

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 254.288 du 19 juillet 2022

A. 236.743/VI-22.382

En cause : **la société de droit israélien Celltick Technologies Ltd.,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Flore VERHOEVEN, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre de l'Intérieur,
ayant élu domicile chez
M^e Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum – Central Plaza 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 juillet 2022, la société de droit israélien Celltick Technologies Ltd demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution des décisions suivantes :

- « - la décision de sélection du 16 décembre 2021 par laquelle la partie adverse a décidé de sélectionner la société Telenet;
- la décision de date inconnue approuvant le cahier spécial des charges du marché public ayant pour objet la mise à disposition, aux autorités fédérales belges en charge de la gestion de crise, d'un Système d'Alerte et d'Information à la Population (Saip) (projet "Be-Alert");
- la décision d'attribution relative au marché précité par laquelle la partie adverse a décidé d'attribuer ce marché à un concurrent ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 juillet 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 juillet 2022.

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^{me} Élisabeth Willemart, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Flore Verhoeven, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Bruno Lombaert et Julia Simba, avocats, comparaissant pour la 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

1. Un avis est publié au Bulletin des Adjudications le 30 octobre 2021 et au Journal officiel de l'Union européenne le 4 novembre 2021, pour un marché portant sur « la mise à disposition des autorités fédérales belges en charge de la gestion de crise, d'un Système d'Alerte et d'Information à la Population (Saip), à la fois efficient, performant, intégré et évolutif ». Il s'agit du projet connu sous le vocable « Be-Alert ».

La procédure mise en œuvre est la procédure concurrentielle avec négociation. La date limite de dépôt des demandes de participation est fixée au 30 novembre 2021 à 8 heures 30.

2. Six candidats remettent une demande de participation dans le délai imparti.

La décision de sélection, adoptée à une date inconnue, conclut que toutes les demandes de participation répondent aux critères de sélection et qu'aucune n'est affectée par un motif d'exclusion.

Par des courriers recommandés avec accusé de réception et des courriers électroniques du 17 décembre 2021, les six candidats, dont la partie requérante, sont informés de leur sélection et sont invités à introduire une offre au plus tard le 17 janvier 2022.

Ces courriers précisent que les documents du marché peuvent être consultés directement et gratuitement en ligne.

3. Trois soumissionnaires déposent une offre dans le délai imparti : la partie requérante, la société Intersec SA et la société Telenet BVBA.

4. Des séances de démonstration et des réunions de négociation se tiennent dans le courant du mois de février 2022. Les soumissionnaires sont invités à déposer une offre finale au plus tard le 9 mars 2022 à 8 heures 05. Les trois soumissionnaires déposent une offre finale dans le délai imparti.

5. Le 5 mai 2022, une proposition de décision motivée d'attribution, au terme de laquelle la société Telenet BVBA est désignée comme adjudicataire pressenti, est soumise à la ministre de l'Intérieur.

6. La ministre de l'Intérieur adopte la décision d'attribution à une date inconnue.

7. Le 9 juin 2022, la partie adverse envoie, par courrier électronique et par courrier recommandé avec accusé de réception, la lettre suivante à la partie requérante :

« [...]

Votre offre a été jugée régulière mais n'a pas été choisie comme étant la plus avantageuse économiquement.

En annexe, vous trouverez une copie de la décision motivée de l'ordonnateur compétent.

Le pouvoir adjudicateur respectera un délai d'attente de 15 jours calendrier à compter de la communication de cette lettre et de son annexe. Pendant ce délai, le pouvoir adjudicateur ne procédera pas à la conclusion du marché.

Au bas de cette lettre, vous trouverez les voies de recours possible. Au cas où vous voudriez introduire un recours contre cette décision.

Vous pouvez toujours prendre contact avec la personne de contact mentionnée sous rubrique si vous souhaitez obtenir des informations supplémentaires au sujet de la présente lettre.

[...] ».

La décision motivée d'attribution est annexée à ce courrier, mais il n'est pas contesté que l'indication des voies de recours n'y figure pas.

8. Par un courrier électronique du 10 juin 2022, la partie requérante demande des éclaircissements au sujet des résultats de la procédure.

Elle indique qu'une rencontre a eu lieu le 15 juin 2022.

9. Le 17 juin 2022, la partie requérante adresse le courrier électronique suivant à la partie adverse :

« [...] »

Dans la lettre de Madame la Ministre Verlinden, il est indiqué "Au bas de cette lettre, vous trouverez les voies de recours possible...", mais nous n'avons rien trouvé à ce sujet au bas de cette lettre.

