

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 261.392 du 21 novembre 2024

A. 234.696/VI-22.164

En cause : **la société anonyme ORANGE BELGIUM**,
ayant élu domicile chez
M^e Pascal MALLIEN, avocat,
borsbeeksebrug 36/8
2600 Berchem,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le lundi 15 novembre 2021, la partie requérante demande l'annulation de « la décision motivée d'attribution pour le marché SPW-DTIC_2020M018-Lot 1, dénommé "services téléphoniques fixes et mobiles du SPW", marché public de services, procédure ouverte européenne, prise le 7 septembre 2021, notifiée par pli recommandé du 15 septembre 2021 ».

II. Procédure

Un arrêt n° 252.543 du 23 décembre 2021 a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence et a tenu, pour confidentielles, les pièces 4 à 8 du dossier de la requérante et les pièces 1 à 12 du dossier administratif. Il a été notifié aux parties (ECLI:BE:RVSCE:2021:ARR.252.543).

La partie requérante a demandé la poursuite de la procédure.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du

contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé dans le cadre de la procédure en référé.

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

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 15 octobre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 novembre 2024.

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

M^e Nastassja Walshot *loco* M^e Pascal Mallien, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Emmanuelle Bertrand, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

Les faits de la cause ont été exposés dans l'arrêt n° 252.543 du 23 décembre 2021 selon la relation qu'en donnait la partie requérante. Cet exposé n'a pas été contesté et n'apparaît pas devoir être modifié pour les besoins de l'examen du recours en annulation. Il y a donc lieu de s'y référer.

IV. Recevabilité du recours en annulation

IV.1. Thèse de la partie adverse

A. Mémoire en réponse

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité du recours en annulation.

Elle soutient que la requête en annulation déposée en l'espèce ne pouvant être considérée comme une procédure indépendante de celle en suspension (elle porte, d'ailleurs, le même numéro de rôle), elle aurait dû, comme ce fut le cas de la requête en suspension d'extrême urgence, être introduite par la voie électronique. Selon la partie adverse, en introduisant la requête en annulation par la voie postale, la requérante n'a pas respecté l'article 85*bis*, § 4, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Elle en déduit que le recours est irrecevable.

Elle relève, « [s]ubsidiairement » qu'« alors que la requérante a fait choix de l'envoi postal comme mode introductif, la requête n'a jamais été notifiée à la partie adverse de la même manière » et qu'elle n'a pris « connaissance de la requête en annulation que le 4 février, 2 jours après son dépôt par le greffe sur la plateforme *e-proadmin* ». Elle en déduit qu'« [e]n ce qu'elle est déposée en dehors du délai de 60 jours à compter de la communication de l'acte querellé, la requête est irrecevable *rationae temporis* ».

B. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse conteste le caractère indépendant des requêtes de suspension et d'annulation. Elle fait valoir les éléments suivants :

« [...] En droit, l'article 85*bis*, § 4, vise "l'affaire concernée", dont le choix de la procédure électronique est conditionné par "le dépôt d'un acte de procédure sous cette forme" ; une fois ce choix posé, "les autres actes de la procédure" ne peuvent être accomplis que selon le même mode électronique [...].
En l'occurrence, la requête en suspension a été déposée par voie électronique et "dans le cadre de l'affaire concernée", a été accompli un "autre acte de la procédure", tel étant une requête en annulation.
Quant à cette notion de "autre acte de la procédure", l'article 85*bis*, § 4, ne distingue pas la nature de celui-ci (introductif de l'instance ou pas, ...).
Pour autant que de besoins, la preuve en est d'ailleurs que les requêtes en suspension et en annulation sont enrôlées sous le même numéro. Dès lors qu'elles seraient juridiquement indépendantes, elles porteraient des numéros différents, ce qui n'est pas le cas.

[...] En fait, cette thèse doit bien être suivie au regard des actes posés en l'espèce, à commencer par ceux émanant de la partie requérante elle-même.

C'est ainsi que :

- sa requête en suspension ayant été déposée le 29 septembre 2021, c'est le 15 novembre 2021 qu'elle procèdera au dépôt de sa requête en annulation, soit durant la période d'instruction de sa demande de suspension au Conseil d'État, celui-ci ayant rejeté la demande de suspension par arrêt du 23 décembre 2021 ;
- dans sa requête en annulation (p. 2), la requérante écrit expressément qu'elle "a seulement rédigé cette requête en annulation le lundi 15 novembre 2021 en attendant l'arrêt à intervenir du Conseil d'État, section du contentieux administratif, concernant la demande [de] suspension [d'] extrême urgence.

Qu'elle n'a pas encore obtenu cet arrêt et que le contenu de cette requête en annulation ne tient dès lors pas compte de certains raisonnements du Conseil d'État, section du contentieux administratif, explicités dans l'arrêt à intervenir concernant la demande [de] suspension [d'] extrême urgence.

Que cela sera éventuellement adapté dans le mémoire en réplique qui suivra dans la présente procédure.

Que la requérante fait valoir actuellement ce qui doit être mentionné dans une requête en annulation, tenant compte de l'argumentation dans la demande [de] suspension [d'] extrême urgence"

Selon la partie requérante, les deux requêtes ne sont donc pas indépendantes ; elles s'inscrivent dans le cadre de la même affaire, soit "dans le cadre de l'affaire concernée" ».

La partie adverse ajoute ce qui suit :

- « [...] Ne peut davantage être suivie la thèse subsidiaire développée par la requérante, tirée de la jurisprudence de Votre Conseil en matière de mode de transmission de demandes d'une poursuite de la procédure.

En effet, une telle demande ne peut être assimilée à une requête en annulation, ni quant à sa portée ni quant à son contenu.

Il existe donc bien un rapport proportionné entre le formalisme exigé pour le dépôt d'une telle requête et la finalité de sécurité juridique qui en est attendue. Ainsi, et notamment, la partie adverse peut légitimement s'attendre, et par conséquent porter son attention à ce que l'ensemble d'une procédure relative à une même affaire se déroule selon le même mode électronique ou écrit, et ce afin que soit évité, préventivement, tout risque d'erreur quant au traitement de la procédure relative à une même affaire contentieuse ».

Elle en déduit que la requête en annulation n'a pas été valablement déposée, en violation de l'article 85bis, § 4, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité, en sorte que le recours est irrecevable.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 85bis, § 4, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État dispose comme il suit :

- « Le choix de la procédure électronique est, dans le cadre de l'affaire concernée, définitif pour un gestionnaire de dossier qui l'a fait dès le dépôt d'un acte de procédure sous cette forme et ce gestionnaire ne pourra valablement accomplir les autres actes de la procédure que selon le même mode ».

La requête en annulation déposée à la suite d'une requête en suspension d'extrême urgence ne peut être considérée comme un « autre acte de la procédure » au sens de la disposition réglementaire précitée. En effet, la requête en annulation est un « acte introductif d'instance » autonome. Elle ne peut être assimilée, par exemple, à une demande de poursuite de la procédure ou à un mémoire en réplique ou ampliatif. Elle n'est pas non plus assimilable aux demandes de suspension ou de mesures provisoires qui sont toujours l'accessoire du recours en annulation.

Déclarer le recours en annulation irrecevable au motif que la requête n'a pas été introduite par voie électronique alors que la demande de suspension d'extrême urgence l'a été précédemment par cette voie paraît bien sortir des prévisions de l'article 85bis, § 4, compte tenu de son libellé. Une telle interprétation méconnaîtrait l'exigence de prévisibilité requise en matière de recevabilité des recours et, dans un tel contexte, porterait une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un juge.

Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, la requête en annulation a bien été introduite dans le délai de soixante jours, prévu à cet effet. Elle a ensuite été notifiée par le greffier en chef à la partie adverse qui a disposé d'un délai de soixante jours pour déposer son mémoire en réponse. L'introduction de la requête en annulation par voie postale n'a aucunement porté atteinte aux droits de la partie adverse.

L'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut être retenue.

V. Quatrième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réplique

Dans le cadre de son quatrième moyen, la requérante soulève un grief nouveau qu'elle qualifie d'ordre public pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte.

Elle soutient que l'acte attaqué a été adopté par la ministre de l'Informatique, alors qu'il aurait dû l'être par le Gouvernement wallon.

Après avoir rappelé le contenu de l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et des articles 1^{er} et 14, § 1^{er}, de l'arrêté du

Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement, la requérante expose que « la partie adverse reste [...] en défaut de produire un quelconque document qui viendrait démontrer que [...] la ministre disposait bien des compétences nécessaires en vue d'attribuer le marché en cause », alors « qu'il n'existe 'pas de délégation sans texte' et que, par conséquent, toute délégation doit être réalisée par écrit, la partie adverse ne p[ouvant] se borner à revendiquer l'existence même d'une délégation sans en produire la preuve ». Selon elle, la décision du Gouvernement wallon du 27 août 2020 produite par la partie adverse ne peut s'analyser comme un acte de délégation donnant à la ministre le pouvoir d'attribuer le marché litigieux. Elle estime que ladite délégation porte uniquement sur le lancement du marché, en rappelant que la délégation de pouvoir est d'interprétation restrictive.

Elle ajoute que les délégations ne peuvent intervenir que dans le respect de conditions strictes, notamment le fait que « la délégation doit être rendue opposable aux tiers par l'accomplissement de formalités de publicité ». Elle estime qu'en l'espèce, même s'il existait une délégation de pouvoir relative à l'attribution du marché, il faudrait considérer qu'elle « n'est pas valable dès lors qu'elle n'a fait l'objet d'aucune publicité ». Elle fait encore valoir que « selon la jurisprudence constante du Conseil d'État, un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification ».

Elle conclut que « [l]a décision attaquée, en ce qu'elle procède d'un excès de pouvoir en raison de l'incompétence de son auteur est illégale et doit, partant, être annulée ».

B. Dernier mémoire de la partie adverse

Après avoir rappelé le contenu des précédents écrits de procédure, du rapport déposé par le premier auditeur en charge de l'instruction de l'affaire et des législations et réglementations applicables, la partie adverse expose ce qui suit :

« D.2. Thèse principale de la partie adverse : compétence de la ministre de l'Informatique, madame DE BUE, en application à tout le moins de l'arrêté précité du 26.09.2019 – absence de nécessité d'une délégation expresse.

