

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.938 du 27 décembre 2016

G./A.220.904/VI-20.918

En cause : **JOLY Robert,**

ayant élu domicile chez
Me Stéphane NOPERE, avocat,
boulevard de la Woluwe, n° 62,
1200 Bruxelles,

contre :

**l'Office wallon de la Formation Professionnelle et
de l'Emploi**, en abrégé le FOREM,

ayant élu domicile chez
Mes François MOISES et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 8 décembre 2016, Robert JOLY sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision approuvée par l'Administratrice générale de la partie adverse du 23 novembre 2016 en ce qu'elle décide de ne pas retenir, pour le lot n° 3 du «marché de services juridiques de consultation et de représentation en Justice», son offre et de l'attribuer à Maître WIGNY, à Maître HOUSIAUX et à Maître HALLUT".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 décembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 22 décembre 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Christophe THIEBAUT, *loco* Me Stéphane NOPERE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes François MOISES et Julie BOCKOURT, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Ainsi qu'il ressort d'une note référencée n° 16.0407 CG et adressée à son Comité de gestion, pour une réunion du 24 mai 2016, la partie adverse envisage, dans le courant 2015, une procédure en vue de l'attribution d'un marché de services juridiques de consultation et de représentation en Justice, et plus particulièrement de la conclusion d'un accord-cadre.

Le marché sur lequel le Comité de gestion marque son accord, en sa réunion du 24 mai 2016, comporte 8 lots, dont le lot n° 3 qui porte sur la "Gestion de questions et contentieux en matière contrôle de disponibilité active, passive et adaptée des chômeurs dans le ressort du Tribunal du Travail du Brabant wallon et du Tribunal du Travail de Liège, divisions de Namur et Dinant". Il porte sur une durée de deux ans.

Le mode de passation retenu est la procédure négociée avec publicité nationale.

Un cahier spécial des charges référencé DMP1600682 définit les conditions du marché, la passation de celui-ci étant annoncée par la voie d'un avis publié au Bulletin des adjudications du 21 juin 2016.

III. 2. Le requérant dépose sa candidature pour le lot n° 3.

III. 3. Au terme de la phase de sélection qualitative, quatre candidats sont sélectionnés, à savoir – outre le requérant – Maître WIGNY, Maître HALLUT et Maître HOUSIAUX. Ils sont informés de leur sélection par des courriers du 16 septembre 2016, signés par l'administratrice générale de la partie adverse et adressés par envois recommandés.

III. 4. Par ses courriers précités du 16 septembre 2016, l'administratrice générale de la partie adverse invite également les candidats sélectionnés à remettre une offre suivant les prescriptions du cahier spécial des charges du marché litigieux.

Elle précise ce qui suit:

" Les offres doivent parvenir au plus tard pour le 03-10-2016, à 14h00, au FOREM à l'adresse suivante:

FOREM
Service des Achats
A l'attention de Mr Pierre MASSART
Boulevard J. Tirou, 104
6000 Charleroi

La référence du marché reprise en objet devra clairement figurer sur votre envoi".

III. 5. Le 30 septembre 2016, le requérant envoie son offre, par courriel et par courrier. Le même jour, il reçoit un accusé de réception du courriel auquel était jointe son offre, émanant de Monsieur Pierre MASSART et indiquant que son message avait été lu.

III. 6. Par courriel et par courrier du 23 novembre 2016, l'administratrice générale de la partie adverse informe le requérant de ce que son offre n'a pas été retenue. A ce courrier est jointe la décision par laquelle le marché litigieux a été attribué aux trois autres soumissionnaires.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE QUANT À SON OBJET

Nonobstant les termes en lesquels l'objet de la requête est libellé, il doit être inféré de l'acte attaqué que celui-ci a pour objet, pour ce qui concerne le lot n° 3, de désigner attributaires Maître WIGNY, Maître HALLUT et Maître HOUSIAUX, la décision de ne pas retenir l'offre du requérant étant implicite.

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou

soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un ou plusieurs de ses concurrents.

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, aucun élément concret n'a été invoqué par le requérant, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux au requérant, la demande est irrecevable.

V. QUATRIÈME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le requérant soulève un moyen, le quatrième de sa requête, pris "de la violation de l'article 10 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 6 et 52 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi [que] de l'incompétence, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir", "[e]n ce que l'un des agents de la partie adverse a exigé, dans un courriel du 16 septembre 2016, que l'offre du requérant lui parvienne «par mail»", "[a]lors que non seulement les documents du marché ne prévoient pas une telle possibilité – et que, de toute évidence, la partie adverse n'a jamais pris la moindre décision en ce sens –, mais qu'en plus rien ne permet de s'assurer que la confidentialité de l'offre a été maintenue et qu'il n'a pas été pris connaissance de son contenu avant l'expiration du délai prévu pour son dépôt". Il développe ce moyen comme suit:

" 15.L'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques comporte une série de règles quant à l'utilisation de moyens électroniques pour l'introduction d'une offre.

C'est ainsi qu'il prévoit :

- en son article 6, § 1^{er}, 2°, qu'indépendamment de la circonstance que «des moyens électroniques soient utilisés ou non, les communications, les échanges et le stockage d'informations se déroulent de manière à assurer que [...] la confidentialité des demandes de participation et des offres soit préservée, et que le pouvoir adjudicateur ne prenne connaissance du contenu de celles-ci qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation»;
- en son article 6, § 3, alinéa 1^{er}, que si les moyens électroniques peuvent être utilisés en cours de procédure, c'est «pour l'échange d'autres pièces écrites que les demandes de participation et les offres»;
- en son article 52, § 1^{er}, que «lorsque des moyens électroniques sont utilisés pour l'introduction des demandes de participation ou des offres, ils garantissent au moins [...] qu'avant la date et l'heure limites fixées, il peut raisonnablement être assuré que personne ne peut avoir accès aux demandes de participation ou aux offres transmises» ;
- et en son article 52, § 2, que l'imposition, l'autorisation ou l'interdiction d'utiliser les moyens électroniques pour le dépôt des offres doit être décidée par le pouvoir adjudicateur et figurer dans les documents du marché.

16.Or, Monsieur Pierre MASSART, agent du pouvoir adjudicateur, a néanmoins imposé l'utilisation des moyens électroniques pour l'introduction des offres.

C'est ainsi que le courriel qu'il a envoyé, le 16 septembre 2016, au requérant précise que «votre offre doit nous parvenir au plus tard le 03/10/2016 à 14h par mail» [...].

17.Absolument rien ne garantit que la confidentialité de l'offre du requérant qui a été envoyée, le 30 septembre 2016 – soit trois jours avant la date limite de remise des offres –, a été préservée.

Au contraire, de l'accusé de lecture reçu par le requérant, il ressort que son courriel, auquel était jointe son offre, a été lu, comme le confirme l'accusé de lecture reçu en retour, dès le 30 septembre 2016 [...].

Le maintien de la confidentialité de l'offre du requérant est d'autant plus douteux que la partie adverse n'a, de toute évidence, pas mis en place un système garantissant cette confidentialité.

Partant, le quatrième moyen doit être tenu pour sérieux".

B. Note d'observations

La partie adverse réfute ce moyen dans les termes suivants:

" 28.La garantie de la confidentialité des offres doit être appréciée raisonnablement.

Ainsi, dès lors que, en procédure négociée avec publicité comme en l'espèce, la remise d'une offre papier ne requiert pas nécessairement la formalité de la double enveloppe, la confidentialité est à suffisance garantie par l'obligation pour les soumissionnaires de mentionner les références du marché sur l'enveloppe servant à l'envoi.

Cela permet en effet que l'enveloppe en question ne soit pas ouverte à la réception.

Une garantie similaire existe dans le cadre d'un envoi par email : le pouvoir adjudicateur qui ouvre l'email est en mesure de s'apercevoir que l'offre est jointe

audit email, en sorte qu'il n'ouvre pas ladite offre, comme il n'ouvre pas une enveloppe dont il se rend compte qu'elle contient une offre.

29. Le quatrième moyen n'est pas sérieux".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 6 et 52 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dont le requérant invoque la violation, définissent les conditions dans lesquelles il peut être recouru à des moyens électroniques dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public, notamment pour transmettre les offres au pouvoir adjudicateur. Ils sont libellés comme suit:

- " Art. 6. § 1^{er}. Que des moyens électroniques soient utilisés ou non, les communications, les échanges et le stockage d'informations se déroulent de manière à assurer que :
- 1° l'intégrité des données soit préservée;
 - 2° la confidentialité des demandes de participation et des offres soit préservée, et que le pouvoir adjudicateur ne prenne connaissance du contenu de celles-ci qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation.
- § 2. Tout écrit établi par des moyens électroniques dans lequel une macro ou un virus informatique ou toute autre instruction nuisible est détecté dans la version reçue, peut faire l'objet d'un archivage de sécurité. En cas de nécessité technique, s'il ne s'agit pas d'une demande de participation ou d'une offre, cet écrit peut être réputé ne pas avoir été reçu. Dans ce cas, l'expéditeur en est informé sans délai.
- § 3. Le pouvoir adjudicateur peut autoriser l'utilisation de moyens électroniques en cours de procédure pour l'échange d'autres pièces écrites que les demandes de participation et les offres. Le candidat ou le soumissionnaire peut également autoriser cette utilisation.
- En cas d'application de l'alinéa 1^{er}, lorsqu'une disposition du présent arrêté prescrit qu'un envoi soit adressé ou soit confirmé par courrier recommandé, l'envoi peut être un recommandé physique ou un recommandé électronique";
- " Art. 52. § 1^{er}. Lorsque des moyens électroniques sont utilisés pour l'introduction des demandes de participation ou des offres, ils garantissent au moins :
- 1° que la signature électronique est conforme aux règles du droit européen et du droit national qui y correspondent, relatives à la signature électronique avancée accompagnée d'un certificat qualifié et valide, et réalisée au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature. Cette exigence ne s'applique pour les demandes de participation que si le pouvoir adjudicateur impose qu'elles soient signées;
 - 2° que toute demande de participation ou offre établie par des moyens électroniques dans laquelle une macro ou un virus informatique ou toute autre instruction nuisible est détecté dans la version reçue, peut faire l'objet d'un archivage de sécurité. En cas de nécessité technique, ce document peut alors être réputé ne pas avoir été reçu. La demande de participation ou l'offre est dans ce cas rejetée, le candidat ou le soumissionnaire ne pouvant en être informé que conformément aux dispositions applicables à l'information des candidats et des soumissionnaires;
 - 3° que le moment exact de la réception par le destinataire est établi automatiquement dans un accusé de réception envoyé par des moyens électroniques;
 - 4° qu'avant la date et l'heure limites fixées, il peut raisonnablement être assuré que personne ne peut avoir accès aux demandes de participation ou aux offres transmises;

5° qu'en cas de violation de cette interdiction d'accès, il peut raisonnablement être assuré que la violation est clairement détectable;
6° que seules les personnes désignées peuvent fixer ou modifier le moment exact de l'ouverture des données transmises;
7° que lors de la procédure, seule l'action simultanée des personnes désignées peut permettre l'accès à la date et à l'heure limites fixées aux données transmises;
8° que les données relatives aux demandes de participation ou aux offres transmises et ouvertes en application des exigences du présent article, ne demeurent accessibles qu'aux personnes désignées pour en prendre connaissance;
9° que les outils à utiliser ainsi que leurs caractéristiques techniques, y compris pour le chiffrement éventuel, sont non discriminatoires et généralement disponibles et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées. Ils sont décrits dans les documents du marché.
Les conditions prévues aux 1° à 3° s'appliquent aux candidats, aux soumissionnaires et au pouvoir adjudicateur, et celles prévues aux 4° à 9° s'appliquent au pouvoir adjudicateur.
Les conditions prévues aux 3° à 8° ne sont pas applicables aux offres établies par des moyens électroniques qui ne sont pas transmises par ces moyens.

§ 2. Sans préjudice des dispositions concernant le système d'acquisition dynamique et l'enchère électronique, le pouvoir adjudicateur décide pour chaque marché individuel s'il impose, autorise ou interdit le recours aux moyens électroniques pour le dépôt des demandes de participation ou des offres. Le pouvoir adjudicateur mentionne cette décision dans les documents du marché ainsi que, le cas échéant, les moyens électroniques et l'adresse électronique à utiliser par les candidats ou les soumissionnaires. En l'absence de ces mentions, l'utilisation de moyens électroniques est interdite.

Lorsque l'utilisation de moyens électroniques est imposée pour le dépôt des demandes de participation ou des offres, s'il s'avère que certains documents à joindre ne peuvent être créés par des moyens électroniques ou ne peuvent l'être que très difficilement, ces documents peuvent être fournis sur un support papier avant la date limite de réception, à condition que le pouvoir adjudicateur y consente préalablement.

Lorsque l'utilisation de moyens électroniques est autorisée pour le dépôt des demandes de participation ou des offres, certains documents à joindre peuvent être fournis sur un support papier avant la date limite de réception.

Par le seul fait de transmettre sa demande de participation ou son offre, totalement ou partiellement, par des moyens électroniques, le candidat ou le soumissionnaire accepte que les données de sa demande de participation ou de son offre soient enregistrées par le dispositif de réception.

§ 3. Afin de remédier à certains aléas de la transmission, de la réception ou de l'ouverture des demandes de participation ou des offres introduites par des moyens électroniques, le pouvoir adjudicateur peut donner l'autorisation aux candidats ou soumissionnaires :

1° dans le cas où une demande de participation ou une offre peut entraîner la transmission de documents volumineux, et pour éviter tout retard consécutif aux aléas de transmission électronique qui pourraient en résulter, de transmettre leur demande de participation ou leur offre sous la forme d'un double envoi électronique.

En premier lieu, ils transmettent un envoi simplifié contenant leur identité, la signature électronique de leur demande de participation ou de leur offre complète et, le cas échéant, le montant de leur offre. Cet envoi est signé électroniquement. La réception de cet envoi vaut date certaine de réception de la demande de participation ou de l'offre.

En second lieu, ils transmettent la demande de participation ou l'offre proprement dite, signée électroniquement afin de certifier l'intégrité du contenu de la demande de participation ou de l'offre.

La réception de la demande de participation ou de l'offre proprement dite a lieu dans un délai ne pouvant excéder vingt-quatre heures à compter de la date et de

l'heure limite de réception des demandes de participation ou des offres, sous peine du rejet de la demande de participation ou de l'offre;

2° d'introduire à la fois une demande de participation ou une offre transmise par des moyens électroniques et, à titre de sauvegarde, une copie établie par des moyens électroniques ou sur support papier. Cette copie de sauvegarde est glissée dans une enveloppe définitivement scellée qui porte clairement la mention "copie de sauvegarde" et est introduite dans les délais de réception impartis. Cette copie ne peut être ouverte qu'en cas de défaillance lors de la transmission, la réception ou l'ouverture de la demande de participation ou de l'offre transmise par des moyens électroniques. Elle remplace dans ce cas définitivement le document transmis par des moyens électroniques. La copie de sauvegarde d'une offre est par ailleurs soumise aux règles du présent arrêté qui sont applicables aux offres.

Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans les autres documents du marché s'il autorise l'utilisation du 1°, du 2° ou des deux procédés".

Il ressort notamment de ces dispositions que:

- le pouvoir adjudicateur est, en vertu de l'article 52, § 2, alinéa 1^{er}, tenu, pour chaque marché individuel, de décider s'il impose, autorise ou interdit le recours aux moyens électroniques pour le dépôt des demandes de participation ou des offres. Il est également tenu de mentionner cette décision dans les documents du marché ainsi que, le cas échéant, les moyens électroniques et l'adresse électronique à utiliser par les candidats ou les soumissionnaires. La même disposition précise qu'en l'absence de ces mentions, l'utilisation de moyens électroniques est interdite;
- des dispositions doivent être prises pour garantir la confidentialité des offres, ainsi que l'inaccessibilité de leur contenu jusqu'aux date et heure fixées à cette fin.

En l'espèce, un examen effectué en extrême urgence n'a permis de faire apparaître ni qu'une décision conforme à l'article 52, § 2, alinéa 1^{er}, précité, aurait été mentionnée dans les documents du marché, ni même qu'une telle décision aurait été prise par l'organe compétent de la partie adverse, de sorte que l'utilisation des moyens électroniques, pour l'introduction des offres, devait être tenue pour interdite, et non obligatoire, contrairement à ce que laissait entendre le courriel adressé au requérant par Pierre MASSART le 16 septembre 2016. Il n'apparaît pas davantage – et la partie adverse n'a fait état d'aucun élément qui eût permis de l'établir – qu'auraient été prises les dispositions qui s'imposent pour garantir la confidentialité des offres, ainsi que l'inaccessibilité de leur contenu jusqu'aux date et heure fixées à cette fin.

Ne pouvant être utilement remises en cause par les considérations de la note d'observations relatives au caractère raisonnable de l'appréciation de la garantie de confidentialité, ces constatations de fait – que la partie adverse n'a d'ailleurs pas contestées dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence – imposent, au regard des dispositions précitées, de déclarer sérieux le quatrième moyen.

VI. BALANCE DES INTERETS

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

VII. CONFIDENTIALITÉ

Le requérant demande que soit maintenue la confidentialité de la pièce n° 4 de son dossier, laquelle contient notamment son offre.

La partie adverse produit également à titre confidentiel les quatre offres déposées pour le lot n° 3.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision de l'Office wallon de la Formation professionnelle et de l'Emploi du 23 novembre 2016 d'attribuer à Maître WIGNY, à Maître HOUSIAUX et à Maître HALLUT le lot n° 3 "Gestion de questions et contentieux en matière contrôle de disponibilité active, passive et adaptée des chômeurs dans le ressort du Tribunal du Travail du Brabant wallon et du Tribunal du Travail de Liège, divisions de Namur et Dinant" du marché de services juridiques de consultation et de représentation en Justice.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les pièces n^{os} 10.1 à 10.4 du dossier administratif et la pièce n° 4 des annexes à la requête resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-sept décembre deux mille seize par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.