Aussi, nous n'avons pu encore évaluer ces voies et travailler à leur exploitation en vue de contester la décision.

Pourriez-vous corriger ce manque et nous indiquer rapidement ce qu'il en est des procédures qui nous sont offertes en matière de recours ? »

La partie adverse répond à cette demande le jour même et envoie, par courriel, la mention des voies de recours.

10. Par un courrier recommandé et un courrier électronique du 24 juin 2022, les conseils de la partie requérante font valoir plusieurs griefs au sujet de la sélection de la société Telenet, au sujet de l'appréciation de l'offre de Telenet au regard de certains sous-critères d'attribution et de la motivation de la notation y relative et au sujet de la conception du critère du « prix » dans le cahier spécial des charges. En conclusion, ils invitent la partie adverse à prendre les mesures nécessaires « afin de remédier aux anomalies relevées » et « de corriger les erreurs dont est entachée la décision d'attribution ». Il est précisé qu'à défaut de réaction de la part de la partie adverse le 27 juin 2022 au plus tard, la partie requérante introduira une demande en suspension d'extrême urgence auprès du Conseil d'État.

Cet exposé des griefs de la partie requérante est précédé d'un préliminaire indiquant les motifs pour lesquels, selon la partie requérante, le délai du recours en suspension « ne peut en tout cas pas expirer avant le 4 juillet 2022 », afin que la partie adverse ne conclue pas le contrat « avant l'expiration du délai d'attente qui expire au plus tôt le 4 juillet 2022, à minuit ».

11. Le courrier recommandé du 9 juin 2022 est délivré à la partie requérante le 27 juin 2022.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

IV.1.1. La requête

La partie requérante justifie la recevabilité *ratione temporis* de la requête comme il suit (les notes infrapaginales sont omises) :

« 17. Le délai pour introduire une demande de suspension sur la base de l'article 15 de la loi recours est précisé à l'article 23, §3, de la même loi :

“ La demande de suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de quinze jours”.

Il convient également de constater que la décision concernée par le présent recours est soumise à l'obligation, pour la partie adverse, de respecter le délai d'attente prévu par l'article 11 de la loi recours.

18. L'article 9/1 de la loi recours impose à l'autorité adjudicatrice d'effectuer “immédiatement les communications visées aux articles 7, 8 et 9, par télécopieur, par courrier électronique ou par les plateformes électroniques (...) et, le même jour, par envoi recommandé”.

→ Les délais de recours ne prennent cours qu'une fois que la dernière communication a été effectuée.

La disposition ajoute par ailleurs, en son paragraphe 2, que la mention des voies de recours est obligatoire sur cette communication : “Les communications visées au paragraphe 1^{er} indiquent l'existence des voies de recours, leurs délais et les instances compétentes à tout le moins par une référence explicite aux articles 14, 15, 23 et 24” (la partie requérante souligne et surligne).

→ En cas d'absence de double communication complète (incluant les voies de recours), le délai pour introduire un recours en suspension ne prend pas cours.

19. En l'espèce, la décision d'attribution litigieuse a été notifiée à la partie requérante par un e-mail du 9 juin 2022 [...]. Cette notification ne faisait cependant aucune mention des voies de recours, fut-ce par une référence explicite aux articles pertinents de la loi recours (à cet égard, voyez le courrier de notification – [...]).

Les voies de recours n'ont été communiquées que le 17 juin 2022 à la partie requérante, à sa demande [...].

20. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, cela signifie que le délai de recours en suspension n'a commencé à courir que le samedi 18 juin 2022 – i.e. le lendemain de la communication des voies de recours par le pouvoir adjudicateur - . Dès lors que le jour 15 du délai expire un samedi (le 2 juillet 2022), il est reporté au jour ouvrable suivant, et ce conformément à l'article 88 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Le délai de recours prévu par les dispositions précitées coure ainsi jusqu'au 4 juillet 2022, date de dépôt de la présente requête.

21. En ce qui concerne la recevabilité de la présente demande en ce qu'elle est dirigée contre la décision de sélection et la décision, de date inconnue, approuvant le Cahier spécial des charges, la partie requérante renvoie Votre Conseil aux deux arrêts rendus par Votre Conseil en assemblée générale le 2 décembre 2005.

Dans un premier arrêt Labonorm, Votre Conseil a établi qu'un Cahier spécial des charges pouvait faire l'objet d'un recours en suspension, dès son adoption. Votre Conseil a cependant précisé qu'une telle faculté de recours ne porte pas préjudice à l'invocation ultérieure, dans le cadre d'une procédure à l'encontre de la décision d'attribution, des irrégularités du Cahier spécial des charges.

Dans le second arrêt (SA Amec Spie Belgium) du 2 décembre 2005, Votre Conseil a appliqué cet enseignement à un refus de sélection préalable dans un appel d'offres restreint. Votre Conseil a jugé qu'un candidat non sélectionné a la possibilité d'introduire immédiatement un recours en suspension ou en annulation contre la décision par laquelle le pouvoir adjudicateur ne retient pas sa candidature, ce qui ne l'empêche aucunement d'invoquer l'illégalité de cette décision à l'appui de son recours contre les décisions ultérieures, prises dans le cadre de la procédure de passation.

L'Exposé des motifs de la loi du 23 décembre 2009 va également dans ce sens puisqu'il indique clairement que des actes préparatoires (causant grief) sont susceptibles d'être attaqués, tels "par exemple : la décision arrêtant le cahier spécial des charges, la décision de non-sélection, la décision relative à la régularité des offres, la décision d'attribution refaite après une procédure de recours". Ceux-ci peuvent être attaqués non seulement directement, lors de leur prise de connaissance mais également à l'appui d'un recours contre la décision d'attribution qui en découle. Dans le commentaire de la disposition qui, à l'époque, fixait les délais de recours, il est par ailleurs explicitement précisé que "La demande de suspension de l'exécution peut viser tant la décision d'attribution que d'autres actes, tels que le cahier spécial des charges ou une décision de non-sélection dans une procédure en deux phases. Il est par ailleurs souligné que le fait de ne pas avoir attaqué un acte irrégulier, tel un cahier spécial des charges contenant des dispositions discriminatoires, au début de la procédure n'empêche pas d'attaquer ensuite la décision d'attribution fondée sur un tel acte irrégulier".

22. La demande de suspension ayant été introduite dans le délai de recours, l'urgence est, par conséquent, établie ».

IV.1.2. La note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse soulève l'irrecevabilité de la requête, en tant qu'elle porte sur les premier et deuxième actes attaqués. Son argumentation se lit comme il suit :

- « Les demandes de suspension de (i) la décision de sélection du 16 décembre 2021 par laquelle la partie adverse a décidé de sélectionner Telenet BVBA et de (ii) la décision de date inconnue approuvant le Cahier spécial des charges du marché public ayant pour objet la mise à disposition, aux autorités fédérales belges en charge de la gestion de crise, d'un Système d'Alerte et d'Information à la Population (SAIP) (projet "BE-ALERT") sont manifestement tardives.

En effet, et pour rappel, l'article 23 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 porte ce qui suit :

“ § 1^{er}. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.
Lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée.
(...)
§ 3. La demande en suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 18, le délai est de dix jours”.
[...].

En l'espèce, la partie requérante disposait d'un délai de quinze jours à compter au plus tard de la prise de connaissance des décisions attaquées susvisées pour solliciter leur suspension.

Or, en l'espèce :

la partie requérante a pris connaissance de la décision de sélection du 16 décembre 2021 au plus tard le 17 décembre 2021, date à laquelle elle s'est vue notifier la décision de sélection de sa candidature. En effet, à cette date, la partie requérante ne pouvait ignorer que la décision motivée de sélection avait été adoptée par l'autorité compétente;

la partie requérante a pris connaissance de la décision approuvant le Cahier spécial des charges de la procédure d'attribution de l'accord-cadre litigieux au plus tard le 17 décembre 2021, soit la date à laquelle ledit cahier spécial des charges lui a été notifié. À partir de cette date, la partie requérante ne pouvait ignorer que la décision approuvant le cahier des charges notifié aux soumissionnaires avait été adoptée.

Compte tenu de ce qui précède, la partie requérante aurait dû introduire sa demande de suspension de (i) la décision de sélection du 16 décembre 2021 par laquelle la partie adverse a décidé de sélectionner Telenet BVBA et de (ii) la décision de date inconnue approuvant le Cahier spécial des charges du marché litigieux au plus tard le 3 janvier 2022.

Ses demandes ont pourtant été introduites le 4 juillet 2022. Elles sont partant manifestement tardives.

La requête en suspension d'extrême urgence est partant irrecevable en ce qu'elle sollicite la suspension de (i) la décision de sélection du 16 décembre 2021 par laquelle la partie adverse a décidé de sélectionner Telenet BVBA et de (ii) la décision de date inconnue approuvant le Cahier spécial des charges du marché public ayant pour objet la mise à disposition, aux autorités fédérales belges en charge de la gestion de crise, d'un Système d'Alerte et d'Information à la Population (SAIP) (projet “ BE-ALERT ”) ».

IV.2. Mesures d'instruction

Par un courrier électronique du 12 juillet 2022, l'auditeur rapporteur a annoncé aux parties qu'elle avait l'intention d'examiner d'office la question de la

recevabilité *ratione temporis* de la requête, en ce qu'elle porte sur le troisième acte attaqué, en tenant compte des éléments suivants :

« La décision motivée d'attribution a été communiquée par un courrier électronique du 9 juin 2022 (voir la pièce n° 9 du dossier de pièces de la partie requérante) et par un courrier recommandé daté du 9 juin 2022, effectivement remis à la poste ce jour (voir sous la pièce n° B10 de la partie confidentielle du dossier administratif; date également confirmée par une recherche via l'outil *Track and Trace* de Bpost).

Conformément à l'article 23, §§ 1^{er} et 3 de la Loi Recours du 17 juin 2013, la demande de suspension doit être introduite dans les 15 jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas. Pour ce qui concerne une décision qui doit faire l'objet d'une communication en vertu de l'article 8 de la loi précitée, le point de départ est par conséquent cette communication.

Il est de jurisprudence bien établie que ces dispositions ne concernent que l'envoi de la décision et non sa réception, eu égard en particulier à l'article 23, § 1^{er} de la Loi Recours qui fait clairement le lien entre la notion de communication et celle d'envoi puisqu'il prévoit que " Lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée " (voir par exemple C.E., n° 242.768 du 24 octobre 2018, S.A. Algemene Electrische Ondernemingen Kamiel Verstraete en Zoon).

Cette jurisprudence repose par ailleurs sur le constat de la volonté du législateur de faire correspondre le délai visé par l'article 23, § 3 susvisé et le délai d'attente (*Ibid.*).

En l'espèce, il n'est pas contesté que la motivation a été communiquée le 9 juin 2022 de sorte que le délai de 15 jours devrait commencer à courir le 10 pour s'achever le 24 juin 2022. Or, la demande de suspension a été introduite selon la procédure électronique le 4 juillet 2022.

Dans sa requête, la partie requérante justifie la recevabilité *ratione temporis* de sa demande eu égard au fait que la communication des voies de recours n'est intervenue que le 17 juin 2022.

L'article 9/1 de la Loi Recours dispose :

[...]

Il semble donc que, si l'obligation de la mention des voies de recours existe tant pour les recours en annulation que pour les recours en suspension, la sanction attachée au défaut de cette mention ne concerne que les recours en annulation.

L'article 9/1 précité a été introduit dans la Loi Recours par l'article 18 de la loi du 16 février 2017 modifiant ladite loi (M.B. 17 mars 2017). Dans l'exposé des motifs relatif au projet de loi devenu cette loi du 16 février 2017, il est notamment précisé ce qui suit :

" Si la communication ne contient pas ces mentions, le délai de 60 jours pour l'introduction d'un recours en annulation (et uniquement ce délai pour ce recours) est prolongé de 4 mois. Initialement, il avait été envisagé d'attacher une sanction au non-respect de cette obligation de communication, en distinguant chaque recours (suspension, annulation, dommages et intérêts, déclaration d'absence des faits...). Néanmoins, cette option n'a pas été retenue car elle risquait d'une part de rendre les recours en dommages et intérêts que les déclarations de nullité et les sanctions alternatives 'éternels' et d'autre part, de poser problème au regard du délai d'attente".

Il peut par ailleurs être constaté que, s'agissant du contentieux "de droit commun", soit des recours en annulation visés à l'article 14 des Lois coordonnées sur le Conseil d'État, la jurisprudence semble être établie en ce sens que le défaut d'indication des voies de recours est dépourvu de toute incidence sur la diligence à agir en extrême urgence (voir par exemple C.E., n° 248.777 du 28 octobre 2020, Amimi) ».

