

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 252.357 du 8 décembre 2021

A. 234.859/VI-22.176

En cause : **la société anonyme NEWIN,**
ayant élu domicile chez
M^e Cyrille DONY, avocat,
avenue des Mélèzes 31
1410 Waterloo,

contre :

**1. la société anonyme RESA INNOVATION ET
TECHNOLOGIE,**

2. la société anonyme RESA Intercommunale,

ayant toutes deux élu domicile chez
M^e Renaud SIMAR, avocat,
place des Nations Unies 7
4020 Liège 2.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 octobre 2021, la SA Newin demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « la décision du 6 octobre 2021 de la SA Resa Innovation et Technologie d'attribuer les trois lots du marché public de services ayant pour objet la mise à disposition et gestion globale des serveurs et ressources d'infrastructure IT Resa ainsi que leur hébergement aux opérateurs économiques suivants :
- la SA Contraste Europe pour le lot 1 (mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa);
 - la SA Contraste Europe pour le lot 2 (support en mode "managed services" des applications middleware (data bases (Mssql Oracle Postgres), web middleware (IIS, Apache), SharePoint, etc.);
 - la SA Proximus pour le lot 3 (mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa) ».

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

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 octobre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 novembre 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

Les parties adverses ont déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Cyrille Dony, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Renaud Simar et Pauline Abba, avocats, comparaissant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

Selon la relation qu'en donne la partie requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

« La présente procédure s'inscrit dans le cadre d'une procédure de marché public ayant pour objet la mise à disposition et gestion globale des serveurs et ressources d'infrastructure IT de la SA RESA ainsi que leur hébergement.

À cet égard, il y a lieu de préciser que la SA NEWIN dispose d'une connaissance approfondie de l'infrastructure informatique de la SA RESA dès lors que c'est elle qui a mis en place cette infrastructure informatique et qui gère la totalité de celle-ci (hors SAP) depuis plusieurs années, à savoir :

- les réseaux informatiques (LAN (réseaux locaux des bâtiments), WAN (interconnexion des bâtiments), WIFI);
- les services Cloud du groupe : infrastructures serveurs, systèmes de stockages centralisés, systèmes de copies de sauvegarde, etc.;
- la gestion des bases de données;

- la gestion des infrastructures collaboratives et bureautiques (gestion des utilisateurs, des données, de la sécurité, des postes de travail, etc.);
- l'hébergement d'applications métier, dont certaines critiques (plate-forme d'échange sur le marché de l'électricité, gestion des plans impétrant, gestion éclairage public, gestion compteurs à budget, etc.);
- le support aux utilisateurs finaux;
- la gestion de la téléphonie et des call center.

La SA NEWIN travaille en collaboration avec la SA RESA depuis le premier jour de la conception des infrastructures. La disponibilité et la résilience des infrastructures de la SA NEWIN ont ainsi toujours été établies en phase avec les besoins de la SA RESA et ce, à la lumière de chaque besoin spécifique.

Par ailleurs, la SA NEWIN a investi dans les infrastructures actuelles en tenant compte, entre autres, de demandes émises par les utilisateurs de la SA RESA. Ces infrastructures, qui ne seront pas amorties avant 2024, répondent donc bien aux besoins exprimés récemment par la SA RESA et ce, pour quelques années encore.

La SA NEWIN maîtrise dès lors parfaitement les spécificités de l'environnement de la SA RESA.

Il convient également de relever que la SA RESA partage actuellement son infrastructure d'hébergement avec d'autres entreprises du groupe NETHYS, avec cette particularité d'utiliser dans de larges proportions les mêmes plateformes et systèmes qui ont été mutualisés dans une optique de rationalisation des coûts pour le groupe.

L'infrastructure informatique de la SA RESA n'est donc pas isolée et la migration de cette infrastructure vers un autre fournisseur ne sera dès lors pas réalisable aisément et sans impact sur les plateformes partagées voire sur les propres applications métiers de la SA RESA.

Le seul opérateur qui, à ce jour, dispose des accès requis et de la maîtrise de la complexité de l'environnement – et donc qui est à même de pouvoir mener ces lourdes opérations de migration – est le prestataire actuel, à savoir la SA NEWIN.

Par un avis de marché publié le 22 octobre 2020 au Bulletin des Adjudications (...) et le 27 octobre 2010 au Journal officiel de l'Union européenne (...), la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE a lancé, en son nom et pour le compte de la SA RESA, une procédure de marché public ayant pour objet la mise à disposition et gestion globale des serveurs et ressources d'infrastructure IT Resa ainsi que leur hébergement.

Passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable, ce marché est prévu pour une durée de 60 mois et est divisé en trois lots :

- lot 1 : mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa;
- lot 2 : support en mode "managed services" des applications middleware (data bases (MSSQL ORACLE POSTGRES), web middleware (IIS, Apache), SharePoint, etc.);
- lot 3 : mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa (...).

Le montant estimé du marché s'élève à 15.000.000,00 EUR htva (pièce n° 8, p. 1), lequel se décompose comme suit :

- lot 1 : 11.000.000,00 EUR htva;
- lot 2 : 1.750.000,00 EUR htva;
- lot 3 : 2.250.000,00 EUR htva.

Dès lors qu'un marché passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable implique deux phases (sélection et attribution), les demandes de participation devaient être déposées pour le 13 novembre 2020 à 11h00 au plus tard (...).

Par une décision du 10 février 2021, la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE a sélectionné les sept candidats suivants :

- SA CONTRASTE EUROPE;
- DMS CRONOS;
- SA EBRC;
- SA NRB;
- SA PROXIMUS;
- Groupement "SA UPTIME ICT – UPTIME GROUP – NV CRONOS – CRONOS PUBLIC SERVICES – ARXUS – HESTIA – NEORIA – INTERLIGO – MONIN – PIROS";
- SA NEWIN.

Les candidats sélectionnés ont été invités à déposer leur offre pour le 7 mai 2021 à 11h00 au plus tard.

À la date ultime de réception des offres, les offres suivantes ont été reçues :

- Pour le lot 1 :
 - SA CONTRASTE EUROPE;
 - SA NRB;
 - Groupement "SA UPTIME ICT – UPTIME GROUP – NV CRONOS – CRONOS PUBLIC SERVICES – ARXUS – HESTIA – NEORIA – INTERLIGO – MONIN – PIROS";
 - SA NEWIN.
- Pour le lot 2 :
 - SA CONTRASTE EUROPE;
 - SA NRB;
 - Groupement "SA UPTIME ICT – UPTIME GROUP – NV CRONOS – CRONOS PUBLIC SERVICES – ARXUS – HESTIA – NEORIA – INTERLIGO – MONIN – PIROS";
 - SA NEWIN.
- Pour le lot 3 :
 - SA NRB;
 - SA PROXIMUS;
 - Groupement "SA UPTIME ICT – UPTIME GROUP – NV CRONOS – CRONOS PUBLIC SERVICES – ARXUS – HESTIA – NEORIA – INTERLIGO – MONIN – PIROS";

- SA NEWIN.

Dans le cadre d'un premier rapport d'examen des offres établi en date du 12 août 2021, l'offre du groupement "SA UPTIME ICT – UPTIME GROUP – NV CRONOS – CRONOS PUBLIC SERVICES – ARXUS – HESTIA – NEORIA – INTERLIGO – MONIN – PIROS" a été déclarée nulle pour cause d'irrégularité substantielle et ce, pour les trois lots du marché.

Aux termes de ce rapport d'examen des offres, le classement final des offres régulières était le suivant (...) :

Rang	Nom	Score	Prix HTVA*
Lot 1 (Mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa)			
1	N.R.B. S.A.	86,96	6.711.123,33 €
2	Contraste Europe S.A.	85,21	7.453.855,42 €
3	NeWin S.A.	62,48	13.443.936,11 €
Lot 2 (Support en mode « Managed services » des applications middleware (data bases (MSSQL ORACLE POSTGRES), web middleware (IIS,Apache), SharePoint, ...etc.))			
1	Contraste Europe S.A.	89,03	1.820.668,25 €
2	N.R.B. S.A.	86,50	1.768.511,74 €
3	NeWin S.A.	66,08	3.265.761,08 €
Lot 3 (Mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa)			
1	N.R.B. S.A.	86,17	150.661,47 €
2	Proximus S.A.	74,89	224.309,79 €
3	NeWin S.A.	70,24	233.438,70 €

* Montants contrôlés

Par une décision du 25 août 2021, le Conseil d'administration de la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE, en son nom et pour compte de la SA RESA, a décidé d'approuver le rapport d'examen des offres du 12 août 2021 et d'attribuer les trois lots du marché public de services ayant pour objet la mise à disposition et gestion globale des serveurs et ressources d'infrastructure IT Resa ainsi que leur hébergement aux opérateurs économiques suivants :

- la SA CONTRASTE EUROPE pour le lot 1 (mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa);
- la SA CONTRASTE EUROPE pour le lot 2 (support en mode "managed services" des applications middleware (data bases (MSSQL ORACLE POSTGRES), web middleware (IIS, Apache), SharePoint, etc.);
- la SA PROXIMUS pour le lot 3 (mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa) (pièce n° 5).

Le 13 septembre 2021, la SA NEWIN a introduit une demande en suspension, selon la procédure d'extrême urgence, devant le Conseil d'État, à l'encontre de la décision d'attribution du 25 août 2021.

Suite à ce recours, la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE a décidé, le 6 octobre 2021, de retirer la décision d'attribution précitée (...).

Aux termes d'un nouveau rapport d'examen des offres du 29 septembre 2021, l'offre du groupement "SA UPTIME ICT – UPTIME GROUP – NV CRONOS – CRONOS PUBLIC SERVICES – ARXUS – HESTIA – NEORIA – INTERLIGO – MONIN – PIROS" a, une nouvelle fois, été déclarée nulle pour cause d'irrégularité substantielle et ce, pour les trois lots du marché.

Après examen et comparaison des offres régulières au regard des critères d'attribution, les cotes suivantes ont été attribuées aux soumissionnaires pour chaque lot du marché (...):

Rang	Nom	Motivation	Score
Lot 1 (Mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa)			
Critère d'attribution N° 1 : Prix			
<i>Appréciation sur 40 points</i>			
Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix			
1	N.R.B. S.A.	$(6.711.123,33 \text{ €} / 6.711.123,33 \text{ €}) * 40 = 40$	40,00
2	Contraste Europe S.A.	$(6.711.123,33 \text{ €} / 7.453.855,42 \text{ €}) * 40 = 36,01$	36,01
3	NeWin S.A.	$(6.711.123,33 \text{ €} / 13.443.936,11 \text{ €}) * 40 = 19,97$	19,97
Critère d'attribution N° 2 : Qualité technique			
<i>Appréciation sur 60 points</i>			
Le soumissionnaire devra obtenir au min 70% de la cote technique soit 42/60 pour l'ensemble des critères techniques sous peine d'exclusion.			
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	48,74
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	47,15
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	44,24

Critère d'attribution N° 2.1 : Qualité technique et fonctionnelle de l'infrastructure et services Appréciation sur 20 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation v1 5 » à l'onglet « Matrice d'éval - QTF - Lot 1 »			
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	16,24
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	15,91
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	14,07
Critère d'attribution N° 2.2 : Qualité de la livraison des services attendus en mode exploitation Appréciation sur 15 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation v1 5 » à l'onglet « Matrice d'eval - QSM - Lot 1 »			
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	12,37
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	11,20
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	10,43

Critère d'attribution N° 2.3 : Qualité du pilotage de la phase de Migration/Transition <i>Appréciation sur 15 points</i> <i>Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation v1 5 » à l'onglet « Matrice d'éval - QMT- Lot 1 »</i>			
1	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	12,00
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	12,00
1	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	12,00
Critère d'attribution N° 2.4 : Qualité du pilotage du Project management et Transition 10 points <i>Appréciation sur 10 points</i> <i>Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation v1 5 » à l'onglet « Matrice d'éval - QPM-Lot 1 »</i>			
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,13
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,04
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	7,74
Lot 2 (Support en mode « Managed services » des applications middleware (data bases (MSSQL ORACLE POSTGRES), web middleware (IIS,Apache), SharePoint, ...etc.))			
Critère d'attribution N° 1 : Prix <i>Appréciation sur 40 points</i> Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix			
1	N.R.B. S.A.	$(1.768.511,74 \text{ €} / 1.768.511,74 \text{ €}) * 40 = 40$	40,00
2	Contraste Europe S.A.	$(1.768.511,74 \text{ €} / 1.820.668,25 \text{ €}) * 40 = 38,85$	38,85
3	NeWin S.A.	$(1.768.511,74 \text{ €} / 3.265.761,08 \text{ €}) * 40 = 21,66$	21,66
Critère d'attribution N° 2 : Qualité technique <i>Appréciation sur 60 points</i> Le soumissionnaire devra obtenir au min 70% de la cote technique soit 42/60 pour l'ensemble des critères techniques sous peine d'exclusion.			
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	48,84
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	46,57
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	44,81
Critère d'attribution N° 2.1 : Qualité technique et fonctionnelle des services <i>Appréciation sur 10 points</i> <i>Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation v1 5 » à l'onglet « Matrice d'éval - QTF- Lot 2 »</i>			
1	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,00
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,00
1	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,00

Critère d'attribution N° 2.2 : Qualité de la livraison des services attendus en mode exploitation Appréciation sur 20 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation v1 5 » à l'onglet « Matrice d'eval - QSM - Lot 2 »			
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	16,71
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	14,53
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	13,59
Critère d'attribution N° 2.3 : Qualité du pilotage de la phase de Migration/Transition Appréciation sur 20 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation v1 5 » à l'onglet « Matrice d'eval - QMT - Lot 2 »			
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	16,00
1	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	16,00
2	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	15,48
Critère d'attribution N° 2.4 : Qualité du pilotage du Project management et Transition Appréciation sur 10 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation v1 5 » à l'onglet « Matrice d'eval - QPM - Lot 2 »			
1	Contraste Europe S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,13
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,04
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	7,74
Lot 3 (Mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa)			
Critère d'attribution N° 1 : Prix Appréciation sur 40 points Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix			
1	N.R.B. S.A.	(150.661,47 € / 150.661,47 €) * 40 = 40	40,00
2	Proximus S.A.	(150.661,47 € / 224.309,79 €) * 40 = 26,87	26,87
3	NeWin S.A.	(150.661,47 € / 233.438,70 €) * 40 = 25,82	25,82
Critère d'attribution N° 2 : Qualité technique Appréciation sur 60 points Le soumissionnaire devra obtenir au min 70% de la cote technique soit 42/60 pour l'ensemble des critères techniques sous peine d'exclusion.			
1	Proximus S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	47,57
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	46,43
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	44,72

Critère d'attribution N° 2.1 : Qualité technique et fonctionnelle des services Appréciation sur 20 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation vl 5 » à l'onglet « Matrice d'éval - QTF - Lot 3 »			
1	Proximus S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	16,22
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	16,11
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	16,00
Critère d'attribution N° 2.2 : Qualité de la livraison des services attendus en mode exploitation Appréciation sur 25 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation vl 5 » à l'onglet « Matrice d'éval - QSM - Lot 3 »			
1	Proximus S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	19,31
2	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	18,28
3	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	16,98
Critère d'attribution N° 2.3 : Qualité du pilotage de la phase de Migration/Transition Appréciation sur 5 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation vl 5 » à l'onglet « Matrice d'éval - QMT- Lot 3 »			
1	Proximus S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	4,00
1	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	4,00
1	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	4,00
Critère d'attribution N° 2.4 : Qualité du pilotage du Project management et Transition Appréciation sur 10 points Cotation : Voir fichier xls « Annexe 6- Matrice d evaluation vl 5 » à l'onglet « Matrice d'éval - QPM- Lot 3 »			
1	N.R.B. S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,04
1	Proximus S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	8,04
2	NeWin S.A.	Voir motivation technique ci-dessus	7,74

Aux termes du rapport d'analyse des offres, le classement des offres initiales régulières a dès lors été le suivant (pièce n° 8, pp. 135-136) :

Rang	Nom	Score	Prix HTVA*
Lot 1 (Mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa)			
1	N.R.B. S.A.	87,15	6.711.123,33 €
2	Contraste Europe S.A.	84,75	7.453.855,42 €
3	NeWin S.A.	64,21	13.443.936,11 €
Lot 2 (Support en mode « Managed services » des applications middleware (data bases (MSSQL ORACLE POSTGRES), web middleware (IIS,Apache), SharePoint, ...etc.))			
1	Contraste Europe S.A.	87,69	1.820.668,25 €
2	N.R.B. S.A.	86,57	1.768.511,74 €
3	NeWin S.A.	66,47	3.265.761,08 €
Lot 3 (Mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa)			
1	N.R.B. S.A.	86,43	150.661,47 €
2	Proximus S.A.	74,44	224.309,79 €
3	NeWin S.A.	70,54	233.438,70 €

La SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE a ensuite limité le nombre d'offres à négocier en retenant, pour chaque lot, les deux premiers soumissionnaires classés de sorte que la SA NEWIN n'a pas été invitée à négocier et à remettre une BAFO (*Best and final offer*) (...).

Après examen des BAFO des deux soumissionnaires retenus, le classement final des offres régulières a été le suivant (...) :

Rang	Nom	Score	Prix HTVA*
Lot 1 (Mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa)			
1	Contraste Europe S.A.	87,41	5.727.397,90 €
2	N.R.B. S.A.	87,15	5.536.626,94 €
Lot 2 (Support en mode « Managed services » des applications middleware (data bases (MSSQL ORACLE POSTGRES), web middleware (IIS,Apache), SharePoint, ...etc.))			
1	Contraste Europe S.A.	87,23	1.596.678,50 €
2	N.R.B. S.A.	86,57	1.532.445,68 €
Lot 3 (Mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa)			
1	Proximus S.A.	86,68	149.270,20 €
2	N.R.B. S.A.	86,43	145.953,59 €

* Montants contrôlés

Par une décision du 6 octobre 2021, le Conseil d'administration de la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE, en son nom et pour compte de la SA RESA, a décidé d'approuver le rapport d'examen des offres du 29 septembre 2021 et d'attribuer les trois lots du marché public de services ayant pour objet la mise à disposition et gestion globale des serveurs et ressources d'infrastructure IT Resa ainsi que leur hébergement aux opérateurs économiques suivants :

- la SA CONTRASTE EUROPE pour le lot 1 (mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa);
- la SA CONTRASTE EUROPE pour le lot 2 (support en mode "managed services" des applications middleware (data bases (MSSQL ORACLE POSTGRES), web middleware (IIS, Apache), SharePoint, etc.);
- la SA PROXIMUS pour le lot 3 (mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa) (pièce n° 8) ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité de la demande

IV.1. Thèses des parties

La requérante justifie son intérêt à attaquer la décision d'attribution des trois lots du marché litigieux à d'autres soumissionnaires, en faisant valoir qu'elle a déposé une offre pour ces trois lots et qu'en cas de suspension ou d'annulation de la décision précitée, elle pourrait obtenir une nouvelle chance de se voir attribuer ces trois lots, dès lors que les moyens de sa requête, s'ils sont retenus, sont de nature à entraîner la renonciation à poursuivre la procédure de passation de ce marché et la relance éventuelle d'un nouveau marché, à permettre sa participation aux négociations et le dépôt d'une BAFO ou à améliorer les cotes qui lui ont été attribuées lors de l'évaluation de la qualité technique de son offre.

Les parties adverses soutiennent que la requérante n'a pas intérêt au recours sur les seuls premier, deuxième et quatrième moyens de la requête « dans la mesure où elle ne fait pas partie de la *short list* ». Elles exposent que « même si ces moyens étaient déclarés fondés, la SA Newin ne reviendrait pas en ordre utile d'emporter le marché puisqu'elle n'a pas remis de BAFO ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au présent recours n'est *prima facie* pas contestable. Elle est un opérateur économique qui a fait offre pour les trois lots du marché considéré. Par sa requête, elle tend notamment à démontrer que des illégalités qui affectent les documents du marché l'ont désavantagée (premier moyen), que la décision de l'exclure des négociations et de l'empêcher de déposer une BAFO est irrégulière (troisième moyen) et que des erreurs dans l'appréciation de la qualité technique de son offre ont été commises, la classant irrégulièrement à la troisième place (quatrième moyen).

Dès lors qu'en termes de requête, la requérante soulève au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée ou a risqué de la léser, il est vain – dans le cadre de l'examen de recevabilité de la demande au regard des conditions fixées par les dispositions précitées – de faire valoir que la requérante n'aurait pas intérêt à soulever d'autres griefs de la requête. Les arguments développés à ce propos par les parties adverses ne doivent donc pas être examinés à ce stade.

L'exception opposée par les parties adverses doit être rejetée. La recevabilité de la demande doit être admise au vu des dispositions précitées.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4, 5, 53, 81 et 133 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de la violation des principes d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de transparence et de concurrence, de la violation du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle rappelle le contenu et la portée des dispositions et principes visés au moyen et divise celui-ci en deux branches.

Dans une première branche, la requérante critique le cahier spécial des charges en affirmant qu'« il n'a pas fourni une description complète et exacte de l'infrastructure informatique de la SA Resa de sorte que la requérante – qui a mis en place et qui gère actuellement cette infrastructure – a dû tenir compte de ses propres connaissances afin de remettre une offre permettant réellement l'exécution des trois lots du marché litigieux, ce qui a finalement pénalisé la requérante par rapport aux autres soumissionnaires qui, eux, ne disposaient pas d'une description complète et détaillée de l'infrastructure et qui ont donc remis une offre moins complète – et donc moins chère – sur la base de documents du marché incohérents, lacunaires, voire inexacts », alors que les parties adverses auraient « dû fournir une description complète et exacte de l'infrastructure informatique de la SA Resa dans les documents du marché afin de mettre l'ensemble des soumissionnaires sur un pied d'égalité en leur permettant de déposer une offre correspondant à l'infrastructure réelle de la SA Resa et de permettre ainsi une véritable comparaison des offres ».

Elle expose, en premier lieu, qu'elle est la seule à maîtriser parfaitement les spécificités de l'infrastructure IT de Resa puisqu'elle l'a mise en place et en gère actuellement la totalité (hors SAP), que les investissements qu'elle a réalisés répondent aux besoins actuels des parties adverses et ne sont pas encore amortis, que cette infrastructure est, de plus, partagée avec d'autres entreprises du groupe Nethis (dont la SA Resa faisait partie jusqu'en 2019 avant de devenir une intercommunale indépendante), que cette infrastructure n'est donc pas isolée et que sa migration vers un autre fournisseur « ne sera dès lors pas réalisable aisément et sans impact sur les plateformes partagées, voire sur les propres applications métiers de la SA Resa ». Elle estime qu'elle est le seul opérateur « qui, à ce jour, dispose des accès requis et de la maîtrise de la complexité de l'environnement – et donc qui est à même de pouvoir mener ces lourdes opérations de migration ».

Elle explique ensuite en quoi, selon elle, les documents du marché ne contiennent pas une description complète de l'infrastructure IT de Resa. Elle fait valoir, à cet égard, les éléments suivants :

« Dans la mesure où la plupart des informations et installations relatives à l'infrastructure informatique de la SA Resa sont actuellement détenues exclusivement par la requérante et que la SA Resa n'a jamais sollicité d'accès à ces informations et installations, aucune description complète de l'infrastructure n'a pu être fournie aux soumissionnaires, ce qui méconnaît l'article 53 de la loi du 17 juin 2016.

À défaut d'avoir connaissance des informations en possession de la requérante, force est d'ailleurs de constater que la partie adverse a fourni des informations incohérentes, lacunaires, voire inexactes, quant au périmètre de l'infrastructure informatique de la SA Resa, ce qui est attesté par les éléments suivants (...) :

- le nombre de serveurs repris en inventaire dans les documents du marché (237) est largement inférieur à la situation réelle (385);
- le volume de stockage des serveurs annoncé dans les documents du marché (200 TB) ne correspond pas à la réalité (308 TB hors stockage mutualisé);
- le nombre de bases de données renseigné dans les documents du marché (35) est largement inférieur au nombre réel de bases de données (38 + 22 (+/-30 % des bases de données communes + bases de données Oracle non répertoriées)).

Dans le cadre des questions/réponses, la partie adverse a, en outre, confirmé qu'elle ne disposait pas de l'ensemble des droits permettant la migration des serveurs DNS en apportant la réponse suivante à la question de l'un des soumissionnaires (...) :

- Question : "Pouvez-vous communiquer l'architecture DNS mise en place ? Pouvez-vous communiquer la liste des domaines à migrer ? Êtes-vous propriétaire des domaines et avez-vous accès au registre avec un compte admin ?"
- Réponse de la partie adverse : "Si la migration en cours n'est pas terminée, il faudra la continuer en migrant les serveurs des domaines ALE.intra et Tecteo.intra vers le domaine RESA.intra. La collaboration du prestataire actuel est nécessaire pour avoir tous les droits."

La partie adverse a ainsi laissé sous-entendre que le futur prestataire pourrait, le cas échéant, disposer des droits détenus par la requérante alors qu'aucun accord n'a toutefois été conclu à cet égard et que ceci déroge à de nombreuses règles en matière de gouvernance et de sécurité. »

La requérante fait valoir qu'en communiquant des informations incohérentes, lacunaires et inexactes quant à son infrastructure IT, la première partie adverse a violé les principes d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de transparence et de concurrence et a manqué à son devoir de minutie. Elle soutient, en particulier, que l'écart de prix qui existe entre son offre et celles des autres soumissionnaires est en grande partie dû au fait que ceux-ci, ne disposant pas d'une description correcte de l'infrastructure, ont pu proposer des prix bien plus avantageux, étant mal informés de la nature et de l'étendue réelle des prestations à réaliser, tandis que la requérante, qui a une parfaite connaissance de cette infrastructure, a remis un prix conforme à celle-ci, permettant d'exécuter effectivement les prestations prévues par les documents du marché. À l'appui de cette affirmation, elle observe que les différents lots du marché ont été attribués pour des prix nettement inférieurs aux estimations du pouvoir adjudicateur.

