

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

n° 252.358 du 8 décembre 2021

A. 234.847/VI-22.174

A. 234.851/VI-22.175

En cause : **la société anonyme N.R.B.**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kim MÖRIC et
Céline ESTAS, avocats,
rue Ducale 83
1000 Bruxelles,

contre :

1. la société anonyme RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE,

2. la société anonyme RESA (intercommunale),
ayant élu domicile chez
M^e Renaud SIMAR, avocat,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 octobre 2021, la société anonyme N.R.B. demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - la décision datée du 6 octobre 2021 du conseil d'administration de RESA Innovation et Technologie SA pour le compte de RESA Intercommunale SA, notifiée par un courriel et un courrier recommandé daté du 8 octobre 2021, qui attribue le lot n° 1 du marché public de services "Objet : Mise à disposition et gestion globale des serveurs et ressources d'infrastructure IT Resa ainsi que leur hébergement" à un autre opérateur économique (à savoir la société Contraste Europe SA) – il s'agit du premier acte attaqué;
- la décision implicite du conseil d'administration de RESA Innovation et Technologie SA de ne pas attribuer le lot n° 1 du marché public à la requérante – il s'agit du second acte attaqué »

et, d'autre part, l'annulation de ces décisions (affaire G/A. 234.847/VI-22.174).

Par une requête introduite le 22 octobre 2021, la société anonyme N.R.B. demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - la décision datée du 6 octobre 2021 du Conseil d'administration de RESA Innovation et Technologie SA pour le compte de RESA Intercommunale SA, notifiée par un courriel et un courrier recommandé daté du 8 octobre 2021, qui attribue le lot n° 2 du marché public de services “Objet : Mise à disposition et gestion globale des serveurs et ressources d'infrastructure IT Resa ainsi que leur hébergement” à un autre opérateur économique (à savoir la société Contraste Europe SA) – il s'agit du premier acte attaqué;
- la décision implicite du Conseil d'administration de RESA Innovation et Technologie SA de ne pas attribuer le lot n° 2 du marché public à la requérante – il s'agit du second acte attaqué »

et, d'autre part, l'annulation de ces décisions (affaire G/A. 234.851/VI-22.175).

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 octobre 2021, les affaires ont été fixées 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.

La partie adverse a déposé deux notes d'observations et le dossier administratif.

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

M^{es} Kim Möric, Mathieu Dekleermaker et Valérie Vanderelst, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Renaud Simar et Pauline Abba, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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 donnent les parties adverses, les faits utiles à l'examen des deux demandes de suspension se présentent comme il suit :

« Le 7 octobre 2020, le conseil d'administration de la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE approuve les exigences de la sélection qualitative, le montant estimé et la procédure de passation du marché (...).

Le marché est passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable, sur le fondement de l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le marché est passé dans les secteurs spéciaux.

Le montant global estimé du marché s'élève à 15.000.000 € HTVA.

Le marché est divisé en trois lots :

- un lot n°1, portant sur la mise à disposition de solutions cloud ainsi que de services et supports nécessaires à l'hébergement de serveurs virtuels ou physiques, de containers, de stockage et de back-up relatifs à l'infrastructure informatique de RESA, estimé à 11.000.000,00 € HTVA;
- un lot n°2, portant sur le support en mode managed services des applications middleware (databases MSS GL, Oracle Postgres), web middleware (Ils Apache), SharePoint, ... etc.), estimé à 1.750.000 € HTVA;
- un lot n°3, portant sur la mise à disposition, la gestion et l'exploitation de data center privés afin d'héberger les solutions de métier de RESA, estimé à 2.250.000 € HTVA.

Le marché est passé par la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE en son nom et pour compte de la SA RESA. Par souci de lisibilité, il sera fait indistinctement référence, dans la note, à la SA RESA, à la partie adverse ou aux parties adverses.

L'avis de marché est publié au Bulletin des adjudications le 22 octobre 2020 (...).

L'avis de marché est publié dans le Journal officiel de l'Union européenne le 27 octobre 2020 (...).

La date limite d'introduction des candidatures est fixée au 13 novembre 2020.

Six candidats remettent une candidature (...):

- la SA CONTRASTE EUROPE, pour les lots n° 1 et 2;
- la SA ERBC, pour les lots n° 1 et 3;
- la société CRONOS DMS, pour les trois lots;
- la SA N.R.B., pour les trois lots;
- la SA PROXIMUS, pour les trois lots;
- la société momentanée composée de GOE UPTIME ICT SA – UPTIME GROUP – CRONOS NV – CRONOS PUBLIC SERVICES – ARXUS – HESTIA – NEORIA – INTERLIGO – MONIN – PIROS, pour les trois lots;
- la SA NEWIN, pour les trois lots.

Les candidatures sont examinées dans un rapport d'examen des candidatures daté du 26 janvier 2021.

Par une décision du 10 février 2021 (pièce n° 4), le conseil d'administration de la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE approuve le rapport d'examen des candidatures du 26 janvier 2021, qu'il reproduit dans sa décision.

Les candidats suivants sont sélectionnés :

- La SA CONTRASTE EUROPE est sélectionnée pour les lots n° 1 et 2.
- La société ERBC SA est sélectionnée pour les lots n° 1 et 3.
- Les autres candidats sont sélectionnés pour les trois lots.

Par la même décision, le conseil d'administration de la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE, agissant en son nom et pour compte de RESA INTERCOMMUNALE SA décide d'approuver le cahier spécial des charges n°2020119-S, le montant estimé du marché, ainsi que les conditions fixées par le cahier spécial des charges et par les règles générales d'exécution des marchés publics.

Il invite les candidats sélectionnés à remettre une offre.

Cette décision est notifiée aux candidats.

Le délai de réception des offres est initialement fixé au 26 avril 2021 à 16 heures. Il est, par la suite, reporté au 7 mai 2021 à 11 heures.

Pour le lot n°1, les quatre soumissionnaires suivants remettent une offre :

- N.R.B. SA, 2^{ème} Avenue 65 – Parc Industriel des Hauts Sarts à 4040 Herstal;
- Contraste Europe SA, Avenue Ariane à 1200 Bruxelles (Woluwe-Saint-Lambert);
- NeWin SA, Rue Louvrex 95 à 4000 Liège;
- GOE Uptime ICT SA – Uptime Group – Cronos NV – Cronos Public Services – Arxus – Hestia - Neoria – Interligo – Monin – Piro, Aéroport de Liège B52 à 4460 Grâce-Hollogne.

Pour le lot n° 2, les quatre soumissionnaires suivants remettent une offre :

- N.R.B. SA, 2^{ème} Avenue 65 – Parc Industriel des Hauts Sarts à 4040 Herstal;
- Contraste Europe SA, Avenue Ariane à 1200 Bruxelles (Woluwe-Saint-Lambert);
- NeWin SA, Rue Louvrex 95 à 4000 Liège;
- GOE Uptime ICT SA – Uptime Group – Cronos NV – Cronos Public Services – Arxus – Hestia - Neoria – Interligo – Monin – Piro, Aéroport de Liège B52 à 4460 Grâce-Hollogne.

Pour le lot n° 3, les quatre soumissionnaires suivants remettent une offre :

- N.R.B. SA, 2^{ème} Avenue 65 – Parc Industriel des Hauts Sarts à 4040 Herstal;
- Proximus SA, Boulevard Roi Albert II, 27 à 1030 Bruxelles;
- NeWin SA, Rue Louvrex 95 à 4000 Liège;
- GOE Uptime ICT SA – Uptime Group – Cronos NV – Cronos Public Services – Arxus – Hestia - Neoria – Interligo – Monin – Piro, Aéroport de Liège B52 à 4460 Grâce-Hollogne.

Les offres des soumissionnaires sont composées de deux parties (...):

- Un volet technique, composé notamment de toutes les annexes exigées par le cahier spécial des charges;
- Un volet financier, composé du Bordereau de prix et de l'annexe A (le formulaire d'offre).

Les soumissionnaires formulent de nombreuses questions, auxquelles la SA RESA répond, en informant tous les soumissionnaires. Ces questions et réponses sont consignées dans un document (...).

Le processus d'analyse des offres par la partie adverse se déroule comme suit.

Dans une première phase, l'équipe de relecture et d'évaluation de la SA RESA évalue les offres reçues au regard des aspects techniques :

- o L'équipe de relecture et d'évaluation de la SA RESA analyse les dossiers techniques de chaque soumissionnaire.
La SA RESA évalue à ce stade la mesure dans laquelle les solutions proposées répondent aux besoins exprimés dans le cahier des charges.
 - o Sur cette base, des questions ou des demandes de précisions techniques sont posées aux soumissionnaires, préalablement à une défense d'offre.
Les soumissionnaires ont alors l'occasion de venir présenter leur dossier technique dans une réunion de défense d'offre. Ces défenses d'offre ont été réalisées individuellement avec chacun des soumissionnaires qui ont déposé une offre.
Les quatre soumissionnaires qui ont déposé une offre ont donc été interrogés à propos d'aspects techniques et ont eu l'occasion d'apporter des précisions et des alignements techniques.
 - o A la suite de ces défenses, l'équipe de relecture et d'évaluation de la SA RESA évalue les offres techniques, sur la base des informations complémentaires communiquées par les soumissionnaires à l'occasion de la séance de défense d'offre ou subséquemment et établit le score technique définitif.
- Le département Achat de la SA RESA consolide ensuite son analyse du critère d'attribution lié à la qualité de l'offre. Le score sur cet aspect est alors définitif.

Le fonctionnaire dirigeant et la CIO analysent également le critère d'attribution "Prix". Il est à noter que le dossier financier n'est à aucun moment transmis à l'équipe de relecture et d'évaluation de la SA RESA; seul le fonctionnaire dirigeant (Monsieur [M.]) et son manager (Madame [G.] – CIO), ainsi que l'acheteur (Monsieur [S.]), ont accès à ces éléments, à cette étape du processus et pas avant.

La SA RESA établit ensuite une short list en vue d'une négociation sur les seuls prix, sur le fondement de l'article I.3. du cahier spécial des charges.

Dans cette mesure, la SA RESA décide de limiter le nombre d'offres à négocier aux deux soumissionnaires les mieux classés. La SA NEWIN n'est pas invitée à négocier dans la mesure où un important écart sépare son offre des deux premières. Plus particulièrement, un important écart de prix sépare l'offre de la SA NEWIN des offres des deux premiers soumissionnaires.

Cet écart de prix n'aurait pas pu être comblé dans le cadre d'une négociation sur le prix, dans la mesure où il aurait dû amener la SA NEWIN à réduire son prix dans des proportions trop importantes.

- Dans une seconde phase, avec le département Achat de la SA RESA et le fonctionnaire dirigeant, se déroulent :
 - o Des négociations avec les soumissionnaires retenus dans la short-list, qui ne portent plus que sur les aspects financiers. Les aspects techniques ne sont plus discutés.
 - o A la suite de ces négociations, il est demandé aux soumissionnaires de la short-list de remettre une offre révisée. Cette offre ne porte plus sur les

aspects techniques et n'influence donc plus le score technique définitif établi précédemment. La partie de l'offre remise après cette négociation ne porte plus que sur les aspects financiers.

- Enfin, le département Achat de la SA RESA consolide le nouveau le critère d'attribution "Prix" avec le critère d'attribution "Technique" précédemment établi et dresse le classement final des offres.

L'entière des échanges figure au dossier administratif confidentiel (...).

La société momentanée GOE UPTIME ICT SA – UPTIME GROUP – CRONOS NV – CRONOS PUBLIC SERVICES – ARXUS – HESTIA – NEORIA – INTERLIGO – MONIN – PIROS est écartée pour cause d'irrégularité substantielle.

Ce point n'est pas contesté.

Le 12 août 2021, la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE établit un premier rapport d'examen des offres.

Le 25 août 2021, le conseil d'administration de la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE décide, en son nom et pour compte de la SA RESA INTERCOMMUNALE, d'attribuer le marché (...).

Cette décision fait l'objet de recours en suspension et en annulation introduits devant votre Conseil sous les références A.234.532/VI-22.149 (lot 1) - A.234.533/VI-22.150 (lot 2) - A.234.529/VI-22.148 (lot 3) (recours introduits par la SA NRB) et G/A 234.540/VI-22.152 (recours introduit par la SA NEWIN).

La décision d'attribution du 25 août 2021 fait l'objet d'un retrait, décidé par la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE en date du 6 octobre 2021 (...).

Cette décision est notifiée par le pouvoir adjudicateur par envoi recommandé aux soumissionnaires.

Les parties adverses contestent toute tentative de pression qu'elles auraient exercées sur la SA NRB. C'est, au contraire, de la part de la SA NRB que sont venues les pressions, dans le cadre de la réfection de la décision d'attribution. Elles se réservent, à cet égard, le droit de déposer plainte au pénal contre la SA NRB, de même qu'elles étudient l'opportunité d'appliquer les sanctions prévues dans la réglementation des marchés publics en matière de tentative d'influence à l'égard d'un pouvoir adjudicateur.

Par une décision distincte du 6 octobre 2021 (...), le conseil d'administration de la SA RESA INNOVATION ET TECHNOLOGIE décide, en son nom et pour compte de la SA RESA INTERCOMMUNALE, d'approuver un nouveau rapport d'examen des offres daté du 29 septembre 2021, qu'elle reproduit intégralement, et d'attribuer le marché aux soumissionnaires suivants :

- pour le lot 1, la SA CONTRASTE EUROPE;
- pour le lot 2, la SA CONTRASTE EUROPE;
- pour le lot 3, la SA PROXIMUS.

Il s'agit de l'acte attaqué. »

IV. Jonction

Les deux recours, introduits par la requérante, sont dirigés contre le même acte (*instrumentum*) qui décide de l'attribution des différents lots du même marché, à la suite d'une même procédure de passation. Les critiques de légalité formulées à l'appui des recours sont identiques. Dans un souci de bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre les deux causes.

V. Recevabilité

V.1. Thèse de la requérante

Après avoir rappelé le contenu des articles 14 et 15 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, la requérante fait valoir qu'elle est un opérateur économique qui a déposé offre afin de se voir attribuer le marché litigieux, tandis qu'elle démontre « l'existence de moyens sérieux ou d'une apparence d'illégalité ». Selon elle, son intérêt est d'autant plus établi que son offre présentait les meilleurs prix pour les lots 1 et 2 du marché, qu'elle était la mieux notée après l'offre de l'attributaire, que les parties adverses lui ont attribué des cotations irrégulières, qu'elle aurait dû avoir davantage de points et qu'elle aurait donc dû être classée première et se voir attribuer les deux lots du marché. Elle en déduit qu'elle a intérêt à contester la décision des lots 1 et 2 du marché, plus que tout autre soumissionnaire.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La recevabilité du recours, en tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribution des lots 1 et 2 du marché litigieux, n'est ni contestée, ni contestable.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, les moyens invoqués dans les requêtes dénoncent la manière dont la procédure de passation a été menée, plus particulièrement, le fait que les mesures nécessaires pour garantir l'égalité entre les soumissionnaires et veiller à ne pas fausser la concurrence n'ont pas été prises. Ils critiquent aussi l'absence de critère de sélection qualitative relatif à la capacité économique et financière des candidats, les critères d'attribution en ce que certaines de leurs composantes ne permettraient pas une comparaison effective des offres, le choix d'une méthode d'évaluation des offres non prévisible conduisant à l'attribution de notes arbitraires ou disproportionnées et une motivation absente, défailtante ou erronée des notations attribuées aux offres. À première vue, de tels griefs, à les

supposer sérieux, ne permettent pas d'aboutir à la constatation que les parties adverses n'avaient pas d'autre option que de désigner la requérante comme attributaire des lots 1 ou 2 du marché litigieux.

À l'appui de son deuxième moyen, la requérante produit un tableau qui classe son offre en première position pour les lots 1 et 2 du marché. Ce classement tient compte des notes qu'elle estime pouvoir s'attribuer au terme de l'évaluation qu'elle fait elle-même de la qualité technique de son offre. Ce procédant, la requérante rapporte ce qui est le résultat de son appréciation personnelle, sans toutefois démontrer que les parties adverses, même à retenir les erreurs pointées dans les recours, auraient dû, au terme de l'évaluation de toutes les offres, la classer première et lui attribuer les deux lots précités du marché.

Il s'ensuit qu'en tant qu'ils sont dirigés contre les refus implicites d'attribuer ces deux lots à la requérante, les recours sont *prima facie* irrecevables.

VI. Quatrième moyen

VI.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un quatrième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 5, 6, § 1^{er}, 52, lus en combinaison avec l'article 133, 69, 70, 147, 149 et 151 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes généraux d'impartialité, d'égalité et de transparence, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et 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.

Elle soutient, en substance, que la SA Contraste Europe, qui est l'attributaire des lots 1 et 2 du marché, a été favorisée, en raison de la mission de consultance préalable qui lui a été confiée ainsi que lors de l'évaluation des offres, en se voyant attribuer des scores plus élevés qu'elle. Elle dénonce, en particulier, le fait qu'un représentant de la SA Contraste Europe a participé à l'analyse des offres. Elle expose, plus précisément, ce qui suit :

« Il apparaît de la décision d'attribution contestée par la présente requête que Contraste Europe a, préalablement à la conclusion Marché, eu une mission de consultance pour les parties adverses.

Pour rappel, l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics précise que :

“Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'Accord sur les Marchés Publics du 15 avril 1994 ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union européenne” (...)

L'article 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée dispose quant à lui que :

“§ 1^{er}. Un adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

§ 2. Le non-respect de la disposition visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, donne lieu à l'application des mesures suivantes, excepté dans le cas où l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} n'est pas non plus respecté, auquel cas le paragraphe 3 est d'application :

1° tant que l'adjudicateur n'a pas pris de décision finale et que le marché n'est pas conclu, l'écartement des demandes de participation ou des offres introduites à la suite d'un tel acte, convention ou entente;

2° lorsque le marché est déjà conclu, les mesures d'office fixées par le Roi, à moins que l'adjudicateur n'en dispose autrement par décision motivée.

§ 3. Le non-respect des dispositions visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, accompagné ou non du non-respect des dispositions du deuxième alinéa du paragraphe 1^{er}, donne lieu à l'application des mesures suivantes :

1° tant que l'adjudicateur n'a pas encore conclu le marché ou, lorsqu'il s'agit d'une soustraction au champ d'application, tant qu'il n'y a pas de décision finale, la renonciation à l'attribution ou à la conclusion du marché, quelle qu'en soit la forme;

2° lorsque le marché est déjà conclu, quelle qu'en soit la forme, les mesures d'office fixées le cas échéant par le Roi, ce qui peut inclure des mesures d'office à l'égard de l'adjudicataire, pour autant que ce dernier n'ait pas respecté les dispositions du paragraphe 1^{er}, alinéa 2.

Il ne faut cependant prendre une mesure conformément à l'alinéa 1^{er}, 2°, qu'au cas où l'adjudicataire n'a pas commis de faute, pour autant que l'infraction ait sorti un effet faussant réellement la concurrence (...)

De plus, l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précité impose au pouvoir adjudicateur de prendre les mesures nécessaires permettant de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits survenant lors de la passation et de l'exécution du marché afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques. L'article 6, § 1^{er}, alinéa 2, de la même loi définit le conflit d'intérêts comme “au moins toute situation dans laquelle lors de la passation ou de l'exécution tout fonctionnaire concerné, tout officier public ou toute autre personne liée à un adjudicateur de quelque manière que ce soit (...) ainsi que toute personne susceptible d'influencer la passation ou l'issue de celle-ci, a directement ou indirectement un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui

pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la passation ou de l'exécution".
Or, comme indiqué, Contraste Europe a eu une mission de consultance préalable pour les parties adverses.
Cette affirmation ressort de la décision même d'attribution attaquée.

Il s'avère désormais que les parties adverses ont inséré dans la décision d'attribution "un rapport de transparence" notamment en invoquant une "absence d'incidence de la participation à d'autres marchés publics au sein de Resa de certains soumissionnaires" (...).

Toutefois, les éléments invoqués dans cette partie inédite ne sont pas admissibles. Ainsi, tout d'abord, si les parties adverses indiquent que les informations pertinentes ont été communiquées pour les prestations réalisées par NRB en identifiant clairement les documents du marché, il n'en est rien pour les prestations réalisées par Contraste Europe puisqu'aucune référence aux documents du marché n'est reprise.

Ainsi, à aucun moment, les parties adverses n'indiquent quels sont les éléments auxquels Contraste Europe a eu accès dans le cadre de ces missions de consultance (non contestées par les parties adverses). Cette absence de transparence ne peut s'expliquer que par le fait que les parties adverses ont donné accès à Contraste Europe à trop d'informations leur permettant de présenter une meilleure offre pour le critère de la qualité.

La partie requérante confirme n'avoir obtenu aucune information résultant de ce marché réalisé par Contraste Europe.

Ensuite, si l'analyse réalisée par NRB en 2019 s'apparente davantage à l'établissement d'un inventaire de l'infrastructure dont les résultats font partie des documents du Marché, l'objet même du marché réalisé par Contraste Europe en 2020 est bien plus imbriqué au Marché aujourd'hui discuté que les prestations précitées de la requérante. En effet, comme l'indique la décision attaquée, cette étude réalisée par Contraste Europe visait "à établir un certain nombre de recommandations à propos de la stratégie globale en matière d'hébergement IT". Elle visait, "en synthèse, à étudier l'opportunité d'utiliser des services de cloud privé ou public" qui est tout de même l'objet principal du présent Marché.

La société Contraste Europe a fourni des recommandations dans le cadre de ses prestations antérieures et a ensuite répondu à ces recommandations par le biais de son offre dans le cadre du Marché. Il apparaît dans ce contexte que la société Contraste Europe disposait, au mépris des principes applicables à une procédure de marché public tels que visés au moyen, d'informations supplémentaires et non communiquées aux autres opérateurs économiques dans le cadre du Marché, venant troubler ainsi l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Contraste Europe avait dès lors connaissance de la stratégie et des besoins futurs des parties adverses. Il est indéniable que Contraste Europe avait par conséquent un avantage considérable sur la partie requérante.

Cet avantage s'est notamment traduit par plus de points attribués pour les sous-sous-critères d'attribution QPM-014 et QSM-011, comme développés dans le deuxième moyen présenté ci-avant [pour ce qui concerne le lot 1]

[Pour ce qui concerne le lot 2, cet avantage s'est notamment traduit par plus de points attribués pour le sous-sous-critère d'attribution QPM-014, comme développé dans le deuxième moyen présenté ci-avant]

À aucun moment avant la seconde décision d'attribution du 6 octobre 2021, les documents de marché ne mentionnaient pourtant cette situation qui aurait dû être communiquée aux autres soumissionnaires.

Conformément à l'article 52 lu en combinaison avec l'article 133 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les parties adverses auraient dû veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation préalable de Contraste Europe à une mission de consultance. Tel n'a manifestement pas été le cas.

Votre Conseil a par ailleurs déjà eu l'occasion de juger, dans un arrêt n° 219.175 du 4 mai 2012 que :

“Il n'est pas contesté qu'à raison de l'expérience qu'elle avait acquise en exécutant le marché correspondant à la précédente phase de réhabilitation du site concerné, la société SITA REMEDIATION occupait une situation de fait plus confortable que celle des autres soumissionnaires dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux. Face à une telle inégalité de fait qui ne pouvait être totalement annihilée, la partie adverse se devait, à tout le moins, d'organiser la procédure d'attribution du marché dans des conditions telles que les entreprises intéressées puissent déposer utilement une offre. Ainsi, était-elle notamment tenue de communiquer à ces entreprises les informations dont elle disposait et à l'égard desquelles la société SITA REMEDIATION pouvait être avantagée, et de leur laisser un délai suffisant pour leur permettre de rédiger et déposer leurs offres” (...)

En attribuant le Marché à Contraste Europe alors que celui-ci avait un avantage sur les autres soumissionnaires, l'acte attaqué viole les articles 4, 5, 6, 52 lu en combinaison avec l'article 133 de la loi du 17 juin 2016 précitée ainsi que les principes d'impartialité, d'égalité et de transparence et les articles 10 et 11 de la Constitution. L'on ne peut considérer que les soumissionnaires ont été traités sur un pied d'égalité et sans discrimination alors même que l'un d'entre eux avait des avantages sur les autres.

À la lecture de la décision motivée, l'on remarque que lorsque la solution de Contraste Europe dépasse dans une mesure plus ou moins importante les attentes décrites, elle obtient une note de 5/5 alors que lorsque la solution de la requérante dépasse dans une mesure plus ou moins importante les attentes décrites, la partie requérante n'obtient pas davantage que 4,5/5.

Comme précisé dans le deuxième moyen, les justifications des différentes notes ne permettent pas à la partie requérante de comprendre pourquoi elle n'a que 4,5/5 quand elle dépasse dans une mesure plus ou moins importante les attentes décrites alors que Contraste Europe obtient une note de 5/5 lorsqu'elle est dans la même situation, à savoir qu'ils ont présenté une offre qui dépasse les exigences contenues dans les documents de marché.

La requérante se réfère aux tableaux produits dans le cadre du deuxième moyen, qui reprennent les points attribués à Contraste Europe et à la requérante.

Il ressort de la lecture de ces tableaux que les parties adverses ont davantage donné la note de 5/5 à Contraste Europe.

La partie requérante tient à souligner que la motivation formelle de la décision attaquée ne lui permet pas de comprendre pourquoi elle ne peut obtenir que 4,5/5 et non pas des 5/5.

Une telle différence de cotation sans aucune justification valable constitue un indice de partialité sérieux.

Enfin, les parties adverses ont permis à des représentants de la société Contraste Europe de participer à l'analyse des offres, dont celles de la partie requérante, dans le cadre du Marché.

Il est apparu à la requérante qu'un consultant externe est intervenu aux côtés des parties adverses lors des défenses d'offres des soumissionnaires pour le Marché.

Il ressort ainsi de l'invitation électronique reçue par la requérante à participer à cette défense (cf. capture d'écran ci-dessous) que [F.G.] (cf. son adresse [...]@contractor.resa.be) est intervenu lors de cette défense.

[Capture d'écran]

Or, il est revenu à la requérante que [F.G.] a été détaché chez les parties adverses par Contraste Europe via l'entremise de son sous-traitant, la société Procsima-Group, dont [F.G.] est associé fondateur.

En permettant à Contraste Europe (via son sous-traitant/consultant externe) de pouvoir conseiller les parties adverses lors de l'attribution d'un Marché où Contraste Europe est elle-même soumissionnaire, la décision attaquée viole les dispositions visées au moyen.

Vu ces éléments, les parties adverses auraient dû vérifier cette situation afin de ne pas laisser perdurer une situation qui a pour conséquence de violer l'égalité entre les soumissionnaires et de fausser la concurrence.

Il s'agit d'ailleurs d'un des motifs d'exclusion facultative qui est explicitement visé à l'article 69, 4°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (rendu applicable aux secteurs spéciaux par le biais de l'article 151, § 1^{er}, de la loi relative aux marchés publics).

Conformément à l'article 69 de la loi relative aux marchés publics :

“Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

[...]

4° lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2”.

Vu les éléments rappelés ci-dessus, il y avait une obligation pour les pouvoirs adjudicateurs d'interroger Contraste Europe afin de recueillir des informations permettant d'examiner si Contraste Europe ne se trouvait pas dans une situation de conflit d'intérêts illégale au sens de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Il n'est fait aucune mention dans les documents de marché que Contraste Europe aurait communiqué aux parties adverses des mesures au sens de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics pour démontrer l'absence de conflit d'intérêts dans ce marché.

Dans ces conditions, il y a également une violation des articles 69, 70 et 151 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

En conséquence, le quatrième moyen est sérieux et fondé. »

2. Note d'observations

Les parties adverses contestent l'intérêt aux deuxièmes moyens ainsi que leur caractère sérieux. Elle expose ce qui suit :

« ABSENCE D'INTÉRÊT AU MOYEN

Comme décrit au titre suivant, la SA NRB a, elle aussi, exercé des missions préalables au profit de la SA RESA. Elle a, par exemple, créé un inventaire de l'infrastructure informatique de la SA RESA en 2019.

En effet, comme précisé dans la décision d'attribution, en mai 2019, dans le contexte de l'autonomisation de la SA RESA par rapport au “groupe” Nethys, la SA NRB a été chargée de mener une étude visant à identifier les risques qui pesaient sur l'infrastructure IT de la SA RESA hébergée chez Nethys/WIN.

Cette étude poursuivait plusieurs objectifs :

- Établir un inventaire exhaustif des services et des éléments d'infrastructure IT de Resa hébergés chez Nethys;

- Évaluer les risques liés à une interruption de services côté Nethys et avoir la possibilité d'étudier une éventuelle reprise totale de l'infrastructure (et services liés) IT de Resa par le service Infrastructure IT de NRB.

Ce dernier point est important, car il montre que l'étude NRB a couvert de façon détaillée l'infrastructure IT faisant l'objet du présent marché.

A *contrario*, l'étude de la SA CONTRASTE EUROPE sur la stratégie d'hébergement visait à définir une tendance ou donner des recommandations sur l'évolution de l'infrastructure IT de RESA dans les prochaines années. Aucun scénario de migration n'a été étudié ou envisagé et cette étude est restée à un niveau théorique et purement stratégique.

Ainsi, si la SA CONTRASTE EUROPE avait dû être écartée au motif que la mission de consultance stratégique n'avait pas été mentionnée dans les documents du marché ou jointe à ceux-ci, tel aurait dû également être le sort de la SA NRB.

CARACTÈRE NON SÉRIEUX DU MOYEN

C'est par un pur procès d'intention que la SA NRB établit un lien entre les 5/5 reçus par la société CONTRASTE EUROPE et une "mission de consultance préalable".

Les motifs pour lesquels "à la lecture de la décision motivée, l'on remarque que lorsque la solution de Contraste Europe dépasse dans une mesure plus ou moins importante les attentes décrites, elle obtient une note de 5/5 alors que lorsque la solution de la requérante dépasse dans une mesure plus ou moins importante les attentes décrites, la partie requérante n'obtient pas davantage que 4,5/5" (...) sont difficilement compréhensibles.

Les notes de 4,5 et 5 ont été attribuées en fonction de la mesure dans laquelle la solution proposée dépasse les exigences pour répondre au besoin.

La SA RESA a exposé la situation de chaque soumissionnaire dans un "rapport de transparence", qui figure en page 3 de l'acte attaqué.

Elle y assure que l'ensemble des informations nécessaires à la compréhension du cahier spécial des charges ont été communiquées à l'ensemble des soumissionnaires.

Elle renvoie à l'ampleur du cahier spécial des charges, de ses clauses techniques et des annexes au cahier spécial des charges. L'acte attaqué précise que :

A. Absence d'incidence de la participation à d'autres marchés publics au sein de Resa de certains soumissionnaires

Afin de garantir les principes d'égalité et de concurrence, l'ensemble des informations détaillées qui étaient nécessaires à la compréhension du CsC ont été communiquées à l'ensemble des soumissionnaires. Ainsi, on retrouve dans le chapitre 2 du CsC la description détaillée de la situation actuelle (serveurs, stockage, bases de données, organisation des data centres, réseau et sécurité). Par ailleurs, les annexes 1 à 5 reprennent les inventaires de l'ensemble des éléments d'infrastructure IT de la situation actuelle :

- Annexe 1 – Inventaire des ressources serveurs actuellement hébergées dans des datacenters de NeWin SA (ayant repris la branche infrastructure IT de Nethys) et qui doivent être portées sur les plateformes prévues au lot 1
- Annexes 2 – Inventaire des ressources actuellement utilisées sur AWS (Amazon)
- Annexe 3 - Inventaire d'autres ressources ayant trait aux serveurs actuellement hébergés au sein des datacenters de NeWin SA (ayant repris la branche infrastructure IT de Nethys)
- Annexe 4 – Inventaire des licences dont dispose Resa et qui seront réutilisées
- Annexe 5 – Exigences en matière de sécurité

L'acte attaqué indique également que les autres soumissionnaires avaient une connaissance approfondie de la SA RESA et de son fonctionnement informatique, au moins aussi élevée que celle qu'a pu en avoir la SA CONTRASTE EUROPE :

Par ailleurs, NRB, Contraste et NeWin ont eu accès à différentes informations au travers de missions préalables pour le département IT de RESA. La SA RESA a pris toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée. Ainsi, l'ensemble des informations pertinentes pour le présent marché ont été communiquées à l'ensemble des prestataires (voir chapitre 2 du CSC et annexes 1 à 5). La SA RESA a également fixé des délais adéquats pour la réception des offres.

En particulier :

- Dans le contexte de l'autonomisation de RESA en juin 2019, NRB a été chargé de mener une étude² visant à identifier les risques qui pesaient sur l'infrastructure IT de RESA hébergée chez Nethys (infrastructure et activités de gestion faisant l'objet du présent marché). Depuis, la branche Infrastructure IT de Nethys a été reprise par NeWin SA. Dans ce contexte, NRB a eu accès à la description complète et détaillée de l'infrastructure

² Référence du marché : 2018020-5 Mission d'architecture d'entreprise

physique ainsi qu'à la liste et à la description des services d'infrastructure prestés par le prestataire historique NeWin SA (ayant repris la branche infrastructure IT de Nethys). Les informations pertinentes pour le présent marché ont été communiquées à l'ensemble des prestataires (voir chapitre 2 du CSC et annexes 1 à 5).

- En 2020, peu après le processus d'autonomisation de RESA, son département IT a mené une réflexion visant à définir sa nouvelle stratégie d'hébergement des solutions applicatives supportant la stratégie métier de la société. Pour ce faire, RESA a fait appel à un consultant spécialisé dans le domaine au travers de la centrale de marché I-City. Le candidat a été sélectionné parmi les CV reçus de plusieurs sociétés sur base de ses compétences et de son expérience. Ce consultant était proposé par Contraste. Cette étude³ visait à établir un certain nombre de recommandations à propos de la stratégie globale en matière d'hébergement IT. Elle visait, en synthèse, à étudier l'opportunité d'utiliser des services de cloud privé ou public. L'étude ne portait que sur des questions stratégiques et d'orientation générale; elle ne portait pas sur les détails de l'architecture IT, comme c'est le cas de l'objet du présent marché. Les recommandations et informations pertinentes pour le présent marché communiquées lors de cette étude, de même que celles qui en ont résulté ont été communiquées à l'ensemble des prestataires.
- NeWin SA (ayant repris la branche infrastructure IT de Nethys) est le prestataire historique des services faisant l'objet du présent marché. Les informations pertinentes pour le présent marché ont été communiquées à l'ensemble des prestataires (voir chapitre 2 du CSC et annexes 1 à 5).

[Conclusion : Aucun des soumissionnaires n'a dès lors bénéficié d'un quelconque avantage et l'intégralité des informations ont été partagées entre tous]

La mission de consultance de la SA CONTRASTE EUROPE était large et purement stratégique. Elle n'a pas eu d'impact concret sur la rédaction du cahier spécial des charges.

C'est pour ce motif qu'il était inutile de la mentionner comme telle dans les documents du marché. Il n'existe d'ailleurs aucune obligation en ce sens, dans la mesure où les informations utiles aux autres soumissionnaires sont communiquées par le biais des documents du marché, quand bien même ces informations ne seraient pas libellées comme telles.

C'est pour ce motif qu'aucun document n'est clairement identifié. Au final, la SA RESA n'a fermé le marché ni au cloud public, ni au cloud privé; elle n'a, en réalité, effectué aucun choix suite à l'étude d'orientation de la SA CONTRASTE. Comme on l'a déjà évoqué, la spécificité de ce marché de services informatiques est que c'est au soumissionnaire de proposer une solution, qui correspond aux exigences du cahier spécial des charges.

La SA NRB ne démontre pas en quoi elle ne disposait pas d'informations suffisantes. Elle ne soutient pas, du reste, que le délai de réception des offres était insuffisant.

L'on n'aperçoit pas non plus en quoi la mission de la SA NRB relative à l'inventaire de l'infrastructure informatique de la SA RESA serait moins "imbriquée au marché" qu'une mission de consultation abstraite et stratégique à propos de l'opportunité de choisir un cloud public ou privé – choix qui, *in fine*, n'a pas été imposé par le cahier spécial des charges, mais laissé à l'appréciation des soumissionnaires pour répondre au mieux aux besoins exprimés.

Partant, l'acte attaqué conclut légitimement que "aucun soumissionnaire n'a bénéficié d'un quelconque avantage et l'intégralité des informations ont été partagées entre tous". La SARESA a conclu à l'absence de conflits d'intérêts.

L'arrêt SITA de Votre Conseil, n° 219.175 du 4 mai 2012, met précisément en lumière la charge de la preuve qui incombe à la requérante. Il lui revient d'identifier les informations qui auraient dû être communiquées, et en quoi elle a été lésée par l'absence de communication de ces informations.

L'affirmation selon laquelle la SA RESA aurait permis "à des représentants de la société Contraste Europe de participer à l'analyse des offres, dont celles de la partie requérante, dans le cadre du Marché", ne correspond pas à la réalité.

La situation de [F.G.] est la suivante :

- il est gérant de la SRL PROCESIMA (n°BCE 0578.917.279). Il est ainsi un consultant indépendant qui possède sa propre structure;
- il n'est employé ni par la SA RESA, ni par la SA CONTRASTE EUROPE;

Comme évoqué dans la décision d'attribution, c'est grâce à la centrale d'achat GIAL que la SA RESA a fait appel aux services de la SRL PROCESIMA, en la personne de [F.G.]. Dans l'accord-cadre passé par cette centrale d'achat GIAL, la SA CONTRASTE EUROPE avait été l'adjudicataire du lot 19 (Marché de mise à disposition d'expert dans les services IT Applicatifs). Le *curriculum vitae* de [F.G.] a été proposé via la SA CONTRASTE EUROPE qui était un des adjudicataires du lot 19 de cette centrale d'achat. La décision d'attribution qui désigne [F.G.] en tant que consultant figure au dossier administratif (...).

Si elles ont été liées à l'occasion de ce marché, force est de constater que ni [F.G.], ni la SRL PROCESIMA, n'entretiennent de lien juridique avec la SA CONTRASTE EUROPE dans le cadre de la procédure de passation visée par la présente procédure.

La SA RESA connaît la situation de [F.G.] et ne devait pas interroger la SA CONTRASTE EUROPE à ce sujet.

Pour autant que de besoin, l'on précise que :

- [F.G.] est un free-lance qui possède sa propre structure (ProcsimaGroup). Il travaille au travers de la SA CONTRASTE EUROPE de manière anecdotique et n'a donc pas de contacts commerciaux très actifs avec une quelconque personne de la SA CONTRASTE EUROPE (moins qu'avec NRB, WIN/Nethys ou Proximus qui ont tous, à un moment ou à un autre, travaillé en partenariat avec la société dont [F.G.] est gérant).
- Au moment de l'évaluation du marché dont il est question ici, la société de [F.G.] avait les contrats en cours suivants :
 - ☐ Computerland (dont le principal actionnaire est NRB) – mission de longue durée dont l'objet vise à réaliser de la consultance en sécurité auprès d'un client de Computerland;
 - ☐ Win/Nethys : services récurrents de longue durée relatifs à de la surveillance sécurité.

[F.G.] n'avait donc aucun intérêt à favoriser l'un ou l'autre des candidats.

- [F.G.] répond à la Direction IT de Resa en qualité de consultant et non d'employé;
- Sur le marché dont il est question ici, [F.G.] a participé, au sein de l'équipe de relecture et d'évaluation de RESA, à l'analyse des offres de l'ensemble des soumissionnaires pour le sous-critère QSM uniquement (Qualité de la livraison des services attendus en mode exploitation - 15 points sur les 60 points de l'évaluation technique) avec l'objectif de garantir la cohérence avec les ambitions de RESA en matière de bonne gouvernance.

Le travail de revue et de cotation a été effectué conjointement avec Monsieur [S. T.] (préposé interne de la SA RESA) qui a validé toutes les

cotations proposées. Le travail d'évaluation a donc été effectué sous contrôle du personnel interne de RESA pour garantir une neutralité totale.

- [F.G.] n'a eu aucun accès aux offres de prix des différents soumissionnaires.

L'ensemble de ces éléments démontrent qu'il n'existait aucun conflit d'intérêts contraire aux règles des marchés publics.

Le moyen n'est pas sérieux. »

3. Débats à l'audience

La requérante expose, en termes de plaidoirie, que le moyen comporte deux critiques. Il dénonce, en substance, la participation de la SA Contraste Europe, attributaire des lots 1 et 2 du marché, d'une part, à l'élaboration de celui-ci et, d'autre part, à l'analyse des offres. Concernant la phase de préparation du marché, la requérante maintient que la SA Contraste Europe s'est vu confier une mission qui est directement liée à l'objet du marché litigieux, ce qui a conduit à une rupture d'égalité entre les soumissionnaires. Concernant la phase d'attribution des offres, elle revient sur le rôle joué par le consultant F.G. Selon elle, les notes d'observations déposées par les parties adverses confirment l'existence d'une relation contractuelle entre Resa, la SA Contraste Europe et F.G. Elle expose que Resa a rémunéré la SA Contraste Europe pour participer à l'évaluation des offres et que celle-ci a payé F.G. pour exercer cette mission. Elle ajoute que, contrairement à ce qu'affirment les parties adverses, l'analyse des offres, à laquelle F.G. a participé et qui concerne le sous-critère d'attribution QSM, a eu une influence décisive sur le classement final des offres. Elle conclut que le pouvoir adjudicateur, qui avait connaissance de ces différents éléments, devait prendre les mesures nécessaires pour rétablir l'égalité entre les soumissionnaires.

Les parties adverses répondent que tous les soumissionnaires sont déjà intervenus, d'une manière ou d'une autre, dans la gestion des services IT de Resa, que tous connaissent bien les systèmes et l'infrastructure IT de l'intercommunale, que la requérante a, elle-même, été chargée d'établir un inventaire complet de cette structure et de définir les risques liés à la migration des systèmes, ce qui est en lien direct avec l'objet du présent marché. Elles expliquent que la mission de consultance confiée à la SA Contraste Europe portait sur la stratégie d'hébergement de cette structure et avait pour but de déterminer, d'un point de vue théorique, le champ des possibles (*clouds* privés ou *clouds* publics) et non, comme le prévoit le marché litigieux, de mettre en œuvre concrètement un nouvel hébergement de l'infrastructure IT. Elles répètent n'avoir pas tranché, à l'avance, pour l'attribution du présent marché, la question de l'opportunité d'utiliser des *clouds* privés ou des *clouds* publics. Elles ajoutent que tous les éléments utiles à l'établissement des offres ont été communiqués à tous les soumissionnaires, que ceux-ci ont bénéficié d'un délai adéquat pour déposer leurs offres, qu'à cette fin, ils ont pu poser toutes

les questions qu'ils souhaitent, qu'il a été répondu à chacune des questions posées, que les soumissionnaires ont encore pu défendre leurs projets oralement pour éclaircir certains points de leurs offres et que la requérante a encore pu déposer une BAFO au terme des négociations. Elles en déduisent que les mesures nécessaires ont bien été prises pour rétablir l'égalité entre tous les soumissionnaires. Quant à la situation de F.G., elles rappellent que l'évaluation du sous-critère QSM, à laquelle il a participé, ne vaut que pour 15 points sur 100, que ce consultant a sa propre société et travaille en *free lance*, que la SA Contraste Europe ne l'a pas « envoyé » pour évaluer les offres, mais que c'est *via* une centrale d'achat que Resa a pu le désigner comme consultant. Elles répètent que F.G. a déjà travaillé pour tous les soumissionnaires, en ce compris la requérante, *via* la société Computerland, dont elle est l'actionnaire principal, en sorte que ce consultant n'a aucun intérêt à favoriser l'un ou l'autre candidat.

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

L'article 52 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, que l'article 133 de la loi rend applicable aux marchés publics dans les secteurs spéciaux, prévoit ce qui suit :

« § 1^{er}. Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit ou non dans le cadre de l'article 51, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire. Lesdites mesures doivent, pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils correspondants fixés pour la publicité européenne, être consignées dans les informations visées à l'article 164, §§ 1^{er} ou 2.

Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

[...]

§ 2. Le candidat ou soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement. Toutefois, avant de pouvoir être exclu, le candidat ou soumissionnaire reçoit la possibilité de prouver au moyen d'une justification écrite, que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence.

Un délai d'au moins douze jours est accordé au candidat ou soumissionnaire pour fournir la justification visée à l'alinéa 1^{er}, à compter de la demande du pouvoir adjudicateur. Le candidat ou soumissionnaire concerné fournit la preuve de l'envoi de cette justification.

La demande du pouvoir adjudicateur doit également être formulée par écrit.

§ 3. [...] »

Concernant la participation préalable de candidats ou soumissionnaires au présent marché, la décision motivée d'attribution indique, dans une section intitulée « rapport de transparence », les différentes interventions des soumissionnaires NRB, Contraste Europe et NeWin, en précisant pour chacun d'eux les missions et les prestations accomplies ainsi que leur incidence sur l'objet du marché litigieux. Il est notamment fait état de ce que l'ensemble des informations nécessaires à la compréhension des documents du marché ont bien été communiquées à l'ensemble des soumissionnaires, en ce compris la description détaillée de la situation actuelle (serveurs, stockage, bases de données, organisation des data centres, réseau et sécurité) ainsi que les inventaires des ressources IT de Resa (annexes 1 à 5 du cahier spécial des charges). Il est ainsi précisé que « la SA Resa a pris toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée » et que des « délais adéquats » ont été fixés pour le dépôt des offres.

S'agissant, plus particulièrement, de la participation préalable de la SA Contraste Europe, le « rapport de transparence » indique qu'il a été « fait appel à un consultant spécialisé dans le domaine au travers de la centrale de marché I-City », que « ce consultant était proposé par Contraste » et qu'il a été chargé d'« établir un certain nombre de recommandations à propos de la stratégie globale en matière d'hébergement IT », l'étude sollicitée visant « en synthèse, à étudier l'opportunité d'utiliser des services de *cloud* privé ou public » et ne portant « que sur des questions stratégiques et d'orientation générale » et « pas sur les détails de l'architecture IT, comme c'est le cas de l'objet du présent marché ». Le rapport conclut, à ce sujet, que « les recommandations et informations pertinentes pour le présent marché communiquées lors de cette étude, de même que celles qui en ont résulté ont été communiquées à l'ensemble des prestataires ».

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, les éléments précités se vérifient *prima facie* à la lecture des pièces du dossier administratif.

S'agissant en particulier de la stratégie d'hébergement des applications IT de la SA Resa, le cahier spécial des charges détaille clairement les besoins et les attentes de l'intercommunale. Ainsi, il est précisé au point 3.1.1.2. des clauses techniques de ce cahier 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] ». La matrice des besoins 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.

Prima facie, il apparaît de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur a, conformément à l'article 52, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, bien pris « les mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée » en faveur de la SA Contrast Europe, en partageant toutes les informations utiles entre tous les soumissionnaires et en fixant des délais adéquats pour la réception des offres. Comme le relèvent les parties adverses, les soumissionnaires ont pu poser toutes les questions qu'ils souhaitaient lors de la préparation de leurs offres, pour clarifier, s'ils l'estimaient nécessaire, les besoins définis dans les clauses techniques du cahier spécial des charges. Le pouvoir adjudicateur a communiqué, à tous les soumissionnaires, les réponses aux différentes questions posées. Ceux-ci ont encore pu clarifier leurs offres lors de la défense orale organisée par la première partie adverse. Il semble ainsi que la procédure mise en œuvre ait permis aux soumissionnaires de déposer une offre, sans que la SA Contraste Europe soit avantagée par rapport à ses concurrents.

Pour le surplus, la requérante ne précise pas la nature des « informations supplémentaires » ou le « trop d'informations » auxquelles la SA Contrast Europe aurait eu accès, à l'exclusion des autres soumissionnaires. En particulier, elle ne démontre pas que la mission de stratégie globale d'hébergement de l'infrastructure IT de Resa, confiée au consultant proposé par la SA Contraste Europe et visant « en synthèse, à étudier l'opportunité d'utiliser des services de *cloud* privé ou public » aurait pu avantager cette société en lui permettant de déposer une offre qui réponde mieux aux besoins définis à l'*item* QPM-014 (partage des responsabilités – où le soumissionnaire doit fournir une matrice des responsabilités RACI dans laquelle il

décrit clairement les rôles/tâches qu'il attend de Resa afin de mener à bien le projet) ou à l'*item* QSM-011 (Antivirus – *endpoint* protection, où le soumissionnaire doit proposer une solution antivirus).

Au terme d'un examen en extrême urgence, il n'apparaît pas que la SA Contraste Europe devait, du fait de sa participation préalable à la préparation du marché litigieux, être exclue de celui-ci pour assurer le respect du principe d'égalité ou rétablir une saine concurrence entre les soumissionnaires. La requérante ne démontre pas que les parties adverses auraient dû faire application de l'article 52, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

En revanche, la participation du consultant F.G. lors de l'évaluation des offres déposées pour les lots 1 et 2 du marché paraît *prima facie* contestable.

L'article 6, § § 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative à la loi sur les marchés publics impose, d'une part, à l'adjudicateur de prendre les mesures nécessaires afin de prévenir toute situation de conflit d'intérêts et, d'autre part, à « toute personne susceptible d'influencer la passation ou l'issue de celle-ci » se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts de se récuser.

Il ressort des pièces du dossier administratif et des explications fournies par les parties adverses que celles-ci ont engagé un consultant externe en faisant appel à la centrale d'achat I-City. Cette dernière a conclu un accord-cadre en désignant, entre autres entreprises, la SA Contraste Europe pour le lot 19 « Mise à dispositions d'expert dans les services IT Applicatifs – Engagement d'un Lead Senior pour la gouvernance IT ». À la suite de la conclusion de cet accord-cadre, le comité de direction de la SA Resa Innovation et Technologie, agissant au nom et pour compte de la SA Resa intercommunale a, le 20 novembre 2019, décidé d'attribuer « le marché subséquent à la société Contraste Europe SA [...] au taux de 790 €/j pour une durée de 1 an + 1 an renouvelable (400j/h) soit un montant estimé de 316.000,00 € hors TVA » au motif que la SA Contraste Europe était la seule à présenter un candidat pour le poste de « Lead Senior pour la gouvernance IT ». F.G. est le consultant « mis à disposition » par la SA Contraste Europe dans le cadre du marché de services subséquent conclu avec la SA Resa.

Les parties adverses affirment que F.G. agit en tant que consultant indépendant *via* sa propre société, la SA Procsima, et qu'il n'est pas employé par la SA Contraste Europe. Même à suivre la partie adverse sur ce point (lequel n'est pas confirmé par les pièces du dossier administratif), il paraît inexact de soutenir que F.G. ou la SA Procsima n'entretiendraient aucun « lien juridique » avec la SA Contraste Europe dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux. En

effet, même dans la thèse défendue par les parties adverses, F.G. agit comme consultant externe mis à disposition par la SA Contraste Europe auprès de la SA Resa notamment pour l'assister dans la procédure de passation de ce marché. Pour la réalisation de ces services, la SA Resa paie la SA Contraste Europe au « taux de 790 €/j », celle-ci se chargeant elle-même de rémunérer F.G., le cas échéant par l'intermédiaire de la société Procsima.

Il ne peut, par ailleurs, être sérieusement contesté que l'intervention de F.G. dans phase d'analyse des offres a pu influencer la passation du marché litigieux. Comme le reconnaissent les parties adverses, F.G. « a participé, au sein de l'équipe de relecture et d'évaluation de Resa, à l'analyse des offres de l'ensemble des soumissionnaires pour le sous-critère d'attribution QSM ». Les parties adverses confirment, dans leurs notes d'observations, que toutes les cotations proposées par cette équipe ont été validées. Le sous-critère d'attribution QSM représente 15 points sur 100, en sorte que les résultats obtenus pour ce poste sont décisifs, quelques points, voir dixièmes de points, séparant les deux premières offres dans le premier classement et le classement final pour l'attribution des lots 1 et 2 du marché. Il apparaît, par ailleurs, de la capture d'écran produite dans les requêtes que F.G. a été invité à participer à la défense orale des différents soumissionnaires. Les parties adverses ne précisent toutefois pas le rôle qu'il a pu jouer à ce niveau.

Au vu de ces éléments, il convient *prima facie* de considérer que F.G. se trouvait dans « une situation dans laquelle, lors de la passation [...] [une] personne susceptible d'influencer la passation ou l'issue de celle-ci a, directement ou indirectement un intérêt financier [ou] économique [...] qui pourrait être perçu comme compromettant [son] impartialité ou [son] indépendance dans le cadre de la passation [...] », au sens de l'article 6, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. La circonstance que d'autres soumissionnaires ont travaillé ou travaillent actuellement en partenariat avec F.G., le cas échéant, par l'intermédiaire de la société Procsima ne garantit pas l'indépendance ou l'impartialité de celui-ci dans le cadre de la passation du marché litigieux ni ne lui évite de se trouver dans une situation de conflit d'intérêts avec la SA Contraste Europe, ce, en particulier, en raison de la relation d'affaires qui l'unit à celle-ci et a conduit F.G. à assister les parties adverses dans le cadre de l'attribution de ce marché.

Il appartenait, dès lors, à F.G. de se récuser et à la partie adverse de prendre toutes les mesures nécessaires afin de prévenir cette situation de conflit d'intérêts, ce qui n'a pas été fait. Les parties adverses affirment, dans leurs notes d'observations, qu'elles connaissaient parfaitement la situation de F.G. Leur inaction est d'autant moins compréhensible que, dans le « rapport de transparence » qui

figure dans la décision motivée d'attribution, elles indiquent qu'elles ont pris les mesures appropriées pour garantir l'égalité entre tous les soumissionnaires, au motif notamment qu'il avait été fait appel à un « consultant [...] proposé par Contraste » via « la centrale de marché I-City » pour réaliser une étude préalable à la passation du marché litigieux (cf. *supra*). Tandis qu'elles semblent reconnaître qu'il y a communauté d'intérêts entre la SA Contraste Europe et le consultant que cette société met à leur disposition, il apparaît, à tout le moins, contradictoire de faire appel, sans aucune réserve, à ce même consultant pour participer à l'évaluation des offres dans le cadre de ce marché.

La participation de F.G. dans la phase d'évaluation des offres est *prima facie* de nature à favoriser la SA Contraste Europe. En faisant participer à l'analyse des offres le consultant externe que ce soumissionnaire a mis à leur disposition, les parties adverses ont *prima facie* méconnu le principe d'égalité de traitement, lequel impose notamment que tous les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité au moment où leurs offres sont évaluées.

Dans cette mesure, le quatrième moyen est sérieux.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que son dossier de candidature ainsi que ses offres initiales et finales demeurent confidentiels, 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 ces documents contiennent des informations sensibles d'un point de vue technique ou commercial, dont la divulgation pourrait nuire au secret des affaires ainsi qu'à une saine concurrence entre les entreprises. Il s'agit des pièces B.1 à B7, telles que référencées dans l'inventaire annexé à la requête.

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 ont uniquement été déposées dans l'affaire A.234.847/VI- 22.174.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}

Les affaires portant les n^{os} de rôle A. 234.847/VI-22.174 et A. 234.851/VI-22.175 sont jointes.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 6 octobre 2021 du conseil d'administration de la SA Resa Innovation et Technologie « en son nom et pour compte » de la SA Resa (intercommunale) en ce qu'elle attribue à la SA Contraste Europe le lot 1 et le lot 2 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 » est ordonnée.

Les recours sont rejetés pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces B1 à B7 annexées à la requête ainsi que les pièces I à VIII du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 8 décembre 2021 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret