

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

n^o 252.543 du 23 décembre 2021

A. 234.696/VI-22.164

En cause : **la société anonyme ORANGE BELGIUM,**
 ayant élu domicile chez
 M^e Pascal MALLIEN, avocat,
 borsbeeksebrug 36/8
 2600 Berchem,

contre :

la Région wallonne,
 représentée par son Gouvernement,
 ayant élu domicile chez
 M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat,
 avenue de l'Observatoire 10
 4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 29 septembre 2021, la SA Orange Belgium demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision motivée d'attribution pour le marché SPW-DTIC_2020M018-Lot 1, dénommé "services téléphoniques fixes et mobiles du SPW", marché public de services, procédure ouverte européenne, prise le 7 septembre 2021 ».

Par une requête introduite par envoi recommandé le 15 novembre 2021, la même requérante demande l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 1^{er} octobre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 octobre 2021.

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

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Pascal Mallien, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Emmanuelle Bertrand, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

La requérante expose comme suit les faits de la cause :

« Le 3 septembre 2020, le SPW lançait un marché portant sur les Services téléphoniques fixes et mobiles du SPW comportant 3 lots dont seul le lot n°1 fait l'objet de la contestation.

Trois sociétés ont soumissionné pour ce lot n° 1: la requérante, Proximus SA et Destiny SA.

La requérante a remis offre le 7 décembre 2020 et a été interrogée à trois reprises par le SPW; les questions portaient surtout sur le caractère normal ou anormal des prix (...).

Le 7 septembre 2021, la SPW prenait la décision de considérer l'offre de la requérante comme irrégulière (nonobstant le fait qu'elle était la meilleure offre) et par conséquent d'attribuer le marché à Proximus SA qui avait remis la seconde meilleure offre.

[...]

3.1 Récapitulatif historique

Jusqu'à présent, les services téléphoniques fixes et mobiles du SPW sont attribués à la SA Proximus.

On peut comparer les offres des deux marchés précédents qui ont été attribués à la SA Proximus et où la requérante a participé.

Le 20 juillet 2012 la meilleure offre de Belgacom, actuellement Proximus, s'évaluait à 3.377.891,52 EUR, hors TVA, et Mobistar / NeWin, actuellement Orange Belgium fut la seconde meilleure offre avec un montant supérieur de 4.126.267,68 EUR, hors TVA.

A ce moment-là, le marché avait trait à 67 postes.

Le 18 octobre 2016 la SA Proximus avait de nouveau la meilleure offre de 2.424.064 EUR hors TVA et la requérante la seconde meilleure offre de 3.057.758 EUR hors TVA. Il s'agissait alors de 71 postes, incluant la technologie SIP TRUNK qui était déjà présente.

Il est dès lors évident qu'afin de présenter un prix plus concurrentiel que la SA Proximus, l'offre actuelle de la requérante est inférieure aux deux montants précédents de 2012 et 2016, sans qu'il s'agit d'un prix anormal.

Le prix actuel de la SA Proximus représente un montant de 6.998.704 EUR hors TVA, et l'offre de la requérante représente seulement un montant de 2.363.728 EUR hors TVA.

Quand on tient compte des offres qui ont été transmises en 2012 et 2016, le prix concurrentiel de 2.363.728 EUR est tout à fait compréhensible et ne démontre nullement *prima facie* un caractère anormal du prix global.

Actuellement il y a 107 postes avec les nouveautés suivantes: M2M et IOT avec prix unitaire, plateforme sms, FMU, consultance et poste de transition.

Durant le contrat actuel de nombreux amendements ont été demandés par le SPW à la SA Proximus qui a toujours répondu avec un prix standard pour ces nouvelles technologies.

C'est la raison pour laquelle la SA Proximus estime qu'elle peut renouveler son offre avec le montant aussi élevé de 6.998.704 EUR hors TVA sans tenir compte de la concurrence de la requérante.

Actuellement, ces nouvelles technologies ne peuvent plus être offertes au prix standard que la SA Proximus a proposé pendant les amendements au contrat actuel (c'est-à-dire au moment où ces nouvelles technologies venaient d'être mises à la disposition) car il s'agit actuellement de technologies éprouvées dont le prix a diminué sur le marché.

Pour des raisons de comparaison, la requérante confirme que ses offres en 2012 et 2016 représentaient également divers postes de 0 EUR qui n'ont nullement fait l'objet d'une contestation approfondie du pouvoir adjudicateur.

Pour bien comprendre et résumer ce récapitulatif historique, le tableau suivant est transmis:

Année du marché public de services téléphoniques fixes et mobiles du SPW	Durée en années du marché -	Première meilleure offre HTVA	Seconde meilleure offre HTVA	Nombres de postes
2012	4 années	3.377.891,52 EUR (Belgacom, actuellement Proximus)	4.126.267,68 EUR (Mobistar, actuellement Orange Belgium)	67
2016	4 années	2.424.064 EUR	3.057.758 EUR (Orange)	71

		(Proximus)	Belgium)	
2020	4 années	2.363.720 EUR (Orange Belgium)	6.998.704 EUR (Proximus)	107

Ce tableau récapitulatif démontre les démarches prises par la requérante pour consolider un prix concurrentiel, tenant compte de ses anciennes offres qui furent toujours moins compétitives que celles de la SA Proximus.

Le fait qu'il y a actuellement 107 postes ne met nullement en péril cette comparaison. Les 71 postes de 2016 se retrouvent dans le cahier spécial des charges actuel et les nouveaux postes sont des postes peu coûteux. Quoi qu'il en soit, la technologie la plus coûteuse "SIP TRUNK" était déjà présente dans le marché public de 2016.

L'offre de la SA Proximus, étant exhaustive, peut seulement être comprise par le fait qu'elle a toujours obtenu le prix standard pour les amendements pour ces nouvelles technologies pendant le marché en cours.

3.2 Le cahier spécial des charges a été rectifié deux fois en faveur de la SA Proximus

Pour bien comprendre le rectificatif n° 2 du cahier spécial des charges, il faut tout d'abord analyser le cahier spécial des charges original du 3 septembre 2020 et son métré :

M018 2020

CSC original du 3 septembre 2020

Métré:

42	Cout annuel pour l'usage d'un pack forfaitaire "Profil 1" qui inclut un nombre illimité d'appels et d'envois de SMS vers les mobiles et les téléphones fixes du SPW (ou de la même entité pour les PAB)(Fleet). Les autres services mobiles : d'appels ou d'envois de SMS ou de transferts Data Internet se facturent à l'unité.
43	Cout annuel pour l'usage d'un pack forfaitaire "Profil 2" qui inclut mensuellement : 120 minutes d'appels nationaux, 1000 SMS et 1,5 GB de transferts Data ainsi que des appels et SMS internes illimités à destination des téléphones fixes et mobiles du SPW (Fleet).
44	Cout annuel pour l'usage d'un pack forfaitaire "Profil 3" activé sur un mobile SPW qui inclut des appels nationaux (fixes et mobiles) et des SMS illimités, ainsi qu'un volume de transferts Data Internet mensuel de 5 GB (inclus dans le pack).
45	Cout annuel pour l'usage d'un pack forfaitaire "Profil 4" activé sur un mobile SPW qui inclut des appels nationaux (fixes et mobiles) et des SMS illimités, ainsi qu'un volume de transferts Data Internet mensuel de 25 GB.
46	Cout annuel pour l'usage d'un pack forfaitaire "Profil 5" activé sur un mobile SPW qui inclut des appels nationaux et des SMS illimités. Un volume de transfert Data Internet illimité est inclus dans le pack ainsi que 600 minutes d'appels internationaux vers l'U.E.

Légende:

En gris est ce qui a changé mais sans impact sur la concurrence.

En mauve offre catalogue Proximus

En orange offre standard Orange

Ensuite le métré est altéré conformément au cahier spécifique des charges avis rectificatif 2 du 16 octobre 2020:

42	Cout annuel pour l'usage d'un pack forfaitaire "Profil 1" qui inclut un nombre illimité d'appels et d'envois de SMS vers les mobiles et les téléphones fixes du SPW (ou de la même entité pour les PAB)(Fleet), ainsi qu'un volume de transfert Data mensuel de 500 MB. Les autres services mobiles : d'appels ou d'envois de SMS se facturent à l'unité.
43	Cout annuel pour l'usage d'un pack forfaitaire "Profil 2" qui inclut mensuellement : 120 minutes d'appels nationaux, 1000 SMS et 2 GB de transferts Data ainsi que des appels et SMS internes illimités à destination des téléphones fixes et mobiles du SPW (Fleet).
44	Cout annuel pour l'usage d'un pack forfaitaire "Profil 3" activé sur un mobile SPW qui inclut des appels nationaux (fixes et mobiles) et des SMS illimités, ainsi qu'un volume de transferts Data Internet mensuel de 8 GB (inclus dans le pack).
45	Idem
46	Idem

Légende:

En gris est ce qui a changé mais sans impact sur la concurrence.

En mauve offre catalogue Proximus

Dans l'avis rectificatif n°2, le SPW modifie les postes 42 et 44 en faveur de Proximus (ces postes correspondent à son catalogue). En effet, un forfait de 500MB est ajouté au poste 42, forfait faisant clairement partie du catalogue de Proximus. De même, au poste 44, le SPW porte le volume data à 8 GB, c'est-à-dire le même volume que proposait Proximus dans le cadre du marché fédéral (marché FORCMS).

Ces deux rectifications sont tout à fait conformes au catalogue de la SA Proximus et il n'y a aucune raison objective à ces changements.

La rectification du 16 octobre 2020 a dès lors eu comme seul but de favoriser la SA Proximus et on remarque actuellement qu'aucune décision préalable ne semble avoir été prise à cet égard.

3.3 L'impossibilité invoquée de comparer les prix pour le premier poste "frais forfaitaires encourus par le nouvel adjudicateur en vue de s'approprier des accès aux infrastructures téléphoniques fixes et mobiles du SPW"

L'offre de la requérante représente un prix zéro pour ce premier poste. La décision motivée du 7 septembre 2021 continue à faire valoir qu'il s'agit d'un prix non-déterminable et confirme qu'il faut un prix forfaitaire. A ce niveau il y a confusion entre coût et prix.

Dans la lettre de la requérante du 10 mai 2021, on explicite la structure des prix de la requérante. Pour le poste 1 on mentionne les coûts directs et indirects de transition, après la demande explicite du pouvoir adjudicateur par *e-mail* du 3 mai 2021:

“ 189.915 EUR (installation et mise en service (accès à la téléphonie fixe, accès à la solution FMU), pre-sales, project management, indoor, activation, support, sales administration)”.

Avant cela, on fait clairement valoir que le poste 1 reste un prix zéro car il met autrement en péril l'égalité entre les soumissionnaires, tenant compte du fait que la SA Proximus, avec l'adjudication en 2016, a remporté pour la deuxième fois le marché public de services, et qu'il est dès lors évident que le prix de la SA Proximus pour le poste 1 est zéro.

Les choses seraient différentes si le montant du poste n° 1 était ajouté *a posteriori* à l'offre de la SA Proximus afin d'obtenir une comparaison plus équitable et égale, sans favoriser l'opérateur actuel. Le SPW a d'ailleurs utilisé un tel mécanisme pour le marché de 2012 comme mentionné dans la décision motivée du 20 juillet 2012:

“Les frais récurrents HTVA (...) des opérateurs en place seront multipliés par quatre avant d'être augmentés virtuellement du coût de la transition HTVA (...) de l'offre du soumissionnaire le moins-disant de l'étape 1, avec un maximum de 150.000,00 EUR HTVA. Le total ainsi obtenu servira de base pour la comparaison des offres”.

Mais, vu qu'il n'y a aucun mécanisme prévu dans le cahier spécial des charges SPW-DTIC_2020M018-Lot 1 pour neutraliser le montant du poste 1 pour la comparaison des prix entre l'opérateur actuel, la SA Proximus, et les autres soumissionnaires, la requérante devait bien proposer un montant de zéro EUR. Si on sanctionne cette attitude, on accentue l'illégalité de comparaison entre les soumissionnaires. C'est probablement la raison pour laquelle les adjudications de 2012 et 2016 ne prévoyaient nullement un tel poste erroné.

3.4 Les autres pris anormaux dans certains postes

Pour les postes 3, 4 et 53, la requérante et la SA Proximus présentent des prix zéro. Ces remises de prix sont acceptées par la pouvoir adjudicateur, ce qui démontre qu'on peut présenter un montant zéro pour certains postes.

Pour les postes 1, 26, 27, 28, 52, 87 et 88 on remarque qu'il y a des prix zéro de la SA Proximus et de la requérante, mais on estime que le prix zéro de la requérante est un prix anormal, nonobstant le prix zéro qui a également été proposé par la SA Proximus et accepté par le pouvoir adjudicateur.

Nonobstant le refrain qu'on retrouve dans la décision motivée que la jurisprudence constante du Conseil d'Etat estime un prix à zéro comme présumé anormal, on évalue le prix zéro d'une façon tout à fait différente à l'égard de la SA Proximus, à comparer avec la motivation retenue pour la requérante. »

La décision de déclarer l'offre de la requérante irrégulière est motivée de la manière suivante :

« 2.2. Vérification des prix – Méthodologie

Considérant que conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification des prix des offres déposées;

Considérant qu'en raison de la spécificité du marché, des modèles de commercialisation sont proposés par les soumissionnaires. De tels modèles emportent d'inévitables regroupements de postes de l'inventaire aux fins de l'élaboration de leur offre par les soumissionnaires, en fonction des produits offerts (prix du setup inclus ou non, répercussion sur les volumes de consommation, etc.);

Du fait de ces packages, qui varient selon les opérateurs, certains postes ne peuvent, d'un point de vue technique, être valorisés de manière individualisée dans le cadre de la remise de prix (ce qui n'est pas le cas pour le poste l). Ces postes sont inopérants en leur individualisation. Les regroupements varient en fonction des différents packages proposés. Cela étant, ils n'empêchent pas la comparaison des offres, qui se fait alors sur base de regroupements de postes par type de services;

Considérant qu'à l'occasion de cette vérification des prix, le pouvoir adjudicateur a constaté des écarts de prix importants entre les offres remises, et ce plus particulièrement en ce qui concerne celle d'ORANGE, ainsi que des prix à zéro euro dans l'inventaire des prix remis par chacun des soumissionnaires;

Considérant dès lors, au vu de ce qui précède, que conformément à l'article 36, § 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur a demandé aux trois soumissionnaires de justifier la composition de leurs prix, par une sollicitation en date du 9 mars 2021 et un délai de réponse de maximum 12 jours de calendrier;

Dans ce contexte, le SPW les a interrogés pour prix apparemment anormaux pour les postes :

- de l'inventaire repris à zéro, ces prix étant, selon jurisprudence du Conseil d'Etat, présumés anormaux;
- de l'inventaire pour lesquels un prix individualisé pouvait être remis, et qui apparaissait apparemment anormal;
- d'un même type de services qui apparaissaient anormaux.

Considérant que PROXIMUS et ORANGE ont répondu à cette demande le 19 mars 2021 et que DESTINY a répondu à cette demande le 11 mars 2021, soit dans le délai qui leur était imparti;

2.2.1. ORANGE

Considérant que selon courrier recommandé du 9 mars 2021 à ORANGE, des justificatifs de prix lui ont été demandés relativement aux postes de l'inventaire :

- pour lesquels a été remis un prix de zéro, étant les postes l, 2, 3, 4, 26 à 28, 47, 48, 52, 53, 59, 76, 77, 83, 85 à 89;
- présentant un caractère apparemment anormalement bas, étant les postes 7, 8, 37 à 40, 42 à 46, 62 à 75;

Considérant la justification d'ORANGE du 19 mars 2021;

Que cette justification renseignait, pour la première fois, un coût spécifique pour le poste 1 relatif à la transition, et ce alors qu'il était de zéro selon le poste 1 de son offre. Ce montant qui, selon justificatif, incluait également les PAB aurait été lissé sur chacun des postes de l'inventaire des prix;

Qu'au demeurant, le justificatif de prix d'ORANGE consistait en une extrapolation du chiffre d'affaires qu'elle escompte réaliser au travers du marché, PAB inclus;

Que la ventilation des coefficients de frais généraux n'était pas claire;

Considérant que, sous toutes réserves, il a, selon courriel du 3 mai 2021, été requis d'ORANGE qu'elle produise des justificatifs de prix relatifs au seul PA, l'inventaire sur base duquel ses prix étaient apparus comme apparemment anormaux concernant exclusivement celui-ci; des éclaircissements lui étaient encore demandés en ce qui concerne ses frais généraux ;

Qu'ORANGE devait répondre pour le 11 mai 2021;

Considérant qu'ORANGE a adressé un nouveau justificatif de prix le 11 mai 2021;

Considérant que les justificatifs de prix d'ORANGE ne sont pas admissibles;

Que c'est ainsi que :

I. Poste 1

ORANGE a remis un prix de zéro pour ce poste.

Selon inventaire des prix, il consiste en :

“ A l'entame du marché, frais forfaitaires encourus par le nouvel adjudicataire en vue de s'approprier les accès aux infrastructures téléphoniques fixes et mobiles du SPW.”

Selon CSG, ce poste est défini comme portant :

“ c) Poste 1 : Transition à l'entrée du marché

Chaque soumissionnaire indique à l'inventaire le prix global pour rencontrer la totalité des besoins téléphoniques fixes et mobiles du SPW, tels que décrits dans le chapitre de ce document : ‘Transition à l'entrée du marché’.

A l'échéance de cette phase de transition aboutie, l'adjudicataire du marché aura l'opportunité d'introduire auprès du SPW une facture du montant qu'il a mentionné en regard dans ce poste n° 1. Avant d'introduire sa facture, l'adjudicataire du marché sollicitera le PA afin d'obtenir la réception provisoire de la phase de transition conformément aux modalités générales de réception décrites dans le chapitre : ‘Dispositions contractuelles’, point 9 : ‘Modalités de réception’ ”.

Au vu du nombre de prestations à effectuer relativement à celui-ci selon descriptif technique du CSC, qui -porte sur pas moins de 10 pages, et de son impact pour la bonne exécution du marché, et ce notamment en ce qui concerne la migration des liens SIP Trunking lesquels “constituent le point névralgique du réseau téléphonique filaire du SPW. Toute défaillance de ces liens aura des répercussions importantes sur l'activité de plusieurs milliers d'agents du SPW. Une attention toute particulière sera portée sur la sécurisation de ces liens, tant au

niveau des équipements du SPW qu'au niveau des équipements d'interconnexion de l'adjudicataire", un prix, individualisé, devait être remis pour le poste l.

La présomption *ispo facto* d'anormalité du prix de zéro remis par ORANGE pour ce poste en l'occurrence accrue, au vu de l'importance des prestations à effectuer en qualité de nouvel opérateur, que serait ORANGE dès lors que le marché lui serait attribué, et de son impact au niveau technique.

ORANGE a été questionnée quant à celui-ci, en application de l'article 36, § 2 ARP.

Selon ses justificatifs de prix, ORANGE chiffre ce poste, d'abord en ce compris pour les PAB, ensuite seulement en ce qui concerne le seul SPW. Elle dit avoir lissé son montant sur les différents postes de l'inventaire.

Ces justificatifs ne peuvent pas être admis :

- ORANGE devait remettre prix individualisé pour le poste l.

Les frais de transition sont repris selon un poste distinct de l'inventaire. Il n'y avait dans le chef d'ORANGE aucune impossibilité technique /matérielle admissible de ne pas procéder à sa valorisation. Pour autant que de besoin, la preuve en est que DESTINY a, selon son offre, valorisé ce poste.

Il ne peut donc être admis, ainsi qu'elle le prétend selon ses justificatifs de prix, qu'ORANGE lisse le prix de ce poste sur les différents postes de l'inventaire, dès lors que cela rend impossible la comparaison des offres, qui doit se faire poste par poste (C.E., 197.647 du 6 novembre 2009; C.E. n° 212.298 du 29 mars 2011; C.E., n° 233.365 du 24 décembre 2015; C.E., 222.782 du 8 mars 2013; C.E. n° 225.863 du 17 décembre 2013).

Une telle comparaison est, en l'occurrence, rendue d'autant plus impossible qu'ORANGE ne précise pas la part des frais de transition qui serait incluse dans chacun des postes de l'inventaire. Outre en ce qui concerne le poste l, la comparaison des offres est, de la sorte, rendue impossible pour chacun des postes de l'inventaire, puisque n'est pas connu le "prix brut" d'ORANGE quant à ceux-ci.

Selon justificatifs de prix, ORANGE prétend avoir lissé le prix du poste l aux fins de ne pas être désavantagée par rapport à un éventuel soumissionnaire en place, qui n'aurait pas à exposer de tels frais ORANGE précise encore que :

“ Tout d'abord, d'un point de vue général, nous observons que l'adjudicataire actuel ne peut en aucun cas avoir les mêmes coûts de transition qu'un concurrent qui n'est pas en place. Dès lors la comparaison est impossible on elle ne se fait qu'au détriment d'un nouvel adjudicataire.

En premier lieu, nous nous permettons de rappeler que le pouvoir adjudicateur a le devoir de veiller à ce que tous les soumissionnaires se retrouvent sur un pied d'égalité. Le pouvoir adjudicateur se doit de neutraliser, dans la mesure du possible, les éventuels avantages du contractant en place. Dans ce contexte, intégrer les coûts de transition comme un poste faisant partie de l'offre totale soumise à évaluation nous semble contraire à ce principe. Pour autant que les coûts de transition liés à notre offre (et lissés sur l'ensemble des postes sur la durée du contrat) puissent avoir pour conséquence un classement défavorable de notre offre, nous estimons qu'il faut faire abstraction de ces coûts dans l'évaluation de toutes les offres”.

Comme indiqué *supra*, ORANGE ne pouvait pas lisser le prix du poste l, puisqu'il était individualisé.

Outre légalement interdite, son explication n'en n'est au demeurant pas une. Qu'ils soient lissés au travers des postes de l'inventaire ou activés selon un poste unique, les coûts de transition restent les mêmes. De surcroît, un lissage est moins avantageux pour l'adjudicataire puisque les frais seront alors payés au fur et à mesure de l'exécution du marché, et non dès le départ, comme prévu selon documents du marché, et ce alors qu'ils doivent être exposés dès son entame.

L'avantage de l'opérateur en place auquel ORANGE fait référence est *de facto* inhérent à la situation qui est la sienne.

Le délai d'exécution du marché a été allongé, de 4 à 6 ans, de manière à en limiter l'impact dans le chef des soumissionnaires autres que le cocontractant en place.

A supposer même qu'une neutralisation du poste de transition s'impose au stade de la comparaison des offres nonobstant le fait que le seul critère d'attribution soit le prix, ainsi que le soutient ORANGE dans le cadre de son justificatif de prix, il n'en demeure pas moins que, pas plus que les autres soumissionnaires, elle n'a dénoncé cet état de chose avant le dépôt de son offre. En tout état de cause, la neutralisation à laquelle ORANGE prétend n'aurait aucun impact quant au classement des offres, son offre restant la moins chère. La neutralisation du poste l dans le cadre de la comparaison des offres ne présente donc aucun intérêt pour ORANGE.

- le prix remis par ORANGE pour le poste l apparaît pour la première fois selon justificatifs de prix - il est fluctuant et non justifié - modification de l'offre - engagement incertain.

Selon ses justificatifs de prix, ORANGE indique, pour la première fois, le(s) prix du poste l, et produit, notamment, à son (leur) appui, divers tableaux Excel. Eu égard au secret des affaires, ces prix ne seront pas mentionnés en termes de la présente décision. Il apparaît de ceux-ci que :

- selon premier justificatif, ORANGE avance un premier montant “installation et mise en service” qui porte sur les frais de transition pour le SPW et les PAB. Tel n'est pas le descriptif du poste de l'inventaire, qui est relatif aux frais de transition du seul SPW. De surcroît, il est précisé que le montant renseigné doit être majoré, dans une proportion non indiquée, d'une partie des coûts indirects repris selon tableau produit par ORANGE. Le prix total n'est pas communiqué;
- selon second justificatif, ORANGE avance un second montant à titre de frais de transition. Sa réduction par rapport au premier montant PAB inclus n'est pas justifiée;
- selon second justificatif, ORANGE reprend entre parenthèses les différents sous-postes qu'elle dit avoir pris en considération pour la valorisation du second montant avancé quant au poste l. Elle ne procède pas à leur décomposition chiffrée. Outre le fait qu'il ne revient pas au SPW de ce faire, le tableau Excel produit par ORANGE à l'appui, notamment, de ce prix, ne permet pas de le comprendre. L'addition des coûts qui y sont repris pour les différents sous-postes ne permet pas d'aboutir au montant indiqué selon justificatif. Somme toute vraisemblance, certains de ces sous-postes ne doivent pas être pris en compte en leur intégralité. ORANGE n'indique pas la proportion de leur valorisation qu'elle a prise en compte pour la détermination de son prix. Il ne revient, bien évidemment, pas au SPW de le faire. En tout état de cause, il en est incapable, s'agissant de structures de prix propres à l'entreprise.

Au demeurant, il est constaté que le coût du sous-poste “installation/mise en service” du poste l varie selon que la durée du marché est de 4 ou 6 ans, et ce dans la logique de P&L (Profits et Pertes) proportionnel selon tableaux

d'ORANGE. Or, d'une part, le poste 1 est relatif à des prestations uniques clairement identifiées selon documents du marché. Ils sont exposés à son entame et indépendamment de sa durée. L'explication d'ORANGE n'est pas cohérente. Cette fluctuation pose d'ailleurs la question de sa parfaite appréhension de la portée de ce poste, et donc de l'effectivité de son engagement quant à celui-ci. D'autre part, qu'en est-il du prix de la commande qui lui serait passée pour ce poste ? Ce prix couvre-t-il une période de 4 ou de 6 ans ?

Au vu de leur caractère fluctuant et non justifiés, les prix successifs avancés par ORANGE pour le poste 1 ne reflètent pas l'intention qui aurait été la sienne au moment de l'établissement de son offre. Il y a, en réalité, modification de celle-ci au gré des demandes de justifications qui lui sont faites. Une telle démarche intervient en contrariété avec le principe de l'unicité de l'offre.

Au demeurant, se pose la question du prix effectif du poste 1 et de l'effectivité de l'engagement d'ORANGE quant à celui-ci.

- le prix remis pour le poste 1 est forfaitaire - ORANGE le lisse dans des postes en quantités présumées - modification des conditions du marché.

Le prix du poste 1 est forfaitaire. Il est payé en une fois, à l'expiration de la phase de transition, et après sa réception.

Contrairement aux impositions du marché, ORANGE dit lisser le prix de ce poste sur les différents postes de l'inventaire.

Outre ce qui précède, cette solution n'est non plus admissible en son principe, dans la mesure où elle emporte modification du CSC, qui prévoyait un code de mesurée de ce poste en forfait.

Au demeurant, le prix effectivement offert n'est pas déterminable, puisqu'il sera fonction des quantités réalisées. Dès lors qu'elles seraient inférieures à celles sur base desquelles ORANGE prétend, *a posteriori*, à la ventilation du prix de ce poste, ce prix ne serait pas couvert. Il serait alors à perte, ce qui ne peut être admis. Dès lors qu'elles seraient supérieures, le prix serait plus haut que celui offert. Ce n'est pas non plus admissible.

2. Tous les postes : nature du justificatif- absence de justification des prix unitaires - spéculation.

Selon article 36, § 2 de l'AR du 18 avril 2017, dès lors que certains des prix unitaires de son offre apparaissent comme étant apparemment anormaux, le soumissionnaire est invité à fournir "les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal." Les réponses doivent être adéquates, complètes et suffisamment précises (C.E, n° 180.180, du 28 février 2008; C.E., n° 229.780, du 12 janvier 2015).

Selon courrier du 9 mars 2021 portant première demande de justification de prix à ORANGE, il était insisté quant à leur caractère concret, et vérifiable :

En application de l'article 36, § 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous vous invitons à nous fournir par écrit, via l'adresse mail marchepublic.dtic@spw.wallonie.be, dans un délai maximum de 12 jours calendrier à compter de la présente, la justification détaillée des prix ci-dessous identifiés, consistant en la décomposition chiffrée de chacun des postes les composant et/ou en toute autre justification admissible. Ces justifications doivent nous permettre de comprendre précisément et objectivement comment ces différents prix ont été calculés et doivent reposer sur des éléments concrets et vérifiables. Une simple confirmation des prix et/ou une réponse générale et/ou une décomposition sommaire, du prix

ne suffisent pas. Les justificatifs produits doivent nous apporter la garantie de ce que vos prix ne sont pas à perte. Ces justifications doivent être d'autant plus détaillées et circonstanciées que certains des prix pour lesquels elles sont requises sont à zéro. Selon jurisprudence constante du Conseil d'Etat, ces prix sont donc, en eux-mêmes, présumés anormaux.

Nous vous invitons également à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Or, ORANGE a fourni à titre de justificatifs de prix plusieurs tableaux Excel mentionnant le coût des différents postes et une extrapolation des revenus escomptés par la réalisation du marché :

“ Pour votre information, pour établir nos prix, nous avons basé notre calcul financier (*Profit&Loss*) sur une projection de revenus de [...] (SPW et PAB). Nous avons été conservateurs car le montant estimé par vos soins est d'au moins 73,6 millions d'euros pour le lot 1 pour la totalité du marché, hors SPW et donc uniquement pour les PAB (voir page 45 du CSG).

Vous pouvez constater dans le résumé du P&L ci-dessous que, malgré cette approche conservatrice, les prix proposés permettent de réaliser une marge bénéficiaire sur ce contrat, s'il devait nous être attribué.”

Dans un premier temps, ces tableaux étaient établis relativement au SPW et aux PAB. Environ 90 % des revenus estimés seraient relatifs à des revenus PAB. A la suite de la deuxième demande de justification qui lui a été adressée, ils étaient circonscrits au seul SPW.

Au travers de ces tableaux, ORANGE tend à démontrer le caractère rentable du marché, sur base d'une projection de chiffre d'affaires dans sa globalité. Contrairement à la demande qui lui a été faite, et à la différence des autres soumissionnaires, elle ne justifie pas les prix unitaires de manière individualisée.

Une telle démarche est critiquable en son principe même. D'une part, il est impossible d'identifier la structure précise des coûts. D'autre part, la vérification des prix doit se faire poste par poste, et non pas de manière globale, au demeurant dans un contexte spéculatif.

Ainsi qu'il résulte, notamment, de l'analyse faite ci-après, cette démarche globalisante spéculative est d'autant moins admissible en son principe même que le P&L établi par ORANGE à cette fin repose, pour partie :

- sur des montants fluctuants pour des mêmes postes;
- sur des hypothèses différentes que celles spécifiées selon offre d'ORANGE;
- sur des hypothèses de consommation non conformes aux exigences du CSC;
- sur des hypothèses entraînant des impacts d'ordre technique non conformes aux exigences du marché et non admissible au niveau de la qualité du service;
- sur des hypothèses dont le dépassement, possible, selon ORANGE, font apparaître un prix à perte;
- sur d'autres hypothèses, invérifiables

3. Plus spécifiquement, au-delà du caractère inadmissible en son principe du justificatif de prix - Postes 7 et 8

Ces postes concernent la tarification des communications fixes (SPW) vers des Mobiles des réseaux nationaux (Base, Orange, Proximus) situés en Belgique ou en itinérance EU. La comparaison des offres démontre que le prix proposé par ORANGE est largement inférieur à ceux des autres soumissionnaires.

Selon courrier du 9 mars 2021, a été demandé à ORANGE de les justifier.

Selon son justificatif du 19 mars 2021, ORANGE précise que :

> le coût d'inter connexion MTR pour Orange est calculé à [...] et intégré dans le P&L;

> les coûts opérationnels sont compris dans les coûts généraux calculés dans le prix des postes 82 et 92 à 100.

Ce justificatif nécessite un complément d'informations, dès lors que les calculs de report des frais généraux/coûts généraux (dans le P&L Excel) de ces postes 7 et 8 sur les postes 82 et 92 à 100 ne semblent pas corrects.

Selon nouvelle demande de justificatif du 3 mai 2021, ORANGE est invitée à : “clarifier la ventilation de vos frais généraux dans les différents postes de l'inventaire. En effet, votre P&L spécifie un montant pour ces frais de [...] HTVA. Vous l'exprimez ensuite en pourcentage du revenu total, soit [...] que vous devriez donc appliquer à l'ensemble des postes (non nuls) de l'inventaire. Ce n'est pourtant pas le cas pour les postes 7, 8 et partiellement les postes 42 à 46 (dont une partie des frais généraux sont inclus dans le DATA). Pouvez-vous clarifier cette ventilation ?”

Selon son justificatif du 11 mai 2021, ORANGE se limite à confirmer que “les frais généraux [...] sont bel et bien pris en compte pour les postes 7 et 8 puisque nous indiquons dans l'Annexe I de notre réponse du 19-03-2021 que les frais généraux pour ces postes sont inclus dans les postes 82 et 92 à 100 qui concernent le coût des connectivités.”

Les justificatifs de prix ne peuvent pas consister en une simple confirmation.

La confirmation d'ORANGE n'est acceptable ni en son principe, ni en son fondement. Elle ne permet pas de lever les doutes quant au raisonnement utilisé pour la ventilation des coûts reportés de certains postes dont les 7 et 8. Le P&L est invérifiable quant au report de certains coûts. Les justifications ne permettent pas au pouvoir adjudicateur, sur base des éléments contrôlables dont il dispose, d'aboutir à la conclusion que les prix suspectés d'anormalité concordent avec la réalité et ne présagent pas d'une mauvaise exécution du marché.

Le justificatif ne permet pas de lever la suspicion d'anormalité. Il n'est pas admissible. Le prix est anormal.

4. Plus spécifiquement, au-delà du caractère inadmissible en son principe du justificatif de prix - Postes 25 à 28

Le poste 25 vise la mise à disposition de la carte SIM et les postes 26 à 28 concernent les coûts unitaires pour des appels nationaux et SMS nationaux au départ d'un mobile SPW.

Les prix remis par ORANGE pour les postes 26 à 28 sont à 0 euro. ORANGE indique dans son offre que les postes 26 à 28 sont compris dans la mise à disposition d'une carte SIM (poste 25).

La tendance actuelle du marché et les pratiques usuelles du commerce en télécommunications mobiles amènent effectivement les opérateurs à fournir des cartes SIM incluant totalement ou partiellement des consommations (minutes, SMS, ...). Ce regroupement de postes est techniquement inévitable au vu du programme commercial offert. Il rend inopérante la valorisation individualisée selon inventaire des postes regroupés. Ce regroupement est, pour cette raison, admis en son principe. PROXIMUS a également inclus ces postes dans son poste 25. DESTINY a également procédé à de tels regroupements, dans d'autres mesures.

Il s'agit dès lors de s'assurer que le prix du poste 25, qui regroupe les postes 26 à 28, soit normal.

A la page 71 de son offre, ORANGE précise que le nombre de minutes d'appel est illimité.

Or, dans son justificatif de prix, elle précise que son P&L pour le poste 25 est basé sur un coût correspondant à 120 minutes d'appel basé sur leur offre "abondance" et sur le prix MTR (*Mobile Termination Rate*). ORANGE explique que ces 120 minutes sont suffisantes, vu les quantités présumées de l'inventaire. ORANGE explique également que d'autres facteurs peuvent encore améliorer la marge bénéficiaire de ces postes 25 à 28.

Ce justificatif n'est pas admissible, ni en son principe, ni en son fondement :

- il fait état d'un calcul basé sur 120 minutes d'appel, et ce alors que selon son offre, ORANGE propose un nombre de minutes d'appel illimité. Ce justificatif ne permet donc pas de comprendre le prix offert par ORANGE selon son offre; il n'est pas admissible en son principe même;

- ORANGE n'exclut pas une consommation supérieure à 120 minutes. Cela étant, selon extrapolation du calcul fourni par ORANGE, le résultat du P&L deviendrait négatif au-delà de 165 minutes de communications mensuelles. Le prix d'ORANGE devient alors à perte, ce qui n'est pas non plus admissible.

Il est à noter que ce poste représente plus de 14,9% de l'offre d'ORANGE et qu'il porte sur un service de base important du marché.

La suspicion d'anormalité n'est pas levée. Le prix d'ORANGE pour les postes 25 à 28 est anormal, en ce qu'ORANGE se fonde sur des spéculations de consommation pour l'établir.

5. Plus spécifiquement, au-delà du caractère inadmissible en son principe du justificatif de prix - Postes 37 à 40 et 42 à 46

- Les postes 37 à 40 concernent les prix des abonnements annuels "forfaitaires Data".

La comparaison des offres par type de services fait apparaître que le prix proposé par ORANGE pour ce type de services est largement inférieur à ceux des autres soumissionnaires.

Selon courrier du 9 mars 2021, a donc été demandé à ORANGE qu'elle justifie les prix de ces postes.

Selon calcul P&L d'ORANGE, communiqué le 19 mars 2021, il apparaît que le poste 37 est à perte (- 53 70). Le prix à perte est inadmissible, en son principe même. Le justificatif n'est pas admis. Le prix est anormal.

- ORANGE a été interrogée le 9 mars 2021 relativement aux postes 42 à 46, qui concernent les coûts annuels des “Packs forfaitaires de la téléphonie mobile” incluant data, appels et sms. La comparaison des offres par type de services démontre que le prix proposé par ORANGE pour ce type de service est très nettement inférieur à ceux des deux autres soumissionnaires.
“Selon calcul P&L d'ORANGE, communiqué le 19 mars 2021, il apparaît que le poste 42 est à perte (- 53 %). ORANGE -précise que les postes 37 et 42 seraient négligeables sur la totalité du marché (poste 37 : 0,25 % ; poste 42 : 1,82 %).

Le prix à perte est inadmissible, en son principe même.

Au demeurant, et quand bien même la représentativité de ces postes dans l'offre d'ORANGE serait négligeable, il n'en demeure pas moins qu'ils ne le sont pas sur le plan dll service, et ce au contraire puisqu'ils correspondent aux services de base pour accéder au data. Il est encore à relever que le poste 42 représente 8,2 % et 7,7 % dans les deux offres concurrentes.

- En ce qui concerne le poste 46, selon CSG, était demandé 600 minutes d'appel INT'L. L'offre d'ORANGE propose des minutes illimitées, upgradant de la sorte les exigences du marché.

Or, dans son justificatif de prix, elle précise que le coût des appels internationaux (offerts en illimité) est calculé sur une moyenne de 120 minutes correspondant à ses statistiques d'utilisation de ses offres illimitées.

Ce justificatif n'est pas admissible, ni en son principe, ni en son fondement :

- il fait état d'un calcul basé sur 120 minutes d'appel, et ce alors que selon son offre, ORANGE propose un nombre de minutes d'appel illimité. Ce justificatif ne permet donc pas de comprendre le prix offert par ORANGE selon son offre; il n'est pas admissible en son principe même ;

- une telle spéculation de consommations n'est pas conforme aux exigences du marché, selon lesquelles 600 minutes d'appel étaient demandées ; ce justificatif n'est pas admissible en son fondement ;

La durée reprise selon justificatif permet de douter quant à l'engagement effectif d'ORANGE quant à ce poste, au-delà des quantités qui y sont renseignées.

La suspicion d'anormalité n'est -pas levée. Le prix d'ORANGE pour le poste 46 est anormal.

Pour l'ensemble des postes dont question au présent point (postes 37 à 40 et 42 à 46) et quel que soit le volume de data demandé selon documents du marché pour ces postes, selon justificatif des prix, ORANGE explique avoir calculé son P&L en ne prenant en compte que 20% du coût réel du GB car elle se base sur le fait que ses statistiques démontrent que seuls 20% des data vendues sont réellement consommées.

Ce justificatif, dès lors qu'il fait état d'un calcul basé sur des statistiques de consommation, non conformes aux exigences dit. marché, n'est pas admissible.

En outre, en ce qui concerne le poste 46, pour lequel un volume de data illimité était demandé selon documents du marché, ORANGE indique qu'au-delà d'une consommation de 30 GB (considérée par ORANGE comme une utilisation moyenne), la bande passante sera réduite pour diminuer la consommation. Une telle spéculation n'est pas en ligne avec les exigences du marché et qui plus est, aura pour conséquence une dégradation du service fourni. Une telle dégradation touche à un élément technique essentiel du marché. Elle n'est pas admissible.

Pour autant que de besoin, il est à relever que selon extrapolation du calcul fournit par ORANGE, si ORANGE avait considéré 40% de consommation moyenne (au lieu des 20 %) dans son P&L, tous les postes 37-40 et 42 à 46 seraient à perte, ce qui n'est pas non plus admissible.

Le volume de data repris selon P&L (20 %) permet dès lors de douter quant à l'engagement effectif d'ORANGE quant à ces postes.

La suspicion d'anormalité n'est pas levée. Le prix d'ORANGE pour ces postes est anormal, en ce qu'ORANGE se fonde sur des spéculations de consommation pour l'établir.

6. Outre celles formalisées quant à la nature même des justificatifs, qui portent sur des globalisations spéculatives, les justificatifs des prix d'ORANGE pour les autres postes n'emportent pas d'autres critiques.

7. Conclusions

Il se confirme et/ou ressort des justificatifs d'ORANGE que :

- le lissage qu'elle prétend faire du prix du poste 1 rend la comparaison des offres impossible, tant pour ce poste, que pour tous les postes de l'inventaire;
- le caractère fluctuant et non justifié du prix du poste 1 emporte modification de l'offre initiale d'ORANGE ;
- le caractère fluctuant du prix du poste 1 en fonction de la durée du marché fait craindre qu'ORANGE n'en ait pas parfaitement appréhendé la portée, et donc rend incertain son engagement conformément au descriptif des documents du marché;
- le lissage du poste 1, forfaitaire, sur les postes de l'inventaire, en quantités présumées, emporte modification des conditions du marché; il emporte également une incertitude quant au prix effectif du poste;
- les justificatifs de prix produits ne permettent pas, eu égard à leur nature, de lever la présomption d'anormalité des prix unitaires qu'ils concernent, puisqu'ils ne tendent pas à leur décomposition, mais en une globalisation, au demeurant spéculative; à tout le moins, une telle anormalité n'est pas levée, pour les postes 7, 8, 25 à 28, 37 à 40, 42 à 46.

Ces irrégularités sont substantielles. En application de l'article 76, § 3 de l'AR du 18 avril 2027, l'offre d'ORANGE est nulle. »

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

En un premier moyen, la requérante fait valoir que « Le principe d'égalité de traitement des candidats est bafoué, conformément à l'art. 10 et 11 de la Constitution belge, l'obligation européenne de traiter les soumissionnaires de manière égale et l'art. 4 de la loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016 ».

Elle expose ce qui suit :

« Il suffit de rappeler l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 4 mai 2017 dans l'affaire C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. v Województwo Łódzkie*, qui confirme:

“ ... les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination imposent que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et impliquent donc que ces offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires”.

La façon dont le pouvoir adjudicateur analyse le prix soi-disant anormal de la requérante n'est pas en conformité avec ce principe d'égalité comme cela a déjà été décrit dans la section 3. Exposé des faits.

Le premier moyen évident a dès lors trait à l'art. 4 de la loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016, étant une traduction explicite des articles 10 et 11 de la Constitution belge et est conforme aux principes de l'Union européenne à cet égard. En comparant la manière dont le pouvoir adjudicateur a traité la SA Proximus et la requérante, il est évident qu'on n'a nullement respecté le principe d'égalité et qu'on n'a nullement agi sans discrimination.

Dans le courrier du 10 mai 2021 de la requérante, on fait déjà valoir l'argumentation suivante:

“ Tout d'abord, d'un point de vue général, nous observons que l'adjudicataire actuel ne peut en aucun cas avoir les mêmes coûts de transition qu'un concurrent qui n'est pas en place. Dès lors la comparaison est impossible ou elle ne se fait qu'au détriment d'un nouvel adjudicataire.

En premier lieu, nous nous permettons de rappeler que le pouvoir adjudicateur a le devoir de veiller à ce que tous les soumissionnaires se retrouvent sur un pied d'égalité. Le pouvoir adjudicateur se doit de neutraliser, dans la mesure du possible, les éventuels avantages du contractant en place. Dans ce contexte, intégrer les coûts de transition comme un poste faisant partie de l'offre totale soumise à évaluation nous semble contraire à ce principe. Pour autant que les coûts de transition liés à notre offre (et lissés sur l'ensemble des postes sur la durée du contrat) puissent avoir pour conséquence un classement défavorable de notre offre, nous estimons qu'il faut faire abstraction de ces coûts dans l'évaluation de toutes les offres.

Ensuite, vu le défaut de comparabilité entre l'offre du contractant en place et l'offre d'un nouvel adjudicataire en ce qui concerne les coûts de transition, on ne peut juger de la normalité de ces coûts qu'en s'assurant que tous les coûts potentiels sont bien pris en compte et que le soumissionnaire reste bénéficiaire.”

Tenant compte du fait que la requérante a transmis le prix zéro pour le poste n° 1, et a ainsi elle-même neutralisé ce poste, il ne fallait nullement dénoncer une impossibilité de comparaison des offres, conformément à l'art. 81 de l'arrêt royal du 18 juin 2017 concernant la passation des marchés publics.

Après la première question du pouvoir adjudicateur de communiquer “tous les éléments de coûts”, un montant de coûts de 571.750 EUR a été communiqué sur base d'un calcul financier, ajouté comme annexe 1 à la réponse de la requérante, envoyé le 19 mars 2021 au pouvoir adjudicateur.

La requérante a alors tenu compte du fait que l'adjudicataire agit en tant que centrale d'achat, et qu'il peut avoir de nombreux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires (PAB) dont il faut tenir compte. A part cela, le cahier spécial des charges prévoit à la page 15, point 2, que le marché peut faire l'objet d'une reconduction du marché pour deux fois une année au maximum.

Il est dès lors clair que le premier coût octroyé tient compte de la possibilité d'étendre le marché aux PAB et que la durée peut représenter 6 ans au lieu de 4 ans.

Cette information est importante pour que le pouvoir adjudicateur comprenne que la requérante a tenu compte de toutes ces hypothèses. Il est évident que cela ne démontre nullement une perte évidente car le revenu pour la requérante est alors plus important que dans le cas où le service est limité au pouvoir adjudicateur et à une période de 4 ans.

Ensuite, le pouvoir adjudicateur, dans son *e-mail* du 3 mai 2021, a mis l'accent sur le fait qu'il fallait communiquer le montant nécessaire pour la transition du seul pouvoir adjudicateur (PA). Le coût, uniquement pour le PA, est alors évalué par la requérante à 189.915 EUR.

Cela démontre que le pouvoir adjudicateur est en possession de toutes les données pour contrôler le prix octroyé par la requérante mais qu'elle n'enquête nullement de la même façon à l'égard de la SA Proximus qui doit également tenir compte des PAB et de la durée prolongée éventuellement de 4 à 6 ans.

Au contraire, le pouvoir adjudicateur ne fait rien avec ces chiffres qui devraient lui permettre à comprendre que le prix du poste n° 1 facilite l'égalité entre les soumissionnaires. En effet, la requérante a réussi à lisser le coût financier de la transition sur la totalité du marché et les prix octroyés, ce qui démontre que cela ne mène nullement à un prix anormal ou un coût qui mène à une offre à perte.

Il est dès lors clair que le prix zéro ne répond nullement à une présomption quelconque d'un prix anormal.

A cet égard il est également important de constater que la SA Proximus propose un prix de zéro EUR pour les mêmes postes que la requérante, exception faite du poste 55. Dans la décision motivée, on ne part plus de la présomption du Conseil d'Etat qu'il s'agit d'un prix anormal quand on analyse les postes 52, 53, 55 et 86 à 89 de Proximus, mais on se limite à répéter la justification de Proximus en acceptant que le coût de plateforme est inclus dans le prix du SMS d'une part et de considérer les quantités exprimées comme négligeables d'autre part.

Pour ces derniers postes, on constate également que l'offre de Destiny contient également le prix zéro.

Un tableau comparatif démontre le non-respect du principe d'égalité de traitement des candidats pour les postes 52 et 87/88:

Numéro de poste	Objet du poste	Prix d'Orange Belgium	Prix de Proximus	Argument du prix zéro par la SA Orange Belgium	Motivation de la SPW à l'égard de Orange Belgium	Argumentation du prix zéro par Proximus	Motivation de la SPW à l'encontre du prix zéro de Proximus
52	Production, expédition personnalisée et envoi de 20 cartes SIM supplémentaires, équipées pour la voie et la transmission data internet	Prix zéro	Prix zéro	pas d'argumentation supplémentaire d'Orange Belgium	Le SPW n'a pas l'air de vouloir des commentaires supplémentaires d'Orange Belgium	Proximus précise bien que ce poste ne sera jamais facturé et qu'il est négligeable au regard du montant total du marché	Le SPW souligne le caractère négligeable de ce poste, uniquement à l'égard de Proximus, pour justifier que ce poste n'entraîne

	ou intranet - frais d'activation de chaque carte SIM inclus (demande différée de SPW)				mais ne fait nullement allusion au caractère négligeabl e de ce poste		nullement une irrégularité de l'offre. Pourquoi ce raisonnement est seulement exprimé en faveur de Proximus et n'a-t-on pas prévu une telle motivation à l'égard de l'offre d'Orange Belgium? Quand Orange Belgium fait valoir que certains autres postes sont négligeables (e.a. les postes 37 et 42) on n'accepte pas ce point de vue d'Orange Belgium. <i>In casu</i> , la production, livraison et l'activation d'une carte SIM restent cruciales sur la plan du service.
55	Le coût annuel pour la mise à disposition d'une plateforme web et d'une passerelle autorisant l'envoi massif des sms à un débit de plus de 300 sms à la minute à destination des terminaux mobiles nationaux	120 EUR	Prix zero	Aucune justification additionnelle d'Orange Belgium	Aucun commenta ire de la SPW	Proximus explique que le prix d'envoi d'un sms inclut l'usage de la plateforme d'envoi de sms. On confirme que cette solution est partagée avec tous les clients. La rentabilité est assurée par le volume effectué par l'ensemble des clients.	Le SPW accepte cette explication que la rentabilité est reportée à l'ensemble des clients de Proximus. A l'égard d'Orange Belgium, de façon générale, le SPW n'accepte pas qu'Orange Belgium se base sur ses statistiques globales de

							consommation du marché, et établit des moyennes du prix.
86 à 89	Coût d'un abonnement annuel pour le routage sur SIP TRUNK des numéros téléphoniques	Prix zéro	Prix zero	Aucun commentaire additionnel de la part d'Orange Belgium	Le SPW accepte le prix zéro d'Orange Belgium	Proximus fait valoir que ce poste est indissociable avec le poste 82, ayant trait à la disposition d'une ligne, c-à-d d'une connectivité SIP, et que ces postes sont négligeables dans la totalité du poids du métré	Le caractère lacunaire de l'explication de Proximus oublie les postes 92 à 100 qui se rapportent tous, comme c'est le cas pour le poste 82, à une connectivité SIP. Cela démontre d'autant plus qu'une explication lacunaire de Proximus suffit et que cela n'est nullement en conformité avec des exigences beaucoup plus élevées à l'égard d'Orange Belgium

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le premier moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur la question de savoir si un prix doit, ou non, être considéré comme anormal, appréciation qui ne se limite pas à la question de l'existence ou non d'une marge bénéficiaire. Il revient toutefois au Conseil d'Etat de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision du pouvoir adjudicateur et de censurer, dans le chef de ce dernier, une appréciation manifestement déraisonnable.

Par ailleurs, il appartient à la partie requérante de démontrer que tous les motifs d'anormalité de ses prix invoqués par la partie adverse à l'appui de la décision litigieuse sont irréguliers. Dès lors, si l'un des motifs devait être considéré

comme régulier, la requérante n'aurait pas d'intérêt aux moyens qui dénoncent l'illégalité des autres motifs.

Le cahier spécial des charge indique (p. 56), à propos du poste 1, que les soumissionnaires doivent présenter, pour ce qui est de la phase de transition à l'entrée du marché, des « frais forfaitaires unique[s] en vue de s'approprier les accès aux infrastructures et équipements téléphoniques fixes et mobiles du SPW ».

Ce n'est pas ce que la requérante a fait, puisque son offre présente des coûts de transition de 0 euro pour le poste 1. La raison invoquée par celle-ci est que l'actuel adjudicataire ne peut avoir les mêmes coûts de transition qu'un concurrent qui n'est pas en place et que dans le cas contraire la comparaison serait impossible entre les offres ou ne se ferait qu'au détriment des nouveaux soumissionnaires, de sorte qu'il faut faire abstraction de ces coûts de transition dans l'évaluation de toutes les offres. La requérante expose ensuite que, répondant à la première demande de justification du pouvoir adjudicateur qui souhaitait que lui soient communiqués tous les éléments de coûts, elle a transmis un coût de transition de 571.750 euros, prenant en considération les nombreux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires, puisque le marché en cause concerne une centrale d'achat, ainsi que le fait que ce marché, d'une durée de quatre années, est susceptible d'être reconduit à deux reprises d'une année supplémentaire, de sorte qu'il peut s'étendre sur six années au total. Par la suite, répondant à une nouvelle demande de la partie adverse de ne transmettre que les coûts de transition ne concernant que le seul pouvoir adjudicateur et non les autres pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires de la centrale d'achat, la requérante a alors évalué ce coût de transition à 189.915 euros. Elle estime ainsi que le pouvoir adjudicateur était en possession de toutes les données nécessaires pour contrôler le prix qu'elle proposait dans son offre, données qui devaient lui permettre de comprendre que le coût de transition de 0 euro, loin d'être un coût anormal, était indiqué pour faciliter l'égalité entre les soumissionnaires.

Il semble toutefois devoir être considéré, au terme d'un premier examen *prima facie* en extrême urgence, que c'est à juste titre que la partie adverse a rejeté l'offre de la requérante.

En effet, d'une part, la partie adverse pouvait, en application de l'article 86, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, écarter l'offre de la requérante comme irrégulière, dès lors que celle-ci n'indiquait aucun prix pour le poste 1, malgré l'obligation qui pesait sur elle de présenter un prix forfaitaire, et quand bien même la requérante avait attribué tardivement deux prix différents pour ce poste à la suite des deux demandes de justification, attitude qui a entraîné une modification de son offre.

D'autre part, la partie adverse pouvait aussi faire usage de l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et écarter l'offre de la requérante en raison de son irrégularité substantielle, après avoir constaté que le montant du poste 1, considéré comme un poste non négligeable, présentait un caractère anormal, malgré les explications données par la requérante aux demandes de justification. L'analyse figurant dans la décision motivée d'attribution et qui conclut au caractère anormalement bas du prix de 0 euro du poste 1, ne paraît pas manifestement erronée et repose sur des éléments exacts et pertinents. Ainsi, la pratique qui consiste à lisser le prix d'un poste sur les différents postes de l'inventaire, a pu être considérée, en l'espèce, par la partie adverse, d'une manière qui ne paraît pas manifestement déraisonnable, comme rendant impossible la comparaison des offres, ce qui fait entrer l'offre de la requérante dans le champ d'application de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, selon lequel est substantielle l'irrégularité de nature à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres. À cet égard, l'argument de la partie adverse contenu dans la motivation de la décision attaquée, selon lequel Orange ne précise pas la part des frais de transition qui serait incluse dans chacun des postes de l'inventaire, est conforme à la réalité, exact et pertinent.

La requérante fait également valoir dans sa requête qu'alors que l'adjudicataire en place proposait également un prix de 0 euro pour le même poste 1, la décision motivée d'attribution ne considère pas ce prix comme anormal, mais reproduit la justification donnée par Proximus. Partant, la requérante estime que la partie adverse n'a pas traité de manière égale son offre et celle de l'adjudicataire. Cet argument ne paraît pas pouvoir être retenu. La décision motivée d'attribution indique à ce propos que Proximus justifie son prix pour le poste 1 par la circonstance qu'« étant l'opérateur actuel du SPW et rencontr[ant] déjà la totalité des besoins téléphoniques fixes et mobiles du SPW, tels que décrits dans le cahier des charges, aucun frais de transition n'est (...) applicable ». La partie adverse en conclut que cette justification est conforme au libellé du cahier spécial des charges en soulignant notamment que « de nombreux passages du CSC décrivent le poste 1 comme un poste réservé au nouvel adjudicataire » et que « le CSC ne mentionne aucune activité à l'entrée qui serait liée au changement de marché et non de prestataire, et qui seraient donc de nature à entraîner des frais dans son chef en tant qu'opérateur en place ». Il semble, *prima facie*, que le pouvoir adjudicateur a pu estimer que les justifications apportées par Proximus étaient satisfaisantes, cet opérateur se trouvant dans une situation différente de celle de la requérante, de sorte que les principes d'égalité et de non-discrimination ne sont pas violés.

Dès lors que les critiques portant sur l'appréciation de la partie adverse relatives à la normalité du prix de la requérante pour le poste 1 ne paraissent pas, au stade actuel de la procédure, pouvoir être retenues, cette dernière n'a pas intérêt aux autres griefs formulés dans le présent moyen, lesquels dénoncent la prétendue irrégularité des autres motifs sur lesquels se fonde l'acte attaqué pour écarter son offre.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

En un deuxième moyen, la requérante soutient que « la rédaction du cahier spécial des charges est *ab initio* en faveur de Proximus, concernant le poste 1, et d'autant plus ses rectificatifs à l'encontre de l'art. 34 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 concernant la passation des marchés publics ».

Elle fait valoir ce qui suit :

« Dans le premier moyen on a fait valoir comment la gestion du poste 1 (c'est-à-dire sa neutralisation lors de la comparaison des offres comme le SPW l'a fait en 2012) peut mener à une égalité de traitement des soumissionnaires. La requérante a essayé de remédier au fait que le poste n'allait pas être neutralisé dans la comparaison des offres en offrant un prix de zéro EUR. Ce faisant, il n'y avait pas de nécessité de faire une déclaration quelconque, conformément à l'art. 81 de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

Cet état de fait a encore été rendu plus flagrant par le rectificatif n° 2 du cahier spécial des charges. Les postes 42 et 44 du métré ont été adaptés au catalogue de Proximus (sans que cela soit motivé d'une façon quelconque) : un volume de 500 MB a été rajouté au poste 42 et le volume du poste 44 a été adapté à 8 GB.

Notons par ailleurs que dès la première version du cahier spécial des charges, 2 postes sont clairement en faveur de Proximus : le poste 45 (avec un volume de transfert data internet mensuel de 25 GB pour le profil 4) et le poste 46 (avec 600 minutes appels internationaux vers l'Union européenne) correspondent à l'offre standard de Proximus.

La requérante pensait qu'on aurait pu lire la motivation de ce rectificatif dans la décision motivée du 7 septembre 2021 qui est très lapidaire à cet égard et ne se réfère nullement à une décision quelconque et préalable pour adapter le cahier spécial des charges par rectificatif n° 2.

Il est dès lors évident que la requérante se réfère à la jurisprudence de votre Conseil d'Etat n° 235.562 du 28 juillet 2016 qui estime qu'il faut une décision préalable de l'autorité compétente pour établir un tel rectificatif. Une décision implicite à cet égard n'est pas possible, *dixit* le Conseil d'Etat, car cela n'est pas en conformité avec la réglementation en matière de marchés publics, et met à néant la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Le Conseil d'Etat a également décidé qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public et que l'autorité ne peut pas prendre une décision *a posteriori* pour le valider.

Ce deuxième moyen se réfère dès lors au rectificatif n° 2 du 16 octobre 2020 qui favorise d'autant plus la SA Proximus en adaptant les postes 42 et 44 du métré sans aucune décision préalable et formelle. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans le deuxième moyen, la requérante soutient que le cahier spécial des charges et son rectificatif n° 2 incluent des postes qui sont clairement en faveur de Proximus (il s'agit des postes 42, 44, 45 et 46), alors que la partie adverse « ne se réfère nullement à une décision quelconque et préalable pour adapter le cahier spécial des charges par rectificatif n° 2 ». La requérante renvoie à l'arrêt du Conseil d'Etat n° 235.562 du 28 juillet 2016 « qui estime qu'il faut une décision préalable de l'autorité compétente pour établir un tel rectificatif ».

Le moyen est irrecevable à défaut pour la requérante de mentionner la norme de droit prétendument violée. En effet, le moyen n'indique la violation d'aucune règle de droit, hormis les articles 34 et 81 « de l'arrêté royal du 18 juin 2017 concernant la passation des marchés publics ». L'arrêté qui est ainsi visé par la mention d'un intitulé incomplet semble être l'arrêté du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux qui ne s'applique toutefois pas en l'espèce, de sorte que les dispositions citées ne concernent pas les griefs formulés dans la requête et que le moyen paraît dès lors irrecevable.

En s'appuyant sur l'arrêt n° 235.562 du 28 juillet 2016, qui a suspendu l'exécution de la décision attaquée au motif que le dossier administratif ne permettait pas d'établir par qui l'avis rectificatif de marché avait été rédigé, il pourrait être déduit, en faisant preuve de bienveillance, que le deuxième moyen est aussi pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Toutefois, en l'espèce, la requérante demeure en défaut de prouver que l'avis rectificatif n° 2 n'a pas été adopté, comme le cahier spécial des charges, et contrairement aux mentions que cet avis rectificatif contient, par le Département des Technologies de l'Information et de la Communication du SPWallonie de sorte que le deuxième moyen n'est de toute façon pas sérieux.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la violation de la loi du 29 juillet relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 4 « qui nécessite une motivation transparente et proportionnée », ainsi que de l'article 58 « concernant la prolongation volontaire de l'offre ».

Le moyen est divisé en deux branches.

En une première branche, la requérante invoque un défaut de motivation formelle de la décision d'attribution, dès lors qu'il y est exclusivement fait état de la demande de prolongation de la durée de validité de son offre, qui lui a été adressée le 18 mai 2021, et non de celle du 18 août 2021. La requérante voit en cette deuxième demande qui lui a été adressée, une manœuvre dans le chef de la partie adverse, qui escomptait qu'elle n'allait pas prolonger volontairement la durée de son offre.

En une seconde branche, la requérante critique l'analyse que la partie adverse a faite de ses justificatifs de prix. Elle dénonce à nouveau une prétendue inégalité de traitement entre son offre et celle de Proximus. Selon elle, une « analyse détaillée des deux motivations, à l'égard de la requérante d'une part et à l'égard de Proximus d'autre part, démontre qu'on ne peut plus parler d'une analyse transparente et proportionnée et qu'on utilise même une argumentation erronée qui mène vers un manque de motivation. » La requérante reproduit « un aperçu de 20 pages, établi par ses services, dans lequel figurent les critiques de la motivation de la décision attaquée ». La première branche n'est pas sérieuse.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Force est de souligner que la demande de prolongation est celle de la durée de l'offre et non du marché. Une telle demande ne doit pas être formellement motivée. Elle résulte *de facto* de l'impossibilité dans le chef de l'adjudicateur d'attribuer le marché avant l'expiration de la durée de validité des offres. L'absence de motivation de cette demande n'est pas en soi de nature à entacher d'illégalité la décision d'attribution. Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

Dès lors qu'il résulte de l'examen du premier moyen que les critiques portant sur l'appréciation de la partie adverse relative à la normalité du prix de la requérante pour le poste 1 ne paraissent pas, au stade actuel de la procédure, pouvoir être retenues, cette dernière n'a pas intérêt à critiquer la légalité des autres motifs sur lesquels se fonde la décision attaquée pour écarter son offre. *Prima facie* le moyen doit être déclaré irrecevable en sa seconde branche.

VII. Quatrième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

Le quatrième moyen est pris de la violation de l'article 5 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement de son fonctionnement.

La requérante expose que la ministre ayant signé la décision motivée d'attribution est compétente pour la fonction publique et non pour le budget et qu'il fallait donc appliquer l'article 5 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 aux termes duquel :

« En l'absence de possibilité de mise en œuvre des dispositions relatives à la redistribution des articles de base, le Ministre du Budget est chargé d'élaborer et de présenter conjointement avec le Ministre fonctionnellement compétent le projet de délibération tendant à autoriser l'engagement, l'ordonnancement et le paiement des dépenses au-delà des crédits votés ».

Selon elle, « le montant de l'offre de la SA Proximus de 8.468.432 EUR, TVA inclus, nonobstant la réserve de la déduction d'une ristourne de 2,5719 %, est supérieur au crédit qui a été voté sur base des montants des marchés précédents repris au point 3.1. Récapitulatif historique », de sorte que la décision motivée du 7 septembre 2021 aurait dû être également signée par le ministre du budget. Tout au moins, selon elle, il y aurait dû avoir un projet de délibération spécifique, conformément à l'article 5 de la loi susmentionnée ce qui n'est nullement le cas.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 5 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du gouvernement vise l'hypothèse spécifique de l'adoption d'un projet de délibération « tendant à autoriser l'engagement, l'ordonnancement et le paiement des dépenses au-delà des crédits votés », « en l'absence de possibilité de mise en œuvre des dispositions relatives à la redistribution des articles de base. » *Prima facie*, l'attribution du marché de services téléphoniques fixes et mobiles ne semble pas s'inscrire dans le champ d'application de cette disposition, de sorte que le moyen paraît manquer en droit.

En tout état de cause, la requérante est en défaut d'apporter ne fût-ce que des indices - autres que la comparaison des montants des deux marchés précédents - permettant de montrer qu'il n'a pas été possible de mettre en œuvre les dispositions relatives à la redistribution des articles de base et que les dépenses du marché public litigieux dépassaient les crédits votés. Au demeurant, la partie adverse dépose en

pièce n° 28 du dossier administratif, la preuve que le ministre du Budget a donné son accord lors de la délibération du Gouvernement du 27 août 2020 qui a décidé de lancer le marché public en question.

Le quatrième moyen n'est pas sérieux.

Aucun moyen n'étant sérieux, la demande de suspension doit être rejetée, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les deux exceptions d'irrecevabilité soulevées par la partie adverse.

Pour le même motif, il n'y a pas lieu d'examiner, au stade actuel de la procédure, l'incidence éventuelle de l'article 85*bis*, § 4, du règlement général de procédure eu égard à la circonstance que la requête en annulation a été introduite par pli recommandé à la poste alors que la présente demande de suspension l'avait été en recourant à la procédure électronique.

VIII. Confidentialité

La requérante dépose à titre confidentiel son offre ainsi que ses réponses aux demandes de justification lui adressées par la partie adverse. Il s'agit des pièces numérotées 4 à 8 de son dossier. La partie adverse dépose également à titre confidentiel les offres des différents soumissionnaires ainsi que les demandes de justification, les réponses, le rapport d'analyse des offres et le tableau comparatif des prix de la S.A. Proximus. Il s'agit des pièces 1 à 12 de son dossier confidentiel.

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}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces n° 4 à 8 du dossier de la requérante et les pièces n° 1 à 12 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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 23 décembre 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky