CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.945 du 19 novembre 2015

G./A.217.284/VI-20.622

En cause : **la société anonyme ITNOVA**,

ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER et
Michèle BELMESSIERI, avocats,
avenue Louise, n° 99,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé de la Régie des bâtiments,

ayant élu domicile chez
Me Irène MATHY, avocat,
Central Plaza,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 14 octobre 2015, la société anonyme ITNOVA sollicite l'annulation et, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 29 septembre 2015 par laquelle la partie adverse attribue le marché public de services relatif à l'exploitation et l'administration du parc serveurs Windows 2015, régi par le cahier des charges «IBZ/ICT/2015/ EXPADMWIN», à la société REAL DOLMEN NV".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 15 octobre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 13 novembre 2015 à 10 heures.

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 dans le délai prescrit.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Michèle BELMESSIERI, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Irène MATHY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu 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. La partie adverse a publié le 11 février 2015 au Bulletin des adjudications un avis de marché ayant pour objet "l'exploitation et l'administration du parc serveurs Windows 2015". Quatre avis d'informations complémentaires ont été publiés les 23 février, 9 mars, 23 mars et 2 avril 2015.

Le 14 février 2015, la partie adverse a publié un avis de marché dans le Journal officiel de l'Union européenne. Quatre avis d'informations complémentaires ont été publiés les 26 février, 12 mars, 27 mars et 4 avril 2015.

III. 2. Il s'agit d'un marché attribué selon la procédure d'appel d'offres ouvert.

III. 3. Ce marché fait suite à deux marchés antérieurs dont la partie requérante était l'adjudicataire.

III. 4. Le marché est régi par le cahier spécial des charges IBZ/ICT/2015/EXPADMWIN.

L'objet du marché consiste à fournir au Service Public Fédéral Intérieur, en abrégé S.P.F. Intérieur, "des services techniques spécialisés en vue d'assurer la

gestion de l'environnement WINTEL unifié de la Direction I.C.T. [en français TIC, pour «Technologies de l'Information et de la Communication»] ".

III. 5. Le cahier des charges précise, tout d'abord, que le S.P.F. Intérieur fournira, par le biais de son prestataire de services, principalement des services "aux services centraux du S.P.F. I.B.Z. et à la Direction générale Office des Etrangers" mais que "l'ensemble des Directions générales et des services du S.P.F. I.B.Z. ont la possibilité de s'affilier à ce contrat dans les mêmes conditions pour la gestion de leurs serveurs spécifiques".

III. 6. Le marché implique, d'une part, une gestion des serveurs (premier volet du marché) et, d'autre part, un soutien et une assistance (second volet du marché), étant entendu que "le but ultime de ce marché est d'assurer aux utilisateurs concernés la disponibilité des serveurs Windows conformément au S.L.A. décrit ci-après et aux besoins des différentes Directions générales du S.P.F. I.B.Z.".

Le "Service Level Agreement", en abrégé S.L.A., définit l'accord sur le niveau de service attendu du prestataire.

Selon la partie requérante, le service informatique à prester par le futur adjudicataire est dit de "troisième ligne", ce qui signifie qu'il n'est fait appel à ce dernier qu'après une intervention préalable de la part de la direction I.C.T. du S.P.F. Intérieur.

III. 7. Quant au nombre de serveurs visés par le marché, le cahier des charges précise ceci:

" En résumé, l'infrastructure du S.P.F. I.B.Z. inclut ce qui suit:
- Serveurs: total 150, 124 physiques + 26 virtuels
  (HP Proliant DL3x0 servers et HP BL4x0 Bladeservers dans (11) C7000 enclosures)
- Storage: 2 x 30Tbyte EMC^2 VNX avec RecoverPoint, 26 SAN FC switches de Brocade
- Tape libraries: 2 HP MSL 8096 - 4 Ultrium 1840 FC LT04
- LAN:
  - 2 CISCO Catalyst 6509, 4 CISCO Catalyst 4500 et 64 3750 48ports POE
  - Barracuda Spam filter
  - Juniper ISG2000 clustered FireWall et accès VPN
  - Téléphonie VOIP AVAYA".

Par ailleurs, toujours à propos du nombre de serveurs, le cahier des charges indique que :

" Lors de l'attribution du marché, le prestataire de services recevra un aperçu détaillé de l'infrastructure utilisée par l'I.C.T. dont la gestion lui a été confiée. Dans son offre, le soumissionnaire prévoit un prix annuel pour la gestion du parc de serveurs,

compte tenu des spécifications des machines, du S.L.A. demandé par machine pour un total de:

- 29 serveurs de production (auxquels c'est le S.L.A. de type 1 qui s'applique), dont 6 virtuels (= 2 physiques)
- 121 tests, acceptation & serveurs de développement (auxquels c'est le S.L.A. de type 2 qui s'applique), dont 20 virtuels (= 7 physiques)

L'aperçu détaillé de l'infrastructure I.C.T. sera revu sur une base annuelle (de nouveaux serveurs seront ajoutés, les serveurs retirés du service seront supprimés) et le prestataire de services sera ensuite invité à ajouter les nouvelles machines ou de supprimer des machines de la liste et d'actualiser le prix annuel global pour la gestion. Ces nouveaux prix annuels doivent correspondre aux prix déjà définis pour les machines existantes, avec des spécifications et un S.L.A. comparables.
Le soumissionnaire prend note du fait qu'en cas de renouvellement du hardware, le S.P.F. I.B.Z. ne peut pas garantir qu'il restera chez le même constructeur de hardware".

