

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

n° 255.668 du 1^{er} février 2023

A. 238.085/VI-22.482

En cause : **la société à responsabilité limitée**
POSTALIA BELGIUM,
ayant élu domicile chez
M^e Rika HEIJSE, avocat,
Dorpsstraat 1
9052 Gand,

contre :

- 1. l'État belge**, représenté par la Ministre de l'Intérieur,
ayant élu domicile chez
M^{es} David D'HOOGHE et
Bruno LOMBAERT, avocats,
Central Plaza - rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,
- 2. la Police fédérale**, Direction générale de
de la gestion des ressources et de l'information,
Direction des finances.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 janvier 2023, la SRL Postalia Belgium demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution « [des] décision[s] suivante[s] de la Ministre de l'Intérieur :

- la décision de date inconnue déclarant l'offre de Postalia Belgium SRL pour le marché public relatif à un accord-cadre de *cosourcing* des services postaux au profit de la Police fédérale rédigé sur base de la loi du 17 juin 2016 (secteurs classiques) (CSC n° *procurement* 2023 R3 018) substantiellement irrégulière et donc nulle,
- la décision de date inconnue attribuant le marché public relatif à un accord-cadre de *cosourcing* des services postaux au profit de la Police fédérale rédigé sur base de la loi du 17 juin 2016 (secteurs classiques) (CSC n° *procurement* 2023 R3 018) à l'entreprise IPEX,

- la décision implicite de date inconnue n'attribuant pas le marché public relatif à un accord-cadre de *cosourcing* des services postaux au profit de la Police fédérale rédigé sur base de la loi du 17 juin 2016 (secteurs classiques) (CSC n° *procurement* 2023 R3 018) à Postalia Belgium ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 janvier 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 janvier 2023.

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

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

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Rika Heijse, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^{es} Bruno Lombaert et Julie Simba, avocats, comparaisant pour la première partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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

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

« [...] La Police Fédérale a publié le 20 mai 2022 l'avis de marché pour un accord-cadre de *cosourcing* des services postaux au profit de la Police Fédérale rédigé sur base de la loi du 17 juin 2016 (secteurs classiques) (CSC n° *procurement* 2023 R3 018) (pièce 03). Il s'agit d'un marché européen.

[...] Le cahier des charges prévoit pour les soumissionnaires la possibilité d'appliquer une révision des prix (CSC p 16, point d. et avis rectificatif n° 2) à

condition que la formule contienne un coefficient fixe de 10 % pour ce qui concerne la partie des services qui est exclue des services postaux universels :

“ Conformément à l’article 38/7 de l’AR2, les soumissionnaires pourront opter pour des prix fixes pour toute la durée du marché ou pour une révision des prix selon la formule de révision suivante :

En ce qui concerne la partie des services incluse dans les services postaux universels, les prix seront adaptés par le prestataire de services universels.

En ce qui concerne la partie des services qui est exclue des services postaux universels (l’enlèvement), la formule de révisions des prix suivante est d’application :

$$P = P_o (0,10 + 0,80(C/C_o) + 0,10(D/D_o))$$

dont :

P = nouveau prix

P_o = prix de base de l’offre

0,10 = coefficient fixe

C_o = indice du trimestre précédant la date d’ouverture des offres

C = même indice, du dernier trimestre disponible précédant la date de la demande de révision des prix.

Index C : <https://statbel.fgov.be/fr/themes/indicateurs-conjoncturels/prix/indices-des-prix-pour-les-services> - Chiffres - Téléchargements - Indice des prix pour les services - Autres activités de poste et de courrier (53.2)

D_o = indice diesel applicable à la date d’ouverture des offres

D = le même indice, disponible à la date de la demande de révision des prix

Index D : www.agoria.be - Mercuriale des matériaux - Gasoil - usage routier”.

[...] Si le soumissionnaire ne peut se rallier à la formule de révision des prix proposée au point précédent, il peut proposer lui-même une autre formule de révision des prix en annexe A, laquelle devra impérativement répondre aux exigences déterminées par la clause générale comptable en annexe E, sous peine d’irrégularité de son offre. L’index applicable et l’organisme émettant doivent être joints à l’offre administrative.”

L’annexe E impose les exigences suivantes (CSC p 56 point 4.2.2.) :

“ 4.2.2. Une formule de révision de prix est proposée dans le cahier spécial des charges.

Si le soumissionnaire le juge nécessaire il peut, motivation en détail, proposer une autre formule de révision de prix. Celle-ci doit répondre aux prescriptions suivantes :

- Le facteur fixe de 10 % est maintenu;
- Seuls les paramètres et les pondérations peuvent être modifiés, dans la mesure où ils reflètent la structure réelle des coûts et que les paramètres soient objectifs et contrôlables”.

Les autres provisions concernant la formule de révision ne sont donc pas imposées, telles que, par exemple, les critères relatifs aux moments de lecture (point 4.3.4.).

[...] La requérante a posé des questions relatives à l'étendue de la possibilité de proposer d'autres formules de révision que celle du cahier des charges spécial auxquelles le pouvoir adjudicateur a répondu ainsi [...] :

9. Prijzen | d. Prijsherziening
Bestek p. 17-18

Vraag 3 :

- a. U omschrijft de prijsherzieningsformule voor het gedeelte van de dienstverlening dat buiten de universele postdiensten vallen (zijnde de afhaling). Echter vermeld u de prijsherziening voor de verwerkingskosten niet.
- b. De prijsherziening voor portkosten (universele postdiensten) werd eveneens niet vermeld.
- c. Mogen wij deze daarom uitbreiden in bijlage A onder punt 4.2 Prijsherziening zodat de prijsherziening voor deze opdracht zowel afhaling, verwerkingskost en portkosten omvat?
- d. U omschrijft eveneens dat wij ten vroegste elke twaalf maanden te rekenen vanaf de uiterste indieningsdatum van de offertes of datum van ontvangst van elke vroegere aanvraag tot prijsherziening mogen indienen.
 - ✗ Is dit verplicht?
 - ✗ Wat is de uiterste datum om dit in te dienen?
 - ✗ Voor portkosten bijvoorbeeld kan dit niet op de verjaardag van de toegekende opdracht. Deze zijn vastgelegd door het BIPT en de universele dienstverlener past deze elk jaar per 1 januari aan. Ik ga er van uit dat de prijsherziening telkens vanaf 1 januari van het nieuwe jaar wordt vastgelegd.
- e. Mogen wij vanuit gaan dat we , met de ingediende prijzen voor 2022 en mogelijks de opdracht pas start per 03/2023 , vanzelfsprekend de portkosten van dat jaar van toepassing zijn?

Traduction libre :

“ 9. prix – d)– révision des prix

Cahier des charges p. 17-18

Question 3 :

- a. Vous indiquez la formule de révision des prix pour la partie de la prestation de services qui ne relève pas du service postal universel (soit la levée). Cependant, vous ne mentionnez pas la révision du prix pour les frais de traitement.
- b. La révision du prix de l'affranchissement (service postal universel) n'a pas non plus été mentionnée.
- c. Pouvons-nous donc l'étendre à l'annexe A, au point 4.2 Révision des prix, afin que la révision des prix pour cette mission comprenne à la fois la levée, les coûts de traitement et l'affranchissement ?
- d. Vous mentionnez également que nous pouvons soumettre des révisions de prix au plus tôt tous les 12 mois à compter de la dernière date de soumission de l'offre ou de la date de réception de toute demande antérieure de révision de prix.
 - Est-ce une obligation ?
 - Quelle est la date limite pour soumettre cette demande ?
 - Par exemple, pour l'affranchissement, cela ne peut se faire à la date anniversaire de l'attribution de la mission. Elles sont fixées par l'IBPT et le prestataire du service universel les adapte chaque année au 1^{er} janvier. Je suppose que la révision des prix est fixée chaque fois à partir du 1^{er} janvier de la nouvelle année.
- e. Pouvons-nous supposer qu'avec les prix soumis pour 2022 et éventuellement la mission ne commençant que le 03/2003, nous appliquerons évidemment les frais d'affranchissement de cette année-là ?”

La partie adverse a répondu ainsi [...]

Question 3 :

- a, b, c: u kunt in bijlage A een formule voorstellen overeenkomstig de voorwaarden van het bestek.
- d. ja.
- e. een erratum 1 is in voorbereiding.

Traduction libre

- “ Question 3
a,b,c : vous pouvez proposer une formule à l’annexe A conformément au cahier des charges.
d. oui
e. un erratum 1 est en préparation”

La requérante a soumis deux formules de révision des prix dans son offre : pour les coûts de levée et pour les frais de traitement [...].

L’offre de la requérante est déclarée nulle sur base d’une irrégularité substantielle alléguée [...]. Elle est fondée sur les motifs suivants :

- “ Notes sur la formule 1 pour les coûts de levée :
- Il ne peut être demandé une révision annuelle automatique des prix.
Ceci est contraire aux dispositions du cahier spécial des charges (point 9.d) :

La demande de révision des prix pourra être introduite par envoi recommandé à la partie cocontractante, au plus tôt tous les 12 mois à compter de la date ultime pour la réception des offres ou de la date de réception de toute demande de révision des prix antérieure.

Elle devra être adressée au service contrôle des prix :

Le fournisseur devra demander une révision de prix annuellement par lettre recommandée à ses frais au mois de décembre si un changement de prix est prévu au mois de janvier de l’année suivante.

- Le coefficient fixe de 10% imposé par la Clause comptable générale n’a pas été pris en compte;
- L’utilisation de l’indice ITLB dans la première formule est possible, mais l’indice préféré n’est pas clairement établi, l’indice □national général□ ou l’indice □messagerie□;
- Aucun ajustement intermédiaire des prix n’est autorisé en cours d’année, puisque le point 9.d du cahier spécial des charges l’exclut :

La demande de révision des prix pourra être introduite par envoi recommandé à la partie cocontractante, au plus tôt tous les 12 mois à compter de la date ultime pour la réception des offres ou de la date de réception de toute demande de révision des prix antérieure.

Commentaires sur la formule 2 pour les frais de traitement :

- Le coefficient fixe de 10% imposé par la Clause comptable générale n’a pas été pris en compte;
- L’indice des prix à la consommation ne peut être accepté. Des indices plus appropriés sont disponibles. Cet indice comprend à la fois des biens et des services, et une très grande variété de chacun. L’indice proposé doit se rapprocher le plus possible de la situation réelle.
Ceci constitue une violation de la section 4.1.1.1.de l’annexe E du cahier spécial des charges. □La révision des prix s’appuie sur des paramètres objectifs et vérifiables et utilise des coefficients de pondération appropriés et reflète ainsi la structure réelle des coûts□.

Ceci est également contraire au point 4.2.2. de l'annexe E du cahier spécial des charges : seuls les paramètres et les pondérations peuvent être ajustés dans la mesure où ils reflètent la structure réelle des coûts et où les paramètres sont objectifs et vérifiables.

Ces irrégularités sont de nature à empêcher la comparaison des offres entre elles, ce qui constitue une irrégularité substantielle au sens de l'art. 76, § 1, al. 3 de l'AR du 18 avril 2017.

Ainsi, l'irrégularité substantielle de l'offre de POSTALIA BELGIUM a été établie.

Conformément à l'art. 76, § 3 de l'AR du 18 avril 2017, l'offre de POSTALIA BELGIUM est déclarée nulle" ».

IV. Mise hors de cause de la Police fédérale

Une erreur dans l'identification de la partie adverse ne conduit pas à l'irrecevabilité du recours, dès lors qu'elle n'a pu nuire aux droits de la défense de cette partie au litige.

La Police fédérale, deuxième partie adverse, ne disposant pas d'une personnalité juridique distincte de l'État belge, première partie adverse, elle doit être mise hors de cause.

V. Irrecevabilité de la demande de suspension en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché à la requérante

V.1. Thèses des parties

La requérante justifie son intérêt à obtenir la suspension de l'exécution des décisions attaquées pour « empêcher la partie adverse d'exécuter le marché sur la base du cahier des charges contesté ».

La première partie adverse conteste la recevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante, celle-ci restant en défaut de démontrer que le marché passé avec la société IPEX devait lui être attribué.

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 requérante n'invoque pas les éléments concrets qui, eu égard à tous ceux dont il faut tenir compte dans le cadre du présent recours, permettraient d'aboutir à la constatation que l'autorité n'avait d'autre option que de la désigner comme attributaire du marché, si les violations qu'elle dénonce – pour autant qu'elles soient établies – n'avaient pas été commises.

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

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la « violation de l'article 76, § 1^{er} et § 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics [dans les secteurs classiques], 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 ».

Elle reproche à la décision attaquée de déclarer son offre nulle en raison de l'irrégularité substantielle qui affecte les formules de révision des prix qu'elle a proposées. Elle soutient qu'il n'y a pas de base juridique pour déclarer son offre irrégulière et qu'il suffisait d'écarter les formules alternatives proposées et de garder celle qui est prévue par le cahier spécial des charges. Elle expose que la sanction de l'irrégularité substantielle est réservée au cas où le soumissionnaire ne respecte pas les dispositions du cahier, qu'elle n'a pas rejeté la formule de révision des prix de ce cahier et que les irrégularités pointées par le pouvoir adjudicateur n'empêchent pas la comparaison des offres ni ne rendent inexistant, incomplet ou incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues. Ceci vaut d'autant plus, selon elle, que le soumissionnaire avait le choix lors de l'exécution du marché, soit d'appliquer la formule de révision des prix, soit de garder des prix fixes. Elle en déduit que les décisions attaquées violent les dispositions légales et réglementaires visées au moyen et que les décisions de déclarer son offre irrégulière et d'attribuer le marché à la société IPEX sont illicites.

Après avoir rappelé le contenu de l'article 76, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et du devoir de motivation formelle et matérielle qui s'impose au pouvoir adjudicateur, la requérante développe comme il suit son argumentation :

« [...] Les dispositions invoquées sont violées de la façon suivante :

[...] Le CSC laisse le libre choix au soumissionnaire de décider, une fois que le marché est attribué, d'appliquer une révision des prix ou de garder les prix fixes de l'offre. Par ailleurs, le soumissionnaire avait la possibilité de proposer une autre formule de révision des prix.

Cette formule alternative n'est pas appréciée dans le cadre des critères d'attribution et n'a donc pas une incidence sur la comparaison des offres.

Il ne s'agissait pas d'un élément empêchant la comparaison des offres entre elles au sens de l'article 76 AR 18.04.2017, car il n'était en rien certain que – au cas où le pouvoir adjudicataire accepterait la formule alternative – le soumissionnaire l'appliquerait effectivement, puisque le CSC laissait le libre choix au soumissionnaire d'appliquer ou non la formule lors de l'exécution du marché.

Dans cette mesure, la décision n'est pas motivée de façon pertinente et elle n'est pas conforme à l'article 76, § 1^{er}, [de l']AR 18.04.2017. La formule alternative proposée n'avait pas d'effet sur les prix à comparer dans le cadre des critères d'attribution. La formule alternative de révision ne tombait pas sous l'application de l'article 76, § 1^{er}, 4^e alinéa, [de l'] AR 18.04.2017.

La formule alternative de révision ne donnait pas un avantage discriminatoire au soumissionnaire, n'entraînait pas une distorsion de concurrence, n'empêchait pas l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou ne rendait pas inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

À supposer que les autres formules ne répondaient pas aux exigences du cahier des charges spécial, celles-ci ne pouvaient représenter que des irrégularités non substantielles, qui même cumulées ou combinées, n'étaient pas de nature à avoir un effet empêchant la comparaison des offres. L'offre de la requérante ne pouvait donc pas légalement être déclarée nulle.

Il suffisait de ne pas accepter les autres formules et de garder la formule prévue au cahier des charges basé sur l'indice des prix pour les services [...] et l'indice d'Agoria relatif à la Mercuriale des matériaux – gasoil- usage routier [...].

[...] Les décisions ne sont donc pas prises sur base d'une motivation adéquate et ne reposent pas sur des motifs objectivement exacts. Le devoir de minutie est violé dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a commis une illégalité.

Conclusion : le premier moyen est sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante conteste que le pouvoir adjudicateur ait pu écarter son offre pour irrégularité substantielle.

Conformément à l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier la régularité des offres, c'est-à-dire leur conformité avec l'ensemble des exigences de la réglementation et

des documents du marché, ce qui comprend les spécifications techniques qui figurent dans ces documents.

L'article 76, §§ 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme il suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle. Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;
3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.
§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.
§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 ».

Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché.

Si le pouvoir adjudicateur constate des dérogations aux prescriptions issues des documents du marché, il lui revient de les examiner, de qualifier les irrégularités de substantielles ou non substantielles et d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée.

En l'espèce, le cahier spécial des charges, dans sa dernière version, comporte, sous le point « 9. Prix », un point « d. Révision des prix » qui prévoit ce qui suit :

« Conformément à l'article 38/7 de l'AR2, les soumissionnaires pourront opter pour des prix pour toute la durée du marché ou pour une révision des prix selon la formule de révision suivante :

En ce qui concerne la partie des services incluse dans les services postaux universels, les prix seront adaptés par le prestataire de services universels.

En ce qui concerne la partie des services qui est exclue des services postaux universels (l'enlèvement), la formule de révision suivante est d'application :

[...]

Si le soumissionnaire ne peut se rallier à la formule de révision des prix proposée au point précédent, il peut proposer lui-même une autre formule de révision des prix en annexe A, laquelle devra impérativement répondre aux exigences déterminées par la clause générale comptable en annexe E, sous peine d'irrégularité de son offre. L'index applicable et l'organisme émettant doivent être joints à l'offre administrative.

[...] ».

L'annexe E du cahier spécial des charges, intitulée « Clause générale comptable applicable au contrôle des prix et des éléments à caractère financier dans les marchés de la police fédérale », comprend une « section 4 – Formule de révision des prix » qui contient notamment la disposition suivante :

« 4.2.2. Une formule de révision de prix est proposée dans le cahier spécial des charges.

Si le soumissionnaire le juge nécessaire, il peut, motivation en détail, proposer une autre formule de révision de prix. Celle-ci doit répondre aux prescriptions suivantes :

- Le facteur fixe de 10% est maintenu;
- Seuls les paramètres et les pondérations peuvent être modifiés, dans la mesure où ils reflètent la structure réelle des coûts et que les paramètres soient objectifs et contrôlables ».

Le cahier spécial des charges indique expressément que les exigences déterminées par la clause générale comptable reprise en annexe E constituent des « exigences substantielles » puisque, suivant les termes de ce cahier, la formule de révision des prix proposée par le soumissionnaire dans son offre doit « impérativement » satisfaire aux exigences de l'annexe E « sous peine d'irrégularité de son offre ».

La décision d'écarter l'offre de la requérante pour irrégularité substantielle au motif que les formules de révision des prix, proposées par la requérante, ne répondent pas aux exigences de l'annexe E a donc bien un fondement juridique, à savoir l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, et § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le point 9.d du cahier spécial des charges et son annexe E.

Plus particulièrement, le pouvoir adjudicateur a examiné les formules de révisions proposées par la requérante pour les coûts de levée et les frais de traitement et a considéré qu'elles sont entachées de plusieurs irrégularités, notamment au regard des exigences substantielles déterminées dans l'annexe E

précitée. Le pouvoir adjudicateur relève notamment (1) que le facteur fixe de 10% ne figure dans aucune des deux formules proposées et (2) que l'indice des prix à la consommation retenu dans la seconde formule ne reflète pas la structure des coûts réels. Le pouvoir adjudicateur conclut, dès lors, à l'irrégularité substantielle de l'offre de la requérante conformément aux prévisions du cahier spécial des charges.

Comme le souligne la première partie adverse dans sa note d'observations, les irrégularités pointées par le pouvoir adjudicateur dans les formules de révision proposées par la requérante peuvent affecter la manière dont les prix sont susceptibles d'évoluer en cours d'exécution du marché. Le fait que la clause de révision ne fasse pas, en tant que telle, l'objet d'une évaluation au titre des critères d'attribution n'affecte pas ce constat. Dans le cadre du deuxième moyen de la requête, la requérante soutient elle-même que l'exigence du « facteur fixe de 10% » porte atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires dans la mesure où l'un d'entre eux ne serait pas tenu de la respecter. L'omission de ce facteur dans les formules alternatives proposées par la requérante est donc *prima facie* de nature à lui procurer un avantage discriminatoire par rapport aux autres soumissionnaires.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, il ne « suffisait » pas d'écarter les formules alternatives et de « garder » celle qui est prévue par le cahier spécial des charges. En effet, les documents du marché (annexe A du cahier) demandaient au soumissionnaire de faire, au moment du dépôt de leur offre, un choix entre trois options : soit accepter d'avance un prix fixe pendant toute la durée du marché, soit adopter la formule de révision des prix prévue par le cahier spécial des charges, soit présenter une formule alternative dans le respect de strictes limites. Le point 9.d. du cahier précise, à cet égard, que le soumissionnaire peut proposer lui-même une autre formule de révision s'il « ne peut se rallier à la formule de révision des prix proposée au point précédent [du cahier] ». En proposant des formules alternatives, la requérante a donc signifié rejeter, d'une part, la perspective d'un prix fixe pendant toute la durée du marché et, d'autre part, la formule de révision des prix qui figure dans le cahier. Dans les limites d'un examen effectué en extrême urgence, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas décider de « garder » la clause de révision des prix du cahier alors que la requérante a expressément rejeté celle-ci dans son offre et ne s'est donc pas engagée à la respecter. Un tel acte reviendrait à modifier cette offre, ce qui est interdit pour les marchés passés en procédure ouverte.

En toute hypothèse, il ne peut *prima facie* être reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir écarté une offre au motif que la clause de révision des prix y proposée ne respecte pas des exigences que le cahier des charges qualifie lui-même de substantielles.

La possibilité pour le soumissionnaire de renoncer à demander la révision des prix en cours d'exécution du marché n'est pas de nature à affecter le caractère substantiel des exigences qui entourent la possibilité de présenter, dans les offres, des formules alternatives.

La requérante soutient, pour la première fois, à l'audience que le cahier spécial des charges serait irrégulier dès lors qu'il empêche de revenir sur le choix, posé dans l'offre, de présenter une clause de révision des prix. Ce grief, nouveau, est tardif et dès lors irrecevable.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la « violation des articles 4, 5, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 35 de l'AR du 18.04.2017, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des dispositions du cahier spécial des charges au point 9.d) et à l'Annexe E point 4.2.2., 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 ».

Elle conteste les irrégularités pointées par le pouvoir adjudicateur dans les formules de révision de prix qu'elle a proposées dans son offre.

Dans un premier grief, elle soutient que l'exigence d'un facteur fixe de 10% prévue par le cahier est illégale, car elle porte atteinte au principe d'égalité entre soumissionnaires. Elle fait valoir que le prestataire de services postaux universels, qui participe également au marché, n'est pas tenu de respecter cette exigence, le facteur fixe de 10% n'étant pas imposé pour la révision des prix relatifs à la partie des services incluse dans les services postaux universels « puisque les prix seront adaptés par le prestataire de services universels ». Elle ajoute qu'il n'y a pas de justification raisonnable pour la différence de traitement ainsi établie entre des membres d'une même catégorie d'entreprises.

Dans un deuxième grief, la requérante fait valoir qu'il est « clair », sur la base de la note explicative de l'ASBL Institut Transport routier & Logistique Belgique, que l'indice ITLB proposé dans sa première formule de révision des prix vise uniquement l'indice « messagerie » qui s'applique au ramassage et à la distribution – et non l'« indice général » qui s'applique au transport général portant sur le chargement complet. Elle ajoute que si le pouvoir adjudicateur avait des doutes à ce sujet, il devait l'interroger pour obtenir des éclaircissements et qu'il ne s'agit, en tout cas, pas d'un élément empêchant la comparaison des offres entre elles au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Dans un troisième grief, elle affirme que l'indice des prix à la consommation proposé dans sa seconde formule de révision des prix est régulièrement utilisé dans le cadre d'autres marchés et que cet indice reflète bien la structure réelle des frais de traitement, car pour ce poste, le soumissionnaire utilise des biens et des services. Elle répète que si le pouvoir adjudicateur estimait que la formule de révision proposée ne satisfaisait pas à « l'exigence de rapprochement le plus possible de la situation réelle », il lui « suffisait » de ne pas accepter cette formule et de « garder » celle qui était prévue par le cahier spécial des charges. Elle fait valoir que la sanction de l'écartement de son offre pour irrégularité substantielle est disproportionnée par rapport au but poursuivi de veiller à la comparaison équitable des offres, ce d'autant plus que le soumissionnaire peut en cours d'exécution du marché encore décider d'appliquer la formule de révision des prix ou de garder les prix fixes.

Dans un quatrième grief, la requérante reproche au pouvoir adjudicateur de pointer, dans les formules de révision, des défauts relatifs aux « moments de lecture » alors que les prescriptions qui concernent ceux-ci ne sont pas imposées comme « exigences ».

Elle conclut que la décision déclarant son offre irrégulière viole les dispositions visées au moyen et qu'elles sont aussi illégales dans la mesure où elles se fondent sur un cahier spécial des charges illicite. Elle en déduit que la décision d'attribuer le marché à la société IPEX est également irrégulière.

Après avoir rappelé le contenu des articles 4 et 5, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 10 et 11 de la Constitution, du point 4.2.2. de l'annexe E du cahier spécial des charges et du devoir de motivation formelle et matérielle qui s'impose au pouvoir adjudicateur, la requérante développe comme il suit son argumentation :

« [...] Les dispositions invoquées sont violées de la façon suivante :

[...] À supposer que le non-respect des exigences relatives à la formule de révision des prix alternative soit des exigences empêchant la comparaison des offres – *quod non* – il y a lieu de constater que ces exigences sont illégales ou du moins pas violées.

[...] La provision imposant un coefficient fixe de 10 % ne s'applique pas [à] la révision des prix relatifs à la partie des services incluse dans les services postaux universels, puisque les prix seront adaptés par le prestataire de services universels.

Le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Ce principe s'oppose, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure critiquée, sont essentiellement différentes. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

[...] Dans le cas présent la révision des prix des services postaux universels n'est pas limitée par un coefficient fixe de 10 %. Le cahier des charges ne fournit pas de justification pour ce traitement différent de personnes étant dans une situation identique. En effet, le prestataire du service universel participe également au présent marché et la majorité de ses prix, notamment les prix pour les services postaux universels par lesquels ses activités sont financées, ne sont pas soumis à une limitation de la révision. Les prix des services postaux sont un coût pur et direct qui ne sert pas de financement des activités des autres soumissionnaires. La révision de ce coût ne leur apporte pas une augmentation de leurs revenus. Les prix qui servent de financement des activités des autres soumissionnaires, notamment le prix de la levée et le prix du traitement, ne peuvent être révisés avec une modération de 10 %. L'on ne pourrait pas s'imaginer pour quelle raison ou pour quel but un tel traitement différent serait justifiable.

Dès lors, le coefficient fixe de 10 % est discriminatoire vis-à-vis des autres soumissionnaires que le prestataire de services postaux universels et doit être mis de côté. Le coefficient ne peut pas être imposé aux autres soumissionnaires et chaque formule alternative de révision des prix sans coefficient fixe doit être considérée comme juridiquement valable et en conformité avec le cahier des charges spécial.

[...] Pour ce qui concerne l'indice ITLB, cet indice est calculé par L'Institut Transport routier & Logistique Belgique (ITLB) ASBL et reflète l'évolution des coûts et du prix de revient du transport routier professionnel des marchandises en Belgique pour le transport national et le transport général international. L'indice national est divisé en deux sous-indices "transport général" et "messengerie". Cet Institut a préparé une note explicative expliquant pour quelles activités les différentes sous-catégories de l'indice s'appliquent. L'indice "messengerie" s'applique pour le ramassage et [la] distribution. L'indice général s'applique au transport général portant sur les chargements complets [...]

Il est clair, sur base de cette note explicative, que seul l'indice messengerie peut être d'application, car celui-ci s'applique pour le ramassage et la distribution et le présent marché porte sur l'enlèvement quotidien d'envois postaux dans le cadre d'activités de routage.

Dans la mesure où le soumissionnaire avait le libre choix de proposer lui-même une formule alternative et que la formule de révision n'est pas appréciée dans le cadre des critères d'attribution, il était possible de demander une précision de l'offre lors de l'examen de cette dernière au sens de l'article 35 AR 18.04.2017.

“Art. 35. Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l’article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires”.

[...] L’indice des prix à la consommation est utilisé à maintes reprises dans le cadre d’autres marchés publics pour la révision des coûts de traitement. [II] représente donc bien la situation réelle des frais de traitement, car pour le service de traitement, le soumissionnaire utilise des biens et des services.

La requérante joint à la présente requête plusieurs cahiers de charges spéciaux prescrivant l’indice des prix à consommation [...]

[...] Le CSC n’impose au point 4.2.2. de l’annexe E que deux prescriptions contraignantes auxquelles doivent répondre la formule de révision des prix alternative, c’est-à-dire :

- le facteur fixe de 10%;
- et l’exigence que les paramètres et les pondérations doivent refléter la structure réelle des coûts et soient objectifs et contrôlables.

Les dispositions du point 4.3.4. – “moments de lectures” ne furent donc pas imposées en tant qu’une exigence. Dès lors, le soumissionnaire était libre de proposer un cadre alternatif concernant les moments de lecture des indices. Ceci n’est pas en violation avec les prescriptions de l’Annexe E point 4.2.2.

[...] Les décisions attaquées ne sont donc pas prises sur base d’une motivation adéquate et ne reposent pas sur des motifs objectivement exacts. Le devoir de minutie est violé dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a commis une illégalité.

Il en ressort que les décisions attaquées de la partie adverse constituent une violation des dispositions légales et réglementaires citées. Dans la mesure où les décisions attaquées sont prises sur base d’une disposition illicite du cahier général des charges, ces décisions sont elles-mêmes également illicites.

Conclusion : le deuxième moyen est sérieux ».

VII.2. Appréciation du Conseil d’État

La requérante reconnaît elle-même que le point 4.2.2 de l’annexe E contient deux « prescriptions contraignantes » : premièrement, le maintien d’un facteur fixe de 10% et, deuxièmement, la possibilité de modifier uniquement les paramètres et les pondérations « dans la mesure où ils reflètent la structure réelle des coûts et que les paramètres soient objectifs et contrôlables ». Conformément au point 9.d du cahier spécial des charges, ces exigences doivent « impérativement » être respectées « sous peine d’irrégularité de [l’] offre ».

Il suffit donc que les formules de révisions proposées dans l’offre ne respectent pas l’une des deux exigences précitées pour que cette offre soit écartée pour irrégularité substantielle.

La requérante ne conteste pas que les formules de révision des prix qu’elle a proposées ne contiennent pas le facteur fixe de 10%. Elle se limite à affirmer que cette exigence serait discriminatoire dès lors que le prestataire de

services postaux universels – qui participe au marché – ne serait pas tenu de respecter cette exigence.

Il ressort des documents du marché que la clause de révision des prix ne s'applique pas à la partie des services postaux universels, les prix de ces services étant adaptés selon la réglementation applicable à ces derniers (*erratum* n° 2 au cahier spécial des charges). Par conséquent, l'attributaire du marché verra ses prix adaptés de la même manière qu'il soit prestataire de services universels ou pas : pour la partie des services incluse dans les services postaux universels, les prix seront révisés selon la réglementation applicable aux services universels; pour la partie des services qui est exclue des services postaux universels (enlèvement et traitement hors services universels), la formule de révision des prix doit comprendre un facteur fixe, non révisable, de 10%, que l'attributaire ait choisi la formule qui figure dans le cahier ou proposé des formules alternatives dans son offre. La requérante n'établit pas, à cet égard, de rupture du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Le motif qui constate que les deux formules de révision proposées par la requérante ne prennent pas en compte le facteur fixe de 10% « imposé par la Clause comptable générale » est déterminant et suffit à lui seul à justifier l'écartement de l'offre de la requérante pour irrégularité substantielle. Il n'y a, dès lors, pas lieu d'examiner les autres griefs du moyen qui sont dirigés contre d'autres motifs d'irrégularité des formules de révision proposées dans son offre.

Dans un même ordre d'idées, le grief tiré du caractère « disproportionné » de la sanction prévue par le cahier des charges concerne uniquement l'hypothèse de la formule de révision qui est irrégulière parce que les paramètres ou pondérations « ne reflètent pas la structure réelle des coûts » (irrégularité affectant la première formule de révision pointée dans un autre motif de la décision d'écarter l'offre de la requérante). La requérante ne soutient pas, dans sa requête, que l'écartement de son offre ne serait pas justifié au motif déterminant que la formule de révision omet le « facteur fixe de 10% ».

En toute hypothèse, l'exigence d'une révision des prix qui rencontre les principaux composants du prix de revient et dont les paramètres et pondérations reflètent la structure réelle des coûts est prévue par l'article 10 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 38/7, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. La clause de révision des prix est une dérogation au principe du forfait. Les prescriptions légales et réglementaires qui encadrent cette dérogation doivent donc être strictement respectées. Dès lors, le pouvoir adjudicateur a *prima facie* pu estimer qu'une telle exigence

était « impérative » et devait être respectée « sous peine d'irrégularité de [l'] offre ». La requérante n'établit, à cet égard, pas d'erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur. Comme le relève encore la première partie adverse dans sa note d'observations, un indice qui ne reflète pas la structure réelle des coûts comporte intrinsèquement le risque que les prix du marché évoluent différemment et de manière imprévisible dans le temps, en cours d'exécution du contrat, ce qui est contraire au principe du forfait qui interdit toute spéculation au détriment des deniers publics. Par ailleurs, il ne pourrait être admis que, par le biais d'une formule de révision irrégulière, un soumissionnaire puisse présenter un meilleur prix faussant ainsi discrètement la concurrence et la comparaison des offres.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un troisième moyen de la « violation de la prescription technique du cahier des charges spécial imposant au soumissionnaire de disposer d'une certification ISO 27001, 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 ».

Dans sa requête, la requérante relève que le cahier spécial des charges exige dans les spécifications techniques que le soumissionnaire joigne à son offre sa certification ISO 27001. Elle soutient que l'attributaire du marché, la société IPEX « ne dispose pas » de cette certification et en déduit que les motifs de la décision attaquée pour justifier l'attribution du marché à la société IPEX sont « soit sans base factuelle, soit sans fondement légal, soit sans adéquation ». Elle en déduit que cette société « ne pouvait pas être sélectionnée » et qu'« [à] tout le moins, le cahier des charges de la partie adverse constitue une violation des dispositions légales et réglementaires citées ».

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est irrecevable en tant qu'il soutient que « le cahier des charges de la partie adverse constitue une violation des dispositions légales et réglementaires citées », à défaut d'exposer en quoi le cahier méconnaîtrait les dispositions et principes visés au moyen.

Par ailleurs, la certification ISO 27001 n'est pas requise comme critère de sélection, mais, à titre de spécification technique, en vue de l'exécution du marché. Le défaut de certification ne peut dès lors conduire à la non-sélection d'un soumissionnaire, mais, le cas échéant, à l'irrégularité de l'offre qu'il a déposée.

Après avoir pris connaissance des trois certificats remis par la société IPEX dans le cours de la procédure de passation du marché, la requérante ne conteste plus, à l'audience, que cette société dispose bien de la certification ISO 27001 et qu'elle a joint ce document à son offre. Elle soutient, par contre et pour la première fois à l'audience, que la certification produite n'est pas pertinente, car elle ne vise pas tous les services couverts par le marché. Elle fait valoir, en particulier, que les activités de routage sont réalisées par un sous-traitant de la société IPEX, lequel ne dispose pas de la certification ISO 27001.

D'une part, ce nouveau grief paraît irrecevable pour avoir été soulevé, pour la première fois à l'audience, à tout le moins, en tant qu'il soutient que les activités de routage sont réalisées par un sous-traitant. La requérante n'a pas pu obtenir cette information après avoir eu accès au dossier administratif puisque cette donnée n'y figure pas.

D'autre part, comme la première partie adverse le souligne à l'audience, l'annexe B du cahier spécial des charges énonce seulement, à titre de spécification technique, que « le soumissionnaire joint à son offre sa certification ISO 27001 ». Dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, le cahier n'exige pas que la certification – qui se réfère à un système de *management* pour la sécurité de l'information – porte nécessairement sur toutes les prestations qui font l'objet du marché. La requérante n'établit pas que le pouvoir adjudicateur a méconnu le cahier des charges ou son devoir de motivation en acceptant la certification ISO 27001 produite par la société IPEX, laquelle porte notamment sur les activités de traitement, d'impressions, de mise sous pli et d'envois de documents pouvant contenir des données (sensibles).

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

IX. Quatrième moyen

IX.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un quatrième moyen de la « violation de[s] articles 16 et 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 28 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics [dans les secteurs classiques], 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 ».

Elle fait grief à la « section 3 – Les composantes des prix » de l'annexe E du cahier spécial des charges de prévoir qu'un certain nombre de frais et de charges déterminés ne peuvent être pris en compte par le soumissionnaire pour l'établissement de son prix. Elle estime qu'une telle disposition viole les articles 17 et 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 28 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 du fait qu'elle « interdit au soumissionnaire de déterminer librement les frais généraux et financiers qu'il souhaite incorporer dans le prix de vente ». Elle ajoute que cette disposition du cahier est « une entrave à la gestion prudente et diligente de l'entreprise sur le plan financier dans la mesure où il interdit d'incorporer [dans les prix] des pertes et des coûts généraux qui n'ont pas un lien direct avec l'objet du marché, mais pèsent néanmoins sur le fonctionnement de l'entreprise et sur les charges à porter par l'entreprise ». Il n'y a, selon elle, pas de justification pour une telle ingérence, laquelle est, à tout le moins, disproportionnée. Elle en déduit que le « cahier des charges est illicite et de même la décision d'attribution du marché à [la société] IPEX ainsi que les autres décisions attaquées ».

Après avoir rappelé le contenu des articles 16 et 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 28 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, la requérante développe comme il suit son argumentation :

« [...] Le cahier spécial des charges impose à l'Annexe E section 3 un grand nombre de frais et charges ne pouvant être pas pris en considération par le soumissionnaire lors de l'établissement de ses prix [...] Il s'agit des frais et charges suivants :

- Pertes résultant de la vente ou de l'échange d'éléments d'actif.
- Amortissement ou provision sur valeurs d'actif déjà amorties, disparues ou dépassant les valeurs du bilan.
- Le montant des cautions légales.
- Amortissement de plus-values d'actif non réalisées telles que l'augmentation de valeur vénale du terrain servant d'assiette aux installations et qui ne deviendrait effective qu'en cas de vente, donc de cessation d'activité.
- Amortissements de l'immobilisation incorporelle provenant :
 - de frais d'études en cours et/ou invendues;
 - de frais de fusions;
 - de frais d'augmentation de capital.
- Provisions pour créances douteuses.

- Pertes subies ou prévisibles sur d'autres marchés et provisions destinées à absorber de telles pertes.
- Impôts sur les revenus et bénéfices de l'entreprise ET/OU de son personnel ET/OU de ses cadres, administrateurs et autres.
- Dividendes, tantièmes, bénéfices répartis et primes et indemnités qui en ont le caractère.
- Primes afférentes à des contrats d'assurance sur la vie dont le fournisseur ET/OU son personnel ou ses représentants seraient bénéficiaires directs ou indirects.
- Frais de contentieux et conséquences financières de condamnations judiciaires ET/OU de décisions administratives prises à l'encontre du soumissionnaire pour activités illicites.
- Pénalités encourues contractuellement par le soumissionnaire à l'égard de la Police fédérale et de tous autres cocontractants.
- Commissions et gratifications afférentes à l'obtention ou à la négociation d'un marché.
- Quote-part à charge du soumissionnaire dans les frais de contre-expertise ou de fonctionnement de comités de conciliation.
- Frais de recouvrement pour créances douteuses sans lien avec le contrat en cause.
- Frais financiers autres que les frais de fonctionnement normaux (frais de banque, agios). Les charges financières résultant d'emprunts à court, moyen ou long terme sont incluses dans la marge ajoutée.
- Frais d'organisation et de réorganisation autres que ceux qui sont indispensables à la seule exécution du contrat en cause.
- Provisions et réserves pour conditions imprévues.
- Frais d'entretien, compensation de la dépréciation et tous frais relatifs aux moyens d'exploitation excédentaires.
- Frais de contentieux et conséquences financières de procès engagés entre le soumissionnaire et un ou plusieurs clients ou fournisseurs et dans lesquels le soumissionnaire a été condamné ou son exigence a été déboutée.
- Frais d'accueil et de représentation
- Frais de publicité commerciale
- Frais qui ne se rapportent pas au contrat des services de vente et de distribution du soumissionnaire (adjudicataire).

L'exclusion de ces frais dans les prix de l'offre à un impact considérable sur la gestion financière du contrat concerné et sur la gestion financière de l'entreprise même pendant toute la durée de l'exécution du présent marché.

Cette incidence empêche le soumissionnaire de gérer son entreprise librement selon ses propres buts et connaissances. Cette incidence empêche le soumissionnaire d'assurer la bonne gestion de l'entreprise.

L'exclusion de ces frais et charges représente également une ingérence dans le droit de propriété de l'entreprise, la forçant de porter la charge de pertes financières considérables. Dans une gestion normale d'un contrat et de l'entreprise, le soumissionnaire ne déciderait jamais [de] ne pas incorporer tous ces frais et charges exclus dans le calcul de ses prix de vente.

Il n'y a aucun but légitime qui peut justifier cette exclusion, et [à] tout au moins, s'il y [avait] un but légitime, le nombre de frais et charges est tellement considérable et tellement néfaste pour le soumissionnaire qu'il s'agit d'une mesure disproportionnée.

Pour ces raisons, le cahier des charges spécial est illicite et de même la décision d'attribution du marché à IPEX ainsi que les autres décisions attaquées.

Conclusion : le quatrième moyen est sérieux ».

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

Le pouvoir adjudicateur ayant *prima facie* valablement écarté l'offre de la requérante en raison d'une irrégularité substantielle qui affecte les formules de révision des prix qu'elle a proposées (*cf. supra*), la requérante n'a pas intérêt au quatrième moyen de la requête.

En effet, l'illégalité dénoncée dans ce moyen est sans rapport avec les motifs qui ont justifié l'écartement de son offre et n'est pas de nature à remettre en cause la régularité de cette décision. La perspective de voir invalider toute la procédure d'attribution, de la faire recommencer *ab initio* et d'obtenir ainsi une nouvelle chance de remporter le marché ne suffit pas à justifier d'un intérêt au quatrième moyen de la requête. Un tel argument ne permettrait pas de démontrer concrètement les lésions qu'auraient causées à la requérante ou risqué de lui causer les violations qui sont dénoncées au titre de ce moyen.

Le quatrième moyen n'est pas sérieux.

X. Confidentialité

La requérante demande que l'extrait de l'offre qu'elle dépose en annexe de sa requête – qui contient les formules de révision des prix qu'elle a proposées – soit tenu pour confidentiel, de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à assurer une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce 8 annexée à la requête.

La première partie adverse dépose à titre confidentiel les offres qui lui ont été soumises dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux (pièces A, B et C du dossier administratif confidentiel), les preuves de l'envoi des courriers recommandés des décisions attaquées (pièce D du dossier administratif confidentiel) ainsi que la décision motivée d'attribution (pièce E du dossier administratif confidentiel).

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

XI. Indemnité de procédure

La première 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 Police fédérale doit être mise hors de cause.

Article 2

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4

Les pièces A, B, C, D et E du dossier administratif confidentiel et la pièce 8 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5

La partie requérante supporte les 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 première partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 1^{er} février 2023, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret

