

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

n° 256.098 du 22 mars 2023

A. 237.784/VI-22.455

En cause : **la société anonyme de droit public PROXIMUS**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Irène
MATHY et Julia SIMBA, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

1. **le Centre d'Informatique pour la Région bruxelloise**,
en abrégé « **CIRB** »,
2. **la Région de Bruxelles-Capitale**,
représentée par son Gouvernement,
ayant tous deux élu domicile chez
M^{es} Vincent OST, Lola MALLUQUIN, Marie
UMBACH et Mathilde VICTOR, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société anonyme ORANGE BELGIUM,
ayant élu domicile chez
M^{es} Gregory LEBRUN, Nastassja WALSCHOT
et Caroline MOUCHET, avocats,
avenue du Boulevard 21
1210 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 29 novembre 2022, la SA Proximus demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du CIRB, en la personne du Directeur général Nicolas Locoge et du Directeur général adjoint Marc Van Den Bossche, et de la Région de Bruxelles-Capitale, en la personne du ministre Bernard Clerfayt, du 10 novembre 2022 attribuant à la société anonyme Orange Belgium le “marché public de services destiné à choisir un seul opérateur économique actionnaire privé et gestionnaire de la société IRISnet, passé sous la forme d'un accord-cadre ayant pour objet ‘la

prestation de services d'installation, de gestion et de sécurisation de services de télécommunications fixe et mobile, de réseau, d'infrastructures, de connectique et de IoT' pour les besoins du CIRB, de la Région de Bruxelles-Capitale et des pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires au travers de la centrale d'achat du CIRB" ».

Par une requête introduite le 13 janvier 2023, la SA Proximus demande l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Par une ordonnance du 30 novembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 décembre 2022.

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

Des courriers du 15 décembre 2022 ont remis l'affaire à l'audience du 22 décembre 2022 à 14 heures 30.

Par une requête introduite le 20 décembre 2022, la société anonyme Orange Belgium demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Le droit visé à l'article 70 du règlement général de procédure a été acquitté par la requérante en intervention.

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

M^{es} Bruno Lombaert et Irène Mathy, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Vincent Ost, Lola Malluquin et Marie Umbach, avocats, comparaissant pour les parties adverses, et M^{es} Grégory Lebrun, Nastassja Walschot et