CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 254.888 du 25 octobre 2022

A. 237.298/VI-22.421

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

contre :

l'Entreprise publique des technologies numériques de l'information et de la communication de la Communauté française, en abrégé ETNIC,
ayant élu domicile chez
M^es^ Marie VASTMANS et
Alice TROISFONTAINES, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 septembre 2022, la SA Newin demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de l'ETNIC du 8 septembre 2022 d'écarter l'offre de la SA NEWIN pour cause d'irrégularité substantielle, d'une part, et d'attribuer le marché public de services intitulé "Transport des données de l'ETNIC au moyen de services de télécommunications" (réf. : 2021/3323) à la SA PROXIMUS, d'autre part » et l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 23 septembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 octobre 2022.

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 une note d'observations et le dossier administratif.

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Cyrille Dony, avocat, et M. Dimitri Verscoore, directeur du marketing de la SA Newin, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Alice Troisfontaines, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, 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. Exposé des faits

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

« 1. Par un avis de marché publié le 28 février 2022 au *Bulletin des Adjudications*, l'ETNIC, pouvoir adjudicateur, a lancé un marché public de services intitulé "Transport des données de l'ETNIC au moyen de services de télécommunications" […].

Dans le cadre de ce marché, l'ETNIC agit en qualité de centrale d'achat de sorte que le marché litigieux porte sur les besoins de l'ETNIC mais également sur ceux d'autres pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires (en abrégé PAB) […].

Initialement fixée au 7 avril 2022, la date limite de réception des offres a fait l'objet de trois avis rectificatifs et a finalement été postposée au 19 mai 2022 […].

2. D'une durée de 48 mois […], ce marché est passé par procédure ouverte et les critères d'attribution suivants ont été prévus […]:

- Coût : 40 points
- Délais : 10 points
- Qualité et évolutivité des services et de la mise en situation : 50 points

3. À la date limite de réception des offres, les soumissionnaires suivants ont remis une offre […]:

	Sociétés	Forme juridique	Adresse postale	N° BCE
1	Proximus	SA	Koning Albert II laan 27 1030 Brussel	0202.239.951
2	WIN	SA	Rue du Fort d'Andoy 3 5100 Wierde	0810.473.996

4. Par une décision du 14 juillet 2022, l'ETNIC a décidé d'écarter l'offre de la SA NEWIN pour cause d'irrégularité substantielle, d'une part, et d'attribuer le marché public de services intitulé "Transport des données de l'ETNIC au moyen de services de télécommunications" (réf. : 2021/3323) à la SA PROXIMUS pour un montant de 4.298.208,35 EUR tvac, d'autre part.

Après avoir pris connaissance des extraits de cette décision, la SA NEWIN a saisi Votre Conseil d'une demande en suspension selon la procédure d'extrême urgence et d'un recours en annulation en date du 2 août 2022 (G/A. 236.940/VI-22.395).

Par un courrier électronique du 4 août 2022, les conseils de l'ETNIC ont informé Votre Conseil de ce que la décision du 14 juillet 2022 allait être retirée. La décision de retrait a finalement été communiquée à la SA NEWIN en date du 12 septembre 2022 […].

5. Le 8 septembre 2022, l'ETNIC a communiqué les extraits de sa nouvelle décision d'attribution à la SA NEWIN […].

Il s'agit de l'acte attaqué.

À l'instar de la première décision, l'ETNIC a décidé d'écarter l'offre de la SA NEWIN pour irrégularités substantielles, d'une part, et d'attribuer le marché litigieux à la SA PROXIMUS, d'autre part.

L'ETNIC a ainsi considéré que l'offre de la SA NEWIN contiendrait les irrégularités substantielles suivantes […]:

Régularité

L'offre contient les irrégularités substantielles suivantes :

1. L'option multi-VRF.

   Le CSC stipule ceci au point 4.2.4.4 Option 7 : Multi VRF (p. 83) :

   « Cette option permet de configurer et maintenir plus d'une instance de la table de routage dans le même router CE. Le PA/PAB peut décider de demander le multi-VRF pour un site où plusieurs organisations cohabitent dans un même bâtiment et où la séparation des flux réseaux est nécessaire.
   Le soumissionnaire remettra les prix de cette option dans l'annexe 2 Onglets « Fiche A – Profils Intranet VPN » et renseignera les coûts de cette option pour les sites où cette option est demandée dans l'onglet « Fiche J – Mise en situation ».

   - *Prix unitaire des Setups HTVA*

   Ces points couvrent :

   - ✓ *Les frais d'installation et de mise en service de Multi-VRF sur le profil concerné.*
   - ✓ *La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.*

   - *Mensualités de location HTVA*

   Ces points couvrent :

   - ✓ *Les frais mensuels de location du service de Multi-VRF.*
   - ✓ *La maintenance de ce service.*
   - ✓ *La maintenance des équipements sur le site.*
   - ✓ *Les coûts liés au reporting et monitoring de base de la connexion.*
   - ✓ *La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points*

   Le soumissionnaire renseignera les coûts de cette option pour les sites où le Multi-VRF est demandé dans l'onglet « Fiche J – Mise en situation » ».

Il est donc demandé aux soumissionnaires de remettre un prix unitaire pour un set up de multi-VRF (inventaire, fiche A « Profiles Intranet VPN », colonnes L et fiche J « Mise en situation », colonne T) et pour la location mensuelle du service de Multi-VRF (inventaire, fiche A « Profiles Intranet VPN », colonnes M et fiche J « Mise en situation », colonne U), sans qu'il soit précisé le nombre de VRF[4].

Cependant, à la page 88 de son offre (Fichier intitulé « 0 Offre CDC CDC 20213233 _1 »), la SA WIN indique que :

« *L'utilisation d'instances VRF (Virtual routing and forwarding) distinctes permet de connecter des réseaux différents sur des liens partagés tout assurant la séparation de bout en bout de ceux-ci et de leurs données respectives.*
La configuration de différents VRF et d'accès listes fait partie de l'offre de Win et sera discutée avec l'Etnic au moment de la phase de configuration du réseau.
Les prix mentionnés dans l'inventaire (fiches A et J) comprennent la configuration de 2 VRF.
Au cas où plus de VRF seraient nécessaires, la configuration de VRF supplémentaires est techniquement possible, mais demande plus de temps de mise en service (tarif en régie pour un ingénieur niveau 2 (fiche I) ».

En outre, la SA WIN mentionne ce qui suit à la page 138 de son offre (fichier intitulé « 0 Offre CDC CDC 20213233_1 ») :

« ***Les prix mentionnés dans l'inventaire (fiches A et J) comprennent la configuration de 2 VRF. Au cas où plus de VRF seraient nécessaires, la configuration de VRF supplémentaires est techniquement possible, mais demande plus de temps de mise en service (tarif en régie pour un ingénieur niveau 2 (fiche I).*** *(…)* ».

La SA WIN a ainsi proposé, dans l'inventaire annexé à son offre, (Fichier intitulé « 2 Annexe 2 CSC WAN 2021 3323 Annexe2 VF5 CONFIDENTIEL_3 », fiche A « Profiles Intranet VPN », colonnes L et M « Cout Option(8) Multi-VRF » et fiche J « Mise en situation », colonnes T et U), des **prix unitaires HTVA de zéro (0) pour un set-up et pour la location mensuelle du service de 2 VRF**, tout en ajoutant que pour **les VRF supplémentaires, ceux-ci seront facturés en régie sur la base du taux horaire renseigné dans l'inventaire pour un ingénieur de niveau 2.**

Partant, au lieu de remettre, comme demandé dans le CSC, des prix unitaires HTVA pour un set-up et pour la location mensuelle du service de

[4] Le nombre de VRF n'a pas été précisé puisqu'il est impossible à l'heure actuelle pour l'ETNIC de le faire. En effet, le nombre des VRF varie en fonction des bâtiments et des nouvelles directives que l'ETNIC va devoir appliquer. Par ailleurs, certaines connexions ne nécessitent pas de VRF, tandis que d'autres en nécessitent plusieurs, tel que par exemple le site Birmingham qui héberge l'ONE, la Maison de Justice de Bruxelles, la Ligue des Droits des enfants, les Services traitements et l'Aide à la jeunesse.

multi-VRF, la SA WIN a complété son inventaire avec des prix nuls pour un set-up et la location mensuelle du service de 2 VRF, avec possibilité d'ajouter des VRF supplémentaires mais qui seront facturés en régie.

Il apparait donc d'emblée que **le soumissionnaire ne respecte pas le CSC et donc la volonté de l'ETNIC d'obtenir un prix unitaire pour un multi-VRF.**

En outre, il convient encore de souligner que la philosophie de ce nouveau marché est tout à fait différente de celle du précédent marché[5]. En effet, depuis la pandémie du COVID-19 qui a permis d'intégrer davantage le télétravail dans les habitudes des employés et des employeurs, la politique du Ministère de la Fédération Wallonie-Bruxelles est dorénavant de rationaliser l'usage des bâtiments en mettant en place des bâtiments partagés par plusieurs autorités/institutions. Partant, corrélativement, l'usage des VRF va augmenter et le nombre de VRF à configurer sera donc régulièrement supérieur à 2. Compte tenu de cet élément, le fait que la SA WIN ait remis un prix de zéro (0) dans l'inventaire alors qu'en cas de VRF supérieurs à 2, ceux-ci seront facturés en régie sans que ce coût ne transparaisse dans l'inventaire est de nature **à fausser le prix total de son offre et donc à lui donner un avantage discriminatoire par rapport à la SA PROXIMUS qui, quant à elle, a remis un prix unitaire HTVA pour un multi-VRF.**

En d'autres termes, le prix de zéro (0) repris dans l'inventaire de la SA WIN ne prend en réalité pas en compte l'ensemble de la demande de l'ETNIC (multi-VRF et non seulement deux) de telle sorte que le prix total de son offre est, par voie de conséquence, inférieur à celui qu'il aurait dû être si la SA WIN avait remis un prix unitaire HTVA pour la configuration de plusieurs VRF dans son inventaire, comme demandé dans le CSC.

Or, le prix constitue un critère d'attribution.

Au surplus, en remettant des prix de zéro (0) dans l'inventaire pour un set-up et pour la location mensuelle du service de 2 VRF alors qu'en cas de VRF supérieurs à 2, ceux-ci seront facturés en régie, l'ETNIC n'a pas connaissance du coût réel de la configuration de l'option multi-VRF, **ce qui est de nature à empêcher l'évaluation de l'offre de la SA WIN ou la comparaison de celle-ci aux autres offres et à rendre inexistant, incomplet ou incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues par le CSC.**

Partant, il s'agit d'une irrégularité substantielle au sens de l'art. 76, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Conformément à l'article 76, § 3, de l'AR 18/04/17, **l'offre doit être déclarée nulle pour ce motif.** En effet, comme l'a encore jugé le Conseil d'Etat récemment, une seule irrégularité substantielle justifie et impose

---

5 Cf cahier spécial des charges point 4.1.1 : principe de fonctionnement du réseau existant, page-59-61 et point 4.1.2 nouveau design souhaité 4.1.2, pages 61-62

l'écartement de l'offre (C.E., arrêt n° 248.074 du 23 juillet 2020, *SA FIRE TECHNICS*).

2. Qualité de service (QoS).

Le CSC stipule ceci au point 4.2.2.5. Qualité de service / QoS (generalités) (p. 68) :

« Pour la majorité des profils décrits dans l'annexe 2 « Fiche A - Profiles Intranet VPN », il est demandé à l'adjudicataire de donner la possibilité au PA d'activer de la qualité de service Data, Voice et Vidéo. Le soumissionnaire doit donc prévoir dans son offre que l'ensemble du matériel proposé puisse, fournir le service QoS. Le soumissionnaire garantira le Qos Data, le Qos Voix et le Qos vidéo, de bout en bout backbone compris. Le soumissionnaire expliquera comment le Qos est garanti de bout en bout sur son réseau y compris sur son backbone. Si l'utilisation de QoS devait entrainer une limitation ou une diminution de la bande passante globale du site ou des interconnexions au backbone, le soumissionnaire devra en expliquer les tenants et aboutissants dans son offre. Des frais de setup par profil sont demandés, ainsi que le prix additionnel des options. »

Le CSC a également prévu ceci au point 4.2.4.3. Options 4, 5 et 6 : Qualités de services (QOS) augmentées (p. 82) :

« Ces options ont pour but de fournir la qualité de service augmentée.

o <u>Prix unitaire des Setups HTVA</u>

Ces points couvrent :

- ✓ *Les frais d'installation et de mise en service de QoS sur le profil concerné.*
- ✓ *La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.*

o <u>Mensualités de location HTVA Ces points couvrent</u> :

- ✓ *Les frais mensuels de location du service de QoS .*
- ✓ *La maintenance de ce service.*
- ✓ *La maintenance des équipements sur le site.*
- ✓ *Les coûts liés au reporting et monitoring de base de la connexion.*
- ✓ *La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.*

Le PA/PAB peut décider de l'application ou non de la Qualité de service (QOS) pour un site donné.

<u>4.2.4.3.1. Option 4 : Qualité de service (QOS) « Voix » augmentée.</u>

Cette option a pour but de fournir la qualité de service « Voix » augmentée. Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Voix dans l'annexe 2 Onglet « Fiche A – Profiles Intranet VPN » et renseignera les

coûts de cette option pour les sites où la QOS Voix est demandée dans l'onglet « Fiche J – Mise en situation ».

4.2.4.3.2. Option 5 : Qualité de service (QOS) « Vidéo » augmentée.

Cette option a pour but de fournir la qualité de service « Vidéo » augmentée. Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Vidéo dans l'annexe 2 Onglets « Fiche A – Profiles Intranet VPN » et renseignera les coûts de cette option pour les sites où la QOS Vidéo est demandée dans l'onglet « Fiche J – Mise en situation ».

4.2.4.3.3. Option 6 : Qualité de service (QOS) « Data » augmentée.

Cette option a pour but de fournir la qualité de service « Data » augmentée. Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Data dans l'annexe 2 Onglets « Fiche A – Profiles Intranet VPN » et renseignera les coûts de cette option pour les sites où la QOS Data est demandée dans l'onglet « Fiche J – Mise en situation » ».

Il est donc demandé aux soumissionnaires de remettre un prix unitaire pour un set up de Qos et pour la location mensuelle du service de QoS, sans qu'il soit précisé la « valeur » de la bande passante.

Cependant, dans son offre, la SA WIN mentionne ce qui suit à la page 136 (fichier intitulé « 0 Offre CDC CDC 20213233_1 »), sous le point 4.2.4.3.1. Option 4 : Qualité de service (QOS) « Voix » augmentée :

« ***Le prix de la voix variant en fonction de la bande passante, le prix repris dans les fiches A et J considère 512Kb ; si une bande passante supérieure est nécessaire, veuillez-vous référer au fichier ci-dessous.***

	Setup (€)			Dimensionnement en fonction de la BW sur du profil				
Bandwidth	per site (€)	MAC'D sur CoS (€)	Marking (€/month)	QoS Data (€/month)	QoS Data + Vidéo (€/month)	QoS Data + Voice (€/month)	QoS Data + Vidéo + Voice (€/month)	
1 Mbps (min BW)	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	Max 2M
2 Mbps (min BW)	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	Voice QoS on
4 Mbps	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	
6 Mbps	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	
8 Mbps	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	
10 Mbps	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	
20 Mbps	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	
30 Mbps	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	
40 Mbps	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	
50 Mbps	125,00	50,00	-	10,00	13,00	12,50	15,00	
60 Mbps	125,00	50,00	-	15,00	18,00	17,50	20,00	
70 Mbps	125,00	50,00	-	15,00	18,00	17,50	20,00	
80 Mbps	125,00	50,00	-	15,00	18,00	17,50	20,00	
90 Mbps	125,00	50,00	-	15,00	18,00	17,50	20,00	
100 Mbps	125,00	50,00	-	20,00	23,00	22,50	25,00	
200 Mbps	125,00	50,00	-	30,00	33,00	32,50	35,00	
500 Mbps	125,00	50,00	-	40,00	43,00	42,50	45,00	
1 Gbps	125,00	50,00	-	60,00	63,00	62,50	65,00	

».

La SA WIN a ainsi proposé, dans l'inventaire annexé à son offre (Fichier intitulé « 2 Annexe 2 CSC WAN 2021 3323 Annexe2 VF5 CONFIDENTIEL_3 », fiche J « Mise en situation », colonnes R et S) **des prix unitaires HTVA de zéro (0) pour un set-up et pour la location mensuelle du service QoS, en considérant une bande passante de 512Kb/seconde,** tout en ajoutant que **dans l'hypothèse où une bande passante supérieure à 512Kb/seconde serait demandée par l'ETNIC, il faudra se référer à la grille tarifaire reprise ci-dessus.**

Partant, au lieu de remettre, comme demandé dans le CSC, des prix unitaire HTVA pour un set-up et pour la location mensuelle du service de QoS et ce, quelle que soit la « valeur » de la bande passante, la SA WIN a complété son inventaire avec des prix nuls pour un set-up et pour la location mensuelle du service de QoS sur la base d'une bande passante de 512Kb/seconde, avec une possibilité de bande passante supérieure à 512Kb/seconde facturée selon la grille tarifaire reprise dans son offre.

Il apparait donc d'emblée que **le soumissionnaire ne respecte pas le CSC et donc la volonté de l'ETNIC d'obtenir un prix unitaire pour un QoS par type de ligne, quelle que soit la « valeur » de la bande passante.**

En outre, le fait de mettre des prix de zéro (0) EUR dans l'inventaire alors qu'en cas de bande passante supérieure à 512Kb/seconde, ceux-ci seront tout de même facturés selon une grille tarifaire sans que ce coût ne transparaisse dans l'inventaire fausse le prix total de son offre **est de nature à lui donner un avantage discriminatoire par rapport à la SA PROXIMUS qui, quant à elle, a remis un prix unitaire HTVA de QoS par type de ligne, quelle que soit la « valeur » de la bande passante.**

En d'autres termes, le prix de zéro (0) EUR repris dans l'inventaire de la SA WIN ne prend en réalité pas en compte l'ensemble de la demande (QoS, quelle que soit la « valeur » de la bande) de telle sorte que le prix total de son offre est, par voie de conséquence, inférieur à celui qu'il aurait dû être si la SA WIN avait remis un prix unitaire HTVA pour un QoS quelle que soit la « valeur » de la bande passante dans son inventaire, comme demandé dans le CSC.

Or, le prix constitue un critère d'attribution.

Au surplus, en remettant des prix de zéro (0) EUR dans l'inventaire pour la bande passante de 512Kb/seconde alors qu'en cas de bande passante supérieure à 512Kb/seconde, ceux-ci seront payants et facturés conformément au tableau (grille tarifaire) repris dans son offre, l'ETNIC n'a pas connaissance du coût réel du set-up et de la location mensuelle du service de QoS, **ce qui est de nature à empêcher l'évaluation de l'offre de la SA WIN ainsi que la comparaison de celle-ci aux autres offres et à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement**

de ce soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Partant, il s'agit d'une irrégularité substantielle au sens de l'art. 76, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Conformément à l'article 76, § 3, de l'AR 18/04/17, **l'offre doit être déclarée nulle pour ce motif.** En effet, comme l'a encore jugé le Conseil d'Etat récemment, une seule irrégularité substantielle justifie et impose l'écartement de l'offre (C.E., arrêt n° 248.074 du 23 juillet 2020, *SA FIRE TECHNICS*).

Conclusion

Vu les irrégularités substantielles relevées ci-dessus, l'offre de ce soumissionnaire est déclarée nulle, conformément à l'article 76, § 3 de l'AR du 18/04/17. Elle ne peut donc être conservée pour la suite de l'évaluation et doit être écartée du présent marché.

En ce qui concerne la vérification des prix, l'ETNIC a estimé que plusieurs prix remis par la SA NEWIN apparaissaient anormalement bas mais que "dans la mesure où plusieurs irrégularités substantielles affectent déjà l'offre de ladite société de nature à écarter son offre comme détaillé au point précédent, l'ETNIC a décidé de ne pas déclencher la procédure de vérification des prix conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017" […].

6. La SA NEWIN a pris connaissance des extraits de la décision d'attribution par un courrier électronique recommandé qualifié et par un courrier électronique simple du 8 septembre 2022 […] ».

IV. Recevabilité de la demande

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande de suspension en faisant valoir ce qui suit :

« 8. Aux termes de sa requête, la SA NEWIN indique avoir déposé une offre dans le cadre du marché public de fournitures ayant pour objet le "transport des données de l'ETNIC au moyen de services de télécommunications". L'acte attaqué ayant déclaré nulle son offre et ayant attribué le marché à un autre soumissionnaire, elle justifierait, selon elle, d'un intérêt suffisant pour contester la décision.

La SA NEWIN prétend également avoir remis un prix largement inférieur à celui de la SA PROXIMUS et que le critère d'attribution relatif au prix représentant 40 % des points, ses chances de remporter le marché litigieux seraient bien réelles dans l'hypothèse où son offre serait déclarée régulière.

9. En vertu de l'article 14 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, auquel se réfère l'article 15 de cette même loi, toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché et ayant été ou risquant d'être lésé par la violation alléguée peut introduire un recours contre la décision d'attribution d'un marché public.

En d'autres termes, il incombe à la partie qui sollicite l'annulation d'une décision ainsi que la suspension de son exécution de démontrer concrètement la lésion que lui aurait causée ou aurait risqué de lui causer la violation alléguée.

Votre Conseil en déduit que “la recevabilité du recours est soumise à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant” (C.E., arrêt n° 242.085 du 9 juillet 2018, SUEZ R&R BE WALLONIE).

Dans un arrêt du 3 avril 2019, Votre Conseil a également jugé que “Ainsi que le souligne l'intervenante, si le deuxième moyen dans lequel la requérante conteste l'irrégularité de son offre n'était pas sérieux, la requérante n'aurait intérêt aux autres moyens que dans la mesure où ceux-ci contestent la sélection et/ou la régularité de l'ensemble des autres soumissionnaires sélectionnés. Les autres illégalités invoquées ne seraient, en effet, pas de nature à lui avoir causé grief. Ce constat implique, dès lors, qu'il soit procédé d'abord à l'examen du deuxième moyen et ensuite, le cas échéant, à l'examen des moyens ou branches de moyens qui remettent en cause la sélection et/ou la régularité de l'ensemble des autres soumissionnaires” (C.E., arrêt n° 244.164 du 3 avril 2019, JETTE CLEAN).

10. En l’espèce, il résulte des considérations qui suivent que la SA NEWIN n’a pas intérêt au recours en ce qu’elle ne démontre pas la lésion que lui auraient causée ou auraient risqué de lui causer les violations alléguées, lésion à la vérification de laquelle est subordonnée la recevabilité de la demande de suspension et du recours en annulation de l'acte attaqué, en vertu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013.

En effet, son offre ayant été déclarée irrégulière, elle n’a intérêt au recours que pour autant qu’elle puisse démontrer que l’ETNIC a erronément déclaré son offre irrégulière ou déclaré l’offre de l’attributaire pressenti du marché régulière. Or, force est de constater qu’aucun des deux moyens invoqués ne sont pas sérieux et que la SA NEWIN ne démontre pas que l’offre de la SA PROXIMUS était irrégulière.

11. Le présent recours doit donc être déclaré irrecevable, conformément aux articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 ».

Les 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 sont libellés comme suit :

« Art. 14. A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions ;

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné ;

3° les documents du marché ou de la concession » ;

« Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans

que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés ;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'Etat, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée a l'alinéa 1er ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

Il doit, par ailleurs, être rappelé que l'examen de la recevabilité d'un recours précède, en règle, celui des moyens et ne peut préjuger du résultat de ce dernier.

En l'espèce, l'exception repose sur la considération « qu'aucun des deux moyens invoqués ne sont pas sérieux et que la SA NEWIN ne démontre pas que l'offre de la SA PROXIMUS était irrégulière ». Le premier élément ne peut toutefois être établi, le cas échéant, qu'au terme de l'examen des deux moyens et ne peut se déduire de la seule affirmation péremptoire de la partie adverse en ce sens.

Reposant sur un postulat qui ne peut être vérifié au stade de l'examen de la recevabilité de la demande et qui, pour cette raison, n'autorise pas à exclure d'emblée cette recevabilité, l'exception doit être rejetée. En l'absence d'éléments qui imposeraient d'en décider autrement, la recevabilité de la demande de suspension doit être admise.

V. Second moyen

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen, le second de sa requête, qu'elle expose comme suit :

« 35. Le deuxième moyen est pris :

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

En ce que, pour plusieurs postes (multi-VRF et QoS), les spécifications techniques et les besoins de la partie adverse n'ont pas été exprimés dans le cahier spécial des charges de sorte que la requérante a dû tenir compte de sa propre expérience en matière de transport de données et de ses connaissances de l'infrastructure de la partie adverse ainsi que des exigences du cahier spécial des charges pour déterminer le prix des postes concernés et son mode de calcul ;

Alors que, si elle souhaitait qu'un prix unitaire soit proposé pour chaque poste des postes en cause, la partie adverse aurait dû exprimer clairement les spécifications techniques de chaque poste ainsi que ses besoins et attentes afin de permettre aux soumissionnaires – et notamment à la requérante – de calculer un prix unitaire fixe et unique pour chaque poste.

1. Principes et dispositions applicables

36. L'article 4, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit que "les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée".

L'article 5, § 1er, de la loi du 17 juin 2016 ajoute qu'"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".

La Cour de justice de l'Union Européenne ainsi que les juridictions belges rappellent de manière régulière et constante que la réglementation relative aux marchés publics repose principalement sur les principes de concurrence, de transparence et d'égalité de traitements entre soumissionnaires potentiels.

En ce qui concerne le principe d'égalité entre soumissionnaires, Votre Conseil considère que :

> "Le respect du principe d'égalité requiert que tous les soumissionnaires soient traités de manière égale et non discriminatoire par le pouvoir adjudicateur, sauf s'il est en mesure de motiver un traitement différent, sur la base de situations objectivement différentes. Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur, en application du principe *Patere legem quam ipse fecisti* et du principe d'égalité des soumissionnaires, doit vérifier la conformité des offres déposées aux conditions du cahier spécial des charges, les soumissionnaires étant, quant à eux, tenus de déposer une offre conforme à ces conditions. De même, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'imposer les mêmes exigences et d'accorder les mêmes concessions aux différents soumissionnaires se trouvant dans la même situation, de ne négocier effectivement qu'avec les soumissionnaires ayant remis une offre qui répond aux critères de sélection fixés dans le cahier spécial des charges, de n'écarter certains soumissionnaires qu'à condition de motiver adéquatement cette décision et de ne prendre en

compte pour effectuer ses choix que des éléments admissibles, pertinents et vérifiables, lesquels devront figurer dans une décision motivée".

S'agissant des principes de transparence et de concurrence, Votre Conseil a eu l'occasion de juger ce qui suit :

"Il convient également de rappeler que le principe de transparence impose à l'autorité l'obligation d'assurer une publicité suffisante autour des conditions du marché afin que tout soumissionnaire potentiel puisse décider en connaissance de cause s'il souhaite participer au marché et de quelle manière libeller son offre. Quant au principe de concurrence, il requiert que le pouvoir adjudicateur recueille plusieurs offres, afin de comparer les prix et déterminer ce que le marché est en mesure d'offrir, et contraint l'autorité à s'abstenir de toute action qui aurait pour objet ou pour effet de restreindre la libre concurrence".

Votre Conseil considère également qu'il résulte des principes d'égalité entre soumissionnaires et de transparence que "sans préjudice du pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur lors de l'évaluation des offres, la manière dont celle-ci s'effectuera doit revêtir un caractère raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires potentiels. Cette prévisibilité s'inscrit dans le cadre de l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'agir avec transparence, mais constitue aussi l'une des conditions préalables au respect par celui-ci de l'égalité entre les entrepreneurs".

Aux termes d'un arrêt du 7 juin 2021, Votre Conseil a encore rappelé ce qui suit concernant les principes d'égalité de traitement entre soumissionnaires et le principe de transparence :

"Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, qui en est le corollaire, signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur et constituent la base des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des commandes publiques. Ce principe d'égalité, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public ou à une concession, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs (en ce sens, cf. not. C.J.U.E., arrêt du 11 juillet 2019, *Telecom Italia SpA*, C-697/17, EU:C:2019:599, points 32 et 33 ; arrêt du 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin*, C 396/14, EU:C:2016:347, points 37 à 39)".

Le devoir de minutie oblige, quant à lui, l'autorité, avant de statuer, à récolter les renseignements nécessaires à la prise de décision et à les examiner soigneusement afin de statuer en pleine connaissance de cause.

37. En ce qui concerne les spécifications techniques d'un marché public, l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit ce qui suit :

"§ 1er. Le pouvoir adjudicateur inclut dans les documents du marché les spécifications techniques, qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services.

[…]

§ 2. Les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que

des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés.

§ 3. Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit de l'Union européenne, les spécifications techniques sont formulées de l'une des façons suivantes :

1° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, en ce compris des caractéristiques environnementales, à condition qu'elles soient suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché ;

2° soit par référence à des spécifications techniques et par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux évaluations techniques européennes, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures. Chaque référence est accompagnée de la mention □ou équivalent□ ;

3° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au 1° se référant aux spécifications visées au 2° comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou exigences fonctionnelles ;

4° soit par référence aux spécifications visées au 2° pour certaines caractéristiques et aux performances ou aux exigences fonctionnelles visées au 1° pour d'autres caractéristiques.

[…]"

2. Développement du moyen

38. Aux termes de l'acte attaqué, la partie adverse reproche essentiellement à la requérante de ne pas avoir proposé un prix unitaire fixe et unique – autrement dit un prix forfaitaire – pour l'option "Multi-VRF" et pour la qualité de service (QoS) alors qu'en réalité et comme cela sera démontré ci-après, il était impossible pour la requérante de fournir, en pleine connaissance de cause, un prix unique permettant de couvrir toutes les possibilités techniques et ce, en raison des lacunes du cahier spécial des charges en termes de spécifications techniques et de définition des besoins et des besoins de la partie adverse.

A défaut de disposer des informations nécessaires, la requérante n'a alors pas eu d'autres choix que de remettre des prix unitaires pour les prestations qui lui semblaient correspondre aux besoins de la partie adverse, tout en proposant d'effectuer des prestations en régie (multi-VRF) ou sur la base d'une grille tarifaire (QoS) si les prestations proposées ne devaient pas totalement correspondre aux besoins de la partie adverse ou si la partie adverse souhaitaient des prestations supplémentaires.

• Option "Multi VRF"

39. Comme cela a déjà été indiqué dans le cadre du premier moyen, la mise en place de VRF ne nécessite pas d'équipements supplémentaires et implique uniquement un coût humain lié à la configuration des équipements existants.

Le travail de configuration et le coût humain qui y est lié ne sont pas du tout les mêmes selon le nombre de VRF à configurer et selon les caractéristiques requises par le client (limitation de l'accès à certaines données, absence de communication entre certains sites ou départements, priorité d'accès à certains départements, etc.)

de sorte qu'en fonction des besoins de chaque client, la configuration des VRF peut présenter des niveaux de complexité extrêmement variés et, partant, des écarts très important en termes de coûts.

40. En l'espèce, l'option "Multi VRF" a, pour rappel, été décrite comme suit par le cahier spécial des charges […] :

> "4.2.4.4. Option 7 : Multi-VRF
>
> Cette option permet de configurer et maintenir plus d'une instance de la table de routage dans le même router CE.
>
> Le PA/PAB peut décider de demander le multi-VRF pour un site où plusieurs organisations cohabitent dans un même bâtiment et où la séparation des flux réseaux est nécessaire. Le soumissionnaire remettra les prix de cette option dans l'annexe 2 Onglets 'Fiche A – Profiles Intranet VPN' et renseignera les coûts de cette option pour les sites où cette option est demandée dans l'onglet 'Fiche J – Mise en situation'.
>
> o Prix unitaire des Setups HTVA
>
> Ces points couvrent :
>
> - Les frais d'installation et de mise en service de Multi-VRF sur le profil concerné.
> - La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.
>
> o Mensualités de location HTVA
>
> Ces points couvrent :
>
> - les frais mensuels de location du service de Multi-VRF.
> - La maintenance de ce service.
> - La maintenance des équipements sur le site.
> - Les coûts liés au reporting et monitoring de base de la connexion.
> - La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points
>
> Le soumissionnaire renseignera les coûts de cette option pour les sites où le Multi-VRF est demandé dans l'onglet 'Fiche J – Mise en situation' ".

Le cahier spécial des charges ne fournit toutefois aucune indication par rapport au nombre de VRF à prévoir par site et aux caractéristiques des VRF en termes de configuration et ne précise même pas, fût-ce de manière sommaire, les attentes et besoins de la partie adverse concernant le service de multi-VRF, ce qui méconnaît l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 et a empêché les soumissionnaires de disposer de toutes les informations nécessaires en vue de définir un prix unitaire fixe et unique pour un nombre illimité de VRF à configurer par site.

41. Dans son offre, la requérante a, pour rappel, évoqué en ces termes l'utilisation de VRF en réponse à l'exigence du cahier spécial des charges relative à la possibilité de grouper logiquement certains sites pour n'autoriser que ceux-ci à dialoguer entre eux […]:

Réponse Win :
Noté et compris.
L'utilisation d'instances VRF (Virtual routing and forwarding) distinctes permet de connecter des réseaux différents sur des liens partagés tout assurant la séparation de bout en bout de ceux-ci et de leurs données respectives.
La configuration de différents VRF et d'accès listes fait partie de l'offre de Win et sera discutée avec l'Etnic au moment de la phase de configuration du réseau.

Les prix mentionnés dans l'inventaire (fiches A et J) comprennent la configuration de 2 VRF.
Au cas où plus de VRF seraient nécessaires, la configuration de VRF supplémentaires est techniquement possible, mais demande plus de temps de mise en service (tarif en régie pour un ingénieur niveau 2 (fiche I).

Il faut noter que lors de l'emploi de plusieurs VRF, la bande passante nominale du lien d'accès au réseau doit être répartie entre les VRF.
Cette répartition est statique et la somme des bandes passantes vers chaque VRF ne peut pas dépasser la capacité nominale de la ligne d'accès.
La granularité des bandes passantes à répartir entre les VRF est la suivante en fonction de la capacité nominale du lien d'accès :

- jusqu'à 10Mbps : par 1Mbps
- de 20Mbps à 100Mbps : par 5Mbps
- de 200Mbps à 1Gbps : par 50Mbps.

Exemple :
Lien fibre de capacité nominale à 200Mbps :

- Bandes passantes possibles pour la VRF1 : 50/100/150Mbps
- Bandes passantes possibles pour la VRF2 : 150/100/50Mbps

S'agissant spécifiquement de l'option "Multi-VRF", la requérante a indiqué ce qui suit dans son offre […] :

Réponse Win :
Noté et conforme.

Les prix mentionnés dans l'inventaire (fiches A et J) comprennent la configuration de 2 VRF.
Au cas où plus de VRF seraient nécessaires, la configuration de VRF supplémentaires est techniquement possible, mais demande plus de temps de mise en service (tarif en régie pour un ingénieur niveau 2 (fiche I).

42. A défaut de connaître les attentes et les besoins de la partie adverse, la requérante a donc proposé un prix unitaire comprenant la configuration de deux VRF par site, tout en ajoutant que la configuration de VRF supplémentaire serait possible mais demanderait plus de temps de mise en service et qu'elle ferait dès lors, le cas échéant, l'objet d'une facturation en régie sur la base du taux horaire proposé pour un ingénieur de niveau 2.

Si, par exemple, il est demandé à un prestataire d'installer et de configurer une nouvelle connexion internet sur un site, la charge de travail ne sera évidemment pas la même si la connexion concerne 10 ou 100 utilisateurs, si la connexion doit être sécurisée ou non, si des restrictions doivent être prévues pour certaines catégories d'utilisateurs ou non, si l'accès à certains sites doit être empêché ou non, etc.

A défaut de précisions du cahier spécial des charges, la requérante n'a dès lors eu d'autres choix que de proposer un prix unitaire fixe et unique pour les prestations qui semblent répondre aux besoins de la partie adverse et de facturer les éventuelles prestations supplémentaires en régie dès lors que la partie adverse n'a aucunement défini ses besoins et ses attentes et qu'à l'heure actuelle, elle admet ne pas être en mesure de fournir plus de précisions à cet égard.

La requérante a, en outre, indiqué dans son offre que la configuration des VRF serait discutée au moment de la phase de configuration du réseau, ce qui s'explique à nouveau par l'absence d'indications par rapport aux besoins et aux

attentes de la partie adverse à cet égard et confirme qu'au moment d'établir leur offre, les soumissionnaires ne disposaient d'aucune information concrète permettant de déterminer le nombre de VRF à configurer, les attentes et besoins de la partie adverse, les caractéristiques des VRF, etc.

43. A supposer qu'il soit considéré que l'offre de la requérante n'a pas respecté les exigences du cahier spécial des charges concernant le prix à proposer pour l'option "Multi-VRF" - *quod non* –, il conviendrait alors de constater que cette situation est la conséquence directe du caractère lacunaire et imprécis des documents du marché, lesquels ne fournissent en effet aucune précision quant aux attentes et aux besoins de la partie adverse en termes de VRF.

La partie adverse ne peut ainsi sérieusement considérer qu'à défaut d'avoir fourni un prix unitaire fixe et unique pour la configuration d'un nombre illimité de VRF et pour toutes les configurations possibles, l'offre de la requérante serait entachée d'une irrégularité substantielle qui justifierait son écartement. Si la requérante n'a pas été en mesure de proposer un prix unitaire tenant compte d'un nombre de VRF illimité et de tous les types de configuration possibles, c'est uniquement en raison du caractère lacunaire et imprécis des documents du marché et, plus particulièrement, du cahier spécial des charges.

Contrairement à ce que la partie adverse tente de faire accroire, c'est donc bien elle – et non la requérante – qui a commis une irrégularité en exigeant un prix unitaire fixe et unique pour un service de multi-VRF illimité et non défini.

Si, par exemple, un marché public porte sur la livraison de vélos électriques mais que le pouvoir adjudicateur ne précise pas le nombre de vélos dont il aura besoin et qu'il ne fournit aucune indication quant à leur caractéristiques techniques (autonomie de la batterie, vélos pliables ou non, nombre de vitesses, type de frein, etc.), il sera extrêmement compliqué voire impossible de proposer un prix unitaire fixe et unique pour la livraison de l'ensemble des vélos électriques à fournir dans le cadre du marché concerné.

En l'espèce, c'est précisément ce que la partie adverse a pourtant exigé des soumissionnaires, à savoir proposer un prix unitaire fixe et unique pour un nombre indéterminé de VRF et pour toutes les configurations possibles. Compte tenu du degré d'imprécision du cahier spécial des charges, la remise d'un prix forfaitaire s'avère pratiquement impossible dès lors que les soumissionnaires ignorent les prestations qui devront finalement être effectuées.

Pour éviter une telle situation, la partie adverse aurait, par exemple, pu établir des spécifications techniques pour plusieurs types de VRF et solliciter un prix unitaire pour chacune des configurations envisagées. Les soumissionnaires auraient alors pu proposer un prix pour chaque configuration prévue et le prix aurait ensuite été calculé sur la base du nombre de VRF effectivement configurés.

44. A défaut d'avoir fourni des spécifications techniques et d'avoir indiqué clairement ses besoins et ses attentes dans son cahier spécial des charges, la partie adverse a donc empêché la requérante de fournir, en toute connaissance de cause, un prix unitaire fixe et unique pour l'option "Multi-VRF", ce qui méconnaît les principes et dispositions visés au moyen.

A toutes fins utiles, la requérante précise qu'elle aurait tout à fait pu proposer un prix unitaire pour l'option "Multi-VRF" si les besoins et les attentes de la partie adverse avaient été clairement exprimés dans les documents du marché.

- Qualité de service (QoS)

45. Comme cela a déjà été indiqué dans le cadre du premier moyen, la qualité de service ou QoS (Quality of Service) désigne des technologies capables d'assurer la priorisation de certains types de données de la connexion et de garantir une bande passante minimale. En général, la QoS mesure ainsi la bande passante et priorise les données en fonction des files d'attente prioritaires, le but étant de privilégier les données prioritaires dans le trafic.

46. En l'espèce, le cahier spécial des charges a tout d'abord prévu ce qui suit en ce qui concerne la qualité de service […] :

"4.2.2.5. Qualité de service / QoS (généralités)

Pour la majorité des profils décrits dans l'annexe 2 Fiche A - Profiles Intranet VPN, il est demandé à l'adjudicataire de donner la possibilité au PA d'activer de la qualité de service Data, Voice et Vidéo.

Le soumissionnaire doit donc prévoir dans son offre que l'ensemble du matériel proposé puisse, fournir le service QoS.
Le soumissionnaire garantira le Qos Data, le Qos Voix et le Qos vidéo, de bout en bout backbone compris.

Le soumissionnaire expliquera comment le Qos est garanti de bout en bout sur son réseau y compris sur son backbone.

Si l'utilisation de QoS devait entrainer une limitation ou une diminution de la bande passante globale du site ou des interconnexions au backbone, le soumissionnaire devra en expliquer les tenants et aboutissants dans son offre.

Des frais de setup par profil sont demandés, ainsi que le prix additionnel des options".

Le cahier spécial des charges a également prévu trois options exigées afin de fournir une qualité de service augmentée […] :

"4.2.4.3. Options 4, 5 et 6 : Qualités de services (QOS) augmentées.

Ces options ont pour but de fournir la qualité de service augmentée.

- Prix unitaire des Setups HTVA

Ces points couvrent :

- Les frais d'installation et de mise en service de QoS sur le profil concerné.
- La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.

- Mensualités de location HTVA

Ces points couvrent :

- les frais mensuels de location du service de QoS .
- La maintenance de ce service.
- La maintenance des équipements sur le site.
- Les coûts liés au reporting et monitoring de base de la connexion.
- La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.

Le PA/PAB peut décider de l'application ou non de la Qualité de service (QOS) pour un site donné.

4.2.4.3.1. Option 4 : Qualité de service (QOS) □Voix□ augmentée.

Cette option a pour but de fournir la qualité de service □Voix□ augmentée. Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Voix dans l'annexe 2 Onglet □Fiche A – Profiles Intranet VPN□ et renseignera les coûts de cette option pour les sites où la QOS Voix est demandée dans l'onglet □Fiche J – Mise en situation□.

4.2.4.3.2. Option 5 : Qualité de service (QOS) □Vidéo□ augmentée.

Cette option a pour but de fournir la qualité de service □Vidéo□ augmentée. Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Vidéo dans l'annexe 2 Onglets □Fiche A – Profiles Intranet VPN□ et renseignera les coûts de cette option pour les sites où la QOS Vidéo est demandée dans l'onglet □Fiche J – Mise en situation□.

4.2.4.3.3. Option 6 : Qualité de service (QOS) □Data□ augmentée.

Cette option a pour but de fournir la qualité de service □Data□ augmentée. ETNIC – CSC 2021/ 3323 – Transport des données de l'ETNIC au moyen de services de télécommunications Page 83 sur 91 Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Data dans l'annexe 2 Onglets □Fiche A – Profiles Intranet VPN□ et renseignera les coûts de cette option pour les sites où la QOS Data est demandée dans l'onglet □Fiche J – Mise en situation□."

47. Dans son offre, la requérante a exposé en détail la solution proposée pour la QoS générale […] et pour les QoS augmentées […].

S'agissant des prix proposés pour la QoS, la requérante a systématiquement indiqué que son offre était conforme aux besoins et exigences énoncés dans le cahier spécial des charges […] et elle a ensuite fourni des prix unitaires pour le setup et la location mensuelle comme exigé par le cahier spécial des charges […].

Dans le cadre de sa réponse à l'option n° 4 "Qualité de service (QoS) □Voix□ augmentée", la requérante a toutefois apporté la précision suivante […] :

Réponse Win :
Noté et conforme.
Le prix de la voix variant en fonction de la bande passante, le prix repris dans les fiches A et J considère 512Kb; si une bande passante supérieure est nécessaire, veuillez-vous référer au fichier ci-dessous.

Sous cette indication, la requérante a ainsi fourni une liste de prix dans l'hypothèse où, pour l'option n° 4, une bande passante supérieure à 512 kb/seconde serait demandée par la partie adverse […].

48. A défaut de connaître les attentes et les besoins de la partie adverse en termes de QoS, la requérante a proposé des prix unitaires pour la mise en place d'une QoS générale et de QoS augmentées […], tout en ajoutant que, si une bande passante supérieure à 512 kb/seconde s'avère nécessaire pour l'option n° 4, il conviendra alors de se référer aux prix renseignés dans la grille tarifaire fournie dans l'offre […].

Le cahier spécial des charges ne fournissant aucune spécification technique et étant totalement muet par rapport aux attentes et aux besoins de la partie adverse, la requérante n'a en effet pas eu d'autres choix que de proposer un prix unitaire pour les prestations qui semblent répondre aux besoins de la partie adverse et de

proposer d'autres prix (grille tarifaire) dans l'éventualité où, pour l'option n° 4, une bande passante supérieure devait être nécessaire.

49. A supposer qu'il soit considéré que l'offre de la requérante n'a pas respecté les exigences du cahier spécial des charges concernant le prix à proposer pour le service de QoS – quod non –, il conviendrait alors de constater que cette situation est la conséquence directe du caractère lacunaire et imprécis des documents du marché, lesquels ne fournissent en effet aucune précision quant aux attentes et aux besoins de la partie adverse en termes de QoS.

La partie adverse ne peut ainsi sérieusement considérer qu'en lui offrant la possibilité de remplacer certains prix unitaires de l'inventaire par d'autres prix renseignés par la requérante en fonction des besoins de la partie adverse, l'offre de la requérante serait entachée d'une irrégularité substantielle qui justifierait son écartement. Si la requérante a prévu des prix unitaires pour l'option n° 4 avec la possibilité de les modifier, c'est uniquement en raison du caractère lacunaire et imprécis des documents du marché et, plus particulièrement, du cahier spécial des charges.

Contrairement à ce que la partie adverse tente de faire accroire, c'est donc bien elle – et non la requérante – qui a commis une irrégularité en exigeant des prix unitaires fixe et unique pour un service de QoS alors que ses attentes et ses besoins n'ont pas été portés à la connaissance des soumissionnaires. Compte tenu du degré d'imprécision du cahier spécial des charges, la remise de prix unitaires fixes et uniques s'avère pratiquement impossible dès lors que les soumissionnaires ignorent les prestations qui devront finalement être effectuées.

Pour éviter une telle situation, la partie adverse aurait, par exemple, pu établir des spécifications techniques pour chaque type de QoS en précisant, entre autres ses besoins en termes de bande passante. Les soumissionnaires auraient alors pu proposer un prix unitaire pour chaque type de QoS.

50. A défaut d'avoir fourni des spécifications techniques et d'avoir indiqué clairement ses besoins et ses attentes dans son cahier spécial des charges, la partie adverse a donc empêché la requérante de fournir, en toute connaissance de cause, des prix unitaires fixes et uniques pour l'option n° 4, ce qui méconnaît les principes et dispositions visés au moyen.

A toutes fins utiles, la requérante précise qu'elle aurait tout à fait pu proposer des prix unitaires pour l'option n° 4 si les besoins et les attentes de la partie adverse avaient été clairement exprimés dans les documents du marché.

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

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, le moyen reproche à la partie adverse d'avoir, en ne définissant pas ses besoins et les spécifications techniques pour les postes « multi-VRF » et « QoS », empêché la requérante de proposer les prix unitaires fixes et uniques attendus pour ces postes, alors qu'elle aurait pu établir des spécifications techniques propres à chaque type de VRF et de QoS, de manière à ce que les soumissionnaires puissent proposer des prix unitaires pour chaque configuration.

Au regard des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, et particulièrement de l'article 53, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, aux termes duquel « les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés », d'une part, et des prescriptions du cahier spécial des charges du marché litigieux pour ce qui concerne les services « multi-VRF » et « QoS », d'autre part, il doit être constaté, *prima facie*, que les spécifications techniques quant à ces deux services sont déterminées de manière suffisamment claire et précise dans le cahier spécial des charges. Tels qu'il se prêtent à un examen à effectuer en extrême urgence, les longs développements du moyen n'établissent pas que la formulation de ces spécifications aurait pu induire en erreur les soumissionnaires et, partant, emporter une rupture d'égalité entre eux ou fausser la concurrence.

Par ailleurs, la définition des spécifications techniques du marché, au regard des caractéristiques de celui-ci et – plus en amont – des besoins à la satisfaction desquels il a vocation à pourvoir, relève de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, auquel le Conseil d'État ne peut se substituer, celui-ci devant se limiter à censurer, le cas échéant, une erreur manifeste commise par ledit pouvoir adjudicateur dans cette définition.

En l'espèce, il est particulièrement relevé que la partie adverse explicite, dans l'acte attaqué, les raisons pour lesquelles elle a fait choix de prix unitaires H.T.V.A. pour ces deux services :

> « En outre, il convient encore de souligner que la philosophie de ce nouveau marché est tout à fait différente de celle du précédent marché. En effet, depuis la pandémie du COVID-19 qui a permis d'intégrer davantage le télétravail dans les habitudes des employés et des employeurs, la politique du Ministère de la Fédération Wallonie-Bruxelles est dorénavant de rationaliser l'usage des bâtiments en mettant en place des bâtiments partagés par plusieurs autorités/institutions ».

C'est au regard de cette préoccupation, ainsi exprimée, qu'ont été arrêtées les prescriptions critiquées, et ce à la faveur du pouvoir discrétionnaire de la partie adverse. La requérante fait certes valoir que celle-ci aurait pu adopter une autre démarche dans la fixation de ces prescriptions. Il n'appartient toutefois pas au Conseil d'État d'arbitrer les conceptions différentes sur une telle fixation, entre un soumissionnaire et l'autorité, dès lors qu'est en jeu, dans cette fixation, le pouvoir discrétionnaire qu'il revient à celle-ci d'exercer.

Il n'apparaît, du reste, pas manifestement déraisonnable d'avoir demandé des prix unitaires sachant que la partie adverse a pu considérer, sans verser dans l'arbitraire, qu'au regard de sa nouvelle politique de rationalisation de l'usage des bâtiments mise en place à la suite de la pandémie du COVID-19, le recours à des systèmes de Multi-VRF et QoS allait augmenter, sans toutefois pouvoir déjà fixer ses besoins de façon plus précise. Dans les circonstances de l'espèce, et au regard de ce qui précède, il peut être considéré, au bénéfice de débats d'extrême urgence, qu'en faisant choix de tels prix unitaires pour ces deux services, le pouvoir adjudicateur n'a pas pris une décision qu'aucun autre pouvoir adjudicateur placé dans les mêmes circonstances de fait et de droit n'aurait pu prendre.

Pour ces raisons, le second moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen, le premier de sa requête, qu'elle expose comme suit :

« 10. Le premier moyen est pris :

- de la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- de la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
- de la violation des articles 4, 5 et 8 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 ;
- de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ;
- de la violation du principe d'égalité de traitement, du principe de transparence, du devoir de minutie et du principe *Patere legem quam ipse fecisti* ;
- de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- de l'excès de pouvoir.

En ce que la partie adverse a considéré que, s'agissant de l'option "Multi-VRF" et de la qualité de services (QoS), l'offre de la requérante ne se conformerait pas aux exigences du cahier spécial des charges en ne proposant pas un prix unitaire pour un multi-VRF ainsi que pour une QoS par type de ligne quelle que soit la bande passante de sorte que la partie adverse a déclaré l'offre de la requérante nulle pour cause d'irrégularités substantielles ;

Que, selon la partie adverse, ces irrégularités seraient, en outre, de nature à empêcher l'évaluation de l'offre de la requérante ou la comparaison de celle-ci aux autres offres et à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de la requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges ;

Alors que, dans son offre, la requérante a proposé un prix pour la configuration de deux VRF et pour une QoS sans limitation de bande passante, sauf pour l'option n° 4 "Qualité de service (QoS) Voix augmentée" où une bande passante de 512 kb/seconde a été prévue avec une possibilité de prévoir une bande passante supérieure sur la base d'une grille tarifaire reproduite dans l'offre ;

Que, si le prix proposé pour l'option "Multi-VRF" et la QoS (avec une bande passante de 512 kb/seconde pour l'option n° 4) est certes nul, il s'agit bien d'un prix qui correspond à des prestations qui seront fournies par la requérante de sorte que la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme qu'aucun prix unitaire n'aurait été remis et que ceci serait de nature à empêcher l'évaluation de l'offre de la requérante ou la comparaison de celle-ci aux autres offres et à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de la requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges ;

Que, sur la base des documents du marché, rien ne permet du reste de considérer que les propositions de la requérante en termes de VRF et de QoS ne seraient pas de nature à rencontrer les besoins de la partie adverse ; qu'aux termes de l'acte attaqué, la partie adverse précise d'ailleurs elle-même qu'il lui est impossible de préciser ses besoins à l'heure actuelle de sorte qu'en réalité, elle ne pourrait considérer que les propositions de la requérante ne seraient pas de nature à couvrir ses besoins dès lors qu'il est impossible de les définir à ce stade ;

Que c'est donc à tort que la partie adverse a considéré l'offre de la requérante comme étant entachée d'irrégularités substantielles en ce qu'elle ne se conformerait pas aux exigences du cahier spécial des charges, qu'elle empêcherait l'évaluation de cette offre ou la comparaison de celle-ci aux autres offres et qu'elle serait de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de la requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges ;

Que les erreurs d'appréciation commises par la partie adverse ont, en outre, pour conséquence que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé s'agissant de la régularité de l'offre de la requérante.

1. Principes et dispositions applicables

11. En ce qui concerne la régularité des offres, l'article 76, §§ 1er à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit ce qui suit :

> "§ 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
>
> L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
>
> Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
>
> Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
>
> 1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
> 2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1er, 44, 48, § 2, alinéa 1er, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de

la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3."

Afin d'être considérée comme régulière, une offre doit être conforme à la réglementation relative aux marchés publics ainsi qu'aux conditions formelles et matérielles du cahier spécial des charges.

Sur la base de l'article 76 précité de l'arrêté royal du 18 avril 2017, une distinction doit également être faite entre, d'une part, les irrégularités substantielles et, d'autre part, les irrégularités non-substantielles.

Constitue ainsi une irrégularité substantielle celle qui est de nature :

- à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire ;
- à entraîner une distorsion de concurrence ;
- à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres ;
- à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

12. Selon l'article 4, alinéa 1er, 8°, 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, l'autorité adjudicatrice est tenue de rédiger une décision motivée lorsqu'elle attribue un marché public et ce, quelle que soit la procédure.

L'article 5, 8°, de la loi du 17 juin 2013 précise, quant à lui, que "la décision motivée visée à l'article 4 comporte, selon la procédure et le type de décision […] les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, au constat de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues".

L'article 8, § 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2013 prévoit enfin que "dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique […] à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée".

Les décisions adoptées en matière de marchés publics sont également soumises à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ce que Votre Conseil confirme régulièrement.

Conformément à la loi du 29 juillet 1991, Votre Conseil estime que :

"pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif, au sens de l'article 1er de cette loi, doit faire l'objet d'une

motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision ; que la motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce".

Le pouvoir adjudicateur, quelle que soit la décision qu'il prend, doit ainsi veiller à faire reposer son appréciation sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit.

Afin de satisfaire à cette obligation de motivation formelle en matière de marchés publics, la motivation doit figurer dans la décision d'attribution et doit consister dans l'indication des considérations de droit et de fait qui ont présidé à la décision d'attribution du marché.

De manière constante, Votre Conseil considère dès lors que :

"L'obligation de motivation formelle à laquelle est tenu le pouvoir adjudicateur répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce".

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur constate qu'une offre déroge à une disposition du cahier spécial des charges, Votre Conseil estime qu'au titre de l'obligation de motivation formelle, le pouvoir adjudicateur "ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle. Par ailleurs, pour motiver la qualification d'irrégularité □substantielle□, le pouvoir adjudicateur doit nécessairement faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère □essentiel□ de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents".

S'agissant des prix, Patrick THIEL rappelle que l'omission d'un prix ne revêt pas nécessairement un caractère substantiel et qu'il faut distinguer si la discussion porte sur tout ou partie du prix. Ainsi, il a été jugé que l'absence de la mention des sous-détails des prix ne constitue pas une irrégularité absolue mais relative, quand bien même le pouvoir adjudicateur s'était-il ménagé la faculté d'exclure une offre trop imprécise.

Il convient également de préciser que toute irrégularité technique ne conduit pas nécessairement à l'écartement de l'offre, si l'aspect méconnu est véniel. Des irrégularités techniques peuvent être vénielles de sorte que toute non-conformité à une clause technique ne constitue pas en soi une dérogation à une condition essentielle d'un marché public.

Par ailleurs, Votre Conseil rappelle, de manière constante, qu'au titre de l'obligation de motivation formelle, un pouvoir adjudicateur confronté à une irrégularité ne peut se limiter à constater celle-ci. Il doit en effet se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les

motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir l'offre affectée d'une irrégularité considérée comme non-substantielle.

13. L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit que "[l]es adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée".

Les principes "*patere legem quam ipse fecisti*", de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires interdisent dès lors au pouvoir adjudicateur d'adopter une décision d'attribution en modifiant les règles qu'il s'est lui-même fixées dans le cahier spécial des charges. Le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu de respecter les règles qu'il a établies dans les documents du marché.

2. Développement du moyen

14. Comme cela a été indiqué lors de l'exposé des faits, la partie adverse a considéré que, s'agissant de l'option "Multi-VRF" et de la qualité de services (QoS), l'offre de la requérante ne se conformerait pas aux exigences du cahier spécial des charges en ne proposant pas un prix unitaire pour un multi-VRF ainsi que pour une QoS par type de ligne quelle que soit la bande passante de sorte que la partie adverse a déclaré l'offre de la requérante nulle pour cause d'irrégularités substantielles.

Selon la partie adverse, ces irrégularités seraient, en outre, de nature à empêcher l'évaluation de l'offre de la requérante ou la comparaison de celle-ci aux autres offres et à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de la requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges.

Comme cela sera toutefois démontré ci-dessous, l'offre de la requérante n'est, en réalité, affectée d'aucune irrégularité substantielle de sorte que c'est à tort que la partie adverse l'a déclarée nulle.

- Option "Multi-VRF"

15. Le VRF (Virtual Routing and Forwarding) est une technologie qui concerne le domaine des réseaux informatiques et qui permet de séparer des trafics de données sur un même routeur et ce, sans équipement supplémentaire. Le VRF permet ainsi de fournir de multiples réseaux privés au départ d'un même routeur, ce qui constitue un moyen efficace de créer et de gérer plusieurs réseaux à la fois sans devoir acquérir de matériel supplémentaire.

Si, par exemple, deux départements différents sont installés dans un même bâtiment et partagent un même réseau mais que le client souhaite séparer leur trafic de données sur ce réseau, les trafics seront alors isolés en deux VRF.

La mise en place de cette technologie se fait par une configuration des équipements existants de sorte qu'elle ne nécessite pas d'équipements supplémentaires et qu'elle implique donc uniquement un coût humain lié à la configuration des équipements existants. Ce coût humain peut toutefois fortement varier en fonction du nombre de VRF à configurer et du degré de complexité que peuvent impliquer les exigences du client.

Si, par exemple, cinq VRF doivent être installés sur un même routeur, le travail de configuration sera bien entendu plus conséquent que s'il y a seulement deux VRF à configurer. Dans le même sens, chaque VRF doit généralement être configuré de manière différente afin de limiter l'accès à certaines données, de ne pas permettre à certains sites ou départements de communiquer entre eux, de donner la priorité d'accès à certains départements, etc. de sorte que le travail configuration peut présenter des niveaux de complexité extrêmement variés.

Ces nombreuses possibilités en termes de nombre de VRF et de degré de complexité peuvent dès lors donner lieu à des coûts extrêmement variés en fonction des demandes et des attentes du client.

16. En l'espèce, l'option "Multi-VRF" a été décrite comme suit par le cahier spécial des charges […] :

"4.2.4.4. Option 7 : Multi-VRF

Cette option permet de configurer et maintenir plus d'une instance de la table de routage dans le même router CE.

Le PA/PAB peut décider de demander le multi-VRF pour un site où plusieurs organisations cohabitent dans un même bâtiment et où la séparation des flux réseaux est nécessaire. Le soumissionnaire remettra les prix de cette option dans l'annexe 2 Onglets Fiche A – Profiles Intranet VPN et renseignera les coûts de cette option pour les sites où cette option est demandée dans l'onglet Fiche J – Mise en situation.

o Prix unitaire des Setups HTVA

Ces points couvrent :

- Les frais d'installation et de mise en service de Multi-VRF sur le profil concerné.
- La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.

o Mensualités de location HTVA

Ces points couvrent :

- les frais mensuels de location du service de Multi-VRF .
- La maintenance de ce service.
- La maintenance des équipements sur le site.
- Les coûts liés au reporting et monitoring de base de la connexion.
- La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points

Le soumissionnaire renseignera les coûts de cette option pour les sites où le Multi-VRF est demandé dans l'onglet Fiche J – Mise en situation."

Le cahier spécial des charges ne fournit toutefois aucune indication par rapport au nombre de VRF à prévoir par site et aux caractéristiques des VRF en termes de configuration et ne précise même pas, fût-ce de manière sommaire, les attentes et besoins de la partie adverse concernant le service de multi-VRF.
Face à ce manque de précisions, la partie adverse ne pouvait raisonnablement exiger des soumissionnaires qu'ils proposent un prix unitaire fixe et unique – autrement dit un prix forfaitaire – pour un service portant sur un nombre de VRF illimité et tenant compte de tous les types de configuration possibles.

17. Dans son offre, la requérante a tout d'abord évoqué l'utilisation de VRF en réponse à l'exigence du cahier spécial des charges relative à la possibilité de grouper logiquement certains sites pour n'autoriser que ceux-ci à dialoguer entre eux […]:

Réponse Win :
Noté et compris.
L'utilisation d'instances VRF (Virtual routing and forwarding) distinctes permet de connecter des réseaux différents sur des liens partagés tout assurant la séparation de bout en bout de ceux-ci et de leurs données respectives.
La configuration de différents VRF et d'accès listes fait partie de l'offre de Win et sera discutée avec l'Etnic au moment de la phase de configuration du réseau.
Les prix mentionnés dans l'inventaire (fiches A et J) comprennent la configuration de 2 VRF.
Au cas où plus de VRF seraient nécessaires, la configuration de VRF supplémentaires est techniquement possible, mais demande plus de temps de mise en service (tarif en régie pour un ingénieur niveau 2 (fiche I).

Il faut noter que lors de l'emploi de plusieurs VRF, la bande passante nominale du lien d'accès au réseau doit être répartie entre les VRF.
Cette répartition est statique et la somme des bandes passantes vers chaque VRF ne peut pas dépasser la capacité nominale de la ligne d'accès.
La granularité des bandes passantes à répartir entre les VRF est la suivante en fonction de la capacité nominale du lien d'accès :

- jusqu'à 10Mbps : par 1Mbps
- de 20Mbps à 100Mbps : par 5Mbps
- de 200Mbps à 1Gbps : par 50Mbps.

Exemple :
Lien fibre de capacité nominale à 200Mbps :

- Bandes passantes possibles pour la VRF1 : 50/100/150Mbps
- Bandes passantes possibles pour la VRF2 : 150/100/50Mbps

S'agissant spécifiquement de l'option "Multi-VRF", la requérante a indiqué ce qui suit dans son offre […]:

Réponse Win :
Noté et conforme.

Les prix mentionnés dans l'inventaire (fiches A et J) comprennent la configuration de 2 VRF.
Au cas où plus de VRF seraient nécessaires, la configuration de VRF supplémentaires est techniquement possible, mais demande plus de temps de mise en service (tarif en régie pour un ingénieur niveau 2 (fiche I).

La requérante a ainsi proposé, pour chaque site, un prix unitaire comprenant la configuration de deux VRF, tout en ajoutant que la configuration de VRF supplémentaire serait possible mais demanderait plus de temps de mise en service et qu'elle ferait dès lors, le cas échéant, l'objet d'une facturation en régie sur la base du taux horaire proposé pour un ingénieur de niveau 2.

18. Contrairement à ce que semble considérer la partie adverse aux termes de l'acte attaqué, il convient tout d'abord de relever que la requérante a bien proposé, dans son inventaire, un prix unitaire fixe et unique pour l'option "Multi-VRF", lequel porte sur la configuration de deux VRF par site. Si ces prix sont certes nuls, il s'agit néanmoins de prix proposés par la requérante en vue de réaliser les prestations visées par le cahier spécial des charges, à savoir la configuration de plusieurs VRF par site.

A aucun moment, la partie adverse ne soutient d'ailleurs que la requérante aurait omis le prix de l'option "Multi-VRF" et que, partant, son offre devrait être déclarée irrégulière sur la base de l'article 86, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Implicitement, la partie adverse reconnaît donc que la requérante a bien proposé un prix pour l'option "Multi-VRF".

A toutes fins utiles, la requérante précise que les prix nuls proposés pour l'option "Multi-VRF" s'expliquent en partie par le fait que la requérante est le prestataire de la partie adverse depuis plus de quinze ans, que le VRF est le protocole de routage actuellement utilisé par la partie adverse […] et que, sur la base de son expérience, la requérante constate que la partie adverse et ses autres clients ne

demandent, en règle générale, jamais plus de deux VRF par site. En ce qui concerne plus particulièrement la partie adverse, il convient de souligner que la crise sanitaire liée au Covid-19 a désormais pris fin depuis de nombreux mois et que les demandes de la partie adverse en termes de VRF n'ont pas subi de modifications importantes.

L'utilisation des VRF déjà configurés pourra dès lors se poursuivre à l'avenir sans intervention de la requérante.

En ce sens, Votre Conseil a récemment jugé que le prestataire actuel d'un pouvoir adjudicateur peut valablement proposer un prix nul pour certains postes lorsqu'en tant qu'opérateur actuel et rencontrant déjà les besoins décrits dans le cahier spécial des charges, le soumissionnaire ne devra exposer aucun frais pour les postes concernés .

19. Par ailleurs, force est de constater que le cahier spécial des charges ne précise à aucun moment que le prix de l'option "Multi-VRF" devrait être un prix forfaitaire de sorte que rien ne permet de considérer que la configuration de VRF supplémentaires ne pourrait pas être facturée en régie sur la base du travail effectivement réalisé.

A cet égard, il y a lieu de préciser que, dans le cadre du marché litigieux, la partie adverse a elle-même prévu un poste spécifique pour des missions de consultance à la demande […] de sorte que le fait d'avoir prévu un prix unitaire fixe et unique pour la configuration de deux VRF par site et d'avoir précisé que la configuration de VRF supplémentaires serait facturée en régie comme mission de consultance, ne méconnait aucunement les exigences du cahier spécial des charges, que du contraire.

Le prix total de l'offre de la requérante n'est donc aucunement faussé ou impossible à comparer aux autres offres, comme le prétend la partie adverse. En ce qui concerne le prix de l'option "Multi-VRF", il convient simplement d'observer qu'un prix unitaire et fixe a été proposé par la requérante sur la base d'une estimation des besoins de la partie adverse et que, si des prestations supplémentaires sont nécessaires, la requérante a inclus ces prestations dans le poste relatif aux missions de consultance dont la partie adverse a elle-même estimé le volume d'heures.

L'offre de la requérante prévoit ainsi un prix qui permettra de configurer, sans limite, le nombre de VRF souhaité par la partie adverse et ce, quel que soit le degré de complexité de la configuration.

Au vu de ce qui précède, la partie adverse ne peut aucunement être suivie lorsqu'elle affirme, aux termes de l'acte attaqué, que les prix remis par la requérante pour l'option "Multi-VRF" ne respecteraient pas le cahier spécial des charges, que le prix total de l'offre de la requérante serait faussé et que ceci serait de nature à empêcher l'évaluation de l'offre de la requérante ou la comparaison de celle-ci aux autres offres.

20. La partie adverse ne peut, du reste, considérer que l'offre de la requérante serait de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de celle-ci à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges.

Comme cela a déjà été rappelé, la requérante a proposé des prix unitaires comprenant la configuration de deux VRF par site, tout en ajoutant que la configuration de VRF supplémentaires était possible et ferait, le cas échéant, l'objet d'une facturation en régie […].

Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, la requérante s'est ainsi pleinement engagée à exécuter le marché litigieux selon les conditions énoncées par le cahier spécial des charges dès lors qu'elle n'a prévu aucune limite en termes de VRF à configurer.

Si la requérante a certes proposé des prix différents pour les deux premiers VRF et pour les VRF supplémentaires, elle a justifié cette manière de faire dans son offre de sorte que la partie adverse ne peut aucunement être suivie lorsqu'elle considère les prix proposés pour l'option "Multi-VRF" serait de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de celle-ci à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges.

21. Sur la base des documents du marché, rien ne permettrait du reste de considérer la configuration de deux VRF par site ne serait pas de nature à rencontrer les besoins de la partie adverse et/ou méconnaîtrait une exigence minimale ou substantielle du cahier spécial des charges.

Le fait d'indiquer, pour la première fois dans l'acte attaqué, que "l'usage des VRF va augmenter et le nombre de VRF à configurer sera donc régulièrement supérieur à 2" […] n'est aucunement démontré et aurait dû, en tout état de cause, être porté à la connaissance des soumissionnaires préalablement au dépôt des offres. Communiquée tardivement, cette information n'a en effet pas pu être prise en considération par la requérante au moment d'établir son offre.

Aux termes de l'acte attaqué, la partie adverse précise par ailleurs qu'il lui est impossible de préciser ses besoins à l'heure actuelle et que certaines connexions ne nécessiteront pas de VRF alors que d'autres en nécessiteront plusieurs […].

Si l'on comprend bien, la partie adverse considère donc que l'offre de la requérante serait affectée d'une irrégularité substantielle en raison d'un prix unitaire portant sur la configuration de deux VRF seulement alors que, dans le même temps, elle admet se trouver actuellement dans l'impossibilité de préciser le nombre de VRF dont elle aura besoin.

À défaut de pouvoir déterminer elle-même ses propres besoins en termes de VRF, la partie adverse ne pourrait sérieusement estimer que la configuration de deux VRF ne serait pas de nature à rencontrer ses besoins et serait, partant, constitutif d'une irrégularité substantielle.

C'est donc à tort que la partie adverse a considéré l'offre de la requérante comme étant entachée d'irrégularité substantielle en ce qu'elle ne se conformerait pas aux exigences du cahier spécial des charges, qu'elle empêcherait l'évaluation de cette offre ou la comparaison de celle-ci aux autres offres et qu'elle serait de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de la requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges.

22. Les erreurs d'appréciation commises par la partie adverse ont, en outre, pour conséquence que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé s'agissant de la régularité de l'offre de la requérante.

- Qualité de service (QoS)

23. La qualité de service ou QoS (Quality of Service) désigne des technologies capables d'assurer la priorisation de certains types de données de la connexion et de garantir une bande passante minimale. En général, la QoS mesure ainsi la bande passante et priorise les données en fonction des files d'attente prioritaires, le but étant de privilégier les données prioritaires dans le trafic.

Les réseaux d'entreprise doivent, par exemple, pouvoir fournir des services mesurables et prévisibles aux applications (voix, vidéo ou données urgentes)

transitant par le réseau. En utilisant le mécanisme de QoS, il est ainsi possible de satisfaire les besoins "réseau" des applications sensibles, par exemple la voix et la vidéo en temps réel, pour éviter toute dégradation de la qualité.

24. En l'espèce, le cahier spécial des charges a tout d'abord prévu ce qui suit en ce qui concerne la QoS […] :

"4.2.2.5. Qualité de service / QoS (généralités)

Pour la majorité des profils décrits dans l'annexe 2 Fiche A - Profiles Intranet VPN, il est demandé à l'adjudicataire de donner la possibilité au PA d'activer de la qualité de service Data, Voice et Vidéo.

Le soumissionnaire doit donc prévoir dans son offre que l'ensemble du matériel proposé puisse, fournir le service QoS.

Le soumissionnaire garantira le Qos Data, le Qos Voix et le Qos vidéo, de bout en bout backbone compris.

Le soumissionnaire expliquera comment le Qos est garanti de bout en bout sur son réseau y compris sur son backbone.

Si l'utilisation de QoS devait entrainer une limitation ou une diminution de la bande passante globale du site ou des interconnexions au backbone, le soumissionnaire devra en expliquer les tenants et aboutissants dans son offre.

Des frais de setup par profil sont demandés, ainsi que le prix additionnel des options."

Le cahier spécial des charges a également prévu trois options exigées afin de fournir une qualité de service augmentée pour certains types de données […]:

"4.2.4.3. Options 4, 5 et 6 : Qualités de services (QOS) augmentées.

Ces options ont pour but de fournir la qualité de service augmentée.

o Prix unitaire des Setups HTVA

Ces points couvrent :

- Les frais d'installation et de mise en service de QoS sur le profil concerné.
- La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.

o Mensualités de location HTVA

Ces points couvrent :

- les frais mensuels de location du service de QoS .
- La maintenance de ce service.
- La maintenance des équipements sur le site.
- Les coûts liés au reporting et monitoring de base de la connexion.
- La main d'œuvre technique et administrative liée à la réalisation de ces points.

Le PA/PAB peut décider de l'application ou non de la Qualité de service (QOS) pour un site donné.

4.2.4.3.1. Option 4 : Qualité de service (QOS) Voix augmentée.

Cette option a pour but de fournir la qualité de service □Voix□ augmentée. Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Voix dans l'annexe 2 Onglet □Fiche A – Profiles Intranet VPN□ et renseignera les coûts de cette option pour les sites où la QOS Voix est demandée dans l'onglet □Fiche J – Mise en situation□.

4.2.4.3.2. Option 5 : Qualité de service (QOS) □Vidéo□ augmentée.

Cette option a pour but de fournir la qualité de service □Vidéo□ augmentée. Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Vidéo dans l'annexe 2 Onglets □Fiche A – Profiles Intranet VPN□ et renseignera les coûts de cette option pour les sites où la QOS Vidéo est demandée dans l'onglet □Fiche J – Mise en situation□.

4.2.4.3.3. Option 6 : Qualité de service (QOS) □Data□ augmentée.

Cette option a pour but de fournir la qualité de service □Data□ augmentée. ETNIC – CSC 2021/ 3323 – Transport des données de l'ETNIC au moyen de services de télécommunications Page 83 sur 91 Le soumissionnaire remettra les prix de la QOS Data dans l'annexe 2 Onglets □Fiche A – Profiles Intranet VPN□ et renseignera les coûts de cette option pour les sites où la QOS Data est demandée dans l'onglet □Fiche J – Mise en situation□."

25. Dans son offre, la requérante a exposé en détail la solution proposée pour la QoS générale […] et pour les QoS augmentées […].

S'agissant des prix proposés pour la QoS, la requérante a systématiquement indiqué que son offre était conforme aux besoins et exigences énoncés dans le cahier spécial des charges […]et elle a ensuite fourni des prix unitaires pour le setup et la location mensuelle comme exigé par le cahier spécial des charges […].

A cet égard, la fiche A de l'annexe 2 jointe à l'offre de la requérante permet de constater que, contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, la requérante n'a pas remis "des prix unitaires HTVA de zéro (0) pour un set-up et pour la location mensuelle du service QoS" […].

Dans le cadre de sa réponse à l'option n° 4 "Qualité de service (QoS) □Voix□ augmentée", la requérante a toutefois apporté la précision suivante […]:

Réponse Win :
Noté et conforme.
Le prix de la voix variant en fonction de la bande passante, le prix repris dans les fiches A et J considère 512Kb; si une bande passante supérieure est nécessaire, veuillez-vous référer au fichier ci-dessous.

Sous cette indication, la requérante a ainsi fourni une liste de prix dans l'hypothèse où, pour l'option n° 4, une bande passante supérieure à 512 kb/seconde serait souhaitée par la partie adverse […].

26. Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse aux termes de l'acte attaqué, la requérante a donc bien proposé des prix unitaires pour le setup et les mensualités du service de QoS.

Les prix unitaires proposés pour le setup ne sont, tout d'abord, pas nuls mais varient entre 25 et 125 EUR htva pour les options nos 4 à 6. Les prix unitaires proposés par la requérante pour la location mensuelle sont, quant à eux, nuls, ce qui s'explique notamment par le fait que l'offre de base de la requérante comprend déjà les frais mensuels de location du service de QoS et qu'il n'y a donc aucun surcoût à prévoir.

Si certains de ces prix sont certes nuls, il s'agit néanmoins de prix proposés par la requérante en vue de réaliser les prestations visées par le cahier spécial des charges, à savoir une QoS générale et des QoS augmentées.

A aucun moment, la partie adverse ne soutient d'ailleurs que la requérante aurait omis le prix de la QoS et que, partant, son offre devrait être déclarée irrégulière sur la base de l'article 86, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Implicitement, la partie adverse reconnaît donc que la requérante a bien proposé un prix pour le service de QoS.

Il convient, en outre, de préciser que, même pour l'option n° 4, la requérante n'a prévu aucune limite en termes de bande passante de sorte que, sur la base des prix renseignés dans l'inventaire, la requérante mettra en place une QoS correspondant aux besoins et aux attentes de la partie adverse.

En ce qui concerne l'option n° 4 "Qualité de service (QoS) Voix augmentée", la requérante a uniquement précisé que le prix proposé inclut une bande passante de 512 kb/seconde et que, si la partie adverse estime qu'une bande passante supérieure est nécessaire, il convient alors de se référer aux prix prévus dans la grille tarifaire fournie […].

A cet égard, la requérante précise qu'une bande passante de 512 kb/seconde correspond à son offre de base pour ce service, ce qui rencontre généralement les besoins des clients de la requérante dont fait actuellement partie, pour rappel, la partie adverse.

Dans la mesure où la partie adverse n'a fourni aucune indication quant au nombre de sites et au nombre de personnes par site, la requérante n'a pas pu déterminer avec précision la bande passante nécessaire par site.

A titre d'exemple, si la partie adverse et les PAB disposent de 50 sites importants pour lesquels une bande passante "QoS" de 50 Mb/seconde est nécessaire, cela représenterait, pour la requérante, un coût supplémentaire de 42.000 EUR htva (frais de setup et de mensualité) sur la durée du marché, conformément à la grille tarifaire reprise dans son offre.

Dès lors que le coût d'un service de QoS dépend ainsi, dans une large mesure, de la bande passante à prévoir, la requérante a proposé, pour l'option n° 4, un prix pour une bande passante "standard" (512 kb/seconde) et une grille tarifaire dans l'hypothèse où une bande passante supérieure serait jugée nécessaire par la partie adverse pour la QoS "Voix" augmentée.

Pour calculer le prix total de l'offre de la requérante, il convenait dès lors de tenir compte des prix unitaires repris dans l'inventaire et, si la partie adverse estimait qu'une bande passante supérieure était nécessaire pour la QoS "Voix" augmentée (option n° 4), il lui suffisait alors de remplacer les prix repris dans l'inventaire pour cette option par ceux prévus dans la grille tarifaire fournie par la requérante ; grille tarifaire qui distingue clairement les prix de setup et les prix des mensualités du service de QoS.

Au vu de ce qui précède, la partie adverse ne peut aucunement être suivie lorsqu'elle affirme, aux termes de l'acte attaqué, que les prix unitaires proposés par la requérante ne respecteraient pas le cahier spécial des charges, que le prix total de l'offre de la requérante serait faussé et que ceci serait de nature à empêcher l'évaluation de l'offre de la requérante ou la comparaison de celle-ci aux autres offres.

27. La partie adverse ne peut, du reste, considérer que l'offre de la requérante serait de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de celle-ci à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges.

Comme cela a déjà été rappelé, la requérante a proposé des prix unitaires pour la mise en place d'une QoS générale et de QoS augmentées […], tout en ajoutant que, si une bande passante supérieure à 512 kb/seconde s'avère nécessaire pour l'option n° 4, il conviendra alors de se référer aux prix renseignés dans la grille tarifaire fournie dans l'offre […].

A défaut d'avoir précisé ses besoins en termes de bande passante dans les documents du marché, la requérante n'a pas eu d'autres choix que de déterminer son prix sur la base des besoins exprimés généralement par ses clients et des besoins actuels de la partie adverse pour la QoS "Voix", lesquels correspondent à une bande passante de 512 kb/seconde. Une possibilité de bande passante supérieure a toutefois été proposée dès lors qu'au moment d'établir son offre, la requérante ignorait les besoins et les attentes de la partie adverse pour la QoS "Voix" augmentée.

Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, la requérante s'est ainsi pleinement engagée à exécuter le marché litigieux selon les conditions énoncées par le cahier spécial des charges de sorte que la partie adverse ne peut aucunement être suivie lorsqu'elle considère les prix proposés pour le service de QoS serait de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de celle-ci à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges.

28. Rien ne permet du reste de considérer que la bande passante proposée par la requérante pour l'option n° 4 (512 kb/seconde) ne serait pas de nature à rencontrer l'ensemble des besoins de la partie adverse et/ou méconnaîtrait une exigence minimale ou substantielle du cahier spécial des charges.

Aux termes de l'acte attaqué, la partie adverse critique le fait que la requérante n'ait pas proposé "un prix unitaire pour un QoS par type de ligne, quelle que soit la □valeur□ de la bande passante" […] mais, à aucun moment, la partie adverse n'indique toutefois quels sont ses besoins et ses attentes en termes de bande passante, en particulier pour l'option n° 4.

La partie adverse ne peut donc sérieusement estimer qu'une bande passante de 512 kb/seconde ne serait pas de nature à rencontrer ses besoins et serait, partant, constitutif d'une irrégularité substantielle alors qu'à ce stade, elle ne définit aucunement lesdits besoins.

C'est donc à tort que la partie adverse a considéré l'offre de la requérante comme étant entachée d'irrégularité substantielle en ce qu'elle ne se conformerait pas aux exigences du cahier spécial des charges, qu'elle empêcherait l'évaluation de cette offre ou la comparaison de celle-ci aux autres offres et qu'elle serait de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement de la requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges.

29. Les erreurs d'appréciation commises par la partie adverse ont, en outre, pour conséquence que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé s'agissant de la régularité de l'offre de la requérante.

- Faible importance des postes litigieux

30. A toutes fins utiles, il convient de préciser que la configuration de VRF et le service de QoS sont des postes tout à fait négligeables par rapport à l'ensemble

du marché litigieux et que la mise en œuvre de ces postes n'est aucunement indispensable afin de réaliser l'objet du marché litigieux.

31. A cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que les prétendues irrégularités de l'offre de la requérante concernent toutes des options du marché litigieux , ce qui démontre leur caractère accessoire par nature.

L'article 2, 54°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics définit en effet l'option comme "un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire".

32. En ce qui concerne l'impact financier des deux postes affectées de prétendues irrégularités substantielles, les observations suivantes doivent également être faites :

- Option "Multi-VRF" :

  En termes d'impact financier, la mise en œuvre de l'option "Multi-VRF" représente tout au plus un montant de 5.000 EUR htva/an selon les estimations de la requérante qui, pour rappel, est le prestataire actuel de la partie adverse et qui dispose dès lors de données fiables pour établir une telle estimation. Dans la mesure où la durée du marché est de quatre ans, cette option correspond donc à un budget total d'environ 20.000 EUR htva.

  Par rapport au prix global proposé par la requérante (2.717.709,26 EUR htva), ce montant représente dès lors 0,74 %. En tenant compte du prix global moyen des offres (3.134.973,78 EUR htva), ce montant ne représente que 0,64 % du montant du marché.

- Qualité de service (QoS) :

  En termes d'impact financier, la mise en œuvre des options liées au service de QoS représente tout au plus un montant de 10.500 EUR htva/an selon les estimations de la requérante. Dans la mesure où la durée du marché est de quatre ans, ces options correspondent donc à un budget total d'environ 42.000 EUR htva.

  Par rapport au prix global proposé par la requérante (2.717.709,26 EUR htva), ce montant représente dès lors 1,55 %. En tenant compte du prix global moyen des offres (3.134.973,78 EUR htva), ce montant ne représente que 1,34 % du montant du marché.

  A toutes fins utiles, l'on rappellera que la requérante a proposé une possibilité d'augmenter la bande passante uniquement pour l'option n° 4 "Qualité de service (QoS) Voix augmentée" de sorte que le budget alloué à cette seule option est nettement plus faible que le budget évoqué ci-dessus et dédié à l'ensemble du service de QoS.

33. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur constate qu'une offre déroge à une disposition du cahier spécial des charges, Votre Conseil estime, pour rappel, que le pouvoir adjudicateur "ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle. Par ailleurs, pour motiver la qualification d'irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur doit nécessairement faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère essentiel de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents".

En l'espèce, la partie adverse ne démontre aucunement le caractère substantiel des prétendues dérogations de l'offre de la requérante au cahier spécial des charges alors qu'il s'agit d'options qui ne sont pas nécessaires à l'exécution du marché et qui, si elles sont levées, n'auront qu'un très faible impact financier sur le montant global du marché.

Rien ne permet dès lors de comprendre pour quelle raison la partie adverse a considéré qu'une prétendue irrégularité constatée au niveau de ces postes devait nécessairement être qualifiée de substantielle et pourquoi elle a estimé ne pas pouvoir qualifier ces prétendues irrégularités de non-substantielles, ce qui aurait permis d'éviter de devoir déclarer l'offre nulle, conformément à l'article 76, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

* * * *

34. Au vu de ce qui précède, l'offre de la requérante aurait dû être déclarée régulière de sorte que le premier moyen est sérieux et fondé ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le premier moyen critique, en substance, la décision de déclarer l'offre de la requérante affectée d'une irrégularité substantielle au motif qu'elle n'aurait pas proposé de prix unitaire pour un « multi-VRF » ainsi que pour une QoS par type de ligne, la partie adverse considérant que ces irrégularités seraient de nature à empêcher l'évaluation de l'offre et sa comparaison avec les autres et laisseraient subsister des doutes sur l'engagement de la requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges.

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste la recevabilité du moyen qui critique la décision de déclarer irrégulière et, partant, d'évincer l'offre de la requérante, au motif que, même déclarée régulière, cette offre n'aurait été classée qu'en seconde position, selon ce qu'attesterait la pièce « E. Tableau d'analyse des deux offres au regard des critères d'attribution » du dossier administratif. À l'audience du 13 octobre 2022, elle a toutefois expressément renoncé à cette exception d'irrecevabilité du moyen.

La requérante fait valoir que, pour les postes litigieux, elle a bien remis des prix unitaires même s'ils sont nuls, de sorte que la partie adverse ne pourrait être suivie lorsqu'elle affirme qu'aucun prix n'aurait été remis. La partie adverse a retenu que, par la manière dont elle avait configuré son offre pour les deux postes concernés, la requérante ne répondait pas aux exigences fixées à ce propos par les documents du marché. Il est donc vain, dans ces circonstances, de disserter sur ce que la mention d'un prix unitaire nul peut, ou non, être admise comme valant remise d'un prix unitaire.

Par ailleurs, et dès lors que c'est cette non-conformité de l'offre aux exigences définies par le cahier spécial des charges qui a déterminé la partie adverse à retenir les irrégularités de l'offre de la requérante, il est également sans intérêt de déterminer si, comme celle-ci le soutient, son offre était bien de nature à rencontrer les besoins de la partie adverse, ce qui est en soi étranger à un constat d'irrégularité. Est toujours indifférente, pour la même raison, la considération que la partie adverse ne serait pas en mesure de définir à l'heure actuelle plus précisément ses besoins.

Enfin, au vu des exigences – vainement critiquées, comme cela ressort de l'examen du second moyen – fixées par le cahier spécial des charges pour les prix unitaires concernés, il n'apparaît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou en fait, en concluant ne pas être en mesure de connaître le coût réel pour les postes

« multi-VRF » et « QoS » au regard de l'offre de prix de la partie requérante. Face à ce constat, le pouvoir adjudicateur a régulièrement conclu qu'une telle offre est de nature à empêcher son évaluation en comparaison avec les autres offres. Au regard des effets visés à l'article 76, § 1er, alinéa 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et précisément reconnus, en l'espèce, par la partie adverse à propos de ce qu'elle tient pour constituer des irrégularités, il importe peu que les non-conformités ainsi sanctionnées se rapportaient à des services ne représentant, selon ce qu'a spécialement souligné un représentant de la requérante à l'audience du 13 octobre 2022, qu'une part limitée des prestations à assurer dans le cadre du marché litigieux.

Il s'ensuit que le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

VII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, identifiée comme étant la pièce A de son dossier.

La partie adverse sollicite également le maintien de confidentialité pour les pièces A à E du dossier administratif. À l'audience du 13 octobre 2022, la requérante a contesté cette demande en tant qu'elle porte sur la pièce « E. Tableau d'analyse des deux offres au regard des critères d'attribution », et ce dès lors que c'est sur le contenu de cette pièce que la partie se fondait pour contester la recevabilité du premier moyen de la requête.

Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées par ces demandes, y compris pour la pièce E du dossier administratif, dès lors que la partie adverse a déclaré renoncer à l'exception d'irrecevabilité qu'elle opposait au premier moyen, ce qui prive de sens la demande d'accès à cette pièce, formulée par la requérante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A du dossier de la requérante et A à E 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 25 octobre 2022, par :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Nathalie Roba	David De Roy