D.2.1. Thèse de la partie adverse.

19. La Région wallonne considère que l'acte attaqué a été adopté valablement par la ministre de l'Informatique, sans qu'il soit besoin d'une délégation expresse en sa faveur.

20. La matière des marchés publics est spécifiquement visée à l'article 14 de

l'arrêté précité du 26 septembre 2019.

Il ressort de son libellé qu'ont été prévus et organisés de manière distincte d'une part, le choix du mode de passation (art. 14, § 1^{er}) et d'autre part, l'attribution du marché (art. 14, § 2).

En matière d'attribution, le Gouvernement ne s'est expressément réservé la compétence d'attribuer un marché que "lorsque le montant estimé du marché est inférieur au montant correspondant fixé au § 1^{er}, mais que le montant de l'offre à approuver dépasse ce montant de plus de 15 %".

21. En l'espèce, telle n'est pas l'hypothèse puisque le montant estimé du marché litigieux est supérieur à 1.715.000,00 EUR fixé au § 1^{er} de l'art. 14.

La ministre de l'Informatique était bien compétente pour attribuer le marché en cause.

Le Gouvernement s'est, du reste, prononcé sur le mode de passation du marché en cause.

22. Il est à noter que l'article 14 fait expressément référence aux "marchés publics visés à l'article 169, alinéa 1^{er}, de la loi du 17.06.2016 relative aux marchés publics".

Selon cet alinéa, "dans les limites de ses attributions, chaque ministre est compétent pour prendre les dispositions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'autorité fédérale et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique". Cette disposition finale de la loi, figurant sous l'intitulé "Compétences", exprime le principe de la compétence des ministres en matière de marchés publics ; telle est la règle de base que fixe cette disposition.

23. Les ministres de la Région wallonne ayant délégation générale dans les compétences qui leur sont attribuées, en application à tout le moins de l'article 19 de l'arrêté précité du 26 septembre 2019, et ledit arrêté ne venant pas restreindre la compétence ministérielle concernant l'attribution du marché en cause, la [ministre] de l'Informatique, madame De Bue, était bien compétente pour attribuer le marché litigieux, sans qu'il ne soit besoin d'avoir recours à une délégation expresse et spéciale.

D.2.2. Réponse au mémoire en réplique de la requérante.

24. En vue de prouver l'incompétence, selon elle, de la ministre de l'Informatique en l'espèce, la requérante met en exergue le principe de la collégialité du Gouvernement pour les prises de décisions, ce sur la base de l'article 69 de la loi spéciale portant réformes des institutions du 8 août 1980, ainsi que sur les articles 1^{er} et 14 de l'arrêté du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement.

Écartant l'application de l'article 12 de ce même arrêté, et à tort celle de l'article 8 de l'arrêté du 13.09.2019 du Gouvernement wallon fixant la répartition des compétences entre les ministres et réglant la signature des actes du Gouvernement, la requérante prétend que la partie adverse resterait en défaut de prouver que madame DE BUE peut valablement être considérée comme l'auteur de l'acte attaqué.

25. À bon droit, la requérante considère que l'article 12 n'est pas applicable en l'espèce.

Cette disposition prévoit d'ailleurs qu'elle s'applique "sans préjudice des dispositions prévues aux articles [...] 14 [...]", cet article 14 réglant spécifiquement la prise de décisions par la partie adverse en matière de marchés publics.

26. C'est pour le surplus par un raccourci que la requérante expose dans son mémoire en réplique (n° 30) qu'"il existe deux possibilités de déroger à la prise de

décision collégiale”, réduisant lesdites possibilités à ces deux cas : l’article 12 précité et une délégation expresse.

La réduction à ces deux cas ne trouve aucun fondement légal et réglementaire, alors qu’en particulier, l’article 19 se fait le siège du principe de l’attribution d’une délégation générale dans le chef des ministres, sauf exception expressément prévue.

L’article 8 de l’arrêté précité du 13 septembre 2019 du Gouvernement wallon a justement pour vocation de désigner madame De Bue en la matière.

En ce que la requérante omet l’article 19 précité de son raisonnement, écarte l’application de l’article 8 précité en faisant erronément référence à l’article 12 de l’arrêté du 26.09.2019, et ne fonde pas en droit sa réduction d’une délégation à deux seules hypothèses possibles, elle ne peut être suivie.

D.2.3. Réponse au rapport de monsieur le premier auditeur (p. 4 et sv).

27. Monsieur le premier auditeur examine le seul moyen nouveau d’ordre public, pris de l’incompétence de l’auteur de l’acte, tenant au défaut de délégation en faveur de la ministre de l’Informatique, alors que selon lui, l’acte attaqué aurait dû être adopté par le Gouvernement wallon.

28. Monsieur le premier auditeur constate qu’il ressort de l’article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles comme de l’article 1^{er} de l’arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement, que le Gouvernement exerce ses compétences de manière collégiale, sauf délégation accordée à un de ses membres.

Il cite également l’article 19, alinéa 1^{er}, de l’arrêté précité du 26.09.2019 “qui a un caractère général, doit s’interpréter en ce sens que les ministres ont, sauf les exceptions prévues par l’arrêté du 26.09.2019 lui-même, délégation pour adopter les décisions administratives individuelles dans les matières qui relèvent de leurs compétences”.

Monsieur le premier auditeur se réfère aussi à l’article 14, § 1^{er}, de l’arrêté du Gouvernement wallon du 26.09.2019, précité, qui contient des dispositions en matière de choix du mode de passation des marchés publics et d’attribution desdits marchés.

Sur ces différentes bases, il considère que :

“ En l’espèce, la valeur estimée du marché public de services passé selon la procédure ouverte avec publication européenne dépasse 1.715.000 €, puisqu’il est constant que la décision de choisir le mode de passation du marché litigieux pour le lancer a été adoptée par le Gouvernement wallon (séance du 27 août 2020, D.A., pièce n° 28).

Il se déduit de la combinaison des articles 1^{er}, 19, alinéa 1^o, et 14, § 1^{er}, de l’arrêté du Gouvernement wallon du 26.09.2019 précité que chaque ministre est compétent pour choisir le mode de passation des marchés publics et pour attribuer ces marchés lorsque l’estimation est inférieure à certains montants (sauf l’exception prévue à l’article 14, § 2, du même arrêté), le Gouvernement retrouvant sa compétence collégiale pour choisir le mode de passation et attribuer les marchés publics dont l’estimation – comme en l’espèce – dépasse ces seuils” (p. 5).

38. La partie adverse ne peut marquer son accord sur cette déduction.

En effet, et ainsi qu’il ressort déjà de ce qu’elle a exposé ci-avant, l’article 14, § 2, ne stipule pas expressément que l’attribution d’un marché public d’un montant au-delà du seuil fixé ressort de la décision du Gouvernement ; l’article 14 ne prévoit l’intervention du Gouvernement que pour la détermination du mode de passation pour les marchés d’un montant dépassant le seuil (§ 1^{er}), et, en matière d’attribution, que dans une hypothèse qui ne concerne pas la présente affaire (§ 2). En effet, le § 2 de l’article 14 prévoit spécialement l’intervention du Gouvernement en matière d’attribution de marchés publics que pour ceux d’un montant inférieur

au seuil, telle n'étant pas l'hypothèse visée en l'espèce.

Dès lors, en dehors de cette hypothèse, c'est la disposition générale de l'article 19, § 1^{er}, de l'arrêté du 26.09.2019 qui s'applique, en donnant compétence au ministre compétent d'adopter les actes et mesures ressortant de son ministère.

Il est à noter que ce faisant, le ministre n'attribuera pas le marché sans balises, puisque dès lors que les seuils sont dépassés, le Gouvernement aura préalablement à tout le moins fixé le mode de passation en application du § 1^{er} de l'article 14.

Alors qu'il a pour vocation de régler la répartition des prises de décision entre le gouvernement et les ministres en matière de marchés publics, il ne peut être fait dit au texte de l'article 14 plus que ce qu'il indique.

Dès lors que le § 2 ne prévoit la compétence du Gouvernement que dans un cas spécifique, et que le cas d'espèce n'entre pas dans l'hypothèse prévue par le texte, il y a lieu de se référer à la compétence générale du ministre.

39. Il ressort de ce qui précède que la ministre de l'Informatique était bien compétente pour attribuer le marché litigieux.

D.3. Thèse subsidiaire de la partie adverse : à supposer que les textes légaux et réglementaires ne peuvent suffire à justifier la compétence en l'espèce de la ministre de l'Informatique, *quod non*, constat de l'octroi d'une délégation expresse habilitant la ministre de l'Informatique pour attribuer le marché visé en l'espèce

40. Monsieur le premier auditeur et la partie requérante contestent qu'ait été accordée à la ministre de l'Informatique, une délégation spéciale portant sur l'attribution du marché.

41. Même à ne pas considérer la thèse développée à titre principal par la partie adverse, force est de constater l'existence d'une telle délégation en la décision du 27 août 2020 du Gouvernement (pièce 28 du dossier administratif).

D.3.1. Thèse de la partie adverse.

42. Selon décision du 27 août 2020 du Gouvernement :

DECISION :

L'accord du Ministre du Budget est donné en séance, conformément à l'article 39, § 3, alinéa 2, de l'arrêté du 8 juin 2017 portant organisation des contrôle et audit internes, budgétaires et comptables ainsi que du contrôle administratif et budgétaire des Services du Gouvernement wallon, des services administratifs à comptabilité autonome, des entreprises régionales, des organismes et du Service du Médiateur en Région wallonne.

1. Le Gouvernement décide de recourir à une procédure ouverte avec publicité européenne pour lancer le marché public relatif à la mise en concurrence des services téléphoniques fixes et mobiles du Service public de Wallonie, conformément à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Il approuve le projet de cahier spécial des charges 2020M018 y afférent, dont le texte figure en annexe.

2. Le Gouvernement charge les services du SPW Budget, Logistique et Technologies de l'Information et de la Communication de finaliser le cahier spécial des charges de ce marché et de le publier.

3. Il charge la Ministre de l'Informatique de l'exécution de la présente décision.

En ce qu'au point 3 de sa décision du 27 août 2020, le Gouvernement "charge la ministre de l'Informatique de l'exécution de la présente décision", se trouve visée l'attribution du marché.

43. Il ressort de cette décision du 27 août 2020 que le Gouvernement a voulu confier à la ministre de l'Informatique l'exécution de sa décision, incluant l'attribution du marché : ainsi,

- le point 1 de sa décision porte expressément que "le Gouvernement décide de recourir à une procédure ouverte avec publicité européenne pour lancer le marché public relatif à la mise en concurrence de services téléphoniques fixes et

mobiles du Service public de Wallonie, conformément à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics” ;

Ce faisant, le Gouvernement décide de la mise en concurrence du marché, et ce selon la procédure ouverte avec publicité européenne.

Par définition, cette décision de mise en concurrence s’inscrit dans le cadre de sa finalisation, et donc de l’attribution effective du marché ;

- la décision étant prise de mettre le marché en concurrence, en vue de son attribution, la ministre de l’Informatique a été chargée de son exécution.

Cette exécution ne peut être comprise comme se limitant à des mesures préparatoires, à peine de ne pas donner plein effet à la volonté exprimée par le Gouvernement de mettre le marché en concurrence et de voir y donner les suites voulues, en ce compris l’attribution du marché.

Exclure ce point de compétence, comme y procède la partie requérante suivie par le rapport du Premier Auditeur, revient à priver de son principal effet utile la compétence d’exécution confiée à la ministre de l’Informatique ;

- la décision du Gouvernement doit d’autant plus être comprise en ce sens que par le choix du mode de passation et l’approbation du CSCh y afférent, il a enserré les pouvoirs de la ministre de l’Informatique, particulièrement au regard du critère d’attribution.

En effet, le projet du CSCh tel qu’approuvé par le Gouvernement comporte une rubrique intitulée “attribution du marché” en p. 23 (pce 2.1).

Selon cette rubrique :

“ L’attribution de chaque lot du marché se fera sur la base de l’offre régulière jugée la plus intéressante en tenant compte du seul critère de prix global, correspondant au total de l’ensemble des postes de l’inventaire complété par le soumissionnaire.

Les offres des soumissionnaires sélectionnés sont comparées entre elles sur base des montants totaux proposés. Le marché est adjugé au soumissionnaire le moins-disant pour autant que son offre ait préalablement été déclarée régulière. Le non-respect, par l’offre, d’une exigence essentielle entraîne son irrégularité substantielle et rejet/nullité automatique”.

La marge d’action de la ministre s’en trouvait d’autant réduite.

Il est alors tout à fait raisonnable de considérer que ces différentes conditions étant posées, le Gouvernement ait pu lui confier l’entier suivi de la procédure d’attribution du marché.

Il est d’ailleurs à relever que telle était la position de la requérante, qui n’a, avant son mémoire en réplique, jamais soulevé l’argument de l’incompétence de l’auteur de l’acte tiré de la prétendue portée limitée de la délégation donnée par le Gouvernement à madame la ministre DE BUE dans sa décision du 27 août 2020.

Pas plus, cette portée limitée de la délégation n’a été celle appréhendée par monsieur le premier auditeur, ni par Votre Conseil lors de la procédure en extrême urgence, et ce alors que la décision du 27 août 2020 a été analysée, précisément dans le contexte de la question déjà posée par la partie requérante, certes en d’autres termes, quant à la compétence de l’auteur de l’acte.

44. La volonté du Gouvernement de voir la ministre de l’Informatique assurer la bonne fin de la procédure d’attribution du marché, trouve, pour autant que de besoins, expressément confirmation dans le projet du CSCh tel qu’il a été approuvé par le Gouvernement wallon, selon le point 1 de sa décision du 27 août 2020 (pièce 2.1).

En effet, dans la présentation générale du projet (p. 2), le CSCh précise textuellement que le pouvoir adjudicateur est la Région wallonne représentée par sa ministre de l’Informatique.

Ainsi, est-il précisé au regard du “pouvoir adjudicateur” : “RÉGION WALLONNE (le Service public de Wallonie et le Service du Gouvernement wallon, notamment les cabinets des ministres de ce Gouvernement) représentée par son ministre ayant l’informatique administrative dans ses attributions, madame

Valérie DE BUE”.

Encore à la rubrique 3, relative au pouvoir adjudicateur, dudit projet de CSCh, il est répété que :

“ Le pouvoir adjudicateur est la RÉGION WALLONNE (le Service public de Wallonie et le Service du Gouvernement wallon, notamment le cabinet des ministres de ce Gouvernement) représentée par madame Valérie DE BUE, ministre de la Fonction publique, de l’informatique, de la Simplification administrative, en charge des allocations familiales, du Tourisme, du Patrimoine et de la Sécurité routière”.

Pour autant que de besoin, la partie adverse rappelle qu’au titre de l’“attribution du marché”, l’article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics vise le “pouvoir adjudicateur”.

Tel est bien le projet de CSCh qui a été soumis à l’approbation du Gouvernement, l’envoi de l’ensemble du dossier, donc en ce compris le projet de CSCh, ayant été transmis, en vue de la séance du Gouvernement wallon, par courriel du 6 juillet 2020 de [V.K.], première attachée – responsable de la cellule du support transversal SPW, à [S.C.] (pièce 2.2).

La partie adverse reproduit encore ici une capture d’écran de la plateforme où figurent les décisions du Gouvernement wallon ; sur cette capture d’écran apparaissent la décision prise par le Gouvernement le 27 août 2020 et l’une de ses annexes, le projet de CSCh tel qu’il a été approuvé.

[...]

45. Il ressort de ce qui précède que la ministre de l’Informatique a bien été habilitée par le Gouvernement pour attribuer le marché en cause.

46. Pour le surplus, la délégation a bien été portée à la connaissance des intéressés. En effet, comme indiqué ci-avant, la mention de la représentation de la Région wallonne par la ministre de l’Informatique figure dans le CSCh (pièce 5 – CSCh) qui a été publié via *e-Procurement* avec l’avis de marché (pièce 5 – avis). Pour rédiger son offre, la requérante a forcément dû prendre connaissance du CSCh.

La publicité de cette information ne devait pas être davantage étendue.

Ainsi, et *mutatis mutandis*, a jugé Votre Conseil dans un arrêt [...] n° [2]19.272 du 09.05.2012 : “un arrêté portant délégation du pouvoir de prendre certaines décisions intéresse toutes les personnes à l’égard de qui ces décisions ont effet ; qu’il n’est obligatoire à leur égard qu’à la condition qu’il ait été dûment porté à leur connaissance ; [...] que lorsqu’un arrêté donne délégation à un fonctionnaire pour prendre des décisions qui n’affectent que les agents de l’administration, cet arrêté n’intéresse pas la généralité des citoyens et est opposable aux agents concernés dès lors qu’il a été porté à leur connaissance par une note de service ou par la mise à la disposition de ces agents d’un recueil de textes applicables à leur administration dans lequel il est inséré ; [...]” (V. encore CE, 07.12.2021, n° 252.349 [...]).

D.3.2. Réponse au mémoire en réplique de la requérante.

47. La requérante dénie toute portée de l’acte de délégation du 27 août 2020 émanant du Gouvernement en faveur de la ministre de l’Informatique en relation avec la décision d’attribution du marché (son mém. en répl. n° 33 et s.), en substance aux motifs que :

- une délégation de pouvoirs est d’interprétation restrictive ;
- en confirmation de l’article 14 de l’arrêté précité du 26 septembre 2019, la décision du 27 août 2020 du Gouvernement, contenant la délégation, ne porte que sur le lancement du marché, et non sur son attribution ;
- l’acte de délégation n’a pas été publié.

48. La requérante ne peut voir en l’article 14 de l’arrêté du 26.09.2019 une confirmation de sa thèse selon laquelle la décision du 27 août 2020 du Gouvernement ne pourrait porter sur l’attribution du marché litigieux et ne pourrait

concerner que son lancement (le mémoire en réplique, n° 36).

En effet, elle ne se base que sur le § 1^{er} de l'article qui règle le choix du mode de passation, en omettant son § 2 qui traite de l'attribution du marché.

Or, comme la partie adverse l'a démontré ci-avant, l'article 14, § 2, de l'arrêté ne vise qu'une hypothèse dans laquelle le Gouvernement attribue lui-même le marché.

Cette hypothèse n'étant pas celle visée en l'espèce, la ministre de l'Informatique était bien habilitée à prendre la décision d'attribution.

49. Du reste, le CSCh tel qu'approuvé au terme de la décision du 27 août 2020 du Gouvernement porte expressément que le pouvoir adjudicateur n'est autre que la partie adverse, expressément représentée par son ministre de l'Informatique, madame DE BUE, nommément désignée.

50. Pour le surplus, la partie adverse a déjà démontré ci-avant que la désignation de la ministre de l'Informatique décidée par le Gouvernement avait été portée à sa connaissance avant même l'attribution du marché, par la publication du CSCh.

D.3.2. Réponse au rapport de monsieur le premier auditeur (p.5).

51. Selon monsieur le premier auditeur, la délégation donnée par le Gouvernement dans sa décision du 27 août 2020 "se limite à charger la ministre de l'Informatique d'exécuter cette décision 'de recourir à une procédure ouverte avec publicité européenne pour lancer le marché public' litigieux. Cette délégation doit se comprendre comme signifiant qu'il incombe à la ministre de 'lancer', c'est-à-dire d'entamer, la procédure d'attribution du marché et de réaliser les mesures préparatoires en vue de l'adoption de l'acte (ces mesures préparatoires prennent fin avec la rédaction du rapport sur la comparaison des offres), mais non d'attribuer le marché en question à un adjudicataire, cette décision relevant de la compétence collégiale du Gouvernement, qui pourra encore décider de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure en application de l'article 85 de la loi du 17.06.2016 relative aux marchés publics".

52. Le Premier Auditeur relève encore qu'un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification.

53. La décision ne se limite pas à charger la ministre de l'Informatique de l'exécution de la décision "de recourir à une procédure ouverte avec publicité européenne pour lancer le marché public" litigieux.

C'est l'exécution de l'ensemble de sa décision qui est visée par le Gouvernement. Il doit en être d'autant plus compris ainsi que la décision du Gouvernement doit se lire à la lumière du projet du CSCh que lui-même a approuvé au cours de sa délibération, CSCh qui fait apparaître le pouvoir adjudicateur comme étant représenté par la ministre de l'Informatique.

Ce faisant, ce sont bien davantage que les mesures préparatoires qu'il incombait à la ministre de prendre, puisqu'elle était chargée de la bonne fin de la procédure du marché.

54. Quant à la possibilité que le marché ne puisse être attribué ou qu'il en faille recommencer la procédure, c'eût été alors des situations qui contrevenaient à la volonté jusqu'alors exprimée par le Gouvernement dans sa décision du 27 août 2020 de voir lancer le marché jusqu'à son attribution (ce qui est traduit dans le CSCh en ce que ledit cahier règle tous les points devant normalement mener à une attribution).

Dans ces hypothèses, il était alors concevable que ce soit le Gouvernement qui se prononce ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles dispose comme il suit :

« Sans préjudice des délégations qu'il accorde, chaque Gouvernement délibère collégalement, selon la procédure du consensus suivie en Conseil des ministres, de toutes affaires de sa compétence ».

Il résulte de cette disposition – reprise à l'article 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement, en vigueur au moment de l'adoption de l'acte attaqué – que le Gouvernement régional prend des décisions de manière collégiale, mais qu'il peut consentir des délégations à ses membres.

L'article 19, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 précité prévoit ce qui suit :

« Dans les compétences qui leur sont attribuées, les ministres ont délégation pour appliquer, sans préjudice des autres dispositions prévues par le présent arrêté, les lois, décrets, arrêtés, règlements et circulaires ».

Cette disposition, qui a un caractère général, doit s'interpréter en ce sens que les ministres ont, sauf les hypothèses prévues par l'arrêté du 26 septembre 2019, délégation pour adopter les décisions administratives individuelles dans les matières qui relèvent de leurs compétences.

Les articles 14 à 18 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 précité traitent spécifiquement de la matière des marchés publics, des concessions de travaux publics et des conventions « pouvant avoir pour conséquence d'engager en matière de travaux, fournitures ou services ».

L'article 14 prévoit ce qui suit :

« § 1^{er}. Le Gouvernement choisit le mode de passation, des marchés publics visés à l'article 169, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dont l'estimation est supérieure aux montants figurant au tableau ci-après :

	<i>Procédure ouverte Procédure restreinte Dialogue compétitif</i>	<i>Procédure concurrentielle avec négociation Procédure négociée directe avec publication préalable</i>	<i>Procédure négociée sans publication préalable</i>
<i>Travaux</i>	8.550.000 €	1.850.000 €	570.000 €
<i>Fournitures</i>	5.700.000 €	570.000 €	290.000 €
<i>Services</i>	1.715.000 €	290.000 €	145.000 €

§ 2. Le Gouvernement attribue le marché lorsque le montant estimé du marché est

inférieur au montant correspondant fixé au paragraphe 1^{er}, mais que le montant de l'offre à approuver dépasse ce montant de plus de quinze pour cent.

§ 3. Est également soumise à l'accord du Gouvernement, la passation des concessions de travaux publics dont les montants estimés hors T.V.A. correspondent à ceux déterminés au paragraphe 1^{er}.

§ 4. Tout projet de convention pouvant avoir pour conséquence d'engager en matière de travaux, fournitures ou services, dans le cadre des seuils prévus au paragraphe 1^{er}, la Région wallonne ou un organisme relevant de l'autorité hiérarchique d'un ministre doit être également soumis à l'accord du Gouvernement.

§ 5. Pour le calcul des seuils prévus au paragraphe 1^{er}, il convient de prendre en considération l'ensemble de la dépense découlant du projet de convention ».

Les articles 15 et 16 du même arrêté du Gouvernement wallon déterminent les cas dans lesquels « la décision du Gouvernement est remplacée par la décision du Ministre-Président » ou « par dérogation à l'article 14, l'accord du Gouvernement n'est pas requis ».

En l'espèce, il n'est pas contesté que le montant estimé du marché public de services litigieux, passé selon la procédure ouverte avec publication européenne, est supérieur à 1.715.000 euros.

Il se déduit de la combinaison des articles 1^{er}, 19, alinéa 1^{er}, et 14, § 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 que chaque ministre prend, dans les matières qui relèvent de sa compétence, toutes les décisions relatives à la passation des marchés publics dont le montant estimé ne dépasse pas les seuils visés à l'article 14, § 1^{er}, sauf l'exception prévue au paragraphe 2 du même article. En revanche, le Gouvernement wallon retrouve sa compétence pour décider collégialement du « mode de passation » des marchés publics dont le montant estimé est supérieur à ces seuils.

Comme le relève la partie adverse dans son dernier mémoire, la « passation » (ou « conclusion ») du marché porte sur l'ensemble de l'opération, en ce compris la conclusion de la convention entre l'adjudicateur et le bénéficiaire. L'article 2, 37°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics va dans le même sens. À défaut de préciser le sens des termes « mode de passation » ou d'indiquer que le ministre compétent est chargé de l'attribution des marchés dépassant les seuils précités, il faut considérer que le Gouvernement régional est également compétent pour attribuer ces marchés. Dans un même ordre d'idées, le Gouvernement wallon est aussi compétent pour décider de la passation des concessions de travaux publics (article 14, § 3) et de la conclusion de conventions « pouvant avoir pour conséquence d'engager en matière de travaux, fournitures ou services » (article 14, § 4) dont les montants dépassent les seuils visés à l'article 14, § 1^{er}. Lorsque le montant estimé du marché ne dépasse pas ces seuils, c'est, comme il vient d'être indiqué, le ministre

compétent qui prend toutes les décisions relatives à la passation de ce marché, sauf si le montant de l'offre à approuver dépasse les montants précités de plus de quinze pour cent. Dans cette hypothèse, c'est, à nouveau, le Gouvernement wallon qui attribue le marché.

À défaut d'autres précisions apportées par l'article 14, il est peu cohérent de soutenir, comme le fait la partie adverse, que le ministre compétent attribuerait les marchés dont le montant estimé est supérieur aux seuils visés au paragraphe 1^{er} alors que c'est le Gouvernement wallon qui attribue les marchés dont le montant estimé ne dépasse pas ces seuils dans l'hypothèse visée à l'article 14, § 2. La partie adverse fait valoir, à cet égard, que « le ministre n'attribuera pas le marché sans balises, puisque dès lors que les seuils sont dépassés, le Gouvernement aura préalablement à tout le moins fixé le mode de passation en application du § 1^{er} de l'article 14 ». Cet argument ne convainc pas dès lors que, comme il vient d'être indiqué, la disposition en question ne précise pas le sens des termes « mode de passation ».

Il peut être utilement relevé que dans les arrêtés du Gouvernement wallon postérieurs à celui du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement, il est prévu que « sauf décision contraire du Gouvernement, le ministre compétent est chargé de l'attribution et de l'exécution des marchés approuvés par le Gouvernement » (article 9 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 juillet 2024 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement) ou « pour lesquels le Gouvernement a déterminé le mode de passation » (article 19 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 10 octobre 2024 fixant la répartition des compétences entre ministres et portant règlement du fonctionnement du Gouvernement). Il doit être considéré qu'à défaut de dispositions similaires dans l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019, le Gouvernement régional est compétent pour attribuer les marchés concernés, ce d'autant plus que, dans les dispositions précitées des arrêtés du Gouvernement wallon des 15 juillet 2024 et 10 octobre 2024, le Gouvernement régional peut, dès qu'il le décide, toujours attribuer un marché dont le montant estimé dépasse les seuils en question.

Il résulte des dispositions de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 que le Gouvernement régional est, en principe, compétent pour attribuer le marché litigieux.

La partie adverse invoque, à titre subsidiaire, une délégation expresse donnée par le Gouvernement wallon dans sa décision du 27 août 2020. Celle-ci se limite toutefois à charger la ministre de l'Informatique d'exécuter la décision « de

recourir à une procédure ouverte avec publicité européenne pour lancer le marché public » litigieux. Une délégation de pouvoirs est, comme le rappelle la requérante, d'interprétation stricte. À défaut d'être plus précise, il ne peut être affirmé que cette délégation inclurait la décision d'attribuer le marché en question à un adjudicataire. Comme il vient d'être indiqué, cette décision relève de la compétence collégiale du Gouvernement régional.

La partie adverse fait encore valoir que « la volonté du Gouvernement de voir la ministre de l'Informatique assurer la bonne fin de la procédure d'attribution du marché trouve [...] expressément confirmation dans le projet du [cahier spécial des charges] tel qu'il a été approuvé par le Gouvernement ». Elle relève, à cet égard, que le cahier « précise textuellement que le pouvoir adjudicateur est la Région wallonne représentée par sa ministre de l'Informatique ». Même à considérer que l'approbation par le Gouvernement wallon du cahier pourrait confirmer l'existence d'un acte de délégation habilitant la ministre à attribuer le marché, il faudrait constater, avec la requérante, que celui-ci n'a pas fait l'objet des mesures de publicité requises. Or, pour pouvoir valablement fonder la compétence de l'autorité délégataire, la délégation doit avoir été rendue opposable à la société requérante au moment de la décision d'attribution.

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, une décision qui donne délégation à un ministre d'attribuer un marché public est un acte qui « intéresse la généralité des citoyens ». Conformément aux articles 22, 69 et 84 combinés de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les arrêtés qui intéressent la généralité des citoyens doivent faire l'objet d'une publication au Moniteur belge. La partie adverse ne peut revendiquer un autre mode de publication, telle la diffusion du cahier spécial des charges sur la plateforme électronique *e-Procurement*.

L'acte attaqué, qui a été adopté par la ministre de l'Informatique, l'a été par une autorité incompétente.

Le moyen d'ordre public pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte est fondé.

VI. Indemnité de procédure

La partie requérante 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 décision prise le 7 septembre 2021 par la ministre de l'Informatique Valérie de Bue d'attribuer le lot 1 du marché public de services ayant pour objet des « services téléphoniques fixes et mobiles du SPW (cahier spécial des charges n° SPW-DTIC_2020M018-Lot 1 » est annulée.

Article 2

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 400 euros, la contribution de 40 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 21 novembre 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Florence Piret,
Michèle Belmessieri,
Aurélien Vandeburie,
Adeline Schyns,

conseillère d'État, présidente f.f.,
conseillère d'État,
conseiller d'État,
greffière.

La greffière,

La Présidente,

Adeline Schyns

Florence Piret