III. 8. La durée du marché a été fixée à 48 mois. La date de début du marché est prévue pour le 1er novembre 2015.

III. 9. Les critères d'attribution du marché fixés par le cahier spécial des charges sont les suivants :

"

N°	Description	Poids
	Prix	**60**
1	Prix	60
	Règle de 3 ; Score offre = (prix de l'offre la plus basse/prix de l'offre) * poids du critère prix	
	Qualité de service & Service Level agreement (S.L.A.)	**40**
2	Service Level Agreement (S.L.A.)	20
3	Organisation de la «gestion des serveurs»	10
4	Organisation du « Soutien et Assistance»	10
	Voir partie III Exigences techniques	

"

III. 10. Selon le cahier des charges, le marché litigieux est un marché mixte. Le cahier des charges comporte trois postes, le premier portant sur la fixation de tarifs annuels pour la gestion de serveurs sur la base d'une "quantité probable", en fonction du type de serveur (physique ou virtuel) et du niveau de service attendu (le "S.L.A."), le deuxième sur le prix total annuel pour le volet "soutien et assistance" et le troisième sur le prix par jour et par personne pour la consultance (appelée "consultancy" dans le cahier spécial des charges). Ce dernier poste est toutefois valorisé pour une quantité zéro et il est indiqué qu'il s'agit d'une "base pour calculer les coûts de soutien pendant et [*sic*] l'exécution de grands projets hors scope [*sic*] de la mission de base".

III. 11. La séance d'ouverture des offres a lieu le 8 avril 2015. Cinq soumissionnaires ont introduit une offre, à savoir :

- CEGEKA;

- DIMENSION DATA BELGIUM;
- ITNOVA;
- REAL DOLMEN;
- STERIA BENELUX.

III. 12. Par un courrier recommandé et un courrier électronique datés du 16 juillet 2015, la partie adverse a informé la partie requérante que le marché ne lui avait pas été attribué.

La requérante a demandé la suspension en extrême urgence de l'exécution de cette décision par une requête du 31 juillet 2015.

III. 13. Le 10 août 2015, la partie adverse a procédé au retrait de la décision d'attribution précitée.

III. 14. Par un arrêt du 1er septembre 2015, en raison du retrait encore non définitif de cette décision d'attribution du marché, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a remis l'affaire *sine die*.

III. 15. Par une décision du 29 septembre 2015, la partie adverse a décidé de réattribuer le marché litigieux à la société REAL DOLMEN.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision a été notifiée à la partie requérante, par lettre recommandée et par courrier électronique, le 29 septembre 2015.

IV. PREMIERE BRANCHE DU MOYEN UNIQUE

IV. 1 Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend moyen unique de la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution; des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services»; de l'article 5 et 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques»; des principes généraux de bonne administration, y compris le principe de la préparation avec soin des décisions administratives et le principe de minutie; du principe de transparence; du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires; de l'erreur manifeste d'appréciation".

Dans une première branche, elle expose que "le cahier des charges et l’inventaire ne permettent pas aux soumissionnaires de déterminer, au moment de l’établissement de leurs offres, avec précision ou avec certitude quelles prestations étaient couvertes par le prix qu’ils proposaient ; qu’il en résulte qu’il n’était pas clair ce qui était couvert par le critère d’attribution de prix et, dès lors, par le critère relatif à la qualité de service et le service level agreement" et "que les offres des soumissionnaires, établies sur la base d'un cahier des charges imprécis et des critères d'attribution ambigus, n'étaient pas comparables entre elles".

La partie requérante subdivise cette branche en huit critiques.

Elle considère premièrement que "le critère retenu par la partie adverse pour structurer son marché, à savoir celui du nombre de serveurs à gérer, ne permet nullement de quantifier le travail imposé au futur adjudicateur et, en conséquence, de fixer un prix qui peut être utilement comparé avec celui proposé par les autres soumissionnaires".

Elle estime que le cahier des charges ne fournit pas suffisamment d'informations sur "les serveurs à gérer, le nombre d'utilisateurs des serveurs (c'est-à-dire la puissance des serveurs) ou encore leur fonctionnalité". Or, selon elle, "la puissance des serveurs et leur fonctionnalité sont les critères réellement pertinents pour mesurer un travail de gestion et d'administration d'un parc de serveurs". Elle en conclut que les soumissionnaires ne pouvaient connaitre avec précision le travail informatique impliqué par ce marché.

Se prévalant de son expérience, elle ajoute, exemples à l'appui, qu'en réalité, les serveurs de la partie adverse "sont assez différents les uns des autres", alors que les soumissionnaires devaient remettre un prix identique pour tous ces serveurs.

Elle considère donc "qu'une simple liste de serveurs, telle qu'elle figure dans le cahier des charges, sans précision aucune quant à la puissance et aux fonctionnalités des serveurs, n'a pas pu permettre aux soumissionnaires de quantifier correctement l'ampleur du travail imposé au futur prestataire de services et, partant, de fixer un prix global annuel en toute connaissance de cause". Les prix proposés par les différents soumissionnaires ne seraient donc pas comparables. Elle en conclut qu'"[e]n structurant le marché litigieux autour du nombre de serveurs à gérer, la partie adverse a violé le principe de transparence, d'égalité de traitement et elle a commis une erreur manifeste d'appréciation".

La partie requérante relève deuxièmement, que "le nombre de serveurs donné par la partie adverse dans le cahier des charges est purement approximatif - et ce alors que le prix annuel du prestataire de services est justement fixé sur la base du nombre de serveurs à gérer. Elle note que le cahier spécial des charges indique d'ailleurs expressément que "lors de l'attribution du marché, le prestataire de services recevra un aperçu détaillé de l'infrastructure utilisée par l'I.C.T. dont la gestion lui a été confiée" et expose ne pas comprendre "pourquoi cet aperçu technique n'a pas été communiqué aux soumissionnaires au moment de la préparation de leurs offres".

Elle observe que la partie adverse a fourni comme "«unité de calcul» du prix, d'une part, des serveurs de production (29), dont 6 virtuels et, d'autre part, des serveurs de test, d'acceptation et de développement (121), dont 20 virtuels". Or, selon elle, non seulement ces quantités sont approximatives, mais elles ne correspondent au surplus pas à la réalité. S'appuyant à nouveau sur son expérience, elle affirme que le nombre de serveurs est en réalité nettement plus élevé.

Elle expose, dans sa requête, qu'elle "aurait pu fournir à la partie adverse une liste complète des serveurs existants, si une telle demande avait été formulée, ce qui n'a toutefois pas été le cas". A l'audience, elle indique toutefois avoir été sollicitée en ce sens et avoir remis fin décembre 2014 l'essentiel des informations requises.

La partie requérante conteste encore que le nombre de serveurs soit "relativement stable" et "évoluerait positivement uniquement sous l'impulsion de nouveaux projets" pour le S.P.F. Intérieur, ainsi que l'indique la partie adverse dans la décision querellée. Elle indique à cet égard que "dans son propre cahier des charges, la partie adverse précise elle-même que «l'ensemble des Directions générales et des services du S.P.F. I.B.Z. ont la possibilité de s'affilier à ce contrat dans les mêmes conditions pour la gestion de leurs serveurs spécifiques»" et qu'il "est évident que l'affiliation de ces entités au contrat litigieux entrainera nécessairement une augmentation (inconnue) du nombre de serveurs".

Elle en conclut que, "d'une part, l'indication d'un nombre de serveurs erroné a rendu encore plus difficile l'établissement d'un prix annuel pour la gestion de serveurs, censé couvrir les prestations réellement attendues par l'attributaire du marché" et que "d'autre part, il existe le risque qu'un soumissionnaire avisé a tendance à baisser son prix par serveur au moment de l'établissement de son offre, parce qu'il peut parier sur le fait que le nombre de serveurs sera *in fine* plus élevé". Elle expose avoir elle-même "parié sur un futur travail informatique nettement plus important que ce que le cahier des charges a laissé entendre, tout en précisant que le nombre de serveurs importe peu pour elle, puisqu'elle connait les besoins réels de la partie adverse en matière d'assistance informatique". Elle considère que cette connaissance

de la charge réelle de travail peut expliquer qu'elle ait proposé un prix plus élevé que la majorité des autres soumissionnaires.

La partie requérante estime, troisièmement, que ni le cahier spécial des charges, ni les réponses de la partie adverse aux questions posées par les soumissionnaires ne permettent de savoir dans quelle mesure les soumissionnaires devaient assurer la disponibilité des réseaux LAN (Local Area Network, c'est-à-dire le réseau interne du S.P.F. Intérieur) et WAN (Wide Area Network, à savoir Internet). En outre, les soumissionnaires ne pouvaient pas savoir comment intégrer cet élément à contenu incertain dans le prix.

Dans une quatrième critique, la partie requérante fait valoir que le cahier spécial des charges prévoit que l'adjudicataire devra "installer et gérer l'application MicroSoft Software selon les normes MS adaptées à la configuration I.B.Z.", sans que le terme "MicroSoft Software" ne soit défini. Elle expose que ce terme n'a pas de signification concrète pour un professionnel dans le domaine de l'informatique et "ne permet pas de comprendre quelles applications ou quels systèmes d'exploitation sont visés, étant entendu que certaines applications ou certains systèmes d'exploitation requièrent un travail de gestion informatique plus important que d'autres".

Cinquièmement, la partie requérante relève que "le cahier spécial des charges ne précisait pas ce que la partie adverse a entendu par «installer les applications qui ont été développées localement par des développeurs I.B.Z. selon S.D.R. (Software Release Description) après approbation par CIDO (= Change Management Board)»". Elle explique que "ces applications développées localement peuvent l'être à n'importe quel intervalle, ce qui signifie que leur installation peut demander un travail tout à fait limité ou, à l'inverse, un travail tout à fait considérable" et qu'à nouveau, le cahier spécial des charges ne permet pas de "comprendre l'étendue des missions confiées au prestataire de services".

Dans une sixième critique, la partie requérante relève qu'"il existe encore des imprécisions importantes dans le cahier spécial des charges quant aux «projets de migration» à réaliser par le futur adjudicataire. En effet, le cahier des charges n'indique pas clairement quels projets de migration peuvent être prévus à l'avenir". Or, selon elle, "ces migrations peuvent engendrer un travail informatique considérable […] s'étendant sur plusieurs jours, semaines, voire mois". S'appuyant sur son expérience "en tant qu'ancien prestataire de services de la partie adverse", elle estime que dans ce cas également, "la charge du travail réelle dépend des fonctionnalités du serveur et du nombre de ses utilisateurs". Or, selon elle, "le passage précité du cahier des charges fait état de quatre migrations seulement, à savoir la migration des versions de serveurs OS, la migration Exchange, la migration SharePoint et la migration

Biztalk", ce qui ne permettrait pas d'avoir une idée suffisamment précise de l'ampleur du travail attendu du prestataire.

Septièmement, la partie requérante expose que la mission de gestion des serveurs comporte la gestion des incidents et des problèmes, qui représente, selon elle, "le travail le plus important devant être fourni par le futur prestataire de services pour assurer une disponibilité des serveurs et de l'environnement informatique". Se référant à sa propre expérience, elle estime que "la pure gestion des serveurs et des logiciels par la requérante auprès du S.P.F. Intérieur a représenté dans le passé approximativement entre 10 pourcents et 20 pourcents du temps de travail, alors que la gestion des incidents et la résolution des problèmes, quant à elle, a présenté approximativement 80 pourcents et 90 pourcents du temps de travail". Or, elle considère que le cahier spécial des charges ne permet pas de réaliser l'importance de la charge de travail que représente cet aspect de la gestion des serveurs. Elle ajoute que la partie adverse n'a pas apporté plus de précision à cet égard en se contentant de répondre par la négative à la question d'un soumissionnaire qui souhaitait savoir si elle pouvait fournir un aperçu "des tickets mensuels avec ventilation entre support, change request, incident, problem et system reoccuring task". Elle conclut que "les soumissionnaires n'étaient donc pas suffisamment éclairés quant à la portée de la mission de la gestion des incidents" et que "les prix qu'ils ont proposés ne sont, partant, [pas] comparables entre eux".

Enfin, dans une huitième critique, la partie requérante rappelle que le cahier des charges permet à toutes les directions générales et à tous les services de la partie adverse de s'affilier au marché litigieux. Or, le prix du poste "soutien et assistance" restera toutefois identique, puisqu'il s'agit d'un prix forfaitaire et annuel, nonobstant l'augmentation de travail qui en résultera nécessairement pour le prestataire de services. Elle considère donc que "le volume réel des prestations regroupées sous le poste «serveurs à gérer», en raison de la possibilité de toutes les directions générales et services de la partie adverse de s'affilier au marché litigieux, n'était […] pas connu des soumissionnaires". Il était donc, selon elle, "impossible pour les soumissionnaires de formuler un prix sous le poste «soutien et assistance» en connaissance de cause et, surtout, un prix qui soit comparable avec les prix remis par les autres soumissionnaires".

Elle conclut cette branche du moyen en indiquant "que le cahier spécial des charges a manqué d'une précision élémentaire quant à certaines missions essentielles du futur adjudicataire, en sorte que les offres des soumissionnaires n'ont pas pu être établies sur une «base commune»" et que "leur comparabilité s'en trouve directement affectée".

Dans le même ordre d'idées, elle estime qu'"il était impossible pour les soumissionnaires de savoir quelle stratégie adopter pour déposer leur offre, au regard du critère prix, mais aussi au regard du critère relatif à la qualité de services et le service level agreement". Selon elle, "il était incertain quelles prestations étaient concrètement «couvertes» par ces critères, ce qui a rendu ces critères imprécis et non-transparents" et il s'ensuit que "le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires n'a pas été respecté".

Enfin, la partie requérante considère que "la manière dont la partie adverse a structuré l'inventaire de prix a rendu impossible l'établissement d'un prix comparable entre soumissionnaires". Elle souligne, à cet égard, que "pour certaines prestations (telle la disponibilité des réseaux WAN et LAN), il n'était pas clair pour les soumissionnaires de savoir s'il fallait regrouper ces prestations sous le poste de prix «gestion des serveurs», qui est un prix revu annuellement sur la base du nombre de serveurs, ou sous le poste «soutien et assistance», qui est un prix forfaitaire annuel", tandis que "pour d'autres prestations (tels les projets de migration, l'installation des applications développées localement, la gestion des incidents et problèmes […], il n'était pas clair de savoir comment concrètement les «rattacher» à la gestion des serveurs et, partant, les «valoriser» dans l'inventaire du prix sous le poste «gestion des serveurs», bien qu'elles aient été indiquées dans le cahier des charges sous le point «gestion de serveurs»". Elle estime que l'inventaire était "totalement inapproprié pour permettre aux soumissionnaires d'établir un prix qui reflète les prestations attendues et qui soit comparable entre soumissionnaires".

La partie requérante ajoute encore que dans son offre technique, elle a attiré l'attention de la partie adverse sur les lacunes du cahier spécial des charges. Elle précise que si elle-même, du fait de son expérience en tant que prestataire de services informatiques de la partie adverse les huit années précédentes, disposait des informations nécessaires sans avoir besoin de plus amples précisions quant aux serveurs ou à leur nombre pour établir son prix, il n'en va pas de même pour les autres soumissionnaires qui, étant privés de ces informations, n'ont pu que "sous-estimer la charge de travail qui résultera de l'exécution du marché litigieux".

B. Note d'observations

La partie adverse observe que "l'argumentation développée par la requérante repose, à plusieurs égards, sur ses propres erreurs d'interprétation ou approximations quant à la lecture du cahier spécial des charges, voire que cette argumentation manque purement et simplement en fait, sans qu'il puisse être considéré que la partie adverse elle-même, ou les documents émis par cette dernière, ai(en)t pu induire de telles erreurs ou approximations".

Elle rappelle que le marché litigieux constitue bien un marché mixte quant à la détermination de son prix. Le poste "gestion des serveurs" étant un poste à bordereau de prix, il est "établi sur la base de prix unitaires en considération desquelles le pouvoir adjudicateur n'est donc pas tenu d'annoncer des quantités exactes de prestations à effectuer mais bien, tout au plus, des quantités présumées". Elle précise que ce poste repose sur quatre prix unitaires, correspondant à quatre catégories de serveurs. Elle estime donc "incorrect d'affirmer, […], que les soumissionnaires auraient été contraints de fournir un prix global pour la gestion des serveurs, sans disposer d'informations suffisamment fiables et précises, en termes de quantité de prestations à effectuer, sur l'ampleur de ce poste". Selon elle, les soumissionnaires étaient tous placés "sur un strict pied d'égalité et de comparabilité de leurs offres respectives". Elle indique encore que "chaque prix unitaire pour le poste «gestion des serveurs» s'entend comme «un prix annuel par machine, compte tenu des spécifications techniques de ces machines et du S.L.A. demandé», correspondant à la part de gestion des serveurs susceptible d'individualisation à l'unité - autrement dit par serveur géré".

La partie adverse considère dès lors que "contrairement à ce que la requérante entend soutenir, la partie la plus importante de la rémunération de l'adjudicataire n'est pas déterminée en fonction du nombre de serveurs - autrement dit, le poste de «gestion des serveurs» n'est pas le poste le plus important du présent marché, bien au contraire - : le nombre de serveurs détermine en effet la part variable de la rémunération de l'adjudicataire, tandis que le poste «soutien et assistance» constitue la part fixe et garantie de sa rémunération, couvrant l'essentiel des prestations à accomplir, comme cela est expressément souligné en page 25 du cahier spécial des charges (point III.7 «Exécution»)".

La partie adverse nie, par ailleurs, que l'exécution du marché manquerait de prévisibilité du fait de la possibilité de l'étendre à d'autres directions générales et services. Elle estime, à cet égard, que "le caractère mixte du prix du marché garantit les soumissionnaires de l'adaptation de celui-ci à la réalité de son exécution, pour la seule part variable de ce prix susceptible d'être affectée par une éventuelle «extension» du présent marché". Elle relève, en outre, "qu'une telle clause était déjà reprise dans le cahier spécial des charges afférent au marché en cours, dont la requérante elle-même est l'adjudicataire et assure l'exécution, et qui était libellée en [des] termes, parfaitement comparables à ceux du cahier spécial des charges de la présente procédure".

La partie adverse souligne également que "les tâches relevant du présent marché sont longuement et largement détaillées au point III.5.1 du cahier spécial des

charges, description qui est elle-même basée sur les standards internationaux «ITIL» («Information Technology Infrastructure Library») qui sont d'usage courant dans le monde informatique, ce que la requérante ne peut ignorer : ces standards définissent en effet une série de «best practices», autrement dit de meilleures solutions pratiques pour la mise en place de processus de gestion informatique au sein d'une organisation". Elle ajoute que "la gestion des incidents, en particulier, a toujours fait partie des «best practices» reprises dans les standards ITIL au titre de la gestion des serveurs". Elle explique, par ailleurs, que "le cahier spécial des charges décrit avec précision les différentes catégories de serveurs concernés par le marché, à la fois par l'indication de l'infrastructure y afférente (hardware, networking et storage - point III.2.2) et par l'indication des softwares (logiciels) en usage sur ceux-ci (point III.2.3)". Ces informations doivent, selon elle, "suffire à un gestionnaire système expérimenté pour se faire une représentation fidèle et correcte de l'environnement informatique dans lequel il sera appelé à travailler et de la complexité de l'entretien et de la gestion qui en découlent".

En ce qui concerne les différentes critiques spécifiques formulées par la partie requérante dans la première branche du moyen, la partie adverse répond, premièrement, que le cahier des charges se base sur la spécification de différentes catégories de serveurs, en fonction de leurs hardwares et softwares, ainsi que des fonctionnalités reprises dans ces softwares. Elle estime que dans la mesure où le cahier spécial des charges indique expressément que la gestion des utilisateurs ne fait pas partie du marché, il n'y avait pas lieu de définir les prestations à exécuter en fonction du nombre d'utilisateurs. Elle note d'ailleurs "qu'aucun des soumissionnaires potentiels présents lors de la session d'information – en ce compris la requérante – n'a posé de question quant au nombre d'utilisateurs ou de «fonctionnalités» couverts par le présent marché", ce qui indique bien que "toute information complémentaire à cet égard, par rapport à celles déjà fournies par le cahier spécial des charges, ne paraissait – fort logiquement, qui plus est – pas nécessaire à la requérante ou aux autres soumissionnaires pour l'élaboration de leur offre en pleine connaissance des prestations devant y être appréhendées et valorisées".

La partie adverse estime que si chaque serveur peut présenter certaines spécificités, la charge de travail correspondant à la gestion des serveurs ne diffère pas substantiellement d'un serveur à l'autre.

La partie adverse reproche à la partie requérante d'avoir fait fi, dans son offre, "de deux éléments fondamentaux de la définition «du» prix du marché", qu'elle décrit en ces termes :

" - D'une part, ce prix n'est pas, en ce qui concerne la gestion des serveurs, un prix global, mais bien un prix unitaire par serveur, visant précisément à faire évoluer le prix dû à l'adjudicataire en fonction du volume réel de serveurs confiés à sa gestion;
- D'autre part, ce prix unitaire est en outre décliné selon quatre catégories de serveurs, en fonction des spécificités de ces quatre catégories et des prestations attendues en regard de chacune de celles-ci ("S.L.A."); il en résulte que la partie adverse a expressément veillé à ce qu'une augmentation du nombre de serveurs à gérer ait une influence sur le prix final du marché à due proportion de la différence de travail susceptible d'en découler, selon le(s) type(s) de serveur(s) concerné(s)".

La partie adverse rappelle, ensuite, que conformément à l'article 86 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, "lorsqu'un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services découvre dans les documents du marché des erreurs ou des omissions telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres, il les signale immédiatement par écrit au pouvoir adjudicateur". Si tel était le cas de la partie requérante, il lui revenait donc, selon la partie adverse, de l'en avertir avant la remise de son offre, et non par des commentaires, voire des réserves, insérés dans celle-ci.

Concernant la deuxième critique de la requérante, la partie adverse rappelle que le nombre de serveurs indiqué dans le cahier spécial des charges vaut, en toute hypothèse, "uniquement comme quantité présumée et, en vertu des règles applicables aux marchés à bordereau de prix, ne «fixe» donc aucunement le prix global que l'adjudicataire du marché peut, *in fine*, escompter obtenir de la bonne exécution de celui-ci". Elle confirme, au demeurant, que "le nombre de serveurs renseigné dans le cahier spécial des charges correspond effectivement au nombre de serveurs qui étaient en utilisation au sein de la partie adverse au jour de sa publication et dont la partie adverse entendait confier la gestion au futur adjudicataire de ce marché". Elle indique qu'il relève "de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur de déterminer le champ des prestations qu'il entend obtenir dans le cadre d'un marché déterminé et [que] rien ne le contraint, en tout état de cause, à soumettre l'intégralité de ses équipements à un même et unique mode de gestion; il est seul maître de la détermination de ses besoins". Il en va de même en ce qui concerne la répartition des serveurs entre ceux qui nécessitent une disponibilité 24 heures sur 24, sept jours sur sept, et ceux pour lesquels un moindre niveau de disponibilité peut suffire.

Enfin, la partie adverse fait valoir que "dans la mesure où, comme en l'espèce, le prix du marché sera, pour le poste «gestion des serveurs», déterminé *in fine* non en fonction des quantités présumées reprises au cahier des charges, mais en fonction des quantités réelles commandées et prestées, la critique formulée ici par la requérante paraît, en toute hypothèse, dénuée de pertinence et sans intérêt". La partie

adverse "n'aperçoit dès lors pas en quoi les indications du cahier spécial des charges, à les supposer incorrectes, *quod non*, auraient pu, en l'espèce, induire les soumissionnaires en erreur quant aux prestations attendues de leur part ou les encourager à «spéculer» sur leurs prix de telle sorte que la comparaison des offres en aurait été altérée, voire rendue impossible".

Concernant la troisième critique de la requérante, la partie adverse expose qu'il ressort clairement du cahier spécial des charges que" la gestion des réseaux LAN et WAN ainsi que la téléphonie VOIP ne fait pas partie du présent marché. Le réseau est entièrement géré en régie propre du S.P.F. I.B.Z.". Elle expose que cette information a été réitérée dans le cadre de la session d'informations et de questions-réponses organisée par la partie adverse.

Concernant la quatrième critique de la partie requérante, la partie adverse indique que "le point III.2.3 «Environnement de gestion (logiciel utilisé sous licence...)» du cahier spécial des charges énumère les composantes du logiciel («software») Microsoft utilisé par la partie adverse". Selon elle, "cette énumération permettait précisément à un «professionnel dans le domaine de l'informatique» de «comprendre quelles applications ou quels systèmes d'exploitation» étaient ainsi visés, dès lors que ceux-ci étaient justement repris en détails sous ce point". Elle ajoute que "si la requérante prétendait réellement ne pas comprendre la portée de cette énumération et de ses implications quant à sa mission de gestion des serveurs, il lui était loisible de soulever cette question lors de la session d'informations, ce qu'elle n'a vraisemblablement, à l'époque, pas jugé utile".

Concernant la cinquième critique, la partie adverse expose qu'elle "ne comprend pas non plus en quoi l'indication fournie, lors de la séance d'informations, selon laquelle l'installation des applications développées localement devait être comprise dans les tâches des personnes sur place ne permettait pas aux soumissionnaires de calculer leur prix en pleine connaissance de cause". Elle rappelle, à cet égard, "qu'en vertu du point III.7 «Exécution» du cahier spécial des charges, «le prestataire de services veille à ce qu'au moins 2 collaborateurs soient chaque jour présents sur place. Dans ce cadre, la gestion des serveurs se fera de préférence sur place»". Selon la partie adverse, "cette indication précise du cahier spécial des charges, confirmée par la réponse de la partie adverse critiquée par la requérante, permettait donc aux soumissionnaires d'apprécier et d'évaluer que l'ampleur de la tâche d'installation des applications développées localement devait par principe pouvoir être contenue dans le temps de présence sur place de deux collaborateurs I.C.T.". Elle estime que "ceci permettait donc effectivement de quantifier la charge de travail y afférente et, en particulier, de mettre un prix sur celle-ci".

En réponse à la sixième critique, la partie adverse conteste la réalité des "imprécisions importantes" que comporterait, selon la requérante, le cahier spécial des charges concernant les projets de migration à réaliser par le futur adjudicataire du marché litigieux. Elle explique, en effet, qu'il ressort du point III.5.3. du cahier spécial des charges que les projets de migration faisant partie du marché litigieux devaient être compris dans le prix annuel global prévu par celui-ci pour le poste "Soutien & Assistance". Cette indication permettait donc, selon elle, de comprendre que les tâches attendues du prestataire sur ce point "devaient pouvoir être contenues dans le temps de présence sur place de deux collaborateurs I.C.T. (voir point III.7 du cahier spécial des charges), de telle sorte qu'elles étaient donc parfaitement quantifiables pour ceux-ci". Elle indique que "c'est en ce sens que la partie adverse a répondu, dans le cadre de la session d'informations, «cette tâche doit être comprise dans les tâches des personnes sur le site»". Elle ajoute que "le point III.5.3 du cahier spécial des charges confirmait en effet à l'intention des soumissionnaires que les projets ne pouvant être contenus dans le scope défini par la présence de deux collaborateurs sur place étaient «hors marché» et pourraient faire l'objet d'autres commandes, indépendantes du marché de base attribué à l'adjudicataire".

La partie adverse concède qu'elle "n'a pas la maîtrise de l'agenda des migrations entre une version à l'autre des logiciels qu'elle utilise […] sous licence", dès lors que ce sont les firmes détentrices des licences qui déterminent le calendrier des nouvelles versions de leurs logiciels. Elle indique toutefois que ce calendrier est, en ce qui concerne Microsoft, mis à disposition sur le site Internet de la société et consultable par les professionnels de l'informatique qui, au regard des informations contenues dans le cahier spécial des charges, "pouvaient donc aisément déterminer quelles migrations seraient susceptibles de les concerner dans le cadre de l'exécution du présent marché".

Concernant la septième critique, la partie adverse expose qu'elle "n'aperçoit pas en quoi la description fournie de la mission de gestion des incidents et des problèmes confiée par le cahier spécial des charges à l'adjudicataire du présent marché aurait été trop vague pour permettre aux soumissionnaires de mesurer l'importance de cette mission et son impact sur le prix de leur offre". Elle fait, tout d'abord, valoir que "les tâches de gestion des serveurs reprises au cahier spécial des charges sont directement déduites des standards internationaux ITIL, dont toutes les versions successives ont toujours couvert ce volet de gestion des incidents, et dont tout professionnel de l'informatique ne peut donc feindre d'ignorer l'objet et l'ampleur dans le cadre de la gestion de serveurs". Elle conteste ensuite la pertinence de l'argumentation de la partie requérante en ce qu'elle repose sur l'affirmation que "dans le cadre de son exécution du marché en cours portant sur le même objet, la gestion des incidents et des problèmes aurait représenté «approximativement 80 à

90 pourcents du temps de travail», alors que l'objectif du présent marché est précisément de prévenir au maximum la survenance d'incidents et de problèmes". Elle en déduit que "soit le volume d'incidents évoqué par la requérante correspond en réalité à une situation exceptionnelle, non comparable avec le volume d'incidents habituellement constaté dans d'autres organisations et administrations similaires, et ce volume témoigne alors d'une mauvaise gestion... par la requérante elle-même; soit un tel volume d'incidents est effectivement usuel dans le cadre de la gestion des serveurs d'administrations et d'organisations similaires et donc connu des soumissionnaires sur la base de leur expérience de ce type de prestations".

A la huitième critique de la requérante, la partie adverse répond qu'"il est paradoxal […] de faire le reproche à la partie adverse d'avoir simultanément envisagé, dans son cahier spécial des charges, d'une part que d'autres directions générales ou services pourraient également bénéficier du présent marché et, d'autre part, que le prix du poste «soutien et assistance», étant un forfait global annuel, demeurerait identique". Elle estime que "c'est précisément la combinaison de ces deux éléments du cahier spécial des charges qui garantit, en l'espèce, à l'adjudicataire du marché de ne pas se retrouver exposé à un volume de prestations dépassant ses prévisions et l'estimation initiale du coût de ses prestations : quoi qu'il arrive, et quelles que soient les «extensions» que le marché pourrait connaître au cours de son exécution, l'adjudicataire est en effet assuré qu'il ne pourra pas lui être demandé d'assurer une charge de travail supérieure à celle couverte par ce prix forfaitaire global correspondant, pour rappel, à une gestion assurée sur place par la présence quotidienne de deux de ses collaborateurs". Pour le surplus, la partie adverse indique que "si de telles «extensions» du marché devaient se traduire par une augmentation du nombre de serveurs de chaque catégorie visée à l'inventaire du marché, le cahier spécial des charges prévoit l'adaptation annuelle du prix dû à l'adjudicataire par la multiplication du prix unitaire par catégorie de serveurs par le nombre de serveurs réellement confiés à sa responsabilité (marché à bordereau de prix)".

Elle conclut son examen des différentes critiques adressées par la partie requérante dans le cadre de la première branche du moyen en constatant que "la requérante ne démontre pas que le cahier spécial des charges établi par la partie adverse aurait «manqué d'une précision élémentaire quant à certaines missions essentielles du futur adjudicataire» et n'aurait donc pas permis que les offres des soumissionnaires soient établies sur une «base commune» ". Elle ajoute que les autres soumissionnaires "ne s'y sont pas trompés dans leur offre de prix, en accordant - et largement - la part la plus importante de leur offre au prix global annuel portant sur le poste soutien & assistance et en ne reprenant au titre de la gestion des serveurs que les tâches pouvant effectivement et logiquement être quantifiées par serveur, physique ou

virtuel, selon le S.L.A. applicable à celui-ci en termes de disponibilité, dans le cadre d'un prix unitaire".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Le débat entre les parties peut, pour l'essentiel, être ramené à un désaccord sur la portée et les implications de la distinction opérée entre les prestations selon qu'elles sont rémunérées par un prix à l'unité ou par un prix forfaitaire annuel fixe et sur la part respective de ces deux types de prestations dans le prix global du marché.

Le point III.5 du cahier spécial des charges décrit comme suit ce départage:

" Le présent marché comporte deux grandes parties, à savoir:
- La gestion des serveurs
- Soutien & assistance

Dans son offre, le soumissionnaire indiquera pour la partie «gestion des serveurs» un prix annuel par machine, compte tenu des spécifications techniques de ces machines et du S.L.A. demandé. Il joint à son offre un document qui décrit la façon dont il organisera la «gestion des serveurs», compte tenu des dispositions ci-dessous.

Pour la partie «Soutien & Assistance» (en ce compris le temps nécessaire pour participer à différents comités de concertation, pour dresser des rapports et fournir de la documentation, ...), le soumissionnaire fournit un prix annuel forfaitaire global. Il joint également à son offre un document qui décrit comment il va organiser le "Soutien & Assistance" demandés, compte tenu des dispositions ci-après".

La partie adverse s'appuie notamment sur cette division en "deux grandes parties" pour soutenir que l'incertitude qui pèse sur certains aspects du marché, et notamment sur sa possible extension à d'autres directions générales, ne peut causer de grief à la partie requérante, dès lors qu'elle est couverte par la partie du marché dite "à bordereau", en sorte qu'un éventuel accroissement du nombre de serveurs entraînerait une augmentation parallèle de la rémunération du prestataire. En revanche, la fixation d'un prix annuel forfaitaire global pour le poste "Soutien & Assistance" présenterait l'avantage de garantir au prestataire de services une part fixe de rémunération couvrant, selon la partie adverse, "l'essentiel des prestations à accomplir".

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, cette explication paraît cependant difficilement conciliable avec les documents du marché.

Le marché litigieux porte, comme l'indique l'avis de marché, sur "l'exploitation et l'administration" d'un parc de serveurs. Le cahier spécial des charges

consacre quatre pages à la gestion des serveurs. Le point III 5.1, intitulé "Gestion des serveurs" débute par la phrase suivante :

" Le marché de base consiste à assurer la disponibilité d'une infrastructure intégrée de serveurs Windows, conformément aux exigences qualitatives et quantitatives convenues par serveur".

Sont décrits ensuite différents objectifs à atteindre puis, dans neuf subdivisions, la méthodologie à suivre pour divers actes de gestion (assurer la disponibilité des serveurs, leur sécurité, le suivi des performances et des capacités, la résolution des incidents, ...). L'accent mis, par ailleurs, dans le point III.8, intitulé "Service Level Agreement" sur le niveau de qualité attendu en termes de disponibilité des serveurs démontre que cet aspect du marché revêt un caractère déterminant. Le cahier spécial des charges consacre, en revanche, moins d'une page au poste intitulé "Soutien & Assistance (+ Consultancy)". Un paragraphe introductif décrit au point III.5.2 cette partie du marché comme suit :

" «Soutien & Assistance» inclut les différentes activités du prestataire de services qui sont nécessaires à la gestion du contrat et à la concertation régulière avec la Direction I.C.T. du S.P.F. I.B.Z. Il s'agit entre autres :
- du temps nécessaire pour participer à différents comités de concertation, en ce compris la CIDO bihebdomadaire et d'autres concertations *ad hoc* à la demande du prestataire de services ou du S.P.F. I.B.Z.
- du temps nécessaire pour dresser des rapports, faire des comptes-rendus, fournir la documentation, etc."

Il est ensuite précisé ceci :

" Ces activités incluent spécifiquement de:
III.5.2.1 Formuler et mettre en œuvre les propositions d'amélioration
[…]
III.5.2.2 Fournir des avis à la Direction I.C.T. concernant certaines questions de sécurité
[…]".

Au vu de ce qui précède, le "marché de base", pour reprendre les termes mêmes du cahier spécial des charges, apparaît bien porter sur la gestion des serveurs, tandis que la partie "Soutien & Assistance" correspond plutôt à ce qui permet d'assurer l'interface avec le destinataire des prestations, à savoir la participation à des réunions, la rédaction de rapports et de comptes-rendus et une mission générale de conseil. A première vue, ni l'intitulé du marché, ni la description de ses "deux grandes parties" dans le cahier spécial des charges, n'autorise à considérer que la mission principale du prestataire consistera non pas à gérer le parc de serveurs, mais à participer à des réunions ou à rédiger des rapports et des comptes-rendus.

La partie adverse tire toutefois argument du point III.7, intitulé "Exécution", du cahier spécial des charges pour affirmer que "l'essentiel des

prestations à accomplir" relève du poste "Soutien & Assistance". L'extrait sur lequel elle appuie son raisonnement se lit comme suit :

" Le prestataire de services veille à ce qu'au moins 2 collaborateurs soient chaque jour présents sur place. Dans ce cadre, la gestion des serveurs se fera de préférence sur place. Les frais y afférents seront inclus par le soumissionnaire dans le prix forfaitaire lié au "Soutien et Assistance".

Il faudrait, selon la partie adverse, et notamment selon ses explications à l'audience, en déduire que l'essentiel des prestations relatives à la gestion des serveurs devra être assuré par les deux collaborateurs présents sur place et être inclus dans le poste "Soutien & Assistance", seules les prestations excédant ce forfait relevant de la partie du prix correspondant à une rémunération à l'unité.

Ce passage du cahier spécial des charges n'autorise toutefois pas les conclusions qu'en tire la partie adverse.

En premier lieu, il a trait à une pure modalité d'exécution et non à l'objet du marché. Sa formulation ne permet, en outre, pas de circonscrire un cadre forfaitaire clair correspondant aux prestations de deux collaborateurs, comme semble le soutenir la partie adverse. Ainsi, l'usage des locutions adverbiales "au moins" et "de préférence", suffit à indiquer que le nombre de deux collaborateurs ne constitue qu'un minimum et la gestion des serveurs sur place une préférence. Ce passage exprime donc une exigence et une préférence du pouvoir adjudicateur quant aux modalités d'exécution du contrat, mais il ne peut y être lu d'indication quant à la charge de travail liée à chacune des "deux grandes parties" du marché.

L'argumentation de la partie adverse ne peut pas davantage être suivie en ce qu'elle équivaut, en réalité, à redéfinir après coup le marché comme un marché de mise à disposition de deux collaborateurs, assorti d'une part variable pour d'éventuelles prestations dont ils ne suffiraient pas à assurer la livraison. Tel n'est, en effet,pas l'objet du marché.

Plus fondamentalement, ce passage du cahier spécial des charges opère une confusion totale entre les "deux grandes parties" du marché, du moins si on lui attache la portée qu'entend lui donner la partie adverse. A suivre celle-ci, il aboutit, en réalité, à inclure l'essentiel de la partie "Gestion des serveurs" dans la partie "Soutien & Assistance". Il devient dans ces circonstances impossible d'opérer le départage entre ces deux postes et, partant, entre ce qui peut être rémunéré par un prix à l'unité et ce qui relève du prix forfaitaire global. Cette confusion entraîne pour conséquence qu'il est impossible, tant pour les soumissionnaires que pour le pouvoir adjudicateur,

de déterminer la valeur relative de chacun de ces postes par rapport au montant total de l'offre.

Sans qu'il soit nécessaire de reprendre point par point les critiques formulées par la partie requérante, il ressort de l'examen qui précède que le cahier spécial des charges entretient une incertitude, voire une confusion, quant à la valeur relative de chacune des deux composantes du prix du marché. Il n'était, dès lors, pas possible pour les soumissionnaires de remettre des offres comparables entre elles.

Le moyen est sérieux en sa première branche, en particulier en ce qu'il est pris de la violation des principes de transparence, d'égalité de traitement des soumissionnaires et des principes généraux de bonne administration.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres branches du moyen, qui ne pourraient conduire à une suspension aux effets plus étendus.

V. CONFIDENTIALITE

La partie requérante demande que son offre soit tenue confidentielle. La partie adverse communique, par ailleurs, également à titre confidentiel les offres des soumissionnaires ainsi qu'un tableau reprenant les prix unitaires et forfaitaires des inventaires des différentes offres.

Dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige, dans le cadre de l'examen *prima facie* de la demande de suspension d'extrême urgence, il y lieu de maintenir provisoirement la confidentialité de ces pièces demandée par les parties. Cette confidentialité porte sur les pièces numérotées 1 à 6 du dossier administratif confidentiel et sur la pièce 1 de la partie confidentielle des annexes à la demande de suspension d'extrême urgence.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision du 29 septembre 2015 par laquelle la partie adverse attribue le marché public de services relatif à l'exploitation et

l'administration du parc serveurs Windows 2015, régi par le cahier des charges "IBZ/ICT/2015/EXPADMWIN", à la société anonyme REAL DOLMEN.

Article 2.

Les pièces 1 à 6 du dossier administratif confidentiel et la pièce 1 de la partie confidentielle du dossier de pièces de la requérante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le dix-neuf novembre deux mille quinze par :

MM.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX. Serge BODART.