IV.3. Plaidoiries

En ce qui concerne la recevabilité *ratione temporis* de la requête en tant qu'elle est dirigée contre le troisième acte attaqué, la partie requérante a exposé à l'audience l'argumentation présentée dans un courrier électronique de la veille, qui peut être considéré comme une « note d'audience », c'est-à-dire comme un geste de courtoisie envers l'autre partie et le Conseil d'État, et qui n'est donc pas prise en considération comme pièce de procédure mais uniquement à titre informatif. Ce courrier électronique se lit comme il suit :

« [...] »

Par la présente, nous nous permettons de vous faire part des éléments suivants :

- Comme Madame l'Auditeur le relève dans son *e-mail*, l'obligation de la mention des voies de recours existe tant pour les recours en annulation que pour les recours en suspension. Cela étant, la loi recours du 17 juin 2013 n'attache une sanction au défaut de cette mention qu'en ce qui concerne les recours en annulation. Nous avons par ailleurs bien pris connaissance du passage de l'exposé des motifs relatif au projet de loi devenu cette loi du 16 février 2017 reproduit dans votre *e-mail*, qui met en évidence, en substance, le fait que le législateur avait envisagé d'attacher une sanction au non-respect de l'obligation de communication des voies de recours en distinguant chaque recours mais que cette option n'a pas été retenue car elle risquait, quant au recours en suspension plus précisément, de poser problème au regard du délai d'attente.

- Cela étant, ces observations n'invalident pas la thèse défendue par la partie requérante en l'espèce selon laquelle, en cas d'absence de double communication complète (c'est-à-dire incluant les voies de recours), le délai pour introduire un recours en suspension d'extrême urgence ne prend pas cours, celui-ci ne pouvant prendre cours qu'à partir du moment où non seulement la motivation mais également les voies de recours ont été communiquées aux soumissionnaires évincés.

Ce qu'il nous semble important de souligner est le fait qu'il ne s'agit ici pas d'une sanction comme celle attachée au défaut de la mention des voies de recours en ce qui concerne les recours en annulation (nous comprenons en effet bien, comme relevé dans l'exposé des motifs précité, qu'une sanction d'une prolongation de 4 mois risquerait effectivement de poser problème au regard du délai d'attente). En l'occurrence, en ce qui concerne le délai de recours en suspension d'extrême urgence, la communication des voies de recours constitue simplement une condition devant être satisfaite avant que le délai de recours en suspension d'extrême urgence ne puisse commencer à courir. Celui-ci ne prend pas cours 6 mois après que la décision d'attribution ait été communiquée aux soumissionnaires évincés en cas de communication incomplète mais à partir du moment où les soumissionnaires bénéficient d'une communication complète, c'est-à-dire incluant non seulement la motivation mais également les voies de recours, et ce précisément de manière à ce qu'ils puissent utilement envisager de contester la décision d'attribution.

Cette interprétation semble en réalité la seule qui puisse valablement être retenue au regard du droit des soumissionnaires (requérants) de bénéficier d'un recours effectif (le droit à un recours effectif étant un principe général du droit de l'Union et qui est consacré à l'article 19 du Traité sur l'Union européenne qui stipule que "Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une

protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union tel que consacré par le droit de l'Union européenne”), et encore plus dans une hypothèse où, comme en l'espèce, un des soumissionnaires évincés (la partie requérante) est une entreprise étrangère (israélienne) qui n'est pas du tout familière avec la réglementation belge relative aux marchés publics.

C'est précisément afin de garantir aux soumissionnaire un droit à un recours effectif que la loi recours (i) impose au pouvoir adjudicateur d'effectuer une double communication (par e-mail et par recommandé) et prévoit que si ces envois ne sont pas simultanés, le délai de recours ne commence à courir qu'à dater du dernier envoi, et (ii) que les deux envois doivent mentionner les voies de recours. Si l'absence de mention des voies de recours n'avait aucune conséquence, la protection juridictionnelle des soumissionnaires ne serait plus effective (et ce en violation d'un principe du droit de l'Union européenne, dont les États membres doivent pourtant garantir le respect et assurer l'effectivité) dès lors qu'ils ne disposeraient pas de toutes les informations utiles pour contester le cas échéant la décision d'attribution, ce qui est encore plus indispensable pour une société étrangère qui ne connaît pas la réglementation belge et plus précisément les délais à respecter pour contester une décision d'attribution. À cet égard, un parallèle peut également être fait avec l'arrêt Uniplex de la Cour de justice (C.J.U.E., 28 janvier 2010, C-406/08, Uniplex) selon lequel le délai de recours ne commence à courir qu'à partir de la date de réception de l'exposé synthétique des motifs et ce afin de garantir le droit à un recours efficace. Le même raisonnement peut être tenu en l'espèce : si les soumissionnaires n'ont pas connaissance des voies de recours disponibles, ils ne sont pas mis en position de pouvoir faire valoir leurs droits de manière effective et efficace, ce qui est contraire au droit de l'Union européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice (qui rappelle de manière constante, dans ses arrêts, ce droit à bénéficier d'un recours effectif).

La directive 89/665 du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux qui, conformément à son article 1^{er}, s'applique “aux marchés visés par la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil” rappelle ce droit en son article 1^{er} (“Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 2014/24/UE ou de la directive 2014/23/UE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit”). L'article 2bis de cette directive, traitant plus spécifiquement du délai de suspension, stipule par ailleurs clairement que “La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concernés, accompagnée : - d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 55, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE, (...), et - d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe”, ce qui atteste à suffisance que tant la communication des motifs de la décision que la mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable et plus généralement les voies de recours sont indispensables pour faire courir le délai de recours en suspension, et ce afin de garantir le droit à un recours efficace.

En l'occurrence, les voies de recours ont été communiquées à la partie requérante, à sa demande, le 17 juin 2022, par *e-mail*. L'envoi recommandé (qui quant à lui contenait bien les voies de recours) n'a été réceptionné par la partie requérante que le 27 juin 2022 (date du récépissé de la poste israélienne indiquant bien le 27 juin 2022 – cfr première page de la pièce n° 14 du dossier de pièces de la partie requérante), ce qui n'est pas étonnant vu la distance parcourue. Il est

donc d'autant plus important que l'envoi rapide contienne quant à lui bien les voies de recours, ce qui n'était pas le cas du premier envoi. Cela a été rectifié par la partie adverse le 17 juin, date à laquelle les deux envois complets ont donc bien eu lieu. Il convient donc de compter le délai de recours de 15 jours à partir de cette communication. Ce dernier venait donc à expiration le lundi 4 juillet 2022 (le 15^{ème} jour du délai expirant un samedi, et étant reporté au jour ouvrable suivant). La partie adverse ne s'y est donc pas trompée puisqu'elle n'a pas soulevé ce point dans sa note d'observations, confirmant par là le fait qu'elle était bien consciente que le recours n'était pas tardif dans le présent contexte étant donné le texte et la *ratio legis* de la loi du 17 juin 2013.

[...] ».

En ce qui concerne la recevabilité de la requête en tant qu'elle est dirigée contre les premier et deuxième actes attaqués, elle s'est référée à sa requête. En fait, elle a indiqué n'avoir jamais eu connaissance de la décision motivée de sélection. En droit, elle s'est essentiellement référée aux arrêts d'assemblée générale *Labonorm* et *Amec Spie Belgium*, dont elle a déduit que la décision d'approbation du cahier des charge et la décision de sélection peuvent être attaquées à deux moments différents.

En ce qui concerne la recevabilité de la requête en tant qu'elle est dirigée contre le troisième acte attaqué, la partie adverse a souscrit à l'analyse de l'auditeur rapporteur. Rappelant les termes des articles 9, 9/1 et particulièrement 9/1, § 2, alinéa 2, 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, elle a souligné que l'allongement du délai de recours, de quatre mois, en cas d'omission des voies de recours n'est prévu que pour le recours en annulation, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elle a rappelé que la procédure d'extrême urgence requiert la célérité et que, même si l'exigence de célérité est codifiée en matière de marchés publics par la loi du 17 juin 2013, précitée, il reste une obligation de célérité. Elle a relevé que, dans la thèse de la partie requérante, le délai de recours ne serait pas prolongé de quatre mois, mais ne prendrait cours qu'à compter de la communication des voies de recours et qu'ainsi ce délai en extrême urgence pourrait être prolongé indéfiniment. Elle a souligné que cette thèse est incompatible, d'une part, avec la volonté du législateur telle qu'exprimée dans les travaux préparatoires cités par l'auditeur et, d'autre part, avec le mécanisme du délai d'attente. Elle a conclu qu'un tel mécanisme ne pourrait être instauré que par le législateur.

En ce qui concerne la recevabilité de la requête en tant qu'elle est dirigée contre les premier et deuxième actes attaqués, elle a fait valoir que les arrêts d'assemblée générale dont se prévaut la partie requérante permettent de soulever l'illégalité des actes interlocutoires dans des moyens dirigés contre la décision

d'attribution, mais non d'attaquer directement ces actes en dehors du délai de recours. Elle a précisé que, le recours étant irrecevable en tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribution, les moyens soulevant l'illégalité du cahier des charges et de la décision de sélection le sont également. Elle a indiqué que la partie requérante avait reçu le cahier spécial des charges et qu'elle avait connaissance de l'existence de la décision de sélection depuis le mois de décembre 2021 et en a déduit que la requête est également irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre les premier et deuxième actes attaqués.

IV.4. Appréciation du Conseil d'État

IV.4.1. En ce qui concerne le troisième acte attaqué

Il n'est contesté ni que le marché litigieux est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni que le régime applicable au présent recours est celui 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.

L'article 23, §§ 1^{er} à 3, de la loi du 17 juin 2013, précitée, définit, en ces termes, les délais de recours en annulation et en suspension contre les décisions prises par des autorités adjudicatrices :

« § 1^{er}. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

Lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée.

§ 2. Le recours en annulation visé à l'article 14 est introduit dans un délai de soixante jours, sans préjudice de l'article 9/1, § 2, alinéa 2.

§ 3. La demande en suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 18, le délai est de dix jours.

[...] ».

Conformément à l'article 8, § 1^{er}, 3^o, de la même loi, la décision motivée d'attribution doit être communiquée à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu.

L'article 9/1, § 1^{er}, de la même loi définit en ces termes les modalités de communication des décisions qui doivent en faire l'objet :

« L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement les communications visées aux articles 7, 8 et 9, par télécopieur, par courrier électronique ou par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics ou les moyens de communication électroniques visés à l'article 32 de la loi relative aux concessions et, le même jour, par envoi recommandé ».

Il résulte de ce qui précède que le délai de recours en suspension contre la décision d'attribution est de quinze jours à compter de sa communication. Il n'est pas contesté que la « communication » au sens de ces dispositions s'entend de la date d'envoi de la décision, ce que confirme notamment l'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, de la même loi.

Cette même disposition prévoit deux situations dans lesquelles le point de départ du délai des recours est reporté. D'une part, à défaut de simultanéité entre les envois par voie électronique et par courrier recommandé, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. D'autre part, les délais ne commencent à courir que si la motivation est communiquée.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la décision motivée d'attribution du marché a été envoyée à la partie requérante, simultanément, par courrier recommandé et par courrier électronique, le 9 juin 2022. Le délai du recours en suspension a donc bien pris court le 9 juin 2022.

L'article 9/1, § 2, de la loi du 17 juin 2013 se lit comme il suit :

« § 2. Les communications visées au paragraphe 1^{er} indiquent l'existence des voies de recours, leurs délais et les instances compétentes à tout le moins par une référence explicite aux articles 14, 15, 23 et 24.

À défaut de ces mentions, le délai d'introduction du recours en annulation visé à l'article 23, § 2, prend cours quatre mois après la communication de la décision motivée ».

Le premier alinéa de cette disposition impose, certes, que la communication de la décision d'attribution, notamment, comporte l'indication de « l'existence des voies de recours, [de] leurs délais et [des] instances compétentes à tout le moins par une référence explicite aux articles 14, 15, 23 et 24 ».

Il n'est pas contesté que cette indication faisait défaut dans l'envoi du 9 juin 2022. Toutefois, le second alinéa n'attache de sanction à cette lacune qu'en ce qui concerne le délai du recours en annulation.

Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, que le législateur n'a pas voulu de prolongation du délai de recours en suspension, à défaut de mention des voies de recours, notamment afin de faire correspondre ce délai avec le délai d'attente visé à l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 :

« Si la communication ne contient pas ces mentions, le délai de 60 jours pour l'introduction d'un recours en annulation (et uniquement ce délai pour ce recours) est prolongé de 4 mois. Initialement, il avait été envisagé d'attacher une sanction au non-respect de cette obligation de communication en distinguant chaque recours (suspension, annulation, dommages et intérêts, déclaration d'absence d'effet...). Néanmoins, cette option n'a pas été retenue car elle risquait d'une part de rendre les recours en dommages et intérêts, les déclarations de nullité et les sanctions alternatives "éternels" et d'autre part, de poser problème au regard du délai d'attente » (Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2168/001, p. 19).

L'interprétation défendue par la partie requérante, selon laquelle le délai du recours en suspension ne commencerait à courir qu'à compter de la communication complète, incluant la mention des voies de recours, est donc manifestement contraire à la volonté exprimée par le législateur. Elle romprait l'équilibre à ménager entre le droit au recours juridictionnel du candidat ou soumissionnaire évincé, d'une part, et la nécessité de garantir les intérêts procéduraux et la sécurité juridique de l'autorité adjudicatrice et des autres personnes concernées par la procédure d'attribution du marché, d'autre part.

Cette interprétation ne s'impose pas à la lumière de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (telle que modifiée à ce jour). L'obligation de mentionner les voies de recours, consacrée en droit interne notamment par l'article 9/1, § 2, de la loi du 17 juin 2013, ne résulte pas de la transposition de la directive 89/665/CEE. L'article 2bis, § 2, alinéa 4, de cette directive impose de communiquer la décision d'attribution accompagnée « d'un exposé synthétique des motifs pertinents » et « d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension [c'est-à-dire du délai d'attente] applicable ».

Enfin, cette interprétation apparaît en contradiction avec l'objectif « qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce

droit » (troisième considérant de la directive 89/665/CEE précitée) et avec l'obligation faite aux États membres de prendre « [...] les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies [...], au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit » (article 1^{er}, § 1^{er}, al. 4, de cette directive).

Il résulte de ce qui précède que le délai du recours en suspension contre le troisième acte attaqué a commencé à courir le 9 juin, pour venir à échéance le 24 juin 2022.

La requête, introduite le 4 juillet 2022, est irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre le troisième acte attaqué.

IV.4.2. En ce qui concerne les premier et deuxième actes attaqués

La demande de suspension a également pour objet « la décision de sélection du 16 décembre 2021 par laquelle la partie adverse a décidé de sélectionner la société Telenet ».

La partie requérante ne prétend pas que la décision de sélection de Telenet aurait dû lui être communiquée. Dès le moment où elle était informée de sa propre sélection, le 17 décembre 2021, elle était en mesure de faire toute diligence pour s'informer de la sélection d'autres candidats et, le cas échéant, contester cette décision. Une partie requérante ne peut reporter arbitrairement le point de départ du délai prévu pour l'introduction d'un recours et doit se montrer normalement prudente et diligente pour acquérir la connaissance de l'acte dont elle peut raisonnablement supposer l'existence. Introduite en dehors du délai de quinze jours, prévu par l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 précitée, la demande de suspension est également irrecevable en tant qu'elle porte sur cet objet.

La demande de suspension a enfin pour objet « la décision de date inconnue approuvant le cahier spécial des charges du marché public ayant pour objet la mise à disposition, aux autorités fédérales belges en charge de la gestion de crise, d'un Système d'Alerte et d'Information à la Population (Saip) (projet “Be-Alert”) ».

Les requérantes ne contestent pas avoir eu connaissance de l'existence de cette décision plus de quinze jours avant l'introduction de la présente demande de suspension. Introduite en dehors du délai de quinze jours, prévu par l'article 23, § 3,

de la loi du 17 juin 2013 précitée, la demande de suspension est irrecevable en tant qu'elle porte sur cet objet.

Cette conclusion n'exclut pas que la partie requérante puisse, le cas échéant, invoquer par voie incidente, dans le cadre de son recours, en tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribution, les irrégularités qui, à son estime, entacheraient la décision d'approbation du cahier spécial des charges ou la décision de sélection d'autres candidats, conformément à la jurisprudence établie par les arrêts de l'assemblée générale n^{os} 152.173 et 152.174 du 2 décembre 2005. Ceci suppose toutefois que le recours soit recevable en tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribution, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il résulte de ce qui précède que la requête est irrecevable.

V. Confidentialité

La partie requérante dépose les pièces 5, 7 et 15 de son dossier en sollicitant le maintien de leur confidentialité « de manière à ne pas nuire au secret d'affaires [...] et d'assurer une concurrence loyale entre les entreprises ».

La partie adverse dépose également une série de pièces en sollicitant leur confidentialité, justifiée par « un souci de préservation du secret d'affaires et de la libre concurrence entre opérateurs économiques ». Ces pièces sont identifiées dans l'inventaire du dossier administratif sous les numéros A 1 à 4, B 1 à 10, C 1 à 9, D 1 à 10, E, F et G.

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

VI. Indemnité de procédure

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

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 5, 7 et 15 du dossier de la partie requérante et les pièces A 1 à 4, B 1 à 10, C 1 à 9, D 1 à 10, E, F et G du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 19 juillet 2022 par :

Élisabeth Willemart,
Caroline Hugé,

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

Le Greffier,

Le Président,

Caroline Hugé

Élisabeth Willemart