

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

A R R Ê T

n° 244.825 du 18 juin 2019

A. 228.223/VI-21.488

En cause : **la société anonyme NEWIN**, en abrégé **WIN**,
ayant élu domicile chez
M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

l'Opérateur de Transport de Wallonie, en abrégé **OTW**,
ayant élu domicile chez
M^{es} France MAUSSION et
Olivier DI GIACOMO, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 mai 2019, la société anonyme NEWIN demande, d'une part, l'annulation et, d'autre part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de "la décision du Conseil d'administration de l'Opérateur de Transport de Wallonie du 8 mai 2019 attribuant le marché public de services ayant pour objet la «mise à disposition de réseaux de type intranet IP/VPN destinés aux échanges de données entre les sites, dépôts et ateliers du groupe TEC» à la firme PROXIMUS SA, «pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de € 2.993.045,98 hors TVA ou € 3.621.585, 64, 21 % TVA comprise»".

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 mai 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 juin 2019 à 10 heures.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6^o, 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.

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

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

M^{es} Jean BOURTEMBOURG et Mathieu de MÛLENAERE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Olivier DI GIACOMO, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

Le 31 août 2018 est paru au Bulletin des adjudications un avis relatif à un marché de services portant sur la mise à disposition de réseaux de type intranet IP/VPN destinés aux échanges de données entre les sites, dépôt et ateliers du groupe TEC. Ce marché y est décrit comme suit :

" Le présent marché a pour objet la fourniture, le déploiement et l'installation d'un réseau intranet IP VPN dans les sites et dépôts du groupe TEC ou de leurs opérateurs privés (environ 150 sites répartis sur la Wallonie) afin de pouvoir transmettre des informations de façon bidirectionnelle entre sites et d'offrir un accès vers l'Internet public. Cette nouvelle infrastructure implique la fourniture, l'installation et la configuration des composants actifs et passifs, avec d'éventuels travaux de génie civil associés. La majorité des sites étant déjà interconnectés et en production, le présent marché comprend également la migration des flux métiers actuels et la nécessité de minimiser au maximum la perte de connectivité d'un site vis-à-vis des autres. Cette interconnexion de sites est complétée par plusieurs services annexes : lignes de backup, qualité de service, connectivité Internet IPv4/IPv6, passerelle de sécurité, SLA, ... Les services réseaux offerts peuvent reposer sur l'offre de plusieurs fournisseurs télécom mais le prestataire de service adjudicataire devra faire office de point de contact unique pour ce marché d'une durée de quatre années reconductible maximum deux fois pour une durée de 12 mois supplémentaires".

La procédure de passation choisie est celle de la procédure négociée avec appel à la concurrence préalable.

Un avis a également été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 4 septembre 2018.

Les demandes de participation devaient être introduites pour le 2 octobre 2018 à 11 heures au plus tard.

Trois candidatures ont été déposées.

Le 28 novembre 2018, la partie adverse a décidé de sélectionner ces trois candidats et de les inviter à présenter une offre pour le 31 janvier 2019 à onze heures au plus tard.

Le cahier spécial des charges décrit les critères d'attribution de la manière suivante :

" Les critères suivants sont d'application lors de l'attribution du marché :

N°	Description	Pondération
1	Prix	50
	Le prix remis comptant pour 50 %, en tenant compte des prix initiaux de mise en service, de la somme des coûts récurrents mensuels sur la durée totale du marché et de toutes les éventuelles options obligatoires. La règle applicable pour la cotation des offres est la suivante : - L'offre la moins chère (offre la moins-disante) est créditée du maximum des points pour ce critère; - Les autres offres sont réparties selon la formule suivante : Cotation sur 50 = pondération du critère prix x (montant de l'offre la moins-disante) / (montant de l'offre)	
2	Qualités et performances techniques	45
	Les qualités et performances techniques de la solution, des prestations et de l'architecture proposées en réponse aux besoins et aux exigences exprimés dans les clauses techniques comptant pour 45 %. Seront pris en compte les éléments ci-dessous :	
2.1	Performances des liaisons (selon la matrice de performances, annexe technique à compléter, y compris particularités sites centraux et Internet)	20
	Performances des liaisons (selon la matrice de performances, annexe technique à compléter, y compris particularités sites centraux et Internet)	
2.2	Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS	5
	Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS	
2.3	Délai d'installation et de mise en service	5
	Délai d'installation et de mise en service	
2.4	Évolutivité du système en matière de capacité et services, de technologie et le respect des normes ou futures normes	5
	Évolutivité du système en matière de capacité et services, de technologie et le respect des normes ou futures normes	
2.5	Qualité du plan de migration proposé, y compris la minimisation des perturbations et des dégradations de performances pendant cette phase de migration	4
	Qualité du plan de migration proposé, y compris la minimisation des perturbations et des dégradations de performances pendant cette phase de migration	

2.6	Rapidité et méthode d'intervention en cas de problème technique, maintenance, prise en charge des modifications et l'accompagnement, pénalités proposées	4
	Rapidité et méthode d'intervention en cas de problème technique, maintenance, prise en charge des modifications et l'accompagnement, pénalités proposées	
2.7	Outils de surveillance et <i>reporting</i> en matière de fonctionnalités et moyens d'accès	2
	Outils de surveillance et <i>reporting</i> en matière de fonctionnalités et moyens d'accès	
3	Atouts ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire	3
	Par exemple, une fois par an, en fonction de l'évolution des besoins et/ou de la technologie, l'adjudicataire s'engage à réévaluer son prix soit : - Dans une optique d'amélioration des performances à coût égal; - Dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux.	
4	Clarté de l'offre	2
	La clarté de l'offre, appréciée par rapport à l'exhaustivité des documents/supports électroniques et réponses fournis aux spécifications demandées dans le présent cahier des charges	
Pondération totale des critères d'attribution :		100

Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère. Sur base de l'évaluation de tous ces critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur".

La requérante et la société anonyme PROXIMUS ont déposé une offre.

À l'issue des négociations, ces sociétés ont déposé leur *Best and Final Offer* (ci-après BAFO).

Le 12 avril 2019, l'association sans but lucratif MULTITEL a établi un rapport d'analyse des offres pour la partie adverse et a procédé à la cotation suivante :

" 3 COTATION

3.1 PRINCIPE DE COTATION

Les types de critères suivants ont été utilisés pour la cotation.

3.1.1 Généralités

Ces règles prévalent sur les autres critères :

- Une offre entachée d'une non-conformité mineure se voit attribuer 0 point pour le critère considéré;
- Une offre qui ne présente aucun élément de réponse pour le critère considéré se voit attribuer 0 point.

3.1.2 Critère de type A

Ce critère s'applique à une performance ou une caractéristique exprimée de manière numérique. Le maximum des points est attribué à l'offre ayant la meilleure

performance/caractéristique, c'est à dire la valeur la plus grande. Les autres offres reçoivent des points proportionnellement à la valeur la plus grande selon la formule :

Pondération $\times V_i / V_{\max}$

3.1.3 Critère de type B

Ce critère s'applique à une performance ou une caractéristique exprimée de manière numérique. Le maximum des points est attribué à l'offre ayant la meilleure performance/caractéristique, c'est à dire la valeur la plus petite. Les autres offres reçoivent des points proportionnellement à la valeur la plus petite selon la formule :

Pondération $\times V_{\min} / V_i$

3.1.4 Critère de type C

Le maximum des points est attribué à l'offre qui présente la performance/caractéristique jugée la plus parfaite pour le critère considéré. 0 point est accordé à l'offre qui ne présente aucunement la performance/caractéristique jugée pour le critère considéré. Les autres offres reçoivent des points en fonction du classement pour le critère considéré.

3.2 PRINCIPE DE PONDÉRATION

La pondération des critères s'est faite de manière strictement conforme aux prescriptions mentionnées dans le cahier des charges dont un extrait est repris ci-après :

N°	Description	Pondération
1	Prix	50
	Le prix remis comptant pour 50 %, en tenant compte des prix initiaux de mise en service, de la somme des coûts récurrents mensuels sur la durée totale du marché et de toutes les éventuelles options obligatoires. La règle applicable pour la cotation des offres est la suivante : - L'offre la moins chère (offre la moins-disante) est créditée du maximum des points pour ce critère; - Les autres offres sont réparties selon la formule suivante : Cotation sur 50 = pondération du critère prix $\times$ (montant de l'offre la moins-disante) / (montant de l'offre)	
2	Qualités et performances techniques	45
	Les qualités et performances techniques de la solution, des prestations et de l'architecture proposées en réponse aux besoins et aux exigences exprimés dans les clauses techniques comptant pour 45 %. Seront pris en compte les éléments ci-dessous :	
2.1	Performances des liaisons (selon la matrice de performances, annexe technique à compléter, y compris particularités sites centraux et Internet)	20
2.2	Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS	5
2.3	Délai d'installation et de mise en service	5
2.4	Evolutivité du système en matière de capacité et services, de technologie et le respect des normes ou futures normes	5
2.5	Qualité du plan de migration proposé, y compris la minimisation des perturbations et des dégradations de performances pendant cette phase de migration	4
2.6	Rapidité et méthode d'intervention en cas de problème technique, maintenance, prise en charge des modifications et l'accompagnement, pénalités proposées	4
2.7	Outils de surveillance et <i>reporting</i> en matière de fonctionnalités et moyens d'accès	2
3	Atouts ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire	3

	Par exemple, une fois par an, en fonction de l'évolution des besoins et/ou de la technologie, l'adjudicataire s'engage à réévaluer son prix soit : - Dans une optique d'amélioration des performances à coût égal; - Dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux.	
4	Clarté de l'offre	2
	La clarté de l'offre, appréciée par rapport à l'exhaustivité des documents/supports électroniques et réponses fournis aux spécifications demandées dans le présent cahier des charges	
Pondération totale des critères d'attribution :		100

Tableau 2 : critères d'attribution

3.3 RÉSUMÉ DE LA COTATION DES CRITÈRES TECHNIQUES

Nous tenons compte généralement de caractéristiques techniques qui permettent de comparer les solutions proposées afin de marquer une différence notable entre les offres. Tenir compte de caractéristiques communes où tous sont conformes résulterait à des côtes identiques pour tous les soumissionnaires et le prix resterait finalement le seul critère différenciant.

Pour chacun des critères, voici le résumé des principes et caractéristiques pris en compte pour attribuer les notes, listés par ordre d'importance :

3.3.1 Performances des liaisons (selon la matrice de performances)

Cotation basée sur les performances des liaisons selon la matrice de performance fournie (préférence à la solution présentant la caractéristique considérée) :

- Débit *download* moyen ligne principale moyenné pour les 135 sites
- Débit *download* garanti ligne principale moyenné pour les 135 sites
- Délai A/R max. - ligne principale
- Perte de paquets - ligne principale
- Débit *upload* moyen ligne principale moyenné pour les 135 sites
- Débit *upload* garanti ligne principale moyenné pour les 135 sites
- Présence de 2 routeurs sur l'ensemble des sites avec ligne de *backup*
- Ligne Internet centralisé - *download*
- Ligne Internet centralisé - *upload*
- Ligne Internet centralisé - *download* garanti
- Ligne Internet centralisé - *upload* garanti
- Ligne Internet locale (3 TECs) - *download*
- Ligne Internet locale (3 TECs) - *upload*
- Débit *download* moyen ligne *backup* moyenné pour les 51 sites (hors mobile)
- Débit *download* garanti ligne *backup* (hors mobile)
- Ligne Internet locale (3 TECs) - *backup* filaire
- Débit *download* moyen ligne principale - non-conformité
- Débit *download* garanti ligne principale - non-conformité
- Délai A/R max ligne principale - non-conformité
- Délai A/R max. - ligne *backup* (hors mobile)
- Perte de paquets - ligne *backup* (hors mobile)
- Débit *upload* moyen ligne *backup* moyenné pour les 51 sites (hors mobile)
- Débit *upload* garanti ligne *backup* (hors mobile)
- APN prioritaire
- Débit *upload* moyen ligne principale - non-conformité
- Débit *upload* garanti ligne principale - non-conformité
- Débit *upload* moyen ligne *backup* - non-conformité

Le critère «Débit garanti Internet local» n'a pas été pris en compte car les valeurs fournies sont très faibles chez les deux soumissionnaires et n'ont donc que peu d'intérêt.

Pour comparer et valoriser les débits des liaisons, les moyennes sont calculées pour l'ensemble des sites de la mise en situation, hors débit des liens mobile 3/4G non pris en compte car uniquement théorique. Les ratios «débit proposé / débit

souhaité» sont calculés pour chacun des sites et un ratio inférieur à 1 indique une non-conformité par rapport au débit souhaité dans le cahier des charges.

Résumé :

Pour ce critère, nous avons comparé les performances de l'ensemble des sites sur base des matrices de performances fournies par chaque soumissionnaire, en mettant en avant les caractéristiques suivantes :

- Les liens principaux (intranet)
- Les liens Internet (centralisé et local)
- Les liens de *backup* (intranet)
- Non-conformités mineures par rapport aux exigences

De manière générale, les liens sont plus performants chez WIN en termes de débit *download/upload* moyen et garanti pour les liens principaux. Les liens sont plus performants chez PROXIMUS en termes de débit *download* moyen et garanti pour les liens de *backup*.

Les deux solutions se valent au niveau des débits *upload* moyen/garanti pour les lignes de *backup*.

Les délais aller-retour sont meilleurs chez WIN et les pertes de paquets sont meilleures chez PROXIMUS.

Au niveau des liens de *backup*, Proximus propose deux routeurs sur tous les sites avec backup, WIN étant juste conforme à la demande initiale. PROXIMUS précise également que le trafic des liens *backup* 4G est prioritaire sur les antennes par rapport au trafic résidentiel (APN prioritaire).

Des non-conformités (mineures) sont plus nombreuses chez WIN pour les débits *upload* (moyen/garanti ligne principale, moyen ligne *backup*) et certains débits *download* (moyen/garanti ligne principale). Par contre, PROXIMUS présente certaines non-conformités (mineures) pour les délais aller-retour.

Au niveau des liens Internet, les deux solutions se valent au niveau des débits offerts en *download/upload* pour la ligne Internet centralisée (1 Gbps symétrique) mais certaines performances sont meilleures chez PROXIMUS avec des débits *download/upload* garantis supérieurs pour le lien centralisé (500 Mbps vs 250 Mbps) et des débits *download/upload* supérieurs pour les liens Internet locaux. Par contre, WIN propose un *backup* des liens Internet locaux via une solution filaire.

3.3.2 Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS

Cotation basée sur les caractéristiques des services proposés (préférence à la solution présentant cette caractéristique) :

- Hébergement - conforme
- Architecture QoS pertinente
- Protection DDoS pertinente
- Pare-feu centralisé - limitation du nombre de règles
- Pare-feu centralisé - gestion des accès avec authentification des utilisateurs en fonction d'une base de données
- Formation pertinente
- Connexion *cloud* public - nombre de partenaires

Résumé :

Pour ce critère, le service "hébergement" est mis en avant car l'architecture tendra vers l'utilisation d'un pare-feu centralisé fourni et entièrement géré par la SRWT. Ensuite, les fonctionnalités QoS et DDoS sont également importantes dans l'architecture fournie.

Les deux solutions sont conformes, pertinentes et répondent aux besoins exprimés pour l'hébergement, l'architecture QoS, la protection DDoS et la formation. Aucune solution ne se démarque pour ces fonctionnalités.

Le service offert par PROXIMUS au niveau du pare-feu centralisé est sensiblement meilleur avec moins de limitation au niveau des règles et la possibilité dès à présent de gérer les accès avec authentification des utilisateurs en fonction d'une base de données.

Chez WIN, le service de connexion au *cloud* public offre un partenaire supplémentaire, la pondération de cette caractéristique étant plus faible car la connexion au *cloud* Oracle n'est pas d'actualité.

3.3.3 Délai d'installation et de mise en service

Cotation basée sur les délais et planning fournis (préférence à la solution présentant cette caractéristique) :

- Délai de mise en service conforme (9 mois)
- Planning détaillé

Résumé :

Les deux soumissionnaires sont conformes au niveau des délais de mise en service et aucun des deux ne proposent un délai plus court. Les plannings fournis sont pertinents et suffisamment détaillés de part et d'autre.

3.3.4 Évolutivité du système en matière de capacité et services, de technologie et le respect des normes ou futures normes

Cotation basée sur les caractéristiques de la solution (préférence à la solution présentant cette caractéristique) :

- intranet - évolutivité des lignes principales (fibre>coax>vdsl/mobile)
- Services au niveau du réseau de l'opérateur
- intranet - évolutivité des lignes backup (fibre>coax>vdsl/mobile)
- Internet surf local TECx - évolutivité (fibre>coax)
- Nombre de canaux VoIP
- Fibre L2 inter-DC via le soumissionnaire
- Migration d'une ligne (capacité) sans remplacement de routeur
- Nombre de VLANs par routeur

Résumé :

Pour ce critère, l'évolutivité des lignes en termes de capacité sans changement de technologie est privilégiée (principal, *backup*, Internet local), ainsi que les services supplémentaires que l'opérateur pourrait offrir à l'avenir.

Nous avons valorisé l'évolutivité des liens sur base des facilités d'augmentation des capacités en considérant un lien fibre meilleur qu'un lien coax lui-même meilleur qu'un lien VDSL ou mobile 3/4G.

L'évolution des services au niveau du réseau de l'opérateur est sensiblement identique chez les deux soumissionnaires. Citons par exemple l'augmentation des capacités avec de nouvelles technologies, évolution vers SD-WAN. Tous deux peuvent également offrir un éventuel lien L2 entre les sites *datacentre*.

La solution du WIN est plus évolutive en particulier pour les liens intranet principaux et *backup*. Le nombre de canaux VoIP proposé est également plus important chez WIN et les routeurs CPE sont légèrement plus performants avec la possibilité de migrer la capacité d'une ligne sans remplacer le routeur et le support d'un nombre de VLANs plus important.

Par contre, les liens Internet pour le surf local des 3 TEC sont plus évolutifs chez PROXIMUS.

3.3.5 Qualité du plan de migration proposé, y compris la minimisation des perturbations et des dégradations de performances pendant cette phase de migration

Cotation basée sur la description de la migration (préférence à la solution présentant cette caractéristique) :

- Plan de migration (pertinence)
- Minimisation des perturbations (pertinence)
- Dégradations contrôlées des performances

Résumé :

Les soumissionnaires proposent tous deux un plan de migration pertinent qui permet de minimiser les perturbations tout en contrôlant les éventuelles dégradations de performances.

3.3.6 Rapidité et méthode d'intervention en cas de problème technique, maintenance, prise en charge des modifications et l'accompagnement, pénalités proposées

Cotation basée sur la maintenance proposée (préférence à la solution présentant cette caractéristique) :

- Rapidité et méthode d'intervention conformes
- SLA des lignes (réparation d'un incident bloquant)
- SLA du service de sécurité
- Prise en charge des modifications (inclus dans l'offre)
- Pénalités proposées pertinentes

Résumé :

Pour ce critère, les caractéristiques des SLAs sont privilégiées, en particulier les temps de réparation qui sont essentiels dans le cadre de la disponibilité des lignes. Pour 16 sites, le WIN n'était pas conforme au SLA demandé mais a accepté de s'aligner sur notre demande lors de la négociation. Au final, PROXIMUS et WIN sont conformes et respectent les délais de réparations exigés. Néanmoins, dans le cadre des SLAs des lignes, PROXIMUS propose de meilleurs délais de réparation pour incident bloquant. Par contre, le SLA du service de sécurité est meilleur chez WIN. Dans son offre, WIN inclut également une prise en charge des modifications avec 2 changements mensuels contre 0 chez PROXIMUS.

Les méthodes d'intervention et le service *helpdesk* des deux soumissionnaires sont classiques. Les pénalités proposées sont également pertinentes.

3.3.7 Outils de surveillance et *reporting* en matière de fonctionnalités et moyens d'accès

Cotation basée sur les caractéristiques du service proposé (préférence à la solution présentant cette caractéristique) :

- Surveillance conforme et pertinente
- Moyen d'accès sécurisé
- Accès SNMP/NetFlow et MIBs accessibles

Résumé :

Les deux services de surveillance proposés sont conformes et pertinents, notamment en permettant tous deux d'y accéder de façon sécurisée et autorisant l'accès via SNMP et NetFlow. Aucune des solutions ne se démarquent.

3.3.8 Atouts ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire

Cotation basée sur les engagements proposés (préférence à la solution présentant cette caractéristique) :

- Engagement chiffré sur l'augmentation annuelle des performances pour l'ensemble des sites
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration des performances à coût égal - dès la 2^{ème} année sur les sites de la mise en situation
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux - dès la 2^{ème} année sur les sites de la mise en situation
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration des performances à coût égal - dès la 2^{ème} année sur les nouveaux sites
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux - dès la 2^{ème} année sur les nouveaux sites
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration des performances à coût égal - après 4 ans sur l'ensemble des sites
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux - après 4 ans sur l'ensemble des sites

Résumé :

Pour ce critère, nous avons privilégié tout engagement de réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration de performance ou de coût.

Seul PROXIMUS s'engage à réévaluer annuellement dès la fin de la 1^{ère} année le coût et les performances, et ce pour l'ensemble des sites (existants et nouveaux). PROXIMUS s'engage également à augmenter la bande passante d'au minimum 5 % du parc installé.

WIN s'engage sur une réévaluation :

- Dès la fin de la 1^{ère} année, uniquement pour les nouveaux sites non compris dans la mise en situation
- Après 4 ans (lors de l'éventuelle reconduction) pour l'ensemble des sites

Voici les extraits des réponses respectives des deux soumissionnaires :

PROXIMUS :

Dans le partenariat que nous souhaitons mettre en place avec la SRWT dans le cadre de ce marché, Proximus s'engagera à revoir chaque année l'entièreté du parc et augmentera la bande passante d'au minimum 5% du parc installé (quand la technologie est disponible) et proposera des améliorations de performance à un coût égal.

Enfin, la régulation évolue tous les jours et Proximus adaptera ces contrats par rapport à cette réglementation, ce qui permettra au client de bénéficier de ces évolutions de prix au cours du contrat.

WIN :

Pour les sites supplémentaires à ceux repris dans la «Mise en Situation», nous acceptons :

- La réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration des performances à coût égal.
- La réévaluation annuelle dans une optique de réduction de coût à performance égale.

Nous acceptons également ce processus de réévaluation pour les sites repris dans la mise en situation initiale dans le cadre des deux reconductions éventuelles de 12 mois, après la période initiale de 4 ans.

Pendant cette première période de 4 ans, pour les sites repris dans la mise en situation, l'évolution des prix du marché à quant à elle déjà été anticipée et matérialisée dans les ristournes indiquées dans la Fiche E - Mise en Situation.

3.3.9 Clarté de l'offre

Cotation basée sur les documents et réponses fournis (préférence à la solution présentant cette caractéristique) :

- Offre claire
- Réponses pertinentes aux questions

Résumé :

Les offres étaient claires et les réponses apportées lors de la négociation ont été judicieuses. Aucun des deux soumissionnaires ne peut être pénalisé plus que l'autre".

À l'issue de cette analyse, l'association sans but lucratif MULTITEL classe la société anonyme PROXIMUS première avec 93,09 points sur 100 et la requérante deuxième avec 88,97 points sur 100, soit une différence de 4,12 points.

Le 18 avril 2019, les services de la partie adverse, renvoyant au rapport de l'association sans but lucratif MULTITEL, ont proposé d'attribuer le marché à la société anonyme PROXIMUS.

Le 8 mai 2019, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la société anonyme PROXIMUS et de considérer le rapport d'examen des offres établi par ses

services et qui renvoie au rapport de l'association sans but lucratif MULTITEL comme partie intégrante de sa décision.

Il s'agit de l'acte attaqué qui a été communiqué à la requérante par un courrier daté du 10 mai 2019 ainsi que par un courrier électronique de la même date.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 4 et de l'article 81, §§ 3 et 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'erreur dans les motifs, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de transparence, du principe d'égalité, du principe de bonne administration et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'article I.9 du cahier spécial des charges du marché 2018/04 et de l'excès de pouvoir.

Elle reproche à l'acte attaqué d'attribuer le marché en tenant compte de (sous)-sous-critères d'attribution qui ne figuraient ni dans le cahier spécial des charges ni dans les documents du marché et dont, par hypothèse, la pondération respective n'y figurait pas non plus.

Elle développe ce moyen de la manière suivante :

" Développements

1. La jurisprudence de Votre Conseil définit le sous-critère d'attribution comme une donnée utile à la différenciation, utilisée systématiquement comme norme dans l'évaluation d'un critère d'attribution.

En l'espèce, le cahier spécial des charges contenait quatre critères («prix», «qualité et performances techniques», «atout ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire» et «clarté de l'offre»). Le critère «qualité et performances techniques» était lui-même subdivisé en sept sous-critères. Chacun de ces critères et sous-critères faisait l'objet d'une pondération [...].

Il ressort cependant de l'analyse des offres réalisées par MULTITEL que celle-ci a examiné et évalué les offres des deux soumissionnaires au regard d'une soixantaine de sous-sous-critères d'attribution, outre les critères et sous-critères précités [...].

Il n'est pas contestable que ces nouveaux éléments d'appréciation et d'évaluation constituent autant de «sous-critères d'attribution» répondant à la définition de Votre Conseil. Le tableau détaillant la comparaison entre les deux offres, reproduit à la fin de l'analyse réalisée par MULTITEL, les intitule d'ailleurs expressément «sous-critères».

2. Or, il est constant que le principe de transparence et le principe d'égalité, dont le premier est la condition, imposent notamment à l'autorité adjudicatrice d'informer complètement les candidats ou les soumissionnaires des éléments qu'elle examinera ; l'évaluation d'un critère d'attribution sur la base de différentes données pondérées et dont certaines ont été ensuite divisées est un sous-critère qui doit être annoncé.

La Cour de justice a eu l'occasion à plusieurs reprises de confirmer que les soumissionnaires devaient être mis en mesure d'avoir connaissance, au moment de la préparation de leurs offres, de l'existence et de la portée de tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, «partant, un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires».

Votre Conseil a depuis lors modifié sa jurisprudence en ce sens.

L'article 81, § 3, dernier alinéa de la loi du 17 juin 2016 précitée confirme pour sa part que les critères doivent être indiqués les documents du marché et le § 4, premier alinéa, de la disposition, précise que la pondération de chacun de ces critères doit également y figurer.

En l'espèce, la requérante n'avait jamais été informée, avant la remise de son offre, de l'existence de ces nombreux sous-sous-critères au regard desquels son offre serait évaluée, et encore moins de leur pondération. Ces éléments semblent avoir été introduits par la société externe MULTITEL au moment de l'analyse des offres, ceci en flagrante contradiction avec les normes et principes visés au moyen.

3. Pour autant que de besoin, l'on précisera que l'introduction de ces très nombreux (sous)-sous-critères a eu pour effet de modifier les critères d'attribution préalablement définis (3.1.) ; que la partie requérante aurait bien évidemment modifié le contenu et la préparation de son offre si elle avait eu connaissance desdits sous-critères (3.2.) ; et que lesdits sous-critères ont un effet discriminatoire à l'égard de la requérante et avantagent PROXIMUS (3.3).

3.1. Ainsi par exemple, en ce qui concerne le sous-critère référencé dans le cahier des charges sous l'intitulé «2.1. Performances des liaisons (selon la matrice de performances, annexe technique à compléter, y compris particularités sites centraux et Internet)», la partie requérante pouvait légitimement s'attendre, en dépit de mention du moindre sous-sous-critère dans le cahier des charges, à être évaluée dans le cadre délimité par la matrice de performances. Or, certains éléments contenus dans cette matrice de performances n'ont pas été pris en compte (ex : «technologie ligne de *back up* pour les connexions du réseau intranet») tandis que d'autres, qui ne pouvaient aucunement se déduire ou se rattacher au sous-critère tel que prévu par les documents du marché, ont été ajoutés (ex : «présence de 2 routeurs sur l'ensemble des sites avec ligne de *back up*» ou «APN prioritaires»).

Inversement, l'on peut observer que bien que l'intitulé du troisième critère et son commentaire permettaient de supposer que plusieurs atouts ou plus-values pourraient être retenus dans les sous-sous-critères d'attribution, MULTITEL décide de ne valoriser que la révision du prix ou de la vitesse, qui n'était présenté que comme un exemple parmi d'autres.

3.2. La connaissance de la liste exhaustive des sous-critères et de leur pondération aurait évidemment influencé l'offre de la requérante.

Ainsi par exemple, dans le cadre du sous-critère «2.1. performance des liaisons», la requérante aurait systématiquement proposé deux routeurs pour les sites avec *backup*.

De même, si la requérante avait pu anticiper le poids attribué aux performances des connexions Internet (accessoires dans le cadre de ce marché) par rapport à celui des connexions réseau intranet (objet principal de ce marché), elle aurait proposé des profils internet autrement plus performants (à cet égard, voy. troisième moyen).

Il en va de même dans le cadre du sous-critère «2.2. Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS» : si la partie requérante avait pu savoir que «pare-feu centralisé - limitation du nombre de règles» et «pare-feu centralisé - gestion des accès avec authentification des utilisateurs en fonction d'une base de données» seraient deux sous-sous-critères introduits par MULTITEL - qui, de surcroît leur a octroyé une forte pondération (28 % de l'ensemble du poids du sous-critère) -, elle aurait préparé son offre différemment. Elle savait répondre de manière très performante à ces demandes - qui n'ont donc jamais été exprimées -, il ne s'agit nullement d'une limitation technique.

Dans le cadre du troisième critère («3. Atouts ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire»), si la requérante avait pu anticiper que seule la révision du prix ou de la vitesse serait retenue comme atout ou plus-value valorisable, elle aurait évidemment adapté son offre en conséquence. Elle ne comprend par exemple pas pourquoi la possibilité d'offrir une connexion «point à point» et «*fiber channel*» entre les *datacenter* de Herstal et Villers-le-Bouillet, point qui a fait l'objet d'une attention et d'une demande particulière dans les négociations avec le pouvoir adjudicateur, n'apparaît aucunement dans la cotation, sous ce critère en particulier.

3.3. Dans le cadre du sous-critère «2.1. Performance des liaisons», le fait que la «technologie ligne de *back up* pour les connexions du réseau intranet» n'ait pas été cotée a désavantagé la requérante, tandis que l'ajout de sous-sous-critères tels «présence de 2 routeurs sur l'ensemble des sites avec ligne de *back up*» ou «APN prioritaires» a clairement avantage PROXIMUS.

Dans le cadre du sous-critère «2.2. Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS», l'ajout des sous-sous-critères «pare-feu centralisé - limitation du nombre de règles» et «pare-feu centralisé - gestion des accès avec authentification des utilisateurs en fonction d'une base de données», imprévisibles et au surplus anormalement pondérés, a systématiquement avantage PROXIMUS.

Dans le cadre du troisième critère («3. Atouts ou plus-values»), les seuls sous-critères retenus (relatif à la révision des prix et des vitesses) sont ceux qui avantagent PROXIMUS et les fonctionnalités complémentaires constituant les atouts ou plus-values de la requérante n'ont en revanche aucunement fait l'objet d'un sous-sous-critère.

4. Il résulte de ce qui précède que l'attribution litigieuse du marché à PROXIMUS sur base de sous-sous-critères non annoncés dans le cahier spécial des charges méconnaît les principes et normes visées au moyen".

B. Note d'observations

Après avoir cité le cahier spécial des charges et le rapport du bureau MULTITEL, la partie adverse explique que celui-ci a bien analysé les deux offres au regard de tous et chacun des sous-critères d'attribution techniques annoncés et pondérés dans le cahier spécial des charges et a identifié les caractéristiques techniques qui permettent de différencier les offres sur ces différents sous-critères en

se fondant sur un certain nombre d'éléments d'appréciation/de différenciation, repris sous forme de tirets. Elle estime que ces éléments étaient parfaitement prévisibles pour les soumissionnaires et découlent naturellement des critères et sous-critères énoncés dans le cahier spécial des charges. Elle souligne qu'on ne peut "assimiler la mention de l'énumération des éléments positifs ou négatifs de chacune des offres au regard des critères et sous-critères d'attribution aux fins de leur attribution d'une cotation concrète à l'ajout de sous-sous-critères d'attribution". Elle fait également valoir que la circonstance que ces éléments ont été repris dans un tableau à usage interne et ont été cotés ne change rien à la présente analyse, car ce tableau n'avait que pour but d'objectiver l'analyse des offres et de lui permettre d'attribuer de manière objective des cotes aux critères et sous-critères d'attribution. Elle estime que ce "tableau qui ne fait pas partie du rapport de MULTITEL [...] est superfluetatatoire et n'est nullement indispensable à la décision qui est parfaitement motivée par le renvoi aux pages 1 à 16 du rapport de MULTITEL qui contient une motivation purement littéraire des cotes attribuées aux critères et sous-critères d'attribution" et qu'il "n'a été communiqué à la SA NEWIN qu'à des fins purement informatives et qu'il s'explique par un excès de transparence dans le chef de la partie adverse".

À supposer que ces éléments doivent être qualifiés de sous-sous-critères d'attribution, la partie adverse observe que les règles en matière d'information doivent être nuancées pour ceux-ci, car si la loi prévoit des règles de publication pour la pondération des critères d'attribution, elle ne prévoit rien pour les sous-(sous-)critères d'attribution. Elle considère que les trois conditions fixées par la jurisprudence du Conseil d'État pour les sous-(sous-)critères d'attribution sont respectées pour les raisons suivantes :

- " • les éléments d'appréciation/de différenciation repris sous forme de tirets par la partie adverse ne modifient nullement les critères d'attribution mais entrent dans le champ de ces critères. Il s'agit d'éléments extraits des offres des soumissionnaires qui sont en lien direct avec les critères considérés et dont les pondérations sont équilibrées et conformes à la valeur relative de chacun des éléments d'appréciation/de différenciation retenus;
- ces éléments étaient parfaitement prévisibles pour une société spécialisée dans le développement de réseaux privés et de connexions à Internet. D'ailleurs, ces éléments se retrouvent dans les clauses techniques du cahier spécial des charges ou dans les annexes de celui-ci [...]
- aucun de ces éléments n'a été adopté pour discriminer la SA NEWIN. La SA PROXIMUS et la requérante pouvaient y répondre toutes les deux avec la même compétitivité".

La partie adverse examine ensuite les éléments critiqués par la requérante comme suit :

- " i. Quant au sous-critère n° 2.1 relatif à la «performance des liaisons»

26. Le premier sous-critère technique porte sur les performances des liaisons du réseau VPN et Internet.

Il est intitulé comme suit : «Performances des liaisons (selon la matrice de performances, annexe technique à compléter, y compris particularités sites centraux et Internet)»

Il a pour objet d'analyser les performances du réseau proposé par le soumissionnaire quant à la vitesse de transmission des informations (débit *upload* et *download* des lignes principales et lignes *back up*), au nombre de canaux de téléphonie sur IP, au taux de perte d'informations («perte de paquets») du réseau...

L'analyse des offres au regard de ce sous-critère figure aux pages 6 à 8 du rapport du 12 avril 2019 de MULTITEL.

27. La requérante expose que si elle pouvait s'attendre à voir son offre analysée au regard des points contenus dans la «matrice des performances», elle ne s'attendait pas, d'une part, à ce que certains éléments de la matrice ne soient pas analysés et, d'autre part, à ce que d'autres éléments, non issus de la matrice, soient pris en considération.

La matrice des performances à laquelle se réfère la requérante est constituée par l'annexe «fiche technique F: matrice de performance connectivités VPN» du cahier spécial des charges.

Selon le cahier spécial des charges, «Le tableau de fiche technique 'matrice de performance' liste les sites et profils de connexion considérés dans la mise en situation ainsi que les performances minimales exigées pour chacun de ces points de connexion (réels et fictifs). Le soumissionnaire complète le tableau fourni en respectant dans la mesure du possible les spécifications techniques exigées. Pour les sites réels où une simulation de disponibilité peut être menée, le soumissionnaire doit s'assurer de la disponibilité du profil fourni. Dans le cas où le profil exigé ne serait pas disponible, le fournisseur se doit de l'indiquer dans le tableau, il fournit alors le profil disponible le plus proche des souhaits établis».

28. Contrairement à ce que soutient la partie requérante, OTW a bien examiné l'ensemble des points contenus dans la matrice des performances.

Si certains points de la matrice des performances n'ont pas été repris pour justifier les cotes attribuées pour le sous-critère n° 2.1, c'est parce que sur ces points, les offres étaient similaires, voire identiques.

Le rapport de MULTITEL du 12 avril 2019 relève clairement, en page 6, avoir comparé les offres sur les points sur lesquels celles-ci se distinguent au regard des critères d'attribution.

Un critère d'attribution ayant pour objectif de départager les soumissionnaires, il apparaît logique que l'analyse se fonde sur les différences que présentent les offres entre elles au regard des critères et sous-critères d'attribution énoncés et non sur leurs similitudes.

Ainsi, pour reprendre l'exemple de la requérante, pour ce qui concerne la technologie choisie pour la «technologie ligne de *back up* pour les connexions au réseau internet», les offres des deux soumissionnaires sont identiques. Cela n'avait donc aucun sens de les distinguer sur ce point.

L'affirmation de la requérante selon laquelle la prise en compte de la «technologie ligne de *back up* pour les connexions au réseau internet» l'aurait avantagée est dès lors contraire à la vérité.

29. Si l'on prend à présent les autres points cités par la requérante - la «présence de 2 routeurs sur l'ensemble des sites avec lignes de *back up*» ou

l'«APN prioritaires» -, il y a lieu de relever que si ces deux points ne sont pas repris en tant que tel dans la matrice de performance, ils sont cependant en lien direct avec la matrice des performances.

Ils ont effectivement tous deux trait à la performance des lignes *back up* qui sont clairement mentionnées dans la matrice des performances.

En effet :

- l'avantage d'avoir un second routeur pour un site avec ligne de backup est une évidence pour quelqu'un du métier et, qui plus est, pour un opérateur télécom (le but étant d'éviter les SPOF, «*single point of failure*»);
- l'octroi par un opérateur d'un «APN prioritaire» à un utilisateur pour l'utilisation des lignes *back up* 4G constitue également incontestablement un avantage en matière de «performance des liaisons». La requérante - qui est une société spécialisée dans le secteur - ne saurait sérieusement le contester.

Ces deux points n'ont pas modifié le sous-critère n° 2.1. Ils s'inscrivent, en effet, parfaitement dans ce sous-critère. Ils ont, en outre, été pris en considération, non pas pour discriminer la requérante, mais pour identifier l'offre la meilleure du point de vue des «performances des liaisons» au terme d'une analyse objective des propositions de chaque soumissionnaire.

30. C'est d'ailleurs avec beaucoup de mauvaise foi que la partie requérante expose que si ces deux éléments - soit la «présence de 2 routeurs sur l'ensemble des sites avec lignes de *back up*» et l'«APN prioritaires» - lui avaient été connus lors de la préparation de son offre, celle-ci aurait été différente.

Ces deux éléments d'appréciation ont, en effet, été expressément évoqués lors des négociations menées entre OTW et la SA NEWIN. La requérante a été invitée à faire des propositions à cet égard dans sa BAFO d'avril 2019 [...].

La requérante était dès lors parfaitement en mesure de faire une offre intéressante sur ces deux points, ce qu'elle n'a délibérément pas fait.

À la différence de la requérante, la SA PROXIMUS s'est montrée beaucoup plus compétitive sur ces deux points, ce qui lui a permis de gagner très marginalement l'un ou l'autre point.

31. Il faut relever encore que les deux éléments dont la requérante fait grand cas - à savoir la «présence de 2 routeurs sur l'ensemble des sites avec lignes de *back up*» et l'«APN prioritaire» - représentaient respectivement 1 point et 0,30 point sur un total de 20 points pour le sous-critère n° 2.1 «performance des liaisons».

On est loin d'éléments d'appréciation qui auraient modifié ce sous-critère, influencé la préparation des offres ou discriminé la SA NEWIN...

32. Enfin, l'on ne voit pas pourquoi il faudrait considérer, comme le fait à tort, la requérante, que les performances des connexions Internet seraient moins importantes que les performances des connexions du réseau intranet (réseau privé).

Il s'agit d'une mauvaise lecture et d'une compréhension erronée du cahier spécial des charges par la requérante sur laquelle nous reviendrons ultérieurement (voy. infra, troisième moyen).

Concernant le troisième moyen, la requérante fait valoir ce qui suit :

En page 6, le cahier spécial des charges énonce que «le présent marché a pour objet la fourniture, le déploiement et l'installation d'un réseau intranet IP VPN dans les sites et dépôts du groupe TEC ou de leurs opérateurs privés (environ 150 sites répartis sur la Wallonie) afin de pouvoir transmettre des informations de façon

bidirectionnelle entre sites et d'offrir un accès vers l'Internet public» [...].

En page 11, le cahier spécial des charges précise, parmi les prestations qui font l'objet du marché, « la fourniture et l'installation d'un réseau intranet IP VPN et de connexions Internet, avec liens de backup, y compris la qualité de service» [...].

La matrice des performances reprend également des données concernant les connexions internet à prévoir (voy. fiche F, annexe au cahier spécial des charges).

Les connexions internet ne sont pas du tout accessoires dans le cadre du marché et, en particulier, dans le cadre du sous-critère n° 2.1 qui est libellé comme suit « Performances des liaisons (selon la matrice de performances, annexe technique à compléter, y compris particularités sites centraux et Internet)» [...].

L'importance d'une connexion internet ne saurait être mise en cause. Il n'existe, à ce jour, plus aucune société ou administration qui n'a pas de messagerie électronique, qui ne dispose pas d'un site internet ou qui n'utilise pas quotidiennement des ressources hébergées sur internet.

Ainsi, OTW a besoin d'internet pour avoir accès aux services de messagerie professionnelle, pour accéder à des documents de travail qui se trouvent stockés sur des serveurs informatiques (*cloud storage*), pour utiliser les sites internet externalisés pour les employés et accéder au site Infotec à destination de la clientèle d'OTW, pour suivre la position de ses véhicules, pour procéder à des achats et obtenir des informations diverses...

Aucun soumissionnaire ne peut sérieusement ignorer l'importance d'internet dans le présent marché.

Compte tenu de ce qui précède, le fait d'avoir pris en considération, dans le cadre de l'examen des offres au regard du sous-critère n°2.1, six éléments d'appréciation relatifs aux lignes internet pour un total de 6,6 sur 20 points n'est nullement constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse et est le fruit de l'exercice raisonnable d'un pouvoir d'appréciation qui échappe à la critique des requérants et au contrôle du Conseil d'État.

46. Les deux arguments soulevés par la requérante à l'appui de sa thèse sont, à cet égard, complètement dénués de pertinence :

- le fait que le réseau intranet est destiné à connecter 135 sites ne saurait être considéré comme moins important que la connexion de ces 135 sites à internet. Rien ne permet à la partie requérante de soutenir que l'objet «principal» du marché «est, de loin, d'interconnecter le réseau des 135 sites» (*sic*) ;
- la circonstance que la connexion à internet représenterait un coût moins important que le développement du réseau privé n'est pas davantage pertinente pour évaluer l'importance des différents objets du marché.]

ii. Quant au sous-critère n° 2.2 intitulé «services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS».

33. Concernant ce sous-critère, la partie requérante soutient que si elle avait pu savoir que les éléments «pare-feu centralisé - limitation du nombre de règles» et «pare-feu centralisé - gestion des accès avec authentification des utilisateurs en fonction d'une base de données» seraient deux sous-sous-critères introduits par MULTITEL - qui, de surcroît, leur a octroyé une forte pondération (28 % de l'ensemble du poids du sous-critère) -, elle aurait préparé son offre différemment. Elle savait répondre de manière très performante à ces demandes - qui n'ont donc jamais été exprimées -, il ne s'agit nullement d'une limitation technique».

L'affirmation de la requérante est à nouveau manifestement inexacte.

L'intitulé du sous-critère n° 2.2 reprend expressément la notion de «pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances». Cette notion figure également en page 31 du cahier spécial des charges.

La requérante était dès lors parfaitement au courant que le pare-feu proposé serait pris en considération pour l'appréciation de la qualité de l'offre au regard de ce sous-critère.

34. Aucun opérateur télécom n'ignore que, parmi les éléments importants concernant les pare-feux, figurent la «limitation du nombre de règles» et la «gestion des accès avec authentification» :

- un pare-feu est indispensable pour assurer la sécurité d'un réseau informatique. Il applique un ensemble de règles qui interdisent ou autorisent le trafic sur une connexion réseau. Les règles de filtrage déterminent la façon dont le pare-feu va protéger l'ordinateur ou le réseau contre les programmes malveillants et les accès non autorisés et sont fondamentales. Un pare-feu qui applique plus de règles de filtrage est plus efficace et performant et optimise la gestion du réseau informatique. Il va de soi qu'une offre proposant un pare-feu appliquant plus de règles de filtrage est meilleure qu'une offre qui propose un pare-feu limitant fortement le nombre de règles de filtrage ;
- un pare-feu qui permet de gérer des accès avec authentification des utilisateurs en fonction d'une base de données représente également un avantage important pour le propriétaire du réseau. Une telle fonctionnalité permet de tracer les utilisateurs du réseau et de savoir qui a eu accès à quelle information et qui a accompli quelle action. Une telle fonctionnalité est indispensable pour un réseau comme le réseau d'OTW où de nombreux agents interviennent. C'est une question de sécurité essentielle. C'est aussi indispensable pour gérer de manière optimale le réseau.

Il va de soi que lorsqu'il est demandé de fournir un pare-feu et que ce pare-feu constitue un critère de qualité technique, l'opérateur télécom doit nécessairement savoir que les deux fonctionnalités précitées sont importantes et vont être en prises en considération pour déterminer la qualité d'une offre.

La requérante ne saurait dès lors feindre avoir été surprise par l'analyse des offres effectuée sur ce point par OTW.

Il faut relever, par ailleurs, que ces deux éléments représentent chacun 0,70 points sur les 5 points du sous-critère, ce qui est une pondération équilibrée qui ne modifie nullement le sous-critère d'attribution, ni n'est de nature à surprendre un professionnel du secteur.

Ces deux éléments n'ont, en outre, pas pu discriminer la requérante qui était en mesure de proposer une offre d'une qualité similaire à celle de la SA PROXIMUS sur ce point. Comme le relève la requérante, le fait de n'avoir pas été compétitive sur ces deux points n'est pas une «limitation technique» dans son chef, mais résulte d'un choix délibéré.

L'on relèvera encore que si seuls ces deux points ont été identifiés en ce qui concerne le pare-feu, c'est parce que ce sont les deux seuls points sur lesquels les deux offres se distinguent.

iii. Quant au critère n° 3 relatif aux «atouts ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire»

35. Le troisième critère d'attribution avait pour but de valoriser les plus-values proposées par les soumissionnaires.

Le cahier spécial des charges citait, à titre d'exemple, les plus-values suivantes : «une fois par an, en fonction de l'évolution des besoins et/ou de la technologie, l'adjudicataire s'engage à réévaluer son prix soit.

- Dans une optique d'amélioration des performances à coût égal,
- Dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux».

36. Lors de l'analyse des premières offres, aucun des soumissionnaires n'avait proposé de plus-values dans son offre.

Lors des négociations, OTW a donc demandé aux deux soumissionnaires de se positionner à tout le moins sur les deux exemples cités par le cahier spécial des charges dans leur BAFO [...], ce qu'elles ont fait :

- la SA PROXIMUS s'est engagée à réévaluer annuellement - et ce dès la fin de la 1^{ère} année du marché - le coût et les performances de son offre pour l'ensemble des sites et dépôts d'OTW (existants et nouveaux). La SA PROXIMUS s'est engagée également à augmenter annuellement la bande passante d'au minimum 5 % du parc installé;
- la SA NEWIN s'est engagée, quant à elle, à réévaluer annuellement les performances de son offre «à coût égal» et à réévaluer annuellement le prix de son offre «à performance égale». Cependant, cet engagement était subordonné à des conditions très restrictives. Actuellement, OTW dispose de 135 sites [...] et projette à terme de créer 15 nouveaux dépôts. L'engagement de réévaluation de la requérante - entrant en vigueur dès la fin de la 1^{ère} année et applicable pendant les 4 ans du marché - ne vise cependant que les dépôts qui ne sont pas visés dans la fiche E, autrement dit, uniquement à partir du 16^{ème} nouveau dépôt qui serait ouvert par la partie adverse dans le délai de 4 ans. La possibilité que cet engagement sorte ses effets est dès lors théoriquement nulle dès lors qu'OTW a fait clairement savoir qu'elle n'envisageait pas de créer plus de 15 nouveaux dépôts à l'avenir. Par ailleurs, la requérante s'engage à réévaluer son offre par rapport à tous les dépôts existants et à venir après l'expiration du marché (!)... En d'autres mots, la SA NEWINT ne s'est concrètement engagée à rien.

La requérante peut s'estimer heureuse d'avoir reçu un point pour ce critère alors qu'elle s'est contentée d'une proposition purement hypothétique. En revanche, c'est à bon droit que la SA PROXIMUS a reçu trois points pour ce même critère dès lors que son engagement aura une portée réelle pendant toute la durée du marché.

37. L'affirmation de la requérante selon laquelle «les seuls sous-critères retenus (relatif à la révision des prix et des vitesses) sont ceux qui avantagent PROXIMUS et les fonctionnalités complémentaires constituant les atouts ou plus-values de la requérante n'ont en revanche aucunement fait l'objet d'un sous-sous-critère» est à nouveau fallacieuse.

Aucun des quatre prétendus «atouts» ou «plus-values» énoncés en note de bas de page 9 de la requête en suspension de la requérante ne justifiait l'attribution de points au bénéfice de cette dernière et ce, pour les motifs suivants :

- la «possibilité de faire des *backups* filaires plus efficaces en utilisant la technologie coax» relève, en réalité, du sous-critère n° 2.4 relatif à l'«évolutivité du système en matière de capacité et services, de technologie et le respect des normes ou futures normes» (page 9 du rapport du 12 avril 2019 de MULTITEL) et ne constitue pas une «plus-value» au sens du critère d'attribution n° 3 ;
- le «lien L2 entre les sites *Datacenters*» a été proposé - à la suite d'une demande faite en ce sens par OTW durant les négociations - par les deux soumissionnaires dans des termes similaires. Il ne s'agit donc pas d'un élément de différenciation justifiant plus de points dans le chef de la requérante ;
- la «connexion vers d'autres *cloud publics*» a été valorisée dans le sous-critère n° 2.2 «Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS» et ne correspond pas à une «plus-value» au sens du critère d'attribution n° 3;

- «évolution vers le SDWAN» a également été proposée par la SA PROXIMUS dans les mêmes termes. L'offre de la requérante ne s'est donc pas démarquée sur ce point".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le 8 mai 2019, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la société anonyme PROXIMUS et de considérer le rapport d'examen des offres établi par ses services et qui renvoie au rapport de MULTITEL comme partie intégrante de sa décision. Le rapport MULTITEL comporte, en son point 4, le classement suivant :

"

Catégories	Poids	PROXIMUS	WIN SA
TOTAL	100	93.09	88.97
1. Prix	50	49.33	50.00
2. Qualités et performances techniques	45	38.76	35.97
Performances des liaisons	20	16.85	14.17
Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS	5	4.70	3.60
Délai d'installation et de mise en service	5	5.00	5.00
Évolutivité du système en matière de capacité et services, de technologie et le respect des normes ou futures normes	5	3.51	4.40
Qualité du plan de migration proposé	4	4.00	4.00
Rapidité et méthode d'intervention en cas de problème technique, maintenance, prise en charge des modifications et l'accompagnement, pénalités proposées	4	2.70	2.80
Outils de surveillance et <i>reporting</i> en matière de fonctionnalités et moyens d'accès	2	2.00	2.00
3. Atouts ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire	3	3.00	1.00
4. Clarté de l'offre	2	2.00	2.00

".

Si ce rapport comprend également en son point 3 une explication des points attribués à chaque offre, la précision de ces points - calculés au centième - trouve son origine dans un autre tableau également communiqué à la requérante avec la décision attaquée. Ce tableau contient une décomposition mathématique des points attribués à chaque offre pour chaque critère et sous-critère d'attribution. Chaque aspect des offres examinés dans ce tableau fait l'objet d'une pondération, la somme des points attribués pour chacun de ces aspects correspondant aux points annoncés dans le cahier spécial des charges pour les sous-critères et critères concernés.

Cette pondération se présente comme suit (pour un total de 100 points) :

A	Prix en tenant compte des prix initiaux de mise en service, de la somme des coûts récurrents mensuels sur la durée totale du marché et de toutes les éventuelles options obligatoires.....	50,00
B	Qualités et performances techniques.....	45,00
a	Performances des liaisons	
-	Débit <i>download</i> moyen ligne principale moyenné pour les 135 sites.....	1,50
-	Débit <i>download</i> garanti ligne principale moyenné pour les 135 sites.....	1,50
-	Délai A/R max. - ligne principale.....	1,00
-	Perte de paquets - ligne principale.....	1,00
-	Débit <i>upload</i> moyen ligne principale moyenné pour les 135 sites.....	1,00
-	Débit <i>upload</i> garanti ligne principale moyenné pour les 135 sites.....	1,00
-	Présence de 2 routeurs sur l'ensemble des sites avec ligne de <i>backup</i>	1,00
-	Débit <i>download</i> moyen ligne <i>backup</i> moyenné pour les 51 sites (hors mobile)	0,60
-	Débit <i>download</i> garanti ligne <i>backup</i> (hors mobile)	0,60
-	Délai A/R max. - ligne <i>backup</i> (hors mobile).....	0,40
-	Perte de paquets - ligne <i>backup</i> (hors mobile).....	0,40
-	Débit <i>upload</i> moyen ligne <i>backup</i> moyenné pour les 51 sites (hors mobile).....	0,40
-	Débit <i>upload</i> garanti ligne <i>backup</i> (hors mobile)	0,40
-	APN prioritaire	0,30
-	Ligne internet centralisé - <i>download</i>	1,00
-	Ligne Internet centralisé - <i>upload</i>	1,00
-	Ligne Internet centralisé - <i>download</i> garanti	1,00
-	Ligne Internet centralisé - <i>upload</i> garanti.....	1,00
-	Ligne Internet locale (3 TECs) - <i>download</i>	1,00
-	Ligne Internet locale (3 TECs) - <i>upload</i>	1,00
-	Ligne Internet locale (3 TECs) - <i>backup</i> filaire.....	0,60
-	Débit <i>download</i> moyen ligne principale - non-conformité.....	0,50
-	Débit <i>download</i> garanti ligne principale - non-conformité	0,50
-	Délai A/R max ligne principale - non-conformité	0,50
-	Débit <i>upload</i> moyen ligne principale - non-conformité	0,30

- Débit <i>upload</i> garanti ligne principale - non-conformité	0,30
- Débit <i>upload</i> moyen ligne backup - non-conformité	0,20
Total.....	20,00
a Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS	
- Hébergement - conforme	1,00
- Architecture QoS pertinente	1,00
- Protection DDoS pertinente	1,00
- Pare-feu centralisé - limitation du nombre de règles	0,70
- Pare-feu centralisé - gestion des accès avec authentification des utilisateurs en fonction d'une base de données	0,70
- Formation pertinente.....	0,30
- Connexion <i>cloud</i> public - nombre de partenaires	0,30
Total.....	5,00
a Délai d'installation et de mise en service	
- Délai de mise en service conforme (9 mois).....	2,50
- Planning détaillé	2,50
Total.....	5,00
a Évolutivité du système en matière de capacité et services, de technologie et le respect des normes ou futures normes	
- Intranet - évolutivité des lignes principales (fibre>coax>vdsl/mobile)	1,00
- Services au niveau du réseau de l'opérateur	1,00
- Intranet - évolutivité des lignes <i>backup</i> (fibre>coax>vdsl/mobile)	0,70
- Internet surf local TECx - évolutivité (fibre>coax).....	0,60
- Nombre de canaux VoIP.....	0,50
- Fibre L2 inter-DC via le soumissionnaire	0,40
- Migration d'une ligne (capacité) sans remplacement de routeur	0,40
- Nombre de VLANs par routeur	0,40
Total.....	5,00
a Qualité du plan de migration proposé, y compris la minimisation des perturbations et des dégradations de performances pendant cette phase de migration	

- Plan de migration (pertinence).....	1,50
- Minimisation des perturbations (pertinence)	1,50
- Dégradations contrôlées des performances.....	1,00
<hr/>	
Total.....	4,00
a Rapidité et méthode d'intervention en cas de problème technique, maintenance, prise en charge des modifications et l'accompagnement, pénalités proposées	
- Rapidité et méthode d'intervention conformes	1,30
- SLA des lignes (réparation d'un incident bloquant)	1,20
- SLA du service de sécurité	1,00
- Prise en charge des modifications (inclus dans l'offre)	0,30
- Pénalités proposées pertinentes	0,20
<hr/>	
Total.....	4,00
a Outils de surveillance et reporting en matière de fonctionnalités et moyens d'accès	
- Surveillance conforme et pertinente	1,00
- Moyen d'accès sécurisé.....	0,50
- Accès SNMP/NetFlow et MIBs accessibles.....	0,50
<hr/>	
Total.....	2,00
B Atouts ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire.....	3,00
- Engagement chiffré sur l'augmentation annuelle des performances pour l'ensemble des sites	0,80
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration des performances à coût égal - dès la 2 ^{ème} année sur les sites de la mise en situation.....	0,60
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux - dès la 2 ^{ème} année sur les sites de la mise en situation.....	0,60
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration des performances à coût égal - dès la 2 ^{ème} année sur les nouveaux sites	0,30
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux - dès la 2 ^{ème} année sur les nouveaux sites	0,30
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration des performances à coût	

égal - après 4 ans sur l'ensemble des sites	0,20
- Engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux - après 4 ans sur l'ensemble des sites.	0,20
<hr/>	
Total	3,00
 B Clarté de l'offre.....	2,00
- Offre claire.....	1,00
- Réponse pertinente aux questions	1,00
<hr/>	
Total	2,00

Rien dans les documents du marché ne permettait de prévoir que les aspects qui seraient ainsi examinés par la partie adverse ne présenteraient pas toujours, au sein de chaque critère ou sous-critère, la même valeur et que certains auraient une plus grande importance que d'autres. Interrogée sur cette question lors de l'audience du 11 juin 2019, la partie adverse a confirmé que cette pondération n'était pas annoncée dans le cahier spécial des charges.

Ainsi en ce qui concerne le critère "atouts ou plus-values que peut faire valoir le soumissionnaire", les documents du marché ne permettaient pas de prévoir que les différents engagements ne présenteraient pas la même valeur et que, par exemple, l'aspect "engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique d'amélioration des performances à coût égal - dès la 2^{ème} année" serait évalué sur 0,60 pour les sites de la mise en situation et sur 0,30 sur les nouveaux sites. Un constat identique s'impose pour l'aspect "engagement sur une réévaluation annuelle dans une optique de réduction de coûts à performances et débits égaux - dès la 2^{ème} année". Ces documents ne permettaient pas non plus de prévoir que ces engagements après 4 ans ne seraient plus évalués que sur 0,20.

En ce qui concerne le deuxième critère d'attribution relatif aux qualités et performances techniques, aucune précision contenue dans les documents ne permettait de prévoir, d'une manière générale, que les différents aspects examinés dans le cadre des sous-critères annoncés ne présenteraient pas tous la même valeur au moins au sein de chaque sous-critère.

Rien ne permettait davantage d'y déterminer que, pour le sous-critère "performances des liaisons", les différents débits *upload* et *download* examinés ne présentaient pas la même importance, mais seraient évalués selon une pondération de 0,20 à 1,50 tandis que les aspects liés aux lignes internet seraient évalués sur 1 et sur seulement 0,60 pour l'aspect "Ligne internet locale (3TECs) - *backup* filaire". De

même, les documents du marché ne permettaient pas de déterminer que les débits *download* moyen et garanti "ligne principale moyenné pour les 135 sites" seraient évalués sur 1,5 tandis que les débits *upload* moyen et garanti "ligne principale moyenné pour les 135 sites" ne seraient évalués que sur 1.

En ce qui concerne le sous-critère "Services annexes, connectivité Internet, pare-feu centralisé en matière de fonctionnalités et de performances, architecture QoS", la lecture des documents du marché ne permettait pas de déterminer que l'aspect "Connexion *cloud* public - nombre de partenaires" ne serait évalué que sur 0,30 tandis que d'autres aspects seraient évalués, au sein de ce sous-critère, sur 0,70 (comme ceux relatifs au pare-feu centralisé) ou 1.

De même, ces documents ne permettaient pas de déterminer que les différents aspects examinés dans le cadre du sous-critère "Évolutivité du système en matière de capacité et services, de technologie et le respect des normes ou futures normes" seraient évalués selon une pondération située entre 0,40 et 1. Ainsi, il n'est pas possible, au vu de ces documents, de prévoir que l'aspect "Internet - évolutivité des lignes principales" serait évalué sur 1 et présenterait donc une importance plus grande que l'aspect "Internet - évolutivité des lignes backup" évalué sur 0,70 ou que le nombre de canaux VoIP évalué sur 0,50 ou l'aspect "Migration d'une ligne (capacité) sans remplacement de routeur" évalué sur 0,40.

Rien ne permettait davantage d'y comprendre, pour le sous-critère "Rapidité et méthode d'intervention en cas de problème technique, maintenance, prise en charge des modifications et l'accompagnement, pénalités proposées", que l'aspect "rapidité et méthode d'intervention conformes" serait évalué sur 1,30 tandis que la "prise en charge des modifications" ne compterait que pour 0,30 et les "pénalités proposées" pour 0,20. De même, rien ne permettait d'en déduire que l'aspect "SLA des lignes (réparation d'un incident bloquant)" serait évalué sur 1,20 tandis que l'aspect "SLA du service de sécurité" ne serait évalué que sur 1.

Au cours de l'audience du 11 juin 2019, la partie adverse a indiqué que si ces différentes pondérations n'étaient pas mentionnées dans le cahier spécial des charges, elles étaient, par contre, prévisibles pour une société spécialisée dans le développement de réseaux privés et de connexion à Internet. Elle ne produit, cependant, aucun élément à l'appui de cette affirmation et n'établit, en conséquence, pas que ces pondérations étaient bien prévisibles pour les soumissionnaires au moment de la rédaction des offres.

La connaissance de cette pondération aurait, par ailleurs et comme le soutient la demande de suspension, été susceptible d'influencer l'offre de la requérante si cette pondération avait été connue lors de la préparation de celle-ci.

Le premier moyen est, dans cette mesure, 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 ses offres. Il s'agit des pièces 2 à 4 de son dossier. Ces pièces correspondent aux pièces 1, 3 et 5 de la partie confidentielle du dossier administratif.

La partie adverse demande, quant à elle, la confidentialité de l'ensemble des offres qu'elle dépose. Il s'agit des pièces 1 à 6 de la partie confidentielle 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 du 8 mai 2019 de l'Opérateur de Transport de Wallonie attribuant à la société anonyme PROXIMUS le marché public de services ayant pour objet la "mise à disposition de réseaux de type intranet IP/VPN destinées aux échanges de données entre les sites, dépôts et ateliers du groupe TEC" est ordonnée.

Article 2.

Les pièces 1 à 6 de la partie confidentielle du dossier administratif ainsi que les pièces 2 à 4 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.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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 dix-huit juin 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.