

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 247.034 du 11 février 2020

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, 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»" et d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

L'arrêt n° 244.825 du 18 juin 2019 a ordonné, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

L'arrêt a été notifié aux parties le 19 juin 2019.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note le 17 août 2019 demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par une lettre datée du 12 septembre 2019, le greffe a notifié aux parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elles ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

La partie adverse n'a pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti et aucune des parties n'a demandé à être entendue.

Il revient au Conseil d'Etat de décider si le premier moyen, qui a été jugé sérieux par l'arrêt de suspension n° 244.825 du 18 juin 2019, justifie l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé au terme de la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Premier moyen

Dans le moyen, pris 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, la partie requérante reproche en substance 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 n'y figurait pas non plus.

L'arrêt n° 244.825 du 18 juin 2019 a jugé ce premier moyen sérieux pour les motifs suivants :

« 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 <i>backup</i> - 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	
- Intranet - éolutivité des lignes principales (fibre>coax>vdsl/mobile).....	1,00
- Services au niveau du réseau de l'opérateur	1,00
- Intranet - éolutivité des lignes <i>backup</i> (fibre>coax>vdsl/mobile).....	0,70
- Internet surf local TECx - éolutivité (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
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
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
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 ».

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 244.825, précité. Le premier moyen est ainsi jugé fondé. Conformément aux articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, l'acte attaqué est annulé.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

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, est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le onze février deux mille vingt par :

David DE ROY,
Katty LAUVAU,

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU

David DE ROY