CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.112 du 1er décembre 2015

G./A.217.345/VI-20.629

En cause : **1. la société anonyme RCARRE**,
2. la société anonyme AUBAY PROMOTIC,
3. la société anonyme AUBAY,

ayant élu domicile chez
Mes Benoît CAMBIER et
Thomas CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Véronique VANDEN ACKER et
François VISEUR et Martin DETHIER, avocats,
square de Meeûs, n° 35,
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 23 octobre 2015, la société anonyme RCARRE, la société anonyme AUBAY PROMOTIC et la société anonyme AUBAY sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution des "décisions du 7 octobre 2015 du Ministre du Budget, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Région wallonne d'attribuer le marché public «2015M010» relatif à la «Gestion du parc PC du Service public de Wallonie» au groupement sans personnalité juridique GoCNN et, implicitement, de ne pas attribuer ce marché aux requérantes".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 26 octobre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 novembre 2015 à 10 heures 30.

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

Mes Thomas CAMBIER et Benoît CAMBIER, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et Me François VISEUR, avocat, comparaissant pour la partie adverse ont présenté leurs observations.

M^me^ le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La partie adverse a fait publier au Bulletin des adjudications le 20 avril 2015 et au Journal officiel de l'Union Européenne (en abrégé JOUE) le 25 avril 2015, un avis de marché public de services informatiques relatif à "la gestion du parc PC du Service public de Wallonie", au lancé par la Région wallonne. Un avis rectificatif est publié le 29 mai 2015 au Bulletin des adjudications et le 3 juin 2015 au JOUE.
Le mode de passation choisi est la procédure d'appel d'offres ouvert.

Ce marché a pour objet d'assurer "la gestion opérationnelle de l'infrastructure bureautique du SPW mise à disposition des utilisateurs".

Le marché est régi par un cahier spécial des charges portant référence SPW-DGT-DTIC N° 2015M010.

III. 2. Le cahier spécial des charges indique notamment que "le marché est conclu pour une durée de deux ans", mais que "le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de confier des prestations similaires à l'adjudicataire du présent marché en recourant à une faculté de prolongation de deux fois un an maximum".

III. 3. Le marché litigieux fait suite à un précédent marché dont l'attributaire était le groupement sans personnalité juridique GoCNN.

III. 4. Les critères d'attribution du marché sont les suivants :

1. Le prix pour 43%
2. La qualité pour 30%
3. L'engagement de niveaux de service pour 10%
4. La gestion de la transition pour 5%
5. L'Organisation et la composition de l'équipe pour 10%
6. Le plan qualité pour 2%.

III. 5. Le mode d'évaluation du critère prix est décrit comme suit dans le cahier spécial des charges :

" Le prix du marché est évalué en prenant la somme des prix unitaires indiqués à l'inventaire".

Cependant, un régime particulier est appliqué au prix unitaire du projet de transition, pour lequel le pouvoir adjudicateur ne prend en compte que le montant excédant 250.000 euros, afin d'éviter de donner un avantage concurrentiel au prestataire en place.

III. 6. La partie adverse explique comme suit les raisons de ce régime particulier:

" […] un régime particulier est appliqué au prix unitaire du projet de transition (point 3 de l'inventaire). En effet, le pouvoir adjudicateur ne prend en compte, pour ce point 3 de l'inventaire, que le montant excédant 250.000 EUR.
Il est utile, pour en comprendre le motif, de connaître l'historique du marché M010.

Jusqu'en 2010, l'ensemble des services informatiques de la Région wallonne étaient pris en charge par un unique opérateur historique.
En 2010, il a été décidé d'ouvrir ce marché à la concurrence. La question de l'avantage concurrentiel dont bénéficiait naturellement le prestataire en place s'est alors posée.
L'arrivée d'un nouvel adjudicataire pour de tels services implique en effet une importante et relativement coûteuse phase de transition/apprentissage qui aurait pu décourager les soumissionnaires potentiels d'introduire une offre. Elle implique également la mise en place de toute une série d'outils de *reporting* et de gestion, ce qui a également un coût pour un nouvel entrant.
En 2011, il a donc été décidé de faire abstraction d'un montant de 220.000 EUR au niveau du critère prix pour tenir compte de ce problème de prestataire historique et attirer de nouveaux soumissionnaires potentiels sur ce marché (…).
GoCNN a remporté le marché en 2011.
[…]. En 2015, lorsque le SPW a préparé le marché litigieux, la même question s'est posée.

Il a été décidé d'appliquer la même solution, c'est-à-dire de faire abstraction d'une somme portée à 250.000 EUR liée à la phase de transition dans l'évaluation du critère prix".

Elle ajoute, toutefois, à l'issue de cet historique, que le marché litigieux n'est pas parfaitement identique au marché de 2011.

III. 7. Deux groupements remettent une offre : les parties requérantes et le groupement GoCNN.

III. 8. La Région wallonne a envoyé une série de demandes de précisions aux parties, auxquelles celles-ci ont répondu dans le délai de quinze jours qui leur était imparti.

III. 9. Par décision du 7 octobre 2015, la partie adverse décide d'attribuer le marché litigieux au groupement GoCNN.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE CONCERNANT LA SECONDE DECISION ATTAQUEE

Les parties requérantes exposent avoir un intérêt à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, le groupement qui les réunissait ayant remis une offre régulière pour le marché public concerné. Elles ne développent aucune argumentation spécifique sous l'angle de leur intérêt à la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas leur attribuer le marché. Elles ne démontrent, par conséquent, pas que si une telle suspension venait à être ordonnée, l'autorité n'aurait pas d'autre option que de leur attribuer le marché.

La demande de suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer le marché aux requérantes est par conséquent irrecevable.

V. PREMIER MOYEN - PREMIERE BRANCHE

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes prennent un premier moyen "de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11; la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services»,

notamment de ses articles 5 et 25; la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 4, 5 et 8; la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3; l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques», notamment de ses articles 21, 95, 99; les principes généraux du droit, notamment de celui qui veut que tout acte administratif repose sur des causes et motifs légalement admissibles, du principe d'égalité, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du devoir de minutie; le cahier spécial des charges, notamment de l'article 3.3.1.1. et de toutes les dispositions relatives à la gestion du projet de transition reprises sous le point 3.3.; de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation de la partie adverse; de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs".

Elles reprochent à la partie adverse d'avoir décidé de considérer que l'offre de GOCNN était régulière et pouvait être retenue pour être comparée à celle des requérantes, alors qu'elles soutiennent, dans une première branche, que "GoCNN a remis un prix de 241.549 euros HTVA pour la «transition», ce qui est un prix anormalement élevé dans son chef dès lors que GOCNN était déjà en place dans le cadre du précédent marché de services de «gestion du Parc PC du service public de Wallonie» et n'avait donc aucune «transition» à assurer ou, en tous cas, tout au plus, une transition dérisoire".

Elles font, en substance, valoir que l'adjudicataire étant déjà l'opérateur chargé de la gestion du parc informatique de la partie adverse dans le cadre du précédent marché, la transition vers le nouveau marché n'impliquait aucune prestation particulière dans son chef en sorte que le prix de ce poste aurait dû être nul ou particulièrement réduit pour ce soumissionnaire. Elles relèvent que le prix proposé par l'adjudicataire pour cette transition s'élève à 73% du prix qu'elles proposent elles-mêmes alors que ce prestataire "ne devra manifestement pas supporter 73% du coût supporté par les requérantes pour la transition". Elles considèrent qu'un tel prix est anormalement élevé et que :

" l'acte attaqué viole:
- Les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 et les principes d'égalité et de non-discrimination dès lors qu'il attribue le marché à un soumissionnaire qui a remis un prix anormalement élevé pour des prestations qu'il n'aura pas à exécuter ou, à tout le moins, que dans une infime proportion". Elle ajoute qu'il viole également;
- L'article 25 de la loi du 15 juin 2006 dès lors qu'il attribue le marché à une offre irrégulière qui devait être écartée;
- Les articles 21, 95 et 99 dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à la vérification de la normalité des prix de GOCNN et a retenu cette offre alors qu'elle présentait un prix manifestement anormalement haut;

- Les exigences de motivation formelle consacrées par la loi du 17 juin 2013 et la loi du 21 juillet 1991 dès lors qu'il ne ressort pas de l'acte attaqué que le pouvoir adjudicateur aurait examiné «la normalité» des prix de GOCNN et, plus spécialement, de son prix pour la transition".

B. Note d'observations

Citant un arrêt du Conseil d'Etat, la partie adverse observe que si l'article 21, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques fait obligation au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres, "ce n'est qu'à l'issue de la vérification et uniquement si celle-ci fait apparaître des prix semblant anormalement bas ou élevés que le pouvoir adjudicateur doit inviter le soumissionnaire concerné à s'en expliquer [s'il] considère que cette anormalité est de nature à justifier l'offre en cause soit écartée".

En l'espèce, elle expose que les clauses techniques du cahier spécial des charges prévoient une série d'actions ou d'objectifs concernant le début et la fin du marché. Après avoir rappelé la description des quatre phases de la transition, telle qu'elle figure dans le cahier spécial des charges, elle les résume comme suit :

"

- la phase 1 correspond au déploiement des solutions proposées par le nouveau prestataire,
- la phase 2 correspond au démarrage des solutions proposées par le nouveau prestataire en parallèle avec les solutions déjà en place,
- la phase 3 correspond à l'exploitation des seules solutions du nouveau prestataire éventuellement et ponctuellement assisté de l'ancien prestataire, et enfin
- la phase 4 correspond à l'exploitation pure et simple (gestion opérationnelle) par le nouveau prestataire".

Elle concède que "parmi ces tâches, certaines tâches seront plus faciles (voire inexistantes) pour le prestataire actuel", mais ajoute que nombre d'autres devront faire l'objet de prestations, "ne serait-ce que parce que les marchés ne sont pas parfaitement identiques (…), que la Région a entendu apporter diverses améliorations aux services prestés et que même le prestataire actuel devra adapter son service à ces nouveautés".

La partie adverse procède ensuite à la comparaison des deux offres et constate qu'"outre les prestations à charge du S.P.W., qui sont identiques à 800 EUR près entre Aubay et GoCNN, cette dernière propose donc un prix de 208.465 EUR pour la phase de transition, soit environ 88.000 EUR de moins qu'Aubay, ou un peu plus de 2/3 du prix d'Aubay".

Elle estime que "de prime abord, un écart d'environ 1/3 entre le prix de l'actuel prestataire et celui du nouveau prestataire ne semble pas choquant dès lors que GoCNN, même si elle est déjà en place, devra quand même réaliser différentes tâches pendant la phase de transition entre l'ancien et le nouveau marché, à laquelle elle devra se soumettre conformément à son offre".

Elle relève, à cet égard, que la phase 1 de la transition "est celle durant laquelle les tâches du nouveau prestataire se distinguent le plus des tâches récurrentes propres au marché (gestion opérationnelle)". Elle ajoute que "la description des tâches en début de marché fait également apparaître l'importance de la première phase par rapport aux trois autres. Or, elle note que "les missions suivantes, qui relèvent toutes de la phase 1, devront quand même être réalisées par GoCNN:

Début de phase 1

- Disponibilité effective et identification nominative des personnes gérant le projet de transition ;
- Réunion de démarrage et mise en place d'un comité de pilotage de transition (comprenant des représentants du SPW et de l'adjudicataire) ;
- Planification des réunions techniques Adjudicataire-SPW (et de son ancien prestataire) ;
- Validation de la première version du document de pilotage du transfert. Ce document sera fourni par l'adjudicataire au moins 3 jours ouvrables avant la réunion de démarrage du projet.

Pendant la phase 1

– Prise de connaissance des « nouvelles » procédures de gestion ;
– Production de la documentation manquante, en collaboration avec le DTIC ;
– Disponibilité effective et identification définitive des personnes et equips nécessaires à l'exécution des services.

En fin de phase 1

Tous les moyens identifiés dans le document de pilotage du transfert ainsi que la structure de management du marché (comité de pilotage, coordination technique et responsable qualité) doivent être disponibles et opérationnels".

Elle estime donc que "concrètement, seules les tâches d'observation de l'ancien prestataire et de prise de contact entre l'ancien et le nouveau prestataire seront inutiles pour GoCNN. Toutes les autres tâches impliquant la fourniture de documentation ou des réunions/rencontres avec les services du SPW seront utiles dès lors qu'elles servent à lancer le nouveau marché, ainsi que les nouveaux services et adaptations qu'il emporte".

La partie adverse explique ensuite que "le fait que le soumissionnaire GoCNN soit le prestataire déjà en place auprès de la Partie adverse n'a pas été ignoré dans son offre". Elle cite, à cet égard, un extrait de l'offre du futur adjudicataire, dans lequel celui-ci expose la manière dont il compte "organiser de manière structurée la transition entre le marché en cours d'exécution et la mise en place de ce nouveau marché", compte tenu de sa situation particulière de prestataire actuel. Cet extrait se termine comme suit :

" Dans le cadre de la transition en entrée, nous avons seulement considéré 2 phases à savoir la phase 1 (prise de connaissance) suivie directement de la phase 4 (production). Etant le prestataire de service actuel, la phase 2 (démarrage avec roll back) et la phase 3 (exploitation assistée) n'ont pas beaucoup de sens".

Elle constate donc que l'offre du futur adjudicataire a pris en compte les différences existant entre ce marché et le précédent, qui justifient une transition entre les deux marchés, mais aussi la circonstance que sa qualité de prestataire du marché en cours rend inadéquates à sa situation les phases deux et trois.

La partie adverse explique encore que "GoCNN propose dans l'offre qu'il remet pour le présent marché des solutions différentes par rapport à ce qu'il proposait dans le cadre du marché précédent". Elle mentionne, à ce titre "le développement d'une application de reporting qui n'était pas utilisée dans le cadre de l'exécution du marché précédent" et "l'apparition de deux outils présentés comme nouveaux : un Anti-spam et un outil d'URL-filtering". Elle estime que "ces outils nécessitent un transfert de connaissance entre le SPW et le prestataire ainsi que l'établissement d'une documentation adéquate sur ces outils". Selon elle, GoCNN remet donc un plan de gestion de la transition qui tient compte de sa situation de prestataire déjà en place et du développent de nouvelles solutions par rapport à son offre précédente, dans le cadre d'un marché dont les prescriptions et exigences sont différentes du précédent.

Elle estime qu'il "n'est pas anormal que ces prestations aient un coût, pour rappel environ 30% inférieur à celui d'Aubay".

La partie adverse considère donc que dès lors que des prestations seront fournies, il est normal que le soumissionnaire remette un prix pour celles-ci. Elle concède que "ces prestations sont naturellement moindres que celles d'un opérateur désigné pour la première fois mais elles sont réelles et importantes". Elle estime que "la première branche du moyen, en tant qu'elle se base sur le fait que «la phase de transition ne présente [pas] de contenu et donc, *a fortiori*, [pas] de coût ou à tout le moins, un coût devant être particulièrement réduit» manque donc en fait".

La partie adverse ajoute qu'elle "n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas ce prix comme anormalement élevé et en n'enclenchant pas la procédure prévue à l'article 21, § 3, al. 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité".

Elle indique que "le prix remis par GoCNN au poste 3 de l'inventaire comprend notamment 36.000 EUR pour l'achat d'une licence et d'un contrat de maintenance d'un nouveau logiciel proposé par GoCNN, soit près d'1/5^{e} du coût de la transition" et que "ce montant intervient indépendamment de la quantité de prestations (en termes de jours prestés) de GoCNN".

Elle constate que "si l'on fait abstraction du coût de cette licence, le prix de GoCNN passe à juste un petit peu plus que la moitié de celui d'Aubay", ce qui "s'exprime notamment par une différence au niveau du nombre de jours de prestation qui figurent dans les plans de charge de chacun des soumissionnaires". Selon elle, "ce prix a donc très raisonnablement pu sembler normal à la partie adverse en ce que les prestations de type «journées-hommes» étaient largement inférieures à celles d'Aubay, tout en correspondant à une certaine quantité de travail qui devrait être effectuée pour la phase de transition".

Elle voit un indice supplémentaire de la normalité de ce prix dans la circonstance qu'il est "relativement proche, tout en étant inférieur, à l'estimation de 250.000 EUR donnée par la Région wallonne".

La partie adverse expose ensuite qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat "que l'article 21, paragraphe 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'impose pas au pouvoir adjudicateur d'interroger les soumissionnaires". Elle relève qu'"en l'espèce, la partie adverse a interrogé les soumissionnaires sur certains points de leurs offres et a conclu que toutes les offres étaient régulières" et qu'elle a pu "sans commettre la moindre erreur manifeste d'appréciation, considérer que les prix remis par les deux soumissionnaires n'avaient pas de caractère apparemment anormalement élevé".

La partie adverse précise qu'"à défaut d'avoir estimé que certains postes étaient apparemment anormaux, elle ne devait pas motiver son choix de ne pas interroger les soumissionnaires et moins encore l'absence de nécessité de recourir à la procédure de demande de justification des prix anormaux prévue à l'article 21, §3, al. 2 de l'arrêté royal précité". Elle estime que "prendre une position inverse reviendrait à faire porter sur les pouvoirs adjudicateurs une obligation de motivation disproportionnée qui s'étendrait à la motivation de tout ce que le pouvoir adjudicateur ne constate pas".

Elle conclut qu'"à défaut d'avoir pu apporter la preuve d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur, le moyen manque en fait dans sa première branche".

C. Audience

Les parties requérantes réagissent à l'audience aux informations contenues dans la note d'observations de la partie adverse et dont elles ne pouvaient avoir connaissance auparavant, dès lors qu'elles sont extraites d'une pièce confidentielle, à savoir l'offre de l'adjudicataire. Elles relèvent, en premier lieu, que ce dernier a inclus dans le prix de la transition "36.000 EUR pour l'achat d'une licence et d'un contrat de maintenance d'un nouveau logiciel", alors qu'un tel coût aurait dû être intégré dans le prix de la phase opérationnelle et non dans celui de la transition. Elles notent, ensuite, que l'adjudicataire a indiqué dans son offre que la phase deux n'ayant pas de sens dans sa situation, il passerait directement de la phase un à la phase quatre, soit la phase d'exécution. Or, le prix de la transition étant un prix forfaitaire pour les phases un et deux, qui s'étendent respectivement sur deux mois et sur un mois, ce passage direct de la phase un à la phase quatre signifierait, selon les parties requérantes, que la transition ne durerait que deux mois dans l'offre de l'adjudicataire et que, partant, le prix proposé ne couvrirait que des prestations s'étendant sur deux mois, au lieu des trois mois prévus dans le cahier spécial des charges. Selon elles, l'adjudicataire pourrait donc, pour les trois premiers mois du marché, non seulement facturer à la partie adverse le prix de la transition, mais aussi celui du premier mois d'exploitation "en phase quatre", alors qu'un autre soumissionnaire, respectant le planning du cahier spécial des charges, n'aurait pu facturer que le prix global forfaitaire de la transition, couvrant les trois mois des phases un et deux.

La partie adverse répond à l'audience qu'il n'en est rien et que l'adjudicataire ne pourrait prétexter de l'inutilité, dans sa situation, de la phase deux pour ramener à deux mois la période couverte par le prix forfaitaire global de la transition.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 21, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que : "Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites".

L'article 21, § 3, alinéa 2, du même arrêté dispose comme suit :

" Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long".

En l'espèce, il ressort du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a interrogé les deux soumissionnaires, sans que les questions posées au futur adjudicataire ne portent sur le caractère apparemment anormalement élevé du prix de la gestion de la transition. Il s'en déduit qu'il n'a pas considéré que ce prix présentait un caractère anormal. Il convient donc d'examiner si cette considération ne procède pas d'une appréciation manifestement erronée.

Il ressort de l'explication donnée par la partie adverse quant à la raison du régime particulier réservé à la prise en compte du prix de la transition que ce régime vise à éviter de donner un avantage concurrentiel au prestataire du marché en cours par rapport à un potentiel nouveau prestataire, en neutralisant un montant censé couvrir les coûts engendrés par la phase de transition et d'apprentissage inhérente à la succession entre l'ancien et le nouveau gestionnaire du parc informatique. Une telle neutralisation n'a de sens que si elle couvre un coût qui est spécifique au nouveau prestataire et que, par hypothèse, l'ancien n'a pas à assumer. Cela n'exclut pas que l'ancien prestataire doive également engager certains coûts pour la transition, mais la logique du mécanisme implique que ceux-ci sont présumés être sensiblement inférieurs au montant neutralisé.

En l'occurrence, le futur adjudicataire a remis un prix pour la transition qui atteint presque le seuil de 250.000 euros, soit le montant que la partie adverse avait estimé couvrir le coût spécifique de la transition pour un potentiel nouveau prestataire. Ce simple fait aurait dû suffire à attirer l'attention du pouvoir adjudicateur. En effet, pour autant que le montant de 250.000 euros soit tenu pour une estimation raisonnable des coûts propres à la transition pour un nouvel opérateur, ce qui n'est pas remis en cause par les parties, l'on n'aperçoit pas, à première vue, comment la gestion de la transition pourrait représenter le même coût pour l'ancien opérateur.

Cette première constatation est corroborée par la lecture du cahier spécial des charges et de l'offre de l'adjudicataire. Ainsi, la phase un de la transition, qui est la seule pour laquelle l'adjudicataire s'engage dans son offre à fournir des prestations, est décrite comme suit dans le cahier spécial des charges:

" Début de phase 1
- Disponibilité effective et identification nominative des personnes gérant le projet de transition;

- Réunion de démarrage et mise en place d'un comité de pilotage de transition (comprenant des représentants du SPW et de l'adjudicataire);
- Planification des réunions techniques Adjudicataire-SPW (et de son ancien prestataire);
- Validation de la première version du document de pilotage du transfert. Ce document sera fourni par l'adjudicataire au moins 3 jours ouvrables avant la réunion de démarrage du projet.

Pendant la phase 1
- Prise de connaissance de l'environnement de travail et des procédures de gestion;
- Observation du travail effectué par l'ancien prestataire au sein d'équipes mixtes ancien / nouveau prestataire, mais sans intervenir;
- Production de la documentation manquante, en collaboration avec le DTIC et l'ancien prestataire;
- Mise à disposition de l'adjudicataire des moyens techniques nécessaires et suffisants pour la prise de connaissance;
- Réunions techniques de transfert (adjudicataire, DTIC, ancien prestataire) ;
- Disponibilité effective et identification définitive des personnes et équipes nécessaires à l'exécution des services.

En fin de phase 1
Tous les moyens identifiés dans le document de pilotage du transfert ainsi que la structure de management du marché (comité de pilotage, coordination technique et responsable qualité) doivent être disponibles et opérationnels".

Cette description englobe des prestations liées à la prise de connaissance de l'environnement de travail et à l'observation du travail de l'ancien prestataire qui ne s'appliquent d'évidence pas à l'adjudicataire, qui connaît cet environnement et n'a pas besoin d'observer son propre travail. S'il ne peut être exclu que d'autres prestations représentent, malgré tout, un certain coût pour l'opérateur qui se succède à lui-même, elles doivent nécessairement être restreintes dès lors qu'il n'est pas soutenu que le marché serait substantiellement différent du précédent. Un pouvoir adjudicateur normalement diligent aurait donc dû constater que le futur adjudicataire demandait un prix voisin de celui qui est présumé normal pour la gestion des phases un et deux de la transition, alors qu'il ne prestera, au mieux, qu'une partie réduite de la seule phase un de cette transition.

Par ailleurs, les explications fournies par les parties à l'audience font apparaître un doute sérieux quant à la durée des prestations couvertes par le prix forfaitaire global proposé pour la gestion de la transition par l'adjudicataire. Dès lors que celui-ci déclare passer directement de la phase un à la phase quatre et que la phase un ne dure que deux mois, il semble qu'il faille en déduire, comme le soutiennent les requérantes à l'audience, que les prestations couvertes par le prix forfaitaire de la transition qu'il propose ne couvrent que deux mois au lieu des trois mois prévus par le cahier spécial des charges pour les phases un et deux. Indépendamment de l'incidence

que cela peut avoir sur le prix global du marché, il apparaît clairement que si tel est bien le cas, cela rend encore plus surprenant le fait que le prix proposé soit aussi proche du prix estimé de la transition pour un nouveau prestataire. Un pouvoir adjudicateur normalement diligent aurait, à tout le moins, dû lever cette ambiguïté, avant de considérer que le prix proposé n'est pas anormalement élevé.

Il ne ressort, par ailleurs, ni du dossier administratif ni de la décision attaquée, que la partie adverse aurait disposé d'informations susceptibles de l'amener à considérer que, nonobstant les constatations qui précèdent et qu'une autorité normalement diligente ne pouvait raisonnablement s'abstenir de dresser, le prix litigieux pouvait être considéré comme normal. Il s'ensuit qu'à première vue, la partie adverse n'a pas pu, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, considérer que le prix proposé par le groupement GoCNN pour la gestion de la transition ne présentait aucun caractère anormal.

Au surplus, la description de la phase un de la transition, telle qu'elle figure dans le cahier spécial des charges ne contient, *prima facie*, aucune étape où puissent s'inscrire les coûts liés à l'acquisition de licences pour un nouveau logiciel ou à la conclusion d'un nouveau contrat de maintenance. La partie adverse a interrogé le groupement GoCNN au sujet de ces licences et de ce contrat et ce soumissionnaire a notamment répondu que "le poste de 36.000€ inclut les licences QlikView décrites au chapitre 7.4 de notre offre". Or, si ce chapitre décrit effectivement lesdites licences, il ne concerne pas des prestations propres à la transition mais le "reporting", soit la présentation périodique de rapports et bilans analytiques sur la gestion du parc informatique de la partie adverse. Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il apparaît donc que ce poste de 36.000 euros, imputés sur le prix forfaitaire global de la transition, couvre, en réalité, des dépenses inhérentes à l'exécution du marché. Il s'ensuit que loin de rétablir les conditions de la concurrence, en admettant que le futur adjudicataire inclue le prix de ces licences et de ce contrat de maintenance dans un montant neutralisé dans le calcul du prix de son offre et censé, *prima facie*, couvrir d'autres prestations, la partie adverse a en réalité fourni à ce soumissionnaire un avantage concurrentiel de nature à rompre l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Le moyen est sérieux en sa première branche et suffit à justifier la suspension de l'acte attaqué, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'examen de la seconde branche ni des autres moyens.

VI. BALANCE DES INTERETS

VI.1 Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande au Conseil d'Etat "de procéder à la balance des intérêts en présence et de constater que les désavantages pour la Région wallonne et, plus largement, pour l'intérêt général en cas de suspension de la décision attaquée seraient largement plus importants que l'avantage que pourrait éventuellement retirer Aubay de la suspension dudit acte".

Elle fait valoir que, "si l'attribution du marché venait à être suspendue, la partie adverse serait contrainte de recommencer la procédure d'attribution *ab initio*, ce qui la priverait de prestataire pour les services couverts par le marché pendant une période de plusieurs mois".

Elle ajoute que "compte tenu de la complexité du marché et de la nécessité de prévoir une coûteuse période de transition de plusieurs mois, il n'est pas envisageable pour la Région wallonne de lancer, même rapidement, un « marché pont » pour couvrir la période entre la fin du marché de services actuellement en cours (le 31 décembre 2015) et l'attribution d'un nouveau marché (Au plus tôt pendant l'été 2016)".

Elle centre son argumentation sur les conséquences qu'entraînerait pour l'ensemble du personnel de l'administration wallonne l'absence de prestataire en charge de la gestion de son parc informatique. Elle estime que cela pourrait avoir pour effet de priver le personnel de l'accès à un outil de travail informatique opérationnel, ce qui empêcherait les agents de s'acquitter de leur mission de service public.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Contrairement à ce que semble soutenir la partie adverse, la suspension de l'acte attaqué n'oblige nullement à recommencer toute la procédure *ab initio*. La décision de ne pas attribuer le marché et de recommencer la procédure constitue, certes, une option, dont il appartient à la seule partie adverse d'apprécier l'opportunité, mais il lui est également loisible de retirer l'acte suspendu et de prendre une nouvelle décision. L'argumentation de la partie adverse manque dès lors en fait en ce qu'elle repose sur le postulat qu'en cas de suspension, elle "serait contrainte de recommencer la procédure d'attribution *ab initio*".

L'on n'aperçoit, par ailleurs, pas pour quelle raison il serait impossible pour la partie adverse de prendre une nouvelle décision avant l'expiration du marché actuellement en cours, soit avant le 31 décembre 2015. A supposer même que tel soit le cas, la partie adverse ne démontre pas et il ne ressort pas des éléments du dossier

administratif qu'il lui serait impossible de conclure un avenant au marché actuel en vue d'en prolonger la durée pour une période déterminée.

Il n'y a, dès lors, aucune indication que les conséquences négatives de la suspension de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande que les offres des soumissionnaires ainsi que les échanges de courriers avec ces derniers soient tenus pour confidentiels. Elle demande que certaines annexes au cahier spécial des charges soient tenus pour confidentiels à l'égard des tiers, mais non à l'égard des parties au litige.

La communication des offres des soumissionnaires, ainsi que les échanges de courriers avec ces derniers n'apparaît pas, à ce stade, nécessaire à la solution du litige. Il y a lieu de faire droit à la demande de la partie adverse dans cette mesure.

Quant aux pièces annexées au cahier spécial des charges, elles font parties des pièces du dossier dont il n'est pas contesté qu'elles doivent être accessibles aux parties au litige. Il n'est pas soutenu et rien ne justifie qu'elles soient couvertes par le régime de confidentialité prévu à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui prévoit notamment qu' "il appartient à [l'instance de recours] de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable". Aucune autre disposition de cette loi ne règle la question de l'accès de tiers au litige aux pièces du dossier. Cette question doit donc, conformément à l'article 25 de la loi précitée, être tranchée en se conformant aux règles de droit commun applicables à la procédure devant le Conseil d'Etat.

A cet égard, l'article 87, §1er, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat prévoit que: "Les parties et leurs conseils peuvent prendre connaissance au greffe du dossier de l'affaire". Aucune disposition ne prévoit, en revanche, que des personnes étrangères au litige puissent être admises à prendre connaissance du dossier administratif. La demande de la partie adverse de déclarer certaines pièces confidentielles à l'égard de telles personnes est, par conséquent, dénuée d'objet.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision du 7 octobre 2015 du Ministre du Budget, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Région wallonne d'attribuer le marché public " SPW-DGT-DTIC n°2015M010" relatif à la "Gestion du parc PC du Service public de Wallonie" au groupement sans personnalité juridique GoCNN.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les pièces portant les références A, B, C, D, E, du dossier administratif qualifié de confidentiel, contenant les offres des soumissionnaires, ainsi que les échanges de courriers y relatifs, sont – à ce stade de la procédure - tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre, le premier décembre deux mille quinze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. Serge BODART.