

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

A R R Ê T

n^o 244.505 du 16 mai 2019

A. 227.962/VI-21.469

En cause : **la société anonyme NETWORK RESEARCH BELGIUM**, en abrégé "NRB",
ayant élu domicile chez
M^e Laura MERODIO, avocat,
boulevard Emile de Laveleye 64
4020 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Louise LAPERCHE, François VISEUR
et Véronique VANDEN ACKER, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 avril 2019, la société anonyme NETWORK RESEARCH BELGIUM, en abrégé NRB, demande, d'une part, la suspension de l'exécution, selon la procédure d'extrême urgence, de "la décision motivée d'attribution du contrat d'exécution M024/15-2017-11-DGO1 (OMEGA) à la société DXC TECHNOLOGY BELGIUM qui a été adoptée par la Région wallonne le 4 avril 2019 et notifiée à la société NETWORK RESEARCH BELGIUM le 9 avril 2019 et, d'autre part, l'annulation de ladite décision".

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 avril 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 mai 2019 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

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.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Laura MERODIO, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Louise LAPERCHE et François VISEUR, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur au Conseil d'État, 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 à l'origine de la présente affaire ont été décrits dans l'arrêt n° 243.687 du 14 février 2019 de la manière suivante :

" Au cours de l'année 2015, la partie adverse a lancé un marché de services visant à la conclusion d'un accord-cadre avec un maximum de 5 soumissionnaires et relatif à l'analyse et à la mise en place de nouvelles solutions logicielles pour le service public de Wallonie. Le 3 juin 2016, la partie adverse a attribué le lot 2 de cet accord cadre portant sur «le développement de nouvelles solutions logicielles nécessaires au SPW et le développement d'évolutions significatives sur des solutions logicielles existantes au SPW, sur la maintenance évolutive relative à ces développements ainsi que sur le support et la petite maintenance relatifs à ces développements» à cinq sociétés.

Par des courriers électroniques du 2 octobre 2017, la partie adverse a, en exécution de cet accord-cadre, communiqué à ces cinq sociétés le cahier spécial des charges relatif au marché pour le développement d'une nouvelle application pour prendre en charge les flux de données générés par la partie «exécution» des marchés publics. Ce cahier spécial des charges précise que les offres doivent être déposées pour le vendredi 27 octobre 2017 à 14 heures.

Le délai pour déposer offre a été repoussé au 6 novembre 2017 à 14 heures, puis au 30 novembre 2017 à 14 heures avant d'être définitivement fixé au 4 décembre 2017 à 14 heures.

Les sociétés DXC TECHNOLOGY BELGIUM (ci-après DXC), NETWORK RESEARCH BELGIUM s.a. (ci-après NRB) et NSI IT Software & Service (ci-après NSI) ont déposé offre.

Le 7 décembre 2018, la Ministre de l'Action sociale, de la Santé, de l'Egalité des chances, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la

Région wallonne a décidé de déclarer les offres des sociétés NSI et NRB matériellement irrégulières et d'attribuer le marché à la société DXC [...]"

L'arrêt n° 243.687 du 14 février 2019 a ordonné la suspension de l'exécution de la décision prise par la Région wallonne le 7 décembre 2018 attribuant le contrat d'exécution M024/15-2017-11-DGO1 (OMEGA) à la société DXC TECHNOLOGY BELGIUM.

Le 4 avril 2019, la Ministre de l'Action sociale, de la Santé, de l'Egalité des chances, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Région wallonne a décidé de retirer sa décision du 7 décembre 2018 portant attribution du contrat d'exécution M024/15-2017-11-DGO1 (OMEGA) à la société DXC TECHNOLOGY BELGIUM.

À la même date, la Ministre de l'Action sociale, de la Santé, de l'Egalité des chances, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Région wallonne a également décidé de déclarer les offres des sociétés NSI et NRB matériellement irrégulières et d'attribuer le marché à la société DXC TECHNOLOGY BELGIUM. Il s'agit de l'acte attaqué qui a été communiqué à la requérante par un courrier daté du 9 avril 2019.

IV. Deuxième moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un second moyen de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et de services, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des exigences du cahier spécial des charges de l'accord-cadre M024, des exigences du cahier spécial des charges du contrat d'exécution OMEGA, des principes de bonne administration, du principe de transparence, du principe d'égalité de traitement, des droits de la défense, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle reproche à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne la régularité de l'offre de la société DXC, de n'avoir

pas motivé adéquatement l'acte attaqué à cet égard et de n'avoir pas traité l'ensemble des soumissionnaires sur un pied d'égalité. Après avoir rappelé le contenu de l'arrêt n° 243.687 du 14 février 2019, elle développe ce moyen comme suit :

" [...]

2. Le cahier spécial des charges prévoit que «certaines exigences décrites dans le cahier des exigences sont à formuler sous forme d'option obligatoire. Pour chacune de ces exigences optionnelles, le prestataire mentionnera le plan de charge, le prix et le *timing* de réalisation» [...].

Il est donc faux d'affirmer, comme le fait la partie adverse dans l'acte attaqué, qu'«aucune exigence de conformité ne porte sur les plans de charges» et qu'«aucune exigence de conformité particulière n'est fixée dans le cahier des charge quant au *timing* de réalisation» [...].

Tant le *timing* que le plan de charges étaient spécifiquement imposés par le cahier spécial des charges et constituaient dès lors des exigences essentielles du marché.

Il a ainsi été jugé dans un cas similaire que :

« Dès lors que l'exigence du dépôt de deux plannings annuels d'exécution est clairement mise en rapport avec la bonne exécution de deux postes du marché, il s'agit bien aux yeux du pouvoir adjudicateur de deux documents essentiels de nature à lui permettre, notamment, de s'assurer que le soumissionnaire retenu s'est bien engagé, de par la remise de ces deux documents, à exécuter dans les temps les deux postes du marché à attribuer. L'absence de l'un des deux plannings d'exécution exigés par le cahier spécial des charges constitue une irrégularité qui vicie, en partie, la portée de l'engagement contracté sur l'un des deux postes du marché et qui empêche la comparaison valable des offres, avec cette conséquence que l'offre ne devait pas seulement être sanctionnée lors de la quantification de son offre au regard du sous-sous-critère d'attribution concerné, mais devait, au contraire, être écartée dès l'examen de la régularité de cette offre» (C.E., arrêt SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE CALLENS/ PIRENNE, THEUNISSEN & CO, REVISEURS D'ENTREPRISES, n° 235.589 du 05/08/2016 [...]).

3. Plus spécifiquement, en ce qui concerne le *timing* de réalisation, la partie adverse considère que l'absence de *timing* spécifique à l'option obligatoire n'apporte aucun avantage à DXC et n'empêche pas la comparaison des offres, dès lors que le *timing* est inclus dans le délai d'exécution du marché dans son ensemble.

Premièrement, la requérante se demande comment le *timing* de l'option obligatoire peut être inclus dans le délai d'exécution global du marché, alors qu'il n'est pas possible de l'isoler et de le déterminer spécifiquement. S'il était bien inclus, un simple calcul devrait permettre de le déduire, quod non.

Il n'existe en tout cas aucune garantie que ce délai est bien inclus, et la partie adverse n'a pas pris la peine d'interroger DXC à cet égard pour s'en assurer.

Deuxièmement, compte tenu de l'absence d'indication quant au *timing*, il est impossible de déterminer si la solution proposée par DXC est réalisable et pourrait répondre aux spécifications techniques. De même, il est impossible de vérifier le caractère normal du prix proposé.

La partie adverse reconnaît d'ailleurs que le *timing*, tout comme le plan de charges, avaient notamment pour objectif de vérifier le prix remis ainsi que la faisabilité de l'option [...]. Or, cette vérification est en l'état impossible.

Troisièmement, le délai de mise en œuvre du marché est un critère d'attribution

[...]. Il est ainsi précisé que «pour évaluer le critère relatif à la qualité du délai de mise en œuvre (10%) [...] le pouvoir adjudicateur prendra en compte le délai en jours calendriers pour terminer le projet (réception provisoire du projet) à dater de la commande». Dès lors, s'il existe le moindre doute quant à la détermination de ce délai, la comparaison des offres en souffre inévitablement.

Il a d'ailleurs été jugé, dans un cas similaire où il existait une imprécision quant au *timing* de réalisation, que :

« Un délai d'exécution exprimé en jours ouvrables ne se convertit pas sans difficulté en un délai d'exécution en jours calendrier. Dès lors que le délai inclus dans le planning proposé par un soumissionnaire, établi en jours ouvrables, ne peut être utilement comparé avec les délais des autres soumissionnaires, lesquels sont exprimés en jours calendrier, c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a considéré comme substantielle l'irrégularité en cause, laquelle concerne un critère d'attribution et est de nature à affecter la comparabilité des offres» (C.E., arrêt SA HULLBRIDGE ASSOCIATED, n° 240.708, du 12/02/2018 [...]).

Cette jurisprudence est tout à fait transposable en l'espèce.

On soulignera également que l'article 95, § 3, de l'AR du 15/07/2011, certes applicable aux adjudications et appels d'offres, prévoit que l'offre qui ne respecte pas les documents du marché concernant notamment les délais, est affectée d'une irrégularité substantielle.

4. Quant au plan de charges, la partie adverse considère qu'il ne s'agit pas d'un critère d'attribution et que, dès lors que la charge de l'option obligatoire est bien incluse dans le plan de charge de l'ensemble du marché, il est possible de déduire une charge approximative sur base du coût journalier moyen des prestations.

À nouveau, il n'existe aucune garantie que le plan de charge spécifique à l'option obligatoire est bien inclus dans le plan de charge global. La partie adverse n'a en outre pas interrogé DXC pour s'en assurer.

On s'étonnera en outre qu'elle estime pouvoir déduire une charge approximative de l'offre de DXC, alors qu'à l'audience du 7 février 2019, la partie adverse avait déclaré qu'il était difficile de donner un tel plan de charge compte tenu «du choix d'action posé par ce soumissionnaire». Cette affirmation semble contredire qu'une prévision du plan de charge ait été possible...

D'autre part, une charge approximative ne peut en toute hypothèse suffire pour examiner la faisabilité de la solution proposée par DXC.

Même s'il ne s'agit pas en tant que tel d'un critère d'attribution, le plan de charges était exigé spécifiquement dans les documents du marché et permet de vérifier le prix et la faisabilité de la solution proposée par le soumissionnaire.

En particulier, le plan de charge a un impact important au niveau de la vérification des prix par rapport à l'accord cadre.

Il s'agit d'un marché à bordereau de prix [...].

Dans le marché relatif à l'accord-cadre, les soumissionnaires ont dû fixer des prix par tarif et la répartition du volume des prestations entre ces différents tarifs. Le prix moyen d'une journée, tous tarifs confondus, est déterminé en fonction du pourcentage de recours aux différents tarifs que proposent les soumissionnaires [...].

Il est spécifié dans le cahier des charges relatif à l'accord-cadre que «ce prix journalier moyen devra être considéré comme un maximum que le soumissionnaire

s'engage à ne pas dépasser sans justification circonstanciée dans ses futures offres d'exécution» [...].

Ainsi, dans tous les contrats d'exécution, la partie adverse a vérifié que les prix proposés ne dépassaient pas ce prix journalier moyen («Conformément au cahier spécial des charges, les quatre adjudicataires n'ont pas dépassé les prix unitaires par tarif journalier» [...]).

En l'espèce, il est impossible de vérifier que le prix proposé par DXC ne dépasse pas par prix unitaire le tarif journalier moyen, puisque ni le plan de charge ni le *timing* de réalisation ne sont connus.

Une vérification du prix et une comparaison des offres des soumissionnaires n'est dès lors pas possible.

5. La partie adverse n'a globalement pas examiné si la solution proposée par DXC rencontrait bien les exigences du marché.

Ainsi, dans le document d'analyse et comparaison des offres (rendu non-confidentiel dans le cadre de la première procédure entre les parties), la partie adverse mentionnait au sujet de l'offre de DXC «c'est la solution future qui détermine le format de transfert. Il faudra voir si c'est possible à réaliser dans sigma => projet => coûts».

En d'autres termes, DXC imposait un format particulier pour les données à migrer, afin de pouvoir les intégrer à leur nouvelle solution.

Or, à la question n°86 «pouvez-vous nous garantir que les données sont structurées correctement», la partie adverse avait répondu que «les informations sont structurées par les formats imposés dans SIGMA» [...] de sorte qu'il fallait partir du principe que le format des données était celui de SIGMA. Il n'était pas possible d'importer un format de transfert, comme l'a fait DXC, à charge pour le pouvoir adjudicateur de modifier préalablement le format des données.

Une migration de données impose de partir d'un format existant de données, de les extraire et de les convertir dans une nouvelle solution informatique [...]. Il s'agit de l'enjeu même d'une migration de données.

La partie adverse ne pouvait valablement considérer que la solution proposée par DXC rencontrait l'exigence EV001 Migration de données, alors qu'elle ne permettait pas réellement une telle migration et qu'elle imposait en réalité un coût supplémentaire à charge du pouvoir adjudicateur pour réaliser une partie du travail.

La requérante elle-même n'avait pas été en mesure de remettre un prix car elle ignorait le format des données dans SIGMA et leur adéquation avec la solution proposée : «Afin de garantir la migration des données, une analyse technique sera réalisée afin de s'assurer que la structure de données mise en place lors de la phase de développement de l'application OMEGA est parfaitement compatible avec la structure de données existante» [...]. Le prix n'avait donc pas pu être fixé, une analyse technique étant nécessaire.

Il est évident que la requérante aurait également pu remettre un prix arbitraire, sans évaluer le *timing* de réalisation ni le plan de charge, en imposant en réalité à la Région wallonne un format de données et donc la réalisation de la partie la plus importante du travail de migration. Une telle attitude n'aurait néanmoins pas été raisonnable et censée.

Il convient de constater que la partie adverse n'a pas examiné la régularité de l'offre de DXC quant aux spécifications techniques qu'elle contient, ce qui est d'autant plus étonnant qu'en ce qui concerne l'offre de NSI, la partie adverse s'est montrée

particulièrement sévère. Elle indique ainsi que «considérant, quant à l'offre de NSI, que celle-ci ne rencontrait pas les exigences suivantes en ce que l'offre fournie était très laconique et ne fournissait pas, comme le prévoit l'accord-cadre, les éléments concrets permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier que la solution proposée rencontrait bien ces exigences [...]» [...].

6. En résumé, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et n'a pas motivé adéquatement sa décision de tenir l'offre de DXC pour régulière, alors que celle-ci ne contenait pas de *timing* de réalisation, ni de plan de charge, et ne répondait pas aux exigences techniques de l'option obligatoire.

La partie adverse a en outre, ce faisant, violé les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de *patere legem* [...], puisqu'elle n'a pas traité les soumissionnaires de la même façon et qu'elle a réservé des sorts différents aux différentes irrégularités constatées par rapport aux exigences qu'elle avait elle-même mentionnées dans le cahier des charges.

« Le fait de maintenir une candidature irrégulière dans la procédure négociée, de même que le fait d'écarter à tort une candidature alors que celle-ci est régulière, sont contraires au principe d'égalité entre candidats soumissionnaires, au principe de transparence et au principe *patere legem quam ipse fecisti*» (C.E., arrêt n° 237.283 du 03/02/2017).

Ainsi, l'offre de NSI est considérée comme ne mentionnant pas les éléments concrets permettant de vérifier que la solution proposée rencontrait bien les exigences essentielles, alors que l'offre de DXC ne rencontre manifestement pas l'exigence EV001 et qu'aucune motivation ne figure à cet égard dans l'acte attaqué.

De même, alors que le cahier des charges imposait «le plan de charge, le prix et le *timing* de réalisation», l'offre de la requérante a été écartée pour défaut de prix, et l'offre de DXC ne contenant pas les deux autres éléments a été jugée comme n'étant pas substantiellement irrégulière. Or, ces manquements affectent de la même façon la comparaison des offres. Il s'agit d'exigences identiques et de critères d'attribution du marché.

La partie adverse n'a pas respecté le principe d'égalité entre les soumissionnaires en jugeant différemment deux offres présentant un défaut similaire".

B. Note d'observations

Après avoir cité l'arrêt n° 243.687 du 14 février 2019 et la motivation de la décision de retrait, la partie adverse expose ce qui suit :

" 45. Il faut d'emblée constater que la requérante ne conteste pas qu'une irrégularité doit être considérée comme substantielle si elle est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Il sera dès lors démontré qu'en l'espèce, c'est sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que la partie adverse a estimé que l'absence de plan de charge et de *timing* spécifiques à l'option ne constituent pas une telle irrégularité substantielle.

2.2.2.2. Format exigé pour la migration des données et respect des spécifications techniques

46. Il faut tout d'abord constater que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, le pouvoir adjudicateur a bien apprécié et vérifié que l'offre de DXC contenait les éléments concrets permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier que la solution proposée rencontrait l'ensemble des exigences indispensables reprises au cahier des charges.

Quant à l'option obligatoire, le pouvoir adjudicateur a constaté que

« L'offre de DXC présente bien un descriptif complet de la migration des données en son chapitre 3.3.3.3, ce qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la bonne compréhension de la demande par le soumissionnaire et de son engagement à rencontrer le besoin, si l'option devait être levée;».

La requérante ne démontre pas que cela ne serait pas le cas en l'espèce.

47. Spécialement, quant aux éléments mentionnés dans le document de travail qui fait l'inventaire des remarques éventuelles sur les différentes exigences rencontrées, il est faux d'affirmer que DXC aurait imposé «en réalité à la Région wallonne un format de données et donc la réalisation de la partie la plus importante du travail de migration».

La requérante se fonde sur un document de travail, qui est un document purement interne et n'a pas vocation à engager le pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit. L'analyse des offres est un travail collégial de différents services (le «métier», le service juridique, *etc.*) et seuls les motifs figurant dans la décision motivée d'attribution du marché peuvent véritablement être pris en compte.

La remarque indiquée en l'espèce dans ce document de travail par le «métier» n'établit en rien que l'offre ne serait pas conforme, mais fait plutôt figure d'avertissement pour le pouvoir adjudicateur quant aux éléments à prendre en compte s'il souhaite effectivement lever l'option.

En tout état de cause, il est manifestement inexact d'affirmer que l'offre de DXC «ne répondait pas aux exigences techniques de l'option obligatoire » [...].

Il a en effet été expliqué ci-dessus que la méthode de travail de DXC est tout à fait habituelle en matière informatique et répond au besoin décrit pour l'option obligatoire.

2.2.2.3. Sur l'absence de plan de charge

48. La décision d'attribution du marché expose clairement,

- d'une part, que l'absence de plan de charges spécifique à la migration de données n'apporte aucun avantage concurrentiel à DXC par rapport aux autres soumissionnaires et que
- d'autre part, compte tenu des éléments déjà mentionnés dans l'offre de DXC (coût de l'option, plan de charge global, coût journalier moyen des prestations), le pouvoir adjudicateur a pu vérifier, en l'absence de plan de charge spécifique à l'option obligatoire, que l'offre de DXC est acceptable et que rien ne permet de mettre en doute sa capacité à exécuter le marché ainsi que l'option avec le personnel proposé.

49. C'est à tort que la requérante affirme que «il n'existe aucune garantie que le plan de charge spécifique à l'option obligatoire est bien inclus dans le plan de charge global» [...].

En effet, comme l'expose clairement la décision attaquée, l'offre de D.X.C. comprend un plan de charge global duquel on identifie un plan de charge pour l'ensemble des exigences non fonctionnelles (EV). Dès lors que l'option obligatoire est l'une de ces exigences (EV001), c'est que nécessairement, le plan de charge spécifique à l'option est inclus dans cette partie du plan de charge global.

Il ne s'imposait pas d'interroger, en outre, DXC pour s'en assurer.

Aucun élément ne permet de raisonner autrement.

La requérante ne démontre aucune erreur manifeste d'appréciation à cet égard.

50. De même, l'on ne perçoit pas pourquoi une charge «approximative» ne pourrait pas suffire en l'espèce pour examiner la faisabilité de la solution proposée par DXC.

Dès lors qu'un prix global a été remis pour l'option obligatoire et que l'on connaît le coût journalier moyen, l'approximation n'est que relative et n'est pas d'une nature telle qu'elle remettrait en cause l'engagement du soumissionnaire à réaliser cette option.

La requérante ne démontre aucune erreur manifeste d'appréciation.

51. Enfin, la partie adverse ne comprend pas bien la critique relative à la vérification des prix par DXC.

On ne perçoit pas en quoi l'absence de plan de charge pour l'option obligatoire rendrait impossible la vérification du respect du prix journalier moyen par DXC. En effet, ce prix journalier moyen doit être respecté pour l'ensemble de l'accord-cadre et non poste par poste.

Rien n'empêche DXC de proposer un prix pour un poste spécifique de l'inventaire qui dépasse le prix journalier moyen dès lors que la moyenne doit être calculée sur l'ensemble du contrat d'exécution.

Le plan de charge approximatif de l'option obligatoire s'inscrit dans le plan de charge global du contrat d'exécution, sur lequel DXC s'est engagé. Or, le prix global remis par DXC et basé sur le plan de charge respecte la condition de prix journalier moyen prévu dans l'accord-cadre.

La partie requérante n'explique pas clairement en quoi la partie adverse n'aurait pas été susceptible de contrôler le prix de DXC.

2.2.2.4. Sur l'absence de *timing* de réalisation

52. La décision d'attribution du marché indique, quant à l'absence de *timing* de réalisation,

- que, d'une part, le cahier spécial des charges ne fixe aucune exigence de conformité particulière quant au *timing* de réalisation, c'est-à-dire qu'il n'est pas exigé que l'option soit ou puisse être réalisée dans un *timing* bien précis; et
- que, d'autre part, qu'à défaut de *timing* spécifique pour l'option obligatoire, celui-ci est inclus dans le délai d'exécution du marché dans son ensemble figurant au point 9 de l'offre de DXC.

Quant à l'évaluation du critère d'attribution relatif au délai de mise en œuvre, le pouvoir adjudicateur constate que «l'intégration du *timing* de l'option dans le *timing* global n'apporte dès lors aucun avantage à DXC par rapport aux autres soumissionnaires et n'empêche pas le pouvoir adjudicateur d'analyser l'offre de DXC au regard des critères d'attribution et de la comparer avec les autres offres». De nouveau, la requérante ne démontre aucunement que ces motifs procèderaient d'une erreur manifeste d'appréciation de l'autorité.

53. Concernant le fait qu'il n'existe aucune exigence de conformité particulière quant au *timing* de réalisation, la requérante se méprend sur la compréhension du cahier spécial des charges.

En effet, s'il fallait en principe bien renseigner un *timing* de réalisation, le pouvoir adjudicateur n'a toutefois fixé aucun délai spécifique à respecter pour la réalisation de l'option obligatoire.

Partant, l'arrêt vanté par la requérante (C.E., n° 235.589 du 5 août 2016) n'est pas pertinent pour le cas d'espèce, ayant été rendu dans le cadre d'un marché tout à fait différent, où les plannings annuels d'exécution permettaient au pouvoir adjudicateur de s'assurer que le soumissionnaire s'est bien engagé à exécuter «dans les temps» les deux postes du marché à attribuer.

Cela n'est absolument pas le cas en l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas fixé de *timing* à respecter pour la réalisation de l'option obligatoire.

54. Tout comme le plan de charge spécifique à l'option, la requérante s'interroge sur la possibilité qu'il soit inclus «dans le délai d'exécution global du marché, alors qu'il n'est pas possible de l'isoler et le déterminer spécifiquement. S'il était bien inclus, un simple calcul devrait permettre de le déduire, *quod non*» [...].

Ce raisonnement ne convainc pas et démontre sa méconnaissance du marché en cause.

En effet, dans un marché de services IT, il ne suffit pas de «déduire» le *timing* spécifique à l'option du *timing* global : certaines tâches peuvent être réalisées en parallèle, de sorte que l'ajout de certains services n'entraîne pas «mécaniquement» – comme le laisse entendre la requérante – une augmentation du *timing* de réalisation.

Le fait pour le pouvoir adjudicateur de considérer que le *timing* spécifique de l'option devait être considéré comme inclus dans le *timing* global ne constitue aucunement une erreur manifeste d'appréciation. La requérante ne démontre en tous cas pas que tel serait le cas.

55. La requérante estime aussi, à l'instar de l'absence de plan de charge, que l'absence de *timing* précis de réalisation, rendrait impossible la vérification du caractère réalisable de la solution de DXC et de la normalité du prix proposé.

De même que pour ce qui concerne le plan de charge, ce raisonnement ne peut être suivi.

Si le pouvoir adjudicateur décide de lever l'option, les activités qu'elle implique seront exécutées en parallèle des activités liées au marché de base.

Le fait que DXC ait intégré le *timing* et le plan de charge de l'option obligatoire dans le *timing* et le plan de charge du marché global permet à la partie adverse de s'assurer que, le cas échéant, l'option obligatoire pourra être réalisée dans le *timing* proposé par DXC.

Cela n'empêche absolument pas la partie adverse de contrôler le caractère réalisable de ces prestations, ni la normalité du prix de celles-ci.

56. Enfin, la requérante cite tant un arrêt de Votre Conseil n° 240.708 du 12 février 2018 que l'article 95, § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 pour considérer qu'un «doute» que le *timing* de réalisation aurait inévitablement une incidence sur la comparaison des offres.

Ce raisonnement ne peut manifestement être suivi, la requérante faisant fi du fait qu'il s'agit en l'espèce d'un *timing* de réalisation relatif uniquement à l'option obligatoire.

À cet égard, il faut rappeler que pour évaluer le critère d'attribution relatif à la qualité du délai de mise en œuvre (10 %), le pouvoir adjudicateur devait prendre en compte le délai en jours calendriers pour terminer le projet (réception provisoire du projet) à dater de la commande [...].

Le critère d'attribution est donc évalué sur la base du *timing* de réalisation global, qui a bien été mentionné dans l'offre de DXC – ce qui la rend comparable aux autres sans la moindre difficulté – et à l'égard du *timing* spécifique à l'option obligatoire.

À cet égard, contrairement à la cause ayant donné lieu à l'arrêt n° 240.708 du 12 février 2018, il n'y a aucun doute quant au nombre de jours à prendre en compte pour évaluer ledit critère, s'agissant de jours calendrier exclusivement et non de jours ouvrables. Cet arrêt ne présente aucune pertinence pour le cas d'espèce.

Par ailleurs, il faut effectivement rappeler que l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'est pas applicable en procédure négociée comme en l'espèce. En tout état de cause, l'article 95, § 3, précise bien que l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les documents du marché concernant notamment les délais «dans la mesure où ces dispositions sont essentielles».

Comme déjà indiqué, le pouvoir adjudicateur n'a, en l'espèce, pas fixé d'exigence essentielle concernant le respect de certains délais. Le *timing* global a uniquement fait l'objet d'une évaluation dans le cadre des critères d'attribution. Les documents du marché n'ont par contre fixé aucune exigence concernant le *timing* à respecter pour l'option obligatoire, le *timing* à renseigner servant au pouvoir adjudicateur à se faire une idée de la charge de travail et de la durée de réalisation de ce poste optionnel du marché.

2.2.2.5. Conclusion

57. Pour conclure, comme l'expose clairement la décision d'attribution du

marché, l'absence de *timing* et de plan de charge spécifique à la migration de données dans l'offre de DXC :

- n'empêche pas le pouvoir adjudicateur de comparer cette offre avec les autres offres;
- ne crée aucun doute quant à l'engagement de DXC à exécuter le marché conformément aux conditions visées dans le cahier des charges à propos de la migration des données;
- ne donne aucun avantage discriminatoire à DXC ni n'entraîne de distorsion de concurrence.

Aucune des critiques faite par le requérante ne démontre que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation à cet égard, ni que les motifs de la décision seraient insuffisants ou inadéquats".

IV.2. Appréciation

Le cahier spécial des charges prévoit, en ce qui concerne les options, ce qui suit :

" 1.8 Options

Certaines exigences décrites dans le cahier des exigences sont à formuler sous forme d'option obligatoire. Pour chacune de ces exigences optionnelles, le prestataire mentionnera le plan de charge, le prix et le *timing* de réalisation.

Les exigences suivantes sont des options obligatoires :

EV001 Migration des données".

L'offre de la société DXC contient un plan de charge sous forme de tableau opérant une répartition des prestations entre les catégories D1, D2 et D3. Il résulte des explications fournies par les parties à l'audience du 14 mai 2019 que ces catégories correspondent à différents profils de personnes ayant chacune leur propre tarif horaire. La catégorie D1 correspond à des chefs de projet et des experts; la catégorie D2 correspond à des analystes et des développeurs pouvant se prévaloir d'un certain nombre d'années d'expérience et la catégorie D3 correspond à des développeurs dotés de moins d'années d'expérience. Une ligne de ce tableau est consacrée aux services EV. Le tableau ne comporte, toutefois, aucune ligne spécifique au poste EV001 "Migration des données". Il n'est pas contesté que l'offre de la société DXC ne contient aucun plan de charge spécifique pour l'option obligatoire.

La décision attaquée examine la régularité de l'offre de la société DXC de la manière suivante :

" [...]

Considérant quant à l'offre de DXC que le pouvoir adjudicateur a constaté que son offre contenait bien, comme le prévoit l'accord-cadre, les éléments concrets permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier que la solution proposée rencontrait l'ensemble des exigences indispensables reprises au cahier des charges;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a, en outre, constaté que l'offre remise par

DXC reprend un prix spécifique pour la réalisation de l'option obligatoire EV001 (point 3.2.3 de l'offre);

Considérant cependant que l'offre de DXC ne contient ni *timing* de réalisation ni plan de charge spécifique à la migration de données (option obligatoire EV001);

Considérant que l'exigence de fourniture d'un plan de charge et d'un *timing* de réalisation spécifique à l'option E.V.001 avait pour objectif de :

- permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier l'opportunité de lever l'option non seulement du point de vue financier mais aussi au regard de l'impact de cette levée en termes de charge de travail et de délai d'exécution;
- permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier le prix remis dans l'offre des soumissionnaires ainsi que la faisabilité de l'option, au regard de la charge annoncée;

Considérant qu'il convient de s'interroger quant au caractère substantiel de cette irrégularité;

Considérant qu'une irrégularité doit être considérée comme substantielle si elle est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues;

Considérant que, à cet égard, il y a lieu de relever les éléments suivants :

- L'offre de DXC présente bien un descriptif complet de la migration des données en son chapitre 3.3.3.3, ce qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la bonne compréhension de la demande par le soumissionnaire et de son engagement à rencontrer le besoin, si l'option devait être levée;
- Aucune exigence de conformité ne porte sur les plans de charges des exigences non fonctionnelles de services et de l'option et aucun critère d'attribution n'est influencé par ces plans de charges; dès lors, l'absence de plan de charges spécifique à la migration de données n'apporte aucun avantage concurrentiel à DXC par rapport aux autres soumissionnaires;
- DXC ne fournit pas de plan de charge spécifique à l'option obligatoire «migration de données» mais inclut bien la charge de l'option dans le plan de charge de l'ensemble des exigences non fonctionnelles de services (EV) (chapitres 8 et 10 de l'offre de DXC); par ailleurs, DXC a également détaillé le coût relatif à chacune de ces exigences non fonctionnelles au point 3.2.3 de son offre ce qui permet au pouvoir adjudicateur, sur base du coût journalier moyen des prestations figurant au point 10 de son offre, de déduire la charge approximative mais avec un degré raisonnable de précision pour chacune de ces exigences; sur base de ces éléments, le pouvoir adjudicateur peut donc vérifier que l'offre de DXC est acceptable et que rien ne permet de mettre en doute sa capacité à exécuter le marché ainsi que l'option avec le personnel proposé;
- Aucune exigence de conformité particulière n'est fixée dans le cahier des charges quant au *timing* de réalisation;
- DXC ne fournit pas de *timing* spécifique pour l'option obligatoire «migration de données» mais celui-ci est inclus dans le délai d'exécution du marché dans son ensemble figurant au point 9 de l'offre de DXC; le pouvoir adjudicateur retient les options obligatoires pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et doit donc intégrer l'impact de l'option obligatoire relative à la migration des données dans le cadre de l'application des critères d'attribution, notamment au regard du critère relatif au délai de mise en œuvre; l'intégration du *timing* de l'option dans le *timing* global n'apporte dès lors aucun avantage à DXC par rapport aux autres soumissionnaires et n'empêche pas le pouvoir adjudicateur d'analyser l'offre de DXC au regard des critères d'attribution et de la comparer avec les autres offres;

Considérant que, au vu de ces éléments, l'absence de *timing* et de plan de charge spécifique à la migration de données dans l'offre de DXC :

- n'empêche pas le pouvoir adjudicateur de comparer cette offre avec les autres offres;
- ne crée aucun doute quant à l'engagement de DXC à exécuter le marché conformément aux conditions visées dans le cahier des charges à propos de la migration des données;
- ne donne aucun avantage discriminatoire à DXC ni n'entraîne de distorsion de concurrence;

Considérant dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a décelé dans l'offre de DXC aucune irrégularité substantielle ni aucune non-conformité à une exigence essentielle des documents du marché;

[...]".

La partie adverse a donc considéré que l'absence de plan de charge spécifique à la migration des données ne constituait pas une irrégularité substantielle dès lors qu'elle pouvait vérifier que cette offre était acceptable et que rien ne permettait de mettre en doute la capacité de ce soumissionnaire à exécuter le marché et l'option avec le personnel proposé. Cette conclusion repose sur deux éléments cumulatifs : d'une part, la charge de l'option est contenue dans le plan de charge de l'ensemble des services EV et, d'autre part, le détail des coûts de chacune de ces exigences permet, compte tenu du coût journalier moyen, de déduire la charge approximative pour chacune de ces exigences avec un degré raisonnable de précision.

Une comparaison de la ligne du plan de charge pour l'ensemble des services EV avec le tarif journalier D1, D2 et D3 ainsi qu'avec le coût de l'option obligatoire, le coût de chaque service EV et le coût total mentionné dans l'offre pour les services EV permet de constater que le plan de charge général proposé par la société DXC intègre bien, dans la ligne "Services (EV)", la charge requise pour l'option obligatoire EV001.

Rien ne permet, toutefois, de déterminer la répartition effective de la charge de travail prévue par la société DXC pour cette option obligatoire entre les catégories D1, D2 et D3 alors qu'il s'agit de personnes dotées de profils différents. La partie adverse ne peut ainsi raisonnablement se référer à un coût journalier moyen dès lors que, comme le relève l'acte attaqué, l'exigence de la fourniture d'un plan de charge doit notamment lui permettre d'apprécier l'opportunité de lever l'option au regard de l'impact de cette levée en termes de charge de travail et, d'autre part, de vérifier la faisabilité de l'option au regard de la charge annoncée. De telles vérifications impliquent que le pouvoir adjudicateur connaisse avec précision, d'une part, le travail qui sera effectué dans le cadre de l'option et, d'autre part, la quantité et la catégorie du personnel qui sera affecté à ces prestations. Le pouvoir adjudicateur doit, en conséquence, connaître avec suffisamment de précision la charge de travail prévue pour chaque catégorie de personnel (D1, D2, D3) ce que ne lui permet pas une simple

application du coût journalier moyen au prix global prévu pour l'option obligatoire.

Le second moyen est, dès lors, sérieux.

V. Balance des intérêts

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

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VI. Confidentialité

La requérante demande le maintien de la confidentialité de son offre en raison du secret des affaires. Il s'agit de la pièce 6 de son dossier. Cette pièce correspond à la pièce B du dossier administratif.

La partie adverse demande, quant à elle, que la confidentialité de l'ensemble des offres qu'elle dépose soit préservée dès lors que celles-ci contiennent "de nombreuses informations couvertes par le secret des affaires". Il s'agit des pièces A à C du dossier administratif.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision motivée de la Région wallonne du 4 avril 2019 attribuant le contrat d'exécution M024/15-2017-11-DGO1 (OMEGA) à la société DXC TECHNOLOGY BELGIUM est ordonnée.

Article 2.

Les pièces A à C du dossier administratif ainsi que la pièce 6 du dossier déposé par la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le seize mai deux mille dix-neuf par :

Nathalie VAN LAER
Vincent DURIEUX,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Nathalie VAN LAER