avoir pas procédé à l'examen du caractère réaliste du délai d'exécution annoncé par le soumissionnaire PROSAFCO. Elle reproche également un manquement de la partie adverse à son obligation de motivation formelle.

Dans sa note d'observations, la partie adverse déclare être soumise à l'obligation de vérification à laquelle elle soutient s'être conformée en invitant le soumissionnaire PROSAFCO à confirmer qu'il était en mesure de respecter le délai de livraison de trois semaines indiqué dans son offre.

En termes de plaidoiries, la requérante fait valoir – au vu des courriels échangés entre la partie adverse et le soumissionnaire PROSAFCO – que la simple demande de confirmation adressée par la partie adverse ne sert pas l'objectif de vérification du caractère réaliste du délai et que la seule confirmation donnée par ce soumissionnaire ne permet pas à la partie adverse de s'assurer de ce caractère réaliste. Elle soutient également que la motivation de l'acte attaqué n'est pas adéquate.

Une vérification effective du caractère réaliste du délai de livraison indiqué dans l'offre supposait que la partie adverse ne se borne pas à demander une confirmation du délai indiqué, mais invite le soumissionnaire à justifier concrètement ce caractère réaliste, et qu'ensuite elle porte – notamment sur la base des justifications fournies – une appréciation effective et concrète de caractère réaliste. Par ailleurs, et compte tenu de ce que la partie adverse avait estimé devoir interroger ce soumissionnaire avant d'évaluer son offre au regard du critère du délai, elle devait rendre compte de ce fait et de ses suites dans une motivation adéquate de la décision d'attribution du marché.

La motivation de l'acte attaqué ne contient pas la moindre référence aux échanges entre la partie adverse et le soumissionnaire PROSAFCO ; elle ne permet ni à la requérante de comprendre les raisons qui ont déterminé la partie adverse à admettre comme réaliste le délai indiqué dans l'offre de ce soumissionnaire, ni au Conseil d'État de vérifier que cette même partie adverse a effectivement apprécié ce caractère réaliste. La partie adverse a donc bien, comme le soutient la requérante, manqué à son obligation de motivation formelle.

Au regard du vice de légalité ainsi retenu, il est indifférent que la requérante n'ait pas posé de questions ou formulé d'observations relatives au délai de livraison préalablement à l'échéance de remise des offres, et il ne peut être tiré argument de cette abstention.

En tant qu'il dénonce une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle, le moyen unique est sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

Dans sa requête, la requérante demandait que soit maintenue la confidentialité des pièces A et B de son dossier, ainsi que de son offre, telle qu'elle serait déposée par la partie adverse. Sur l'invitation du premier auditeur rapporteur, faisant suite aux objections de la partie adverse à propos du maintien de confidentialité de la pièce B du dossier de la requérante, celle-ci a toutefois renoncé à sa demande, pour ce qui concerne cette pièce.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces A à D du dossier administratif, la pièce D étant l'offre de la requérante.

Ces demandes, telles qu'actualisées, n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision de Bpost du 17 juillet 2024, attribuant le « marché de fournitures de bonnets avec lampe LED » au soumissionnaire Prosafco NV et classant l'offre de la requérante en deuxième position est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce A du dossier de pièces de la requérante et les pièces A à D du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 30 août 2024, par la VI^e chambre des vacations du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

David De Roy,
Adeline Schyns,

président de chambre,
greffière,

La Greffière,

Le Président,

Adeline Schyns

David De Roy