Dans une deuxième branche, la requérante soutient que « les besoins de la SA Resa n'ont pas été clairement énoncés dans le cahier spécial des charges de sorte que la requérante a dû tenir compte de ses propres connaissances de

l'infrastructure informatique de la SA Resa pour déterminer certains choix technologiques qui n'ont finalement pas été jugés positivement par rapport aux attentes de la SA Resa », alors que la première partie adverse « aurait dû exprimer clairement les besoins et attentes de la SA Resa afin de permettre aux soumissionnaires – et notamment à la requérante – de déterminer les choix technologiques à privilégier dans leur offre, surtout lorsque ces choix ne s'inscrivent pas dans la continuité de la stratégie et des choix technologiques mis en place actuellement ».

Elle reproche aux parties adverses de ne pas avoir fait connaître leurs choix stratégiques dans les documents du marché, de manière à pouvoir adapter son offre en conséquence. Elle expose, à ce sujet, ce qui suit :

« Dans le cadre des questions/réponses, la requérante a ainsi interrogé la partie adverse en ces termes (...) :

“ Quelle est la méthodologie suivie pour juger de la qualité de la réponse, et comment sont pondérés les critères ? Y a-t-il des critères ayant plus de poids que d'autres (ex. l'utilisation de solution Public Cloud a-t-elle une pondération supérieure, ...) ?”

Plutôt que d'apporter une réponse concrète qui aurait permis à l'ensemble des soumissionnaires d'affiner leur offre et leurs choix technologiques, la partie adverse s'est contentée de répondre que “[c]eci est de la responsabilité du pouvoir adjudicateur ”.

En l'absence d'indications précises concernant les choix technologiques à privilégier, la requérante a pris le parti technologique de se reposer majoritairement sur l'infrastructure existante (en mode “Cloud Privé”) pour fournir les services souhaités par la SA RESA.

Ce modèle reposant majoritairement sur un “Cloud Privé” permettait d'offrir à la SA RESA et au groupe les avantages suivants :

- au regard des risques de failles de sécurité, la requérante assure à la SA RESA un Cloud souverain et imperméable, garantissant le traitement de ses données dans des assets locaux;
- la possibilité d'amortir et de rentabiliser l'infrastructure existante;
- l'utilisation d'une solution technologique éprouvée, robuste et qui s'avère indispensable pour la bonne suite des opérations de la SA RESA à court, moyen et long terme;
- l'assurance auprès de la SA RESA d'une continuité de services et d'un plan de transition sans impact budgétaire;
- la garantie d'un niveau de services conforme aux besoins de la SA RESA;
- la garantie d'opérer et d'héberger des données critiques dans un environnement local, sécurisé et contrôlé de bout en bout (territorialité des données);

- la facilité de traiter avec un seul interlocuteur, la requérante, pour le volet “IT infrastructure (prise en charge des opérations de migration requises et des opérations classiques)” et pour le volet “réseau de connectivité”.

Contrairement à la requérante, les autres soumissionnaires ont pris le parti de baser leur stratégie majoritairement sur le “Cloud Public” et ce n’est qu’à la lecture de l’acte attaqué et, plus particulièrement, de l’évaluation des critères et sous-critères d’attribution qu’il est apparu de manière évidente que cette option technologique a été largement favorisée par la partie adverse.

En effet, six éléments d’évaluation ciblant le “Cloud Public” se sont vu accorder le nombre de points maximal contre cinq éléments ciblant le “Cloud Privé” . Parmi ces cinq éléments, quatre se révèlent toutefois inexécutables avec une réponse “Cloud Public” seule. Ceci démontre clairement la volonté de la SA RESA d’opter pour un “Cloud Public” et de quitter le “Cloud Privé” .

En effet, dans le point 2.4 du cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur détaille la solution de base de données Oracle actuellement mise en œuvre et une référence explicite à des serveurs physiques y est clairement faite (...).

Les quatre éléments inexécutables avec une réponse “Cloud Public” seule sont les suivants :

- le poste QTF-027 fait référence au point 2.4 du cahier spécial des charges en mentionnant des serveurs physiques de sorte qu’il invite à répondre à ce point avec des serveurs physiques (...);
- le poste QTF-028 fait référence aux deux sites où se trouveraient des serveurs Oracle (...) or, la seule façon sûre de garantir des performances identiques à l’infrastructure actuelle est de conserver ces serveurs physiques dans des datacenters géographiquement proches comme c’est le cas actuellement;
- le poste QTF-029 demande uniquement une conformité Oracle sur le design (...), ce qui est bien le cas avec l’infrastructure physique actuelle;
- le poste QTF-030 fait à nouveau référence aux datacenters, supposés physiques donc suite à la mention du point 2.4 du cahier spécial des charges (...).

Il convient également de relever que le cahier spécial des charges précise ce qui suit (...):

“ Ces serveurs sont partagés avec d’autres utilisateurs du groupe. Ces derniers ne devront pas être migrés en tant que tels (lift & shift) par contre les bases de données utilisées par Resa et tournant sur ces serveurs devront être migrées vers l’infrastructure du soumissionnaire.”

En plus des quatre éléments précités, ceci oriente donc le choix du soumissionnaire à établir une architecture basée sur des serveurs physiques répartis dans des datacenters physiquement proches (voy. postes QTF-027, QTF-028, QTF-029 et QTF-030) et donc non réalisable dans du “Cloud Public” seul.

En sus de cette nouvelle confirmation sur l’architecture d’Oracle, ces deux phrases mettent en avant l’état d’entrelacement des systèmes de la SA RESA au sein de l’infrastructure du groupe NETHYS dans son ensemble. Il est dès lors surprenant que la partie adverse n’ait décrit, par ailleurs, aucun besoin d’identification approfondie suivi d’un isolement de ses ressources au sein de cette infrastructure.

Dans l'approche proposée par la requérante basée sur un "Cloud privé", les ressources sont actives 24h/7j par construction. Dans l'approche "Cloud Public" les ressources peuvent être activées à la carte (pay-as-you-use), ce modèle peut s'avérer moins onéreux s'il s'avère possible que les ressources ne soient pas en permanence nécessaires. »

La requérante explique qu'à défaut pour les parties adverses d'avoir précisé leurs choix stratégiques au travers des spécifications techniques et des critères d'attribution, elle « a construit son offre sur la base de l'infrastructure existante et des choix technologiques qui semblaient les plus avantageux pour la SA Resa », mais qu'à la lecture de l'évaluation des offres, il apparaît que les parties adverses ne souhaitaient plus utiliser les assets existants (en mode « cloud privé »), mais entendaient plutôt privilégier les « clouds publics », ce qui l'a pénalisée pour la préparation de son offre.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

Pour affirmer que les documents du marché donnent des informations « incohérentes, lacunaires, voire inexacts, quant au périmètre de l'infrastructure informatique de la SA Resa », la requérante fait valoir que le nombre de serveurs, leur volume de stockage et le nombre de bases de données, renseignés dans les annexes du cahier spécial des charges, ne seraient pas conformes à la réalité qu'elle est la seule à connaître.

Il ressort des pièces du dossier administratif qu'avant le lancement du marché litigieux, les parties adverses ont confié à un autre opérateur économique la réalisation d'une étude visant à établir un inventaire exhaustif des services et des éléments de l'infrastructure IT de Resa, ainsi que la possibilité d'autonomiser cette infrastructure de la structure Nehtys (opération de *carve-out*).

C'est sur la base de cet état des lieux des ressources IT de Resa que les soumissionnaires ont été invités à faire offre de prix pour les lots 1 et 2 du marché litigieux. Il ressort, en effet, du cahier spécial des charges que les prix remis pour ces deux lots doivent être déterminés en fonction de l'architecture proposée respectivement dans les chapitres 3.1.2 et 4.1.2 du cahier, lesquels se réfèrent, à plusieurs reprises, aux inventaires de ressources qui figurent aux annexes 1 à 3 du cahier spécial des charges. Les soumissionnaires doivent donc établir leurs offres de prix pour ces deux lots en fonction des besoins détaillés dans le cahier spécial des charges, en tenant compte des ressources IT décrites aux annexes du même cahier. Cette manière de procéder permet *prima facie* de mettre l'ensemble des

soumissionnaires sur pied d'égalité, de garantir une véritable comparaison des offres et *in fine* de mettre le pouvoir adjudicateur en mesure d'identifier l'offre régulière économiquement la plus avantageuse. Le cahier spécial des charges précise encore que, pour la composante « transition » des prix offerts pour les lots 1 et 2 du marché (points 3.3.3 et 4.3.3.), « le soumissionnaire renseignera le prix de la transition de la situation actuelle vers la situation cible [...] » et qu'« étant donné que l'inventaire des ressources repris dans les annexes 1 à 3 est susceptible d'évoluer entre le moment où ce cahier des charges est publié et la date de l'adjudication, le prix remis pour la transition devra être modulaire et pouvoir s'adapter à l'évolution de cette volumétrie ». Cette précision permet, dans le respect des principes d'égalité et de transparence, une adaptation des prix en cas d'évolution de la volumétrie des ressources de l'intercommunale au moment de la phase de transition.

Rien ne permet de considérer que la requérante aurait agi différemment des autres soumissionnaires pour faire offre dans le cadre du marché litigieux. L'examen *prima facie* de son offre ne rend pas compte de ce qu'elle aurait pris en considération d'autres besoins ou d'autres paramètres que ceux qui figurent dans le cahier spécial des charges et ses annexes. Pour établir son offre, elle paraît, au contraire, s'en être tenue à la description de l'infrastructure IT de Resa, telle qu'elle figure dans les documents du marché. Dans son offre, elle se réfère ainsi expressément à « l'ensemble des serveurs repris dans l'inventaire », aux « ressources listées dans l'annexe 1 », à « l'espace de stockage demandé pour une volumétrie de 200 TB tel que renseigné dans l'annexe 1 », aux « fenêtres de services référencées par RESA dans son annexe 1 », etc. Par ailleurs, comme les parties adverses le font valoir sans être contestées sur ce point, la requérante n'a signalé aucune erreur dans la volumétrie des ressources renseignée dans les documents du marché ni préalablement au dépôt de son offre, ni dans le contenu de celle-ci ou lors de sa défense orale.

Pour ce qui concerne le lot 3, les prix proposés par les soumissionnaires ne sont pas déterminés en fonction de la volumétrie des ressources IT de Resa. La requérante n'a donc pas pu être lésée en raison d'erreurs qui auraient été commises dans les inventaires figurant dans les annexes du cahier spécial des charges.

L'affirmation de la requérante selon laquelle elle serait le seul opérateur « qui, à ce jour, dispose des accès requis et de la maîtrise de la complexité de l'environnement – et donc qui est à même de pouvoir mener ces lourdes opérations de migration » n'est pas établie. Dans son offre, l'attributaire des lots 1 et 2 du marché prévoit bien des prix pour la « mise en œuvre du projet » qui sont destinés à couvrir les prestations – décrites dans le cahier spécial des charges – relatives à la transition de début de marché. Les difficultés énoncées par la requérante, liées à la

migration des systèmes, ne sont pas plus démontrées, la requérante n'apportant aucun élément concret à ce sujet. Quant à la question des droits détenus par la requérante pour la SA Resa ainsi que celle des investissements non amortis consentis par la requérante dans l'infrastructure et les services de l'intercommunale, elles concernent la relation qui s'est nouée entre ces deux parties et sortent du champ d'application du marché litigieux. Concernant le lot 3 du marché, il ne comporte aucune phase de transition de la situation actuelle vers la situation cible, en sorte que le grief énoncé par la requérante, à cet égard, paraît ne pas concerner l'attribution de ce lot.

Le premier moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

Quant à la deuxième branche

Le cahier spécial des charges est clair quant à l'approche qui est privilégiée par les parties adverses ainsi que leurs attentes, concernant notamment les solutions d'hébergement des applications IT. Ainsi, il est précisé au point 3.1.1.2. des clauses techniques du cahier spécial des charges que « conformément à sa stratégie d'hébergement, Resa compte utiliser, prioritairement, des infrastructures de types cloud », qu'« [à] ce titre, Resa souhaite, dans le cadre d'une approche hybrid cloud, pouvoir accéder à des services clouds privé et hyperscale (public) », que « [p]our ce dernier type de service, Resa a sélectionné les plateformes Azure de Microsoft et Amazon Web services », que « [l]e catalogue proposé devra fournir des services private cloud ainsi que hyperscale cloud pour les 2 plateformes citées » et qu'« [é]tant donné que certaines applications pourraient ne pas supporter ce mode cloud voire même ne pas supporter une quelconque technologie de virtualisation de serveur, Resa souhaite, en complément aux services cloud, pouvoir disposer d'une offre de serveurs physiques ». Le point 3.1.2.1.3 des clauses techniques du cahier fournit les informations particulières nécessaires aux soumissionnaires pour « choisir la ou les plateforme(s) cloud utilisée(s) pour les [différents] serveurs [de Resa] ».

Les critiques qu'émet la requérante quant à ces choix stratégiques sont de pure opportunité. Rien n'interdit au pouvoir adjudicateur d'exprimer de nouveaux besoins, pour autant qu'ils soient connus des opérateurs qui remettent offre, ce qui est bien le cas en l'espèce.

La matrice qui constitue l'annexe 6 du cahier spécial des charges reproduit fidèlement l'approche « hybride cloud » voulue par les parties adverses, en reprenant les différentes attentes concernant les différents types de clouds privés et

publics ainsi que l'exigence de serveurs physiques. Cette matrice, comme les clauses techniques du cahier spécial des charges, a été portée à la connaissance des soumissionnaires pour la préparation de leurs offres.

L'affirmation selon laquelle les parties adverses n'entendaient plus utiliser les assets existants (en mode « cloud privé ») et auraient, lors de l'évaluation des offres, privilégié le recours au cloud public n'est *prima facie* pas établie. La démonstration que la requérante fait, à ce propos, n'est pas compréhensible. Elle n'identifie pas les « six éléments d'évaluation ciblant le cloud public » qui se seraient vu accorder un nombre de points maximal. Quant aux points attribués pour les postes QTF-027, QTF-028, QTF-029 et QTF-030, ils ne démontrent nullement une préférence des parties adverses pour le cloud public au détriment du cloud privé.

La requérante, comme les autres soumissionnaires, a pu prendre connaissance des besoins et attentes des parties adverses, décrits dans les clauses techniques du cahier spécial des charges et repris dans la matrice d'évaluation, pour ce qui concerne notamment le choix des différents types de clouds et le recours à des serveurs physiques. Ils ont tous pu préparer leurs offres en conséquence, en sachant que chaque élément de cette matrice ferait l'objet d'une note particulière (*cf.* deuxième branche du quatrième moyen). Lors de l'examen des offres, la première partie adverse a procédé à l'analyse des mérites des solutions proposées par les différents soumissionnaires pour chacun de ces éléments, en attribuant une note maximale (5/5) lorsque celles-ci dépassaient les attentes décrites dans le cahier spécial des charges, conformément à la méthode d'évaluation précisée dans la décision motivée d'attribution (*cf.* deuxième branche du quatrième moyen).

L'affirmation de la requérante selon laquelle les autres soumissionnaires ont pris le parti de baser leur stratégie majoritairement sur le cloud public ne repose sur aucun élément et ne se vérifie pas à la lecture des pièces confidentielles du dossier administratif, en particulier l'offre de l'attributaire du lot 1 du marché.

La requérante s'étonne encore, dans sa requête, de ce que les documents du marché ne précisent pas les besoins d'identification approfondie de l'infrastructure IT de Resa et d'isolement des ressources. Elle n'en tire cependant aucun argument en droit.

Le premier moyen, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 4, 5, 9, 53 et 133 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de transparence et de concurrence, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

La requérante dénonce le cahier spécial des charges en ce qu'il prévoit, pour chaque lot, que les soumissionnaires doivent fournir un catalogue « ouvert » de services auquel la SA Resa pourra faire appel pour ses besoins actuels et futurs alors qu'« un pouvoir adjudicateur est tenu de définir clairement son besoin et, comme l'a récemment rappelé la Cour de justice de l'Union européenne, un marché public doit, même s'il permet des commandes ultérieures, indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir afin que le marché prenne fin lorsque cette limite est atteinte ».

Après avoir rappelé le contenu et les principes des dispositions et principes visés au moyen, elle expose ce qui suit :

« Selon le cahier spécial des charges, le marché litigieux est un marché mixte (...), ce qui signifie qu'il est passé à prix global et/ou à bordereau de prix (ou bon de commande) et/ou à remboursement et qu'au moins deux des trois techniques de commande se combinent.

Si, en l'espèce, le cahier spécial des charges ne le précise pas explicitement, il paraît s'agir d'un marché à prix global et à bordereau de prix.

Les clauses techniques du cahier spécial des charges indiquent, quant à elles, que, pour chaque lot, les soumissionnaires devaient fournir un catalogue de services auquel la SA RESA pourra faire appel pour ses besoins actuels et futurs (...).

Le contenu des catalogues à fournir n'est toutefois pas défini par les documents du marché et ces derniers ne fixent pas un volume ou une quantité maximale de services à fournir.

Les catalogues fournis par les soumissionnaires sont donc des catalogues "ouverts" dont le contenu est déterminé par les soumissionnaires eux-mêmes.

Si, en tant que tel, le recours à un catalogue n'est pas interdit, cette technique doit néanmoins respecter les principes directeurs qui gouvernent la matière des marchés publics, à savoir les principes d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence.

Aux termes de son arrêt précité du 17 juin 2021, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé ces principes et jugé que "l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets".

Si cet arrêt concerne un marché passé par accord-cadre, l'enseignement de celui-ci doit également trouver à s'appliquer au marché à bon de commande, lequel d'ailleurs s'y apparente très fortement.

Il serait effectivement incompréhensible que, pour deux types de marchés dont la quantité ou la valeur des prestations n'est pas définie au moment de l'attribution du marché, l'un soit contraint de faire mention d'une quantité ou d'une valeur

maximale de prestations à fournir (accord-cadre) et l'autre ne soit soumis à aucune limite (marché à bon de commande).

De manière constante, les juridictions françaises considèrent, par ailleurs, que le renvoi à un catalogue de prix d'un opérateur économique sans préciser la nature et l'étendue des prestations attendues dans le cadre de ce catalogue ne peut être accepté dès lors que cela ne respecte pas l'obligation de définition préalable des besoins du pouvoir adjudicateur.

Dès lors qu'en l'espèce, la partie adverse n'a pas fourni de description complète et détaillée de l'infrastructure informatique de la SA RESA, ceci justifie vraisemblablement la nécessité, pour la SA RESA, de disposer de catalogues de services "ouverts" afin de pouvoir ajouter, en cours d'exécution du marché, les prestations qui n'ont pas été prévues par les documents du marché, mais qui sont nécessaires à la réalisation du marché.

En sollicitant des catalogues "ouverts" de services sans en définir précisément le contenu et sans fixer de quantité ou de valeur maximale de commande, la partie adverse a cependant méconnu les principes et dispositions visés au moyen.

Cette demande de catalogues "ouverts" empêche en effet toute comparaison réelle et objective des offres, ce qui a permis à la partie adverse d'attribuer les trois lots du marché litigieux à des soumissionnaires ayant remis une offre incomplète au niveau technique, mais avantageuse en termes de prix, sachant que de nombreuses prestations complémentaires pourront ensuite être commandées sans limites en cours d'exécution du marché sur la base des catalogues proposés.

Au vu de ce qui précède, le deuxième moyen est sérieux et fondé. »

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Suivant les dispositions du cahier spécial des charges, les soumissionnaires doivent proposer des catalogues de services qui répondent aux besoins et exigences définis dans le cahier spécial des charges pour les trois lots du marché. Les services proposés par les soumissionnaires dans leurs catalogues sont évalués au regard de ces besoins et exigences au travers de la matrice d'évaluation qui est annexée au cahier spécial des charges. Les prix proposés pour les lots 1 et 2 du marché sont établis sur la base des services du catalogue qui « auront été instanciés » pour couvrir les missions définies dans le cahier, les soumissionnaires devant « pour chaque poste, identifier les éléments utilisés dans le catalogue de services, leurs volumes et leurs prix unitaires ». Ces catalogues doivent donc permettre d'identifier les services utilisés et leurs prix unitaires. Pour le lot 3, les soumissionnaires doivent remettre des prix unitaires pour chacun des services de leurs catalogues, qui sont demandés dans le cahier des charges, selon un bordereau de prix remis en annexe du cahier. La comparaison des offres est donc rendue possible et effective puisque, d'une part, la qualité technique des services repris dans les catalogues est évaluée et comparée au regard de la matrice d'évaluation et que, d'autre part, les prix qui sont comparés sont ceux des services listés dans les catalogues, qui sont instanciés pour couvrir l'objet du marché pour les trois lots.

La valeur totale du marché et de chacun des lots a fait l'objet d'une estimation de la part des parties adverses. La durée du marché est limitée à 60 mois.

La nature et l'étendue des services sont connues des soumissionnaires. Les besoins et les exigences sont clairement définis pour chacun des lots du marché et toutes les composantes du prix sont identifiées. Ces différents éléments suffisent *prima facie* à délimiter l'étendue du marché.

Certes, le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de recourir, lors de la phase d'exécution du marché, à des services complémentaires pour ses besoins futurs. Cette faculté n'affecte cependant pas la comparaison des offres remises. La requérante n'établit pas que les autres soumissionnaires auraient remis une « offre incomplète au niveau technique, mais avantageuse en termes de prix, sachant que de nombreuses prestations complémentaires pourront ensuite être commandées sans limites en cours d'exécution du marché sur la base des catalogues proposés ». Comme le relèvent les parties adverses dans leur note d'observations, l'attributaire du marché devra exécuter les missions décrites dans le cahier spécial des charges, sous la seule réserve d'éventuelles modifications du marché qui respectent les conditions des articles 38 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Le marché de services litigieux ne paraît pas pouvoir être qualifié d'accord-cadre ou de marché à bons de commande. L'exigence de l'indication d'une valeur ou d'une quantité maximale ne semble, dès lors, pas pouvoir être appliquée. En toute hypothèse, il ne paraît pas que l'absence de cette indication aurait causé grief à la requérante qui, comme les autres soumissionnaires, a pu déposer une offre en connaissance de cause des besoins des parties adverses et de l'étendue des prestations visées par les trois lots du marché, lesquels font l'objet d'une description précise dans le cahier spécial des charges (*cf.* première branche du premier moyen).

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un troisième moyen de la violation des articles 4, 5, 120 et 149 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité de traitement et du principe de concurrence, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle reproche à la première partie adverse d'avoir décidé, pour les trois lots du marché, de l'exclure des négociations lui refusant ainsi de déposer une BAFO, contrairement aux autres soumissionnaires, alors que « contrairement à d'autres procédures de passation, l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui organise le recours à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable ne prévoit pas la possibilité d'organiser des phases successives en vue de limiter le nombre d'offres à négocier » et « que, sous certaines conditions, l'article 149 de la loi du 17 juin 2016 permet certes de prévoir une limitation du nombre d'offres à négocier, mais que ces conditions ne sont toutefois pas remplies dans le cas présent ».

Après avoir rappelé le contenu et la portée des dispositions et principes visés au moyen, la requérante expose ce qui suit :

« En l'espèce, le point I.3 du cahier spécial des charges a prévu ce qui suit s'agissant de la possibilité de limiter le nombre d'offres à négocier :

“ Disposition relative à la ‘short-list’ (prix)

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de n'entrer en négociation qu'avec certains des soumissionnaires. Le choix de cette ‘short-list’ s'effectuera en fonction d'un premier classement effectué sur base des critères d'attribution.”
(...)

Par application de cette disposition, la partie adverse a exclu la requérante des négociations en justifiant cette décision comme suit (...) :

“ Limitation du nombre d'offres à négocier

L'article I.3. du cahier spécial des charges autorise la SA RESA à n'entrer en négociation qu'avec certains soumissionnaires, le choix de cette ‘short-list’ s'effectuant en fonction d'un premier classement effectué sur base des critères d'attribution.

Au terme du premier classement repris au point précédent, la SA NEWIN est en troisième position pour chaque lot. L'écart des points étant assez marqué pour chaque critère, et particulièrement pour le critère ‘prix’, les deux premiers soumissionnaires se démarquent clairement.

En effet :

- pour le lot n°1, l'offre de la SA NEWIN est 89,82 % plus élevée que la moyenne des offres des deux premiers classés.
- pour le lot n°2, l'offre de la SA NEWIN est 81,98 % plus élevée que la moyenne des offres des deux premiers classés.
- pour le lot n°3, l'offre de la SA NEWIN est 24,51 % plus élevée que la moyenne des offres des deux premiers classés.

Partant, seules les offres des deux premiers classés ont été shortlistées, l'offre de la SA NEWIN n'a pas été shortlistée. Seuls les deux premiers classés de chaque lot ont été invités à nous remettre une deuxième offre. Ainsi, notamment, entamer des négociations avec la SA NEWIN aurait pu conduire cette dernière à présenter une réduction de prix potentiellement anormale, dans la mesure où la SA NEWIN aurait vraisemblablement souhaité réduire l'écart la séparant des deux autres soumissionnaires.”

La requérante n'a dès lors pas eu la possibilité de participer aux négociations et de revoir, le cas échéant, son offre, contrairement aux deux autres soumissionnaires.

D'emblée, il convient d'observer que, contrairement à d'autres procédures de passation, l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui organise le recours à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable ne prévoit pas la possibilité d'organiser des phases successives en vue de limiter le nombre d'offres à négocier.

Si cette possibilité de limitation existe pour certaines procédures spécifiques (procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif, partenariat d'innovation et procédure négociée directe avec publication préalable), elle n'est cependant pas prévue pour la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Lorsqu'il s'agit d'une procédure négociée organisée dans les secteurs spéciaux, l'article 149 de la loi du 17 juin 2016 prévoit néanmoins la possibilité de limiter le nombre d'offres à négocier pour autant que cette limitation :

- soit justifiée par la nécessité d'assurer un équilibre approprié entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation et les moyens que requiert son accomplissement;
- respecte des règles et critères objectifs traduisant cette nécessité et permettant de limiter le nombre d'offres;
- permette d'assurer une concurrence suffisante.

Dans le cadre du marché litigieux, force est toutefois de constater que la limitation du nombre d'offres à négocier :

- n'est aucunement justifiée par la nécessité d'assurer un équilibre entre les caractéristiques de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable et les moyens que requiert son accomplissement;
- n'a pas permis d'assurer une concurrence suffisante dès lors que, pour chaque lot, seules trois offres régulières ont été déposées et que la partie adverse a décidé d'exclure l'offre de la requérante et d'ouvrir ainsi la négociation à deux soumissionnaires seulement.

S'agissant de l'obligation d'assurer une concurrence suffisante, il y a lieu de rappeler qu'en règle générale, l'on considère qu'un marché qui ne requiert pas de publicité fait l'objet d'une concurrence suffisante lorsqu'au moins trois opérateurs économiques sont consultés.

Dans le cas présent, rien ne permet de comprendre et de justifier la raison pour laquelle la partie adverse a estimé devoir limiter à deux le nombre d'offres à négocier et ne pas retenir son prestataire actuel qui, pourtant, dispose de toutes les connaissances et compétences requises pour exécuter le marché litigieux.

Si le nombre d'offres à négocier peut certes être limité, cette limitation ne peut être arbitraire et doit respecter les conditions de l'article 149 de la loi du 17 juin 2016. En l'espèce, aucune justification n'est fournie par la partie adverse et les conditions de l'article 149 ne sont pas respectées de sorte que la limitation du nombre d'offres à négocier n'est pas régulière.

Dès lors que la partie adverse n'a pas fourni une description complète et exacte de l'infrastructure informatique de la SA RESA aux soumissionnaires et qu'elle n'a pas précisé les besoins et attentes technologiques de la SA RESA (voy. *supra*, premier moyen), rien ne permet, en outre, de comprendre la volonté de limiter le nombre d'offres à négocier et d'exclure la requérante des négociations.

Lors des négociations, la partie adverse aurait pu, en effet, apporter des précisions quant aux besoins et attentes de la SA RESA de sorte que la requérante aurait pu adapter son offre en fonction de ces précisions et ainsi proposer une stratégie technologique conforme aux souhaits de la SA RESA, ce qui aurait entraîné une réduction importante du prix de son offre.

En empêchant la requérante d'accéder aux négociations et de déposer une BAFO, la partie adverse a ainsi méconnu les principes et dispositions visés au moyen et, plus particulièrement, les articles 4, 5, 120 et 149 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que le principe d'égalité entre soumissionnaires et le principe de concurrence.

À supposer qu'une limitation du nombre d'offres à négocier était possible en l'espèce – *quod non* –, le cahier spécial des charges a prévu, pour rappel, que "[l]e pouvoir adjudicateur se réserve le droit de n'entrer en négociation qu'avec certains des soumissionnaires" et que "[l]e choix de cette 'short-list' s'effectuera en fonction d'un premier classement effectué sur base des critères d'attribution" (...).

À cet égard, il y a lieu de rappeler que le montant global estimé du marché s'élève à 15.000.000,00 EUR htva (...), lequel se décompose comme suit :

- lot 1 : 11.000.000,00 EUR htva
- lot 2 : 1.750.000,00 EUR htva
- lot 3 : 2.250.000,00 EUR htva

À l'issue d'une première analyse des offres, le classement des offres initiales régulières était le suivant (...) :

Rang	Nom	Score	Prix HTVA*
Lot 1 (Mise à disposition de solutions Cloud ainsi que des services et support nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de Resa)			
1	N.R.B. S.A.	87,15	6.711.123,33 €
2	Contraste Europe S.A.	84,75	7.453.855,42 €
3	NeWin S.A.	64,21	13.443.936,11 €
Lot 2 (Support en mode « Managed services » des applications middleware (data bases (MSSQL ORACLE POSTGRES), web middleware (IIS,Apache), SharePoint, ...etc.))			
1	Contraste Europe S.A.	87,69	1.820.668,25 €
2	N.R.B. S.A.	86,57	1.768.511,74 €
3	NeWin S.A.	66,47	3.265.761,08 €
Lot 3 (Mise à disposition, gestion et exploitation de Data Centers privés afin d'héberger les solutions métiers de Resa)			
1	N.R.B. S.A.	86,43	150.661,47 €
2	Proximus S.A.	74,44	224.309,79 €
3	NeWin S.A.	70,54	233.438,70 €

Pour justifier l'écartement de l'offre de la requérante avant l'entame des négociations, la partie adverse a estimé qu' "[a]u terme du premier classement repris au point précédent, la SA NEWIN est en troisième position pour chaque lot. L'écart des points étant assez marqué pour chaque critère, et particulièrement pour le critère 'prix', les deux premiers soumissionnaires se démarquent clairement" (...).

La partie adverse a ainsi considéré qu'en raison d'un écart marqué au niveau des prix de la requérante, il n'y avait pas lieu d'inviter celle-ci à participer aux négociations.

Comme indiqué dans le cadre du premier moyen, il convient de rappeler qu'en l'espèce, les besoins de la SA RESA n'ont pas été clairement énoncés dans les documents du marché de sorte que la requérante a dû tenir compte de ses propres connaissances de l'infrastructure informatique de la SA RESA pour déterminer certains choix technologiques de son offre.

En permettant à la requérante de participer aux négociations, celle-ci aurait alors pris conscience de la volonté de la SA RESA de ne pas privilégier l'utilisation des assets existants (en mode "Cloud Privé") et d'axer sa stratégie sur des "Clouds Publics" de sorte que la requérante aurait pu remettre une BAFO conforme aux besoins et attentes de la SA RESA et ce, pour un prix nettement plus réduit dès lors qu'une solution de type "Cloud Public" représente un coût largement inférieur à une solution de type "Cloud Privé".

Dans la mesure où la partie adverse savait pertinemment bien que l'écart de prix constaté entre l'offre de la requérante et les offres des autres soumissionnaires résultait de choix technologiques qui auraient pu évoluer suite aux négociations, rien ne permet de comprendre et de justifier la décision de la partie adverse de ne pas autoriser la requérante à participer aux négociations.

En outre, si la décision de ne pas entamer de négociations avec un soumissionnaire ayant remis un prix nettement supérieur aux autres peut éventuellement se comprendre pour des marchés pour lesquels la marge de manœuvre est faible au niveau des prix (par exemple, pour les marchés de travaux ou certains marchés de fournitures), il n'en est pas de même pour des marchés de services où les prix peuvent fortement varier et faire l'objet de négociations importantes.

À cet égard, il y a lieu d'observer qu'après négociation, l'adjudicataire de chaque lot du marché litigieux a consenti une réduction significative sur son prix initial :

- la SA CONSTRATE EUROPE a baissé son prix de 23 % pour le lot 1 (7.453.855,42 EUR pour l'offre initiale et 5.727.397,90 EUR pour l'offre finale);
- la SA CONSTRATE EUROPE a baissé son prix de 12 % pour le lot 2 (1.820.668,25 EUR pour l'offre initiale et 1.596.678,50 EUR pour l'offre finale);
- la SA PROXIMUS a réduit son prix de 33 % pour le lot 3 (224.309,79 EUR pour l'offre initiale et 149.270,20 EUR pour l'offre finale).

Pour le lot 3, la SA PROXIMUS a ainsi réduit son prix de 33 % dans le cadre de sa BAFO, ce qui lui a permis d'augmenter sa cote pour le critère d'attribution relatif au prix de près de 13 points et de finalement remporter ce lot alors qu'elle figurait initialement en deuxième position du classement des offres avec 12 points de moins que la SA NRB.

En étant autorisée à participer aux négociations et à déposer une BAFO, la requérante aurait ainsi pu adapter son offre sur la base des attentes et besoins technologiques de la SA RESA et consentir une réduction de prix significative à l'instar des autres soumissionnaires, ce qui aurait pu lui permettre d'obtenir une chance de remporter un ou plusieurs lots du marché litigieux.

Par ailleurs, l'explication fournie par la partie adverse pour justifier son choix de ne pas négocier avec la requérante n'est, en tout état de cause, aucunement pertinente s'agissant du lot 3 du marché litigieux.

Dans la mesure où l'offre initiale de la SA PROXIMUS présentait un prix de 224.309,79 EUR, il ne peut en effet être sérieusement considéré que cette offre "se démarquait clairement" de celle de la requérante qui proposait un prix de 233.438,70 EUR.

Ceci représente un écart de seulement 9.128,91 EUR ou 1,05 point sur 40 entre les deux offres (26,87 points pour la SA PROXIMUS contre 25,82 points pour la requérante) s'agissant du critère d'attribution relatif au prix (...).

Le fait de ne pas avoir invité la requérante aux négociations pour le lot 3 du marché litigieux ne peut dès lors sérieusement être justifié par un écart important avec les prix des deux autres soumissionnaires.

En outre, il y a lieu de rappeler que le lot 3 a été estimé à un montant de 2.250.000,00 EUR par la partie adverse. Il ne peut dès lors être raisonnablement soutenu que la requérante ne pourrait pas être invitée aux négociations en raison d'un prix trop élevé alors que celui-ci représente environ 10 % seulement (233.438,70 EUR) du prix estimé pour le lot 3.

À toutes fins utiles, il convient de préciser que la SA PROXIMUS a récemment vendu son périmètre de "Cloud Hybride" à la société indienne HCL TECHNOLOGIES, à savoir le périmètre qui fait l'objet du marché litigieux. Selon la SA PROXIMUS, la mise en route sera réalisée pour le mois de février 2022 (...), ce qui signifie qu'à l'heure actuelle – et donc au moment d'attribuer le marché –, la SA PROXIMUS n'a pas la capacité d'exécuter le lot 3 du marché litigieux.

En ce qui concerne le lot 1, il convient enfin d'observer que la partie adverse a estimé le prix de ce lot à 11.000.000,00 EUR.

Les écarts entre cette estimation et le prix proposé par chaque soumissionnaire sont les suivants :

- SA NRB : écart de 39 % pour l'offre initiale et de 49 % pour la BAFO;
- SA CONTRASTE EUROPE : écart de 32 % pour l'offre initiale et de 48 % pour la BAFO;
- SA NEWIN : écart de 22 % pour l'offre initiale.

En proposant un prix initial de 13.443.996,11 EUR, l'offre de la requérante était 22 % plus élevée que l'estimation de la partie adverse, ce qui s'explique essentiellement par le fait qu'en l'absence d'indications précises quant aux besoins et attentes de la SA RESA, la requérante a dû tenir compte de ses propres connaissances de l'infrastructure informatique de la SA RESA pour déterminer les choix technologiques à privilégier et que ces choix sont plus onéreux que ceux finalement souhaités par la SA RESA.

Les prix proposés par les deux autres soumissionnaires présentaient, quant à eux, une différence nettement plus importante (entre 32 et 39 % pour les offres initiales et entre 48 et 49 % pour les BAFO) par rapport à l'estimation de la partie adverse.

Dans la mesure où le prix proposé par la requérante pour le lot 1 est le plus proche du montant estimé par la partie adverse, il paraît abusif ou, à tout le moins, injustifié de ne pas avoir permis à la requérante de négocier alors qu'en réalité, ce sont les offres des deux autres soumissionnaires qui sont particulièrement basses par rapport à l'estimation.

En empêchant la requérante d'accéder aux négociations et de déposer une BAFO, la partie adverse a ainsi méconnu les principes et dispositions visés au moyen et, plus particulièrement, les articles 4, 5, 120 et 149 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que le principe d'égalité entre soumissionnaires et le principe de concurrence.

En tout état de cause, l'acte attaqué ne contient aucune motivation permettant de comprendre pour quelle(s) raison(s) la partie adverse a décidé de ne pas poursuivre les négociations avec la requérante – qui est pourtant son prestataire actuel – de sorte que les dispositions et principes visés au moyen ont été méconnus et, en particulier, les articles 4 et 5 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 ainsi que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

[...] Au vu de ce qui précède, le quatrième moyen [lire : le troisième moyen] est sérieux et fondé. »

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Comme le relèvent les parties adverses, l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui instaure la procédure négociée avec mise en concurrence préalable ne contient pas de dispositions encadrant le déroulement des négociations. Son paragraphe 2 prévoit, pour la phase de sélection, que « l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de candidats admis à participer à la procédure, conformément à l'article 149, alinéa 2 ». Cette dernière disposition – sur base de laquelle la requérante fonde son argumentation – concerne, comme son intitulé l'indique, uniquement les « critères de sélection qualitative » en prévoyant la possibilité – *via* l'application de ces critères – de « limiter le nombre de candidats

qui seront invités à présenter une offre ou à négocier ». Cette disposition ne vise pas la faculté de limiter le nombre d'offres à négocier après la phase de sélection des candidats ni n'impose de conditions à cet égard, contrairement à ce qu'affirme la requérante.

Comme la phase de négociation ne fait pas l'objet de prescriptions légales particulières, il appartient à l'adjudicateur de fixer ses propres règles en la matière, dans le respect des principes généraux qui régissent la matière des marchés publics.

En l'espèce, le point I.3 du cahier spécial des charges prévoit la possibilité de limiter le nombre d'offres à négocier dans les termes suivants :

« Le marché est passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans mener de négociations.
Disposition relative à la "Short-list" (prix)
Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de n'entrer en négociation qu'avec certains des soumissionnaires. Le choix de cette "short-list" s'effectuera en fonction d'un premier classement effectué sur base des critères d'attribution. »

Faisant application de cette disposition, la première partie adverse a décidé de n'entamer des négociations qu'avec les soumissionnaires dont les offres ont obtenu les deux meilleurs scores sur pied d'un premier classement établi sur la base des critères d'attribution et d'exclure la requérante dont l'offre arrive en troisième position pour les trois lots du marché.

Prima facie, la décision de limiter l'accès aux négociations aux seuls deux premiers classés de chaque lot ne méconnaît pas le principe de mise en concurrence, invoqué par la requérante. La procédure de passation litigieuse a fait l'objet d'un avis de marché publié aux niveaux belge et européen permettant à un nombre indéterminé d'opérateurs économiques de déposer une demande de participation. Tous les candidats qui remplissaient les conditions d'accès et les critères de sélection qualitative – en ce compris la requérante – ont pu déposer une offre. Pour respecter le principe général de concurrence, les parties adverses n'étaient pas obligées, en plus, d'inviter au moins trois soumissionnaires à négocier plutôt que les deux premiers classés.

L'exclusion de la requérante des négociations paraît valablement justifiée, dans la décision motivée d'attribution, par « l'écart de points assez marqué pour chaque critère et particulièrement pour le critère prix, les deux premiers soumissionnaires se démarqu[ant] clairement » et par le fait qu' « entamer des négociations avec la SA Newin aurait pu conduire cette dernière à présenter une

réduction de prix potentiellement anormale, dans la mesure où la SA Newin aurait vraisemblablement souhaité réduire l'écart la séparant des deux autres soumissionnaires ».

Ce motif est confirmé par la requérante elle-même, dans sa requête, lorsqu'elle indique qu'elle était en mesure de proposer une « réduction importante du prix de son offre » pour les trois lots du marché moyennant une modification des aspects techniques de celle-ci. Or, il résulte des pièces du dossier administratif et des explications fournies par les parties adverses que les scores attribués pour les aspects techniques des offres sont devenus définitifs au moment du premier classement des offres et que les négociations ont porté exclusivement sur les prix remis par les deux soumissionnaires les mieux classés. Leurs BAFO ne reviennent pas sur les aspects techniques de leurs offres et n'affectent donc pas le score technique définitif établi précédemment. La partie de l'offre remise après cette négociation ne concerne que les aspects financiers. Or, la requérante ne prétend pas qu'elle aurait pu, sans toucher au volet technique de son offre, réduire ses prix de manière à remporter l'un ou l'autre lot du marché, en ce compris le lot 3. Il convient de relever, à cet égard, que si l'écart de prix entre l'offre de la requérante et celle de la société Proximus (arrivée en deuxième position sur la base du premier classement) s'élevait seulement à 9.128,91 euros, l'offre de cette société était déjà classée première pour le critère de la qualité technique (sur 60 points), en sorte que l'effort financier à consentir par la requérante pour remporter ce lot – sans modification des aspects techniques de son offre – était nécessairement plus important que celui à fournir par la société Proximus (qui s'est finalement vu attribuer le lot 3).

La première partie adverse a *prima facie* pu considérer que les réductions de prix à consentir par la requérante pour remporter les trois lots du marché – sans modification du volet technique des offres – seraient « potentiellement anormales ».

Les considérations de la requérante relatives à l'estimation de la valeur totale du marché et de chacun de ses lots ne permettent pas d'aboutir à un autre constat. C'est d'autant le cas que la requérante ne soutient pas que les prix offerts par les autres soumissionnaires seraient anormalement bas.

L'affirmation selon laquelle la société Proximus n'aurait pas la capacité d'exécuter le lot 3 n'est pas établie.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Quatrième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un quatrième moyen de la violation des articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle rappelle le contenu et la portée des dispositions et principes visés ci-dessus et divise son moyen en deux branches.

Dans une première branche, la requérante fait valoir que, « pour plusieurs critères et sous-critères d'attribution, la [première] partie adverse [a] porté une appréciation erronée sur [son] offre [...] ou, à tout le moins, n'a pas motivé adéquatement [la] décision, ce qui [lui] a fait perdre de nombreux points [...] » alors que « sur la base d'une appréciation correcte de son offre, la requérante aurait dû obtenir une cote globale plus élevée lui permettant d'accéder aux négociations et de disposer ainsi de l'opportunité de remporter un ou plusieurs lots du marché ». Elle expose, plus précisément, ce qui suit :

« [...] Pour les trois lots du marché litigieux, le deuxième critère d'attribution concerne la qualité technique des offres et représente 60 points sur 100 (...). Ce critère prévoit les sous-critères suivants :

- qualité technique et fonctionnelle de l'infrastructure et services (QTF) – 10 points;
- qualité de la livraison des services attendus en mode exploitation (QSM) – 20 points;
- qualité du pilotage de la phase de migration/transition (QMT) – 20 points;
- qualité du pilotage du project management et transition (QPM) – 10 points.

L'annexe 6 du cahier spécial des charges énumère ensuite plusieurs dizaines de sous-sous-critères d'attribution pour chaque sous-critère d'attribution.

[....] Pour de nombreux sous-sous-critères d'attribution, la partie adverse a jugé négativement l'offre de la requérante en se fondant toutefois sur une appréciation manifestement erronée de celle-ci.

Par souci de clarté, la requérante reprend, dans le tableau ci-dessous, les erreurs commises par la partie adverse lors de l'analyse de son offre :

Poste de l'annexe 6	Description du poste	Remarques de la requérante

QTF-025 Lot 1	Proposer au minimum 2 datacenters par type de Cloud	La requérante obtient une cote de 2,5/5 alors que sa réponse comporte bien deux datacenters locaux, vu que son offre est basée sur son Cloud privé territorial. Par ailleurs, pour le Cloud public la redondance est built-in chez les gros providers comme AWS et Azure.
QTF-057 Lot 1	LAN – micro-segmentation	La requérante obtient une cote de 2,5/5 alors qu'elle propose une solution state-of-the art basée sur VMWare NSX qui certes n'est pas déployée globalement mais est déjà utilisée pour le groupe en zone d'accès à Internet. Même si cette solution n'était pas déployée globalement au moment du dépôt de l'offre, cette dernière présentait un planning réaliste et en phase avec le déroulé du projet (solution opérationnelle au troisième trimestre 2021).
QTF-060/ QTF-061 Lot 1	Chiffrement des données au repos et en transit / Chiffrement - utilisation, par Resa, de ses propres clés de chiffrement	La partie adverse demandait que les soumissionnaires fournissent une solution en ce sens, sans formuler de demande de description, simplement une requête pour conformité. La requérante obtient une cote de 2,5/5 pour ne pas avoir développé un point qui n'attendait pas explicitement de détails, ni de définition de niveau de détails.
QTF-062/ QTF-063/ QTF-064/ QTF-065 Lot 1	Multicloud management - Gestion des plateformes à travers une consoleweb et en mode IaaS/ Multicloud management - mise à disposition d'un service de cloud management platform/ Multicloud management - description des fonctionnalités de base/ Multicloud management - description des services et des limitations des fonctionnalités	Pour chacun de ces sous-sous-critères d'attribution, la requérante obtient une cote de 0/5. L'approche de la requérante consistait à mettre à disposition, via un point d'entrée unique, l'accès à l'ensemble des plateformes Cloud public et de APIs de la SA RESA. Par conséquent, il est erroné de considérer que la requérante n'a apporté aucune réponse à ce point. Dès lors que la requérante a proposé une intégration poussée entre ces plateformes d'accès, une cotation nulle au motif qu'aucune solution n'est proposée constitue une erreur de la partie adverse.
QTF-073 Lot 1	Intégration des nouveaux services hyperscale cloud	La requérante obtient une cote de 2,5/5 alors qu'elle a fait appel à la société NTT (expert dans ce domaine) qui l'a guidé dans la formulation de la réponse sur ce point.

QTF-074 Lot 1	Description des services private cloud	La requérante obtient une cote de 2,5/5 or le jugement de la partie adverse est essentiellement basé sur la réputation du Cloud Agilis qui est un terme commercial derrière des éléments techniques qui évoluent. Selon l'analyse de la partie adverse, cette solution ne serait pas redondante et ne répondrait pas au besoin. Or, la requérante reçoit, par ailleurs de très bonnes évaluations (4/5) en termes de performance et redondance de son Cloud privé (voy. QTF-025, QTF-075, QTF-076, QTF-087, QTF-088 et QTF-090). Pour le poste QTF-090 « Service de protection contre les désastres - limitations, réplication (a)synchrone, RTO et RPO, consistance applications », la requérante a obtenu une cote de 4/5, ce qui est évidemment incompréhensible si le Cloud de la requérante était effectivement non redondant ne répondait pas au besoin – <i>quod non</i>.
QTF-091 Lot 1	Archivage	La requérante obtient une cote de 2,5/5 alors que la partie adverse a demandé un système de stockage à faible performance « s'apparentant à des archives ». La requérante a proposé des systèmes de stockages low perf pour offrir une solution low cost / low perf en précisant ne pas avoir proposé de solution d'archivage spécifique dans la mesure où cela aurait impliqué des modifications lourdes sur les solutions applicatives qui auraient encore alourdi les estimations budgétaires.
QPM-010 Lots 1, 2 et 3	Documentation d'installation	La requérante obtient une cote de 2,5/5 or, la documentation d'installation est similaire à celle rédigée pour le marché relatif à la mise à disposition et gestion globale des réseaux informatiques VAN et LAN de la SA RESA (2020118-S) que la requérante a remporté le 30 juin 2021 et, dans le cadre duquel, la documentation d'installation a été jugée positivement (4/5) (pièce n° 12).
QPM-011 Lots 1, 2 et 3	Calendrier	La partie adverse juge le planning de la requérante trop long en comparaison des autres prestataires. Compte tenu de son expérience des projets de la SA RESA et en connaissance de la lourde charge des

		opérations de carve-out encore à réaliser, la requérante a pu établir un planning réaliste voire même optimiste compte tenu de la charge de travail. De plus, la requérante se demande comment les autres soumissionnaires ont pu présenter un calendrier correspondant aux attentes de la SA RESA alors qu'ils n'ont pas pris contact avec la requérante pour établir celui-ci et que, partant, ils ne disposent pas de toutes les informations permettant l'établissement d'un planning réaliste.
QSM-002 Lot 1	Managed service plateforme cloud et serveurs physiques - Monitoring et gestion des évènements	La requérante obtient une cote de 2,5/5 car la partie adverse met en évidence le fait que la solution de la requérante ne serait pas encore complètement déployée et que la requérante ne parle pas du monitoring Azure et AWS or, la requérante précise clairement dans son offre que ces points sont couverts (voy. QTF-068).
QSM-031/ QSM-032/ QSM-033 Lots 1, 2 et 3	SMT Jira/SMT Synchro/SLA-KPI-SLR	La requérante obtient une cote de 2,5/5 en raison d'une « <i>intégration compliquée par mail entre Selligent (qui n'est pas un outil ITSM) et JIRA</i> ». L'offre de la requérante contient pourtant une description du développement planifié permettant une totale interaction bi-directionnelle entre Jira et Selligent.
QSM-038 Lots 1, 2 et 3	Reporting tableaux de bord	La requérante obtient une cote de 1/5 or, outre la description standard du reporting de la requérante, cette dernière a présenté, lors de la présentation prévue dans le cadre du marché litigieux, un Powerpoint détaillé avec des exemples concrets de reporting réalisés sur le périmètre Infra pour VOO. A nouveau, la requérante est pénalisée sur un élément pour lequel elle a pourtant clairement démontré ce qu'elle pouvait mettre à disposition de la SA RESA. De plus, contrairement à ce que prétend la partie adverse, la requérante a fourni une annexe technique dans laquelle figure bien un exemple anonymisé d'un rapport complet (pp. 27-46).
QSM-041 Lots 1, 2 et 3	Catalogue de services	La requérante obtient une cote de 2,5/5 alors que la partie adverse souhaitait disposer d'un catalogue « ouvert » de services qui serait affiné lors de la mise en œuvre du projet.

		L'offre de la requérante comportait une liste d'<i>item</i> et de prix qui pouvait être affinée ultérieurement, ce qui correspond à la demande de la partie adverse.
QSM-042 Lots 1, 2 et 3	Plan BCP/DRP	La requérante obtient une cote de 2,5/5 et est pénalisée parce qu'une proposition de plan DRP a été formulée pour un sous-ensemble de l'infrastructure. Cette appréciation ne manque pas surprendre dans la mesure où la partie adverse n'a pas présenté ses priorités business, ni les services qui devaient être couverts par un DRP. Ce n'est qu'à la lecture de l'acte attaqué que la requérante a constaté que la partie adverse souhaitait un DRP sur la totalité de ses installations, ce qui n'était pas mentionné dans les documents marché et aurait eu, en outre, un impact considérable sur les coûts d'infrastructure et la méthodologie de migration.
QSM-044 Lots 1, 2 et 3	Pénalités	La requérante obtient une cote de 1/5 dès lors que la partie adverse prétend que les pénalités de la requérante seraient trop faibles et seraient uniquement liées au matériel. Dans le SLA, la requérante a pourtant clairement indiqué que celui-ci portait bien sur des services (exemple : VM) mais limitait le périmètre afin de ne pas avoir des pénalités combinées du type : si un équipement réseau ne fonctionne plus et impacte le service mail qui ne fonctionne plus non plus, alors les pénalités se cumulent (service mail, serveur, réseau, end-user, etc.)
QSM-047 Lots 1, 2 et 3	Partage de connaissances	La requérante obtient une cote de 2,5/5 simplement parce que la réponse n'est pas assez explicite pour la partie adverse (la requérante a indiqué que son offre est complètement conforme aux demandes de la partie adverse). L'expression des besoins en termes de partage de connaissance étant clairement établie dans les documents du marché, la requérante a indiqué qu'elle respecterait l'ensemble des demandes exprimées sur ce point, ce qui ne justifie aucunement la perte de la moitié des points.

Sur la base d'une analyse erronée de l'offre de la requérante, cette dernière a ainsi perdu de nombreux points pour chaque lot du marché litigieux :

- lot 1 : 43 points perdus;
- lot 2 : 23 points perdus;
- lot 3 : 23 points perdus.

Au vu de ce qui précède, la première branche du cinquième moyen [lire : quatrième moyen] est sérieuse et fondée. »

Dans une deuxième branche, la requérante conteste « la méthode d'évaluation des sous-critères d'attribution relatifs à la qualité technique qui est énoncée dans l'acte attaqué » en ce qu'elle ne prévoit pas de motivation lorsque les soumissionnaires obtiennent la cote de 4/5 dès lors que celle-ci « correspond à une couverture satisfaisante du besoin » alors qu'« à défaut de fournir une motivation pour de nombreux sous-critères d'attribution relatifs à la qualité technique, les soumissionnaires n'ont pas la possibilité de comprendre, de vérifier et, le cas échéant, de critiquer l'appréciation des offres qui a été réalisée par la première partie adverse ». Elle expose, à cet égard, ce qui suit :

« Alors que le cahier spécial des charges n'a fait mention d'aucune méthode d'évaluation pour les sous-critères d'attribution relatifs à la qualité technique des offres, l'acte attaqué indique que la méthode d'évaluation suivante a été appliquée lors de l'évaluation des offres (...) :
Aucune motivation n'est ainsi fournie lorsque les soumissionnaires obtiennent la cote de 4/5 au motif que celle-ci "correspond à une couverture satisfaisante du besoin".

Votre Conseil rappelle ce qui suit en ce qui concerne l'obligation de motivation formelle lors de l'évaluation des offres :

“ L'obligation de motivation formelle qui s'impose à l'autorité administrative en vertu des dispositions visées au moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'Etat de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Ces motifs doivent reposer sur les éléments du dossier administratif. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.
La comparaison des offres au regard de critères et de sous-critères définis dans le cahier spécial des charges et l'attribution de points en fonction d'une pondération prédéfinie laissent au pouvoir adjudicateur un très vaste pouvoir d'appréciation dont le corollaire est une obligation de motivation étendue. La simple attribution de points ne constitue pas, de ce point de vue, une motivation suffisante. Des motifs doivent fonder l'attribution de points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre. Dans l'hypothèse où toutes les offres se voient, comme en l'espèce, attribuer une note identique pour tout ou partie des critères d'attribution, la motivation doit permettre à chaque soumissionnaire et au juge chargé de contrôler la légalité de la décision, de comprendre pourquoi cette note identique a été attribuée et pourquoi il n'a pas été possible de départager les offres”.

En l'espèce, une cote de 4 sur 5 a été attribuée pour 845 éléments évalués sur 1196 au total, ce qui représente 70 % des cotes. Ceci signifie, en d'autres termes, que, pour 70 % des éléments évalués, la partie adverse a attribué une cote de 4 sur 5 aux soumissionnaires sans le moindre élément de justification et sans aucune motivation.

En attribuant une cote de 4 sur 5 pour la majorité des sous-critères d'attribution sans le moindre élément de motivation, la partie adverse a méconnu l'obligation de motivation formelle dès lors que la requérante et Votre Conseil se trouvent dans l'impossibilité (1) de comprendre pourquoi une cote de 4 sur 5 a été attribuée pour de nombreux sous-critères d'attribution, (2) de vérifier les motifs qui sous-tendent cette cotation et (3) de critiquer, le cas échéant, l'appréciation des offres.

À défaut de faire l'objet d'une motivation claire, complète, précise et adéquate, l'acte attaqué méconnaît les principes et dispositions visés au moyen.

Au vu de ce qui précède, la deuxième branche du cinquième moyen [lire : quatrième moyen] est sérieuse et fondée. »

VIII.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Quant à la deuxième branche

L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'adjudicateur est tenu en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler la manière dont cette autorité a, le cas échéant, exercé son pouvoir d'appréciation ainsi que l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

Le point I.11. du cahier spécial des charges prévoit, pour les trois lots du marché, deux critères d'attribution : le prix (40 points) et la qualité technique (60 points). Ce deuxième critère se divise lui-même en quatre sous-critères : (1) QTF - qualité technique et fonctionnelle de l'infrastructure et services (pour le lot 1) ou des services (pour les lots 2 et 3) comptant pour 10 ou 20 points, selon les lots, (2) QSM - qualité de la livraison des services attendus en mode d'exploitation comptant pour 15, 20 ou 25 points selon les lots, (3) QMT - qualité du pilotage de la phase de Migration/Transition comptant pour 5, 15 ou 20 points selon les lots et (4) QPM – qualité du pilotage du Project management et Transition comptant pour 10 points pour l'attribution des trois lots. Aux points I.11.1., I.11.2 et I.11.3 du cahier, il est précisé que les soumissionnaires doivent remplir une matrice des besoins (annexe 6 du cahier spécial des charges qui liste les besoins qui sont détaillés dans les clauses techniques du cahier spécial des charges) et que chaque réponse sera évaluée et notée. Le point I.11.4 indique que « la réponse dans la matrice d'évaluation est obligatoire », qu'« elle doit être remplie par chaque soumissionnaire » et que « [...] le soumissionnaire peut faire référence à des sections d'un dossier technique ». Le point I.11.5 ajoute que « l'évaluation se fera strictement sur les matrices de besoins et le dossier technique ».

La matrice de besoins – qui est annexée au cahier spécial des charges – contient au total 299 *items* (161 pour le lot 1, 67 pour le lot 2 et 71 pour le lot 3). Chaque *item* appelle une réponse dans l'offre des soumissionnaires et chaque réponse est évaluée et notée.

La décision motivée d'attribution précise la méthode d'évaluation comme il suit :

Motivation technique

Cette motivation technique reprend les cotes attribuées aux soumissionnaires du marché **Services d'hébergement** sur base de l'analyse de leurs réponses aux exigences de la partie technique du cahier des charges. La numérotation de chaque Fonctionnalité/Exigence est la même que celle du cahier des charges et de la matrice d'évaluation associée.

- Une *cote de 4/5* correspond à une couverture satisfaisante du besoin tel qu'expliqué dans les tableaux ci-dessous sous la dénomination « Fonctionnalité/Exigence ». Aucun commentaire particulier n'est alors précisé.
- Une *cote supérieure à 4/5* peut être attribuée lorsque la solution dépasse dans une mesure plus ou moins importante les attentes décrites. Des commentaires sont alors fournis pour étayer la cote attribuée.
- Une *cote de 2,5/5* est attribuée lorsque la réponse correspond faiblement aux attentes. Des commentaires sont alors fournis pour étayer la cote attribuée.
- Une *cote de 1/5* est attribuée lorsque la réponse ne correspond pas du tout aux attentes. Des commentaires sont alors fournis pour étayer la cote attribuée.
- Une *cote de 0/5* est attribuée lorsqu'aucun élément n'a été apportée en réponse au critère par le soumissionnaire.

Certes, les notes de 4/5 ne font l'objet d'« aucun commentaire particulier » dans la décision motivée d'attribution. L'attribution d'une telle note signifie cependant que, pour l'*item* concerné, la première partie adverse a considéré que la solution proposée dans l'offre (plus précisément dans la matrice d'évaluation avec renvoi éventuel à la section pertinente du dossier technique) « correspond à une couverture satisfaisante du besoin », tel que précisé dans les clauses techniques du cahier spécial des charges. Une note de 4/5 donne donc le degré de satisfaction de la première partie adverse et implique que celle-ci a bien procédé à l'examen des offres. Détailler, dans la motivation de la décision attaquée, tous les aspects de la solution proposée dans l'offre pour étayer les motifs qui permettent de considérer qu'elle « correspond à une couverture satisfaisante des besoins » mobiliserait *prima facie* des renseignements qui, conformément à l'article 10 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, ne peuvent être divulgués. Inversement, lorsque la note attribuée n'est pas un 4/5, la première partie adverse peut, sans révéler tous les aspects d'une solution, faire état de certains de ses éléments pour expliquer les raisons pour lesquelles, à son estime, la solution proposée « dépasse dans une mesure plus ou moins importante les attentes décrites » (note de 4, 5/5 ou de 5/5), « correspond faiblement aux attentes » (note de 2,5/5), « ne correspond pas du tout aux attentes » (note de 1/5) ou ne contient « aucun élément » de réponse (note de 0/5).

Il convient, par ailleurs, de tenir compte de l'environnement complet de la matrice d'évaluation. Comme il vient d'être exposé, une note de 4/5 est attribuée

pour un *item* qui s'intègre dans un ensemble d'*items* qui sont attachés à des sous-critères d'attribution qui composent le critère relatif à la qualité technique des offres. La décomposition de chacun des quatre sous-critères QTF, QSM, QMT et QPM en de nombreux *items* fournit déjà un élément de la motivation formelle en indiquant quel élément précis est évalué. La note qui est attribuée pour un sous-critère d'attribution est ainsi motivée par la lecture combinée (1) des notes attribuées pour chacun des *items* de ce sous-critère, qui indiquent, chacune par rapport à un élément précis de la matrice des besoins, le degré de satisfaction que la première partie adverse a entendu reconnaître à une offre et (2) des commentaires fournis lorsque les solutions proposées dépassent les besoins définis à ces *items* ou, au contraire, ne les rencontrent pas ou peu. Ainsi, par exemple, le résultat de l'évaluation des offres pour le sous-critère QTF du lot 1 (max. 20 points/100) est motivé par la lecture combinée (1) des différentes notes attribuées à chacune des offres pour les 91 *items* qui composent ce sous-critère et (2) la septantaine de commentaires fournis, toutes offres confondues, pour étayer les notes qui ne sont pas des 4/5.

Compte tenu de ces circonstances, il apparaît *prima facie* que la motivation de l'acte attaqué relative à l'évaluation du critère de la qualité technique et de ses quatre sous-critères est suffisante, dès lors qu'elle permet de vérifier que la première partie adverse a bien procédé à une comparaison effective des offres, de comprendre les notes attribuées pour chaque sous-critère, de vérifier les motifs qui les sous-tendent et de critiquer, le cas échéant, l'appréciation des offres, ce que la requérante ne manque pas de faire dans la première branche du moyen (*cf. infra*).

Le quatrième moyen, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux.

Quant à la première branche

Pour ce qui concerne les lots 1 et 2 du marché, même à supposer que l'offre de la requérante obtienne un score de 5/5 pour tous les *items* contestés dans la requête – ce que la requérante ne soutient ni ne démontre –, l'écart de points entre son offre et celles des deux soumissionnaires les mieux classés resterait très important, étant entendu que la requérante ne conteste pas, dans sa requête, les points attribués aux offres de ses concurrents.

Ainsi, si l'offre de la requérante obtenait un score de 5/5 pour tous les postes contestés, elle atteindrait, pour le lot 1, un score total de 67,92/100 (à la place de la note de 64,21/100 qui figure dans la décision motivée d'attribution) comparé aux notes de 87,15/100 et 84,75/100 attribuées aux deux offres les mieux classées et, pour le lot 2, un score total de 69,83/100 (à la place de la note de 66,47/100 qui

figure dans la décision motivée d'attribution) comparé aux notes de 87,69/100 et 86,57/100 attribuées aux deux offres les mieux classées.

➤ Pour le lot 1 :

Offre de la requérante		Total des points à attribuer pour la qualité technique	Max de points attribués pour chaque sous-critère	
QTF	11 <i>items</i> contestés évalués à 5/5 : → 37,5 points à ajouter aux 320 points déjà attribués dans la DMA	357/455	20	15,71/20
QMT	0 <i>item</i> contesté : → 0 point à ajouter aux 24 points déjà attribués dans la DMA	24/30	15	12/15
QPM	2 <i>items</i> contestés évalués à 5/5 : → 5 points à ajouter aux 89 points déjà attribués dans la DMA	94/115	10	8,17/10
QSM	9 <i>items</i> contestés évalués à 5/5 : → 22,5 points à ajouter aux 142,5 points déjà attribués dans la DMA	165/2015	15	12,07/15
				47,95/60

Résultats des trois offres classées (sur la base du premier classement établi par les parties adverses)	NRB	Contrast	Requérante
Prix	40/40	36,01/40	19,97/40
Qualité technique	47,15/60	48,74/60	47,95/60

	87,15/100	84,75/100	67,92/100 (à la place de 64,21 dans la DMA)
--	-----------	-----------	--

➤ Pour le lot 2 :

Offre de la requérante		Total des points à attribuer pour la qualité technique	Max de points attribués pour chaque sous-critère	
QTF	0 <i>item</i> contesté : → 0 point à ajouter aux 28 points déjà attribués	28/35	10	8/10
QMT	0 <i>item</i> contesté : → 0 point à ajouter aux 24 points déjà attribués	12/15	20	16/20
QPM	2 <i>items</i> contestés évalués à 5/5 : → 5 points à ajouter aux 89 points déjà attribués	94/115	10	8,17/10
QSM	8 <i>items</i> contestés évalués à 5/5 : → 20,5 points à ajouter aux 115,50 points déjà attribués	136/170	20	16/20
				48,17/60

Résultats des trois offres classées (sur la base du premier classement établi par les parties adverses)	NRB	Contrast	requérante
Prix	40/40	38,85/40	21,66/40
Qualité technique	46,57/60	48,84/60	48,17/60
	86,57/100	87,69/100	69,83/100 (à la place de 66,47 dans la DMA)

Pour les lots 1 et 2 du marché, la requérante n'établit pas qu'elle aurait pu « obtenir une cote globale plus élevée lui permettant d'accéder aux négociations » et de remporter ainsi ces deux lots. *Prima facie*, les illégalités qu'elle invoque, à cet endroit, ne lui causent pas grief.

Pour ce qui concerne le lot 3, en revanche, il apparaît que les violations alléguées ont pu léser la requérante, dès lors qu'elles ont pu conduire les parties adverses à classer son offre irrégulièrement en troisième position et à l'exclure injustement des négociations. En effet, comme il a déjà été exposé (*cf.* troisième moyen), l'écart de prix entre l'offre de la requérante et celle de la société Proximus (arrivée en deuxième position sur la base du premier classement des offres) est assez ténue. Si l'offre de la requérante obtenait un score de 5/5 pour tous les postes contestés, elle atteindrait, pour le lot 3, un score total lui permettant, le cas échéant, d'être mieux classée que l'offre de la société Proximus.

Dans les limites de l'examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, les éléments avancés dans la requête ne permettent toutefois pas de considérer que la première partie adverse aurait « porté une appréciation erronée sur l'offre de la requérante » ou qu'elle n'aurait « pas motivé adéquatement sa décision ». En effet, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il peut être relevé ce qui suit pour chacun des postes contestés du lot 3 :

- QPM-010 « documentation d'installation », où l'offre de la requérante obtient la note de 2,5/5 (pour le lot 3)

La décision motivée d'attribution mentionne que « le soumissionnaire s'engage à fournir la documentation sans détailler précisément quels types de documents seront fournis » et que « la réponse est partiellement conforme ».

La requérante ne conteste pas ne pas avoir détaillé les types de documents en cause. L'argument selon lequel la documentation d'installation serait similaire à celle rédigée pour un autre marché ayant un autre objet (et dans le cadre duquel cette documentation « aurait été jugée positivement (4/5) ») ne suffit pas à établir une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la première partie adverse. Les documents de ce marché et l'offre déposée par la requérante à cette occasion n'étant pas produits, il n'est pas possible de vérifier les allégations de la requérante sur ce point.

- QPM-011 « Calendrier », où l'offre de la requérante obtient la note de 2,5/5 (pour le lot 3)

La décision motivée d'attribution mentionne que « le planning est jugé beaucoup trop long par rapport aux tâches à effectuer et aux plannings proposés par les autres soumissionnaires (10 mois prévus) ».

L'affirmation de la requérante selon laquelle elle « a pu établir un planning réaliste, voire optimiste, compte tenu de la charge de travail » est une appréciation personnelle qu'elle pose et qui n'est pas autrement démontrée. Celle-ci n'apporte, par ailleurs, aucun élément concret pour appuyer ses interrogations quant à la capacité des autres soumissionnaires à mettre en œuvre un calendrier plus court et l'allégation selon laquelle ces soumissionnaires « ne disposent pas de toutes les informations permettant l'établissement d'un planning réaliste » (*cf.* première branche du premier moyen).

- QSM-031 « SMT JIRA » et QSM-032 « SMT synchro », où l'offre de la requérante obtient, pour chaque poste, la note de 2,5/5 (pour le lot 3)

La décision motivée d'attribution indique que « ce besoin [SMT JIRA pour le poste QSM-031 et SMT synchro pour le poste QSM-032] n'est pas couvert dans l'offre, même si mentionné », qu' « en effet, la solution proposée repose sur une intégration compliquée par mail entre Selligent (qui n'est pas un outil ITSM) et JIRA » et qu' « une intégration plus compétente doit être prévue dans le *roadmap* du soumissionnaire, ne donnant aucune certitude que ce besoin sera *in fine* rencontré ».

En affirmant que « [son] offre contient pourtant une description du développement planifié permettant une totale interaction bi-directionnelle entre Jira et Selligent », la requérante reconnaît que l'intégration exigée par le cahier spécial des charges entre JIRA et Selligent doit encore être développée, ce qui se vérifie à la lecture de l'offre de la requérante qui indique que le système d'intégration avec JIRA 8 doit être adapté « dans une fourchette de temps à déterminer ensemble » et que « les efforts et ressources seront mobilisés pour répondre aux attentes qui seront discutées ensemble Resa et Win ». La requérante ne conteste pas non plus que l'intégration des deux systèmes implique l' « envoi de mails », ce qui, à l'estime de la première partie adverse, complique l'opération. Les arguments avancés par la requérante ne permettent pas *prima facie* de considérer que la première partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou que les motifs de sa décision seraient inadéquats.

- QSM-033 « SLA Propositions », où l'offre de la requérante obtient la note de 4/5 (pour le lot 3)

La requérante conteste la note de 2,5/5 qui aurait été attribué à son offre pour ce poste alors que la décision motivée d'attribution indique qu'elle a obtenu la note de 4/5. La critique n'est pas compréhensible.

- QSM-038 « *Reporting* tableaux de bord », où l'offre de la requérante obtient la note de 2,5/5 (pour le lot 3)

Les clauses techniques du cahier spécial des charges mentionnent que le titulaire « proposera [durant le *Service Level Management meeting* mensuel] des tableaux de bord alignés sur les indicateurs proposés et validés » et que « des exemples de tableau de bord doivent être fournis en annexe du dossier technique ». La décision motivée d'attribution indique que « l'explication est trop vague », qu'« aucun exemple de *reporting* client n'a été proposé » et que « cela ne répond que partiellement aux besoins ».

La requérante ne conteste pas que la description du *reporting* qui figure dans son offre serait « trop vague ». Elle se limite à indiquer que cette description est « standard » et à renvoyer, pour le surplus, à la présentation *Power Point* qu'elle a faite lors de la défense orale de son offre. Ce *Power Point* n'est cependant produit ni en annexe de la requête ni dans le dossier administratif. Quant au rapport anonymisé joint en annexe technique de son offre, il n'est pas possible, au terme d'un examen en extrême urgence, de vérifier s'il concerne bien les activités visées par le marché litigieux, tandis que ce point est contesté par les parties adverses dans leur note d'observations et que la requérante ne fournit aucune explication à ce sujet.

En toute hypothèse, quand bien même le grief serait fondé, il n'apparaît pas *prima facie* que l'illégalité qui serait constatée à l'endroit de ce seul *item* ait pu léser la requérante dans le classement final de son offre.

- QSM-041 « catalogue de services », où l'offre de la requérante obtient la note de 2,5/5 (pour le lot 3)

La décision motivée d'attribution indique que « le catalogue est incomplet (pas de mention à Azure alors que le cloud en question est mentionné dans la réponse) » et qu'« il ne s'agit également que d'une liste de prix et non pas un catalogue de services IT tel que demandé ».

En affirmant avoir fourni une liste d'*items* et de prix pouvant être affinée ultérieurement, la requérante ne conteste ni que le document remis ne comprenait pas tous les services explicitement demandés ni qu'il ne constituait pas un véritable « catalogue de services IT ».

- QSM-042 « Plan BCP/DRP », où l'offre de la requérante obtient la note de 2,5/5 (pour le lot 3)

Les clauses techniques du cahier spécial des charges mentionnent que « le prestataire établira un plan de recouvrement après désastre et maintiendra ce dernier à jour en fonction de l'évolution de l'infrastructure ». La décision motivée d'attribution indique qu'« un plan DPR doit couvrir l'ensemble de l'infrastructure dans le scope et non seulement un nombre de machines critiques ».

La requérante confirme que sa proposition de plan DRP n'est formulée que pour un sous-ensemble de l'infrastructure, tandis que le cahier spécial des charges semble viser l'infrastructure IT des parties adverses dans son ensemble. À nouveau, la requérante ne démontre pas que la première partie adverse aurait manifestement mal apprécié son offre sur ce point ou que les motifs de sa décision seraient inadéquats.

- QSM-044 « Pénalités », où l'offre de la requérante obtient la note de 1/5 (pour le lot 3)

La décision motivée d'attribution mentionne que « les pénalités sont beaucoup trop faibles par rapport aux exigences de Resa : elles sont proposées sur la valeur équipement et non sur les services fournis aux clients ».

Dans sa requête, la requérante confirme que les pénalités qu'elle propose sur les SLA's portent sur un périmètre limité, en précisant qu'en cas de dysfonctionnement d'un équipement, elles devraient s'appliquer uniquement sur la valeur de ce matériel, à l'exclusion des services affectés par ce dysfonctionnement. Elle estime que les pénalités ne peuvent se cumuler, ce qui relève, à nouveau, d'une appréciation personnelle dans son chef. Elle n'établit pas, pour autant, que la première partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en dévalorisant sa proposition (1/5) pour le motif que les pénalités sont définies sur la base de montants partiels qui ne portent pas sur l'ensemble de la solution proposée.

- QSM-047 « Partage de connaissance », où l'offre de la requérante obtient la note de 2,5/5 (pour le lot 3)

La décision motivée d'attribution mentionne que « la réponse est insuffisamment décrite par le soumissionnaire ».

En affirmant que son offre pouvait se limiter à indiquer qu'elle était « complètement conforme », la requérante critique, à nouveau, l'appréciation portée par la première partie adverse sur son offre, mais ne démontre pas que celle-ci aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la réponse donnée ne suffit pas à juger de l'adéquation de l'approche proposée au besoin, tel que décrit dans le cahier spécial des charges (point 7.11.4 « partage de la connaissance »).

Le quatrième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

IX. Confidentialité

La requérante demande que son offre demeure confidentielle, en application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, dès lors que la divulgation des informations qu'elle contient pourrait nuire au secret des affaires ainsi qu'à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce confidentielle A, telle que référencée dans l'inventaire annexé à la requête.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité de la pièce concernée.

Les parties adverses formulent la même demande concernant « plusieurs pièces mieux identifiées dans l'inventaire [...] déposées à titre confidentiel et à l'attention unique [du Conseil d'État] ». Il s'agit des « pièces confidentielles » I à VIII, telles que référencées dans l'inventaire du dossier administratif.

Il apparaît cependant que ces pièces n'ont pas été déposées dans le cadre de la présente affaire mais dans l'affaire 234.847/VI-22.174, fixée à la même audience.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce confidentielle A annexée à la requête est, à ce stade de la procédure, tenue pour confidentielle.

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 8 décembre 2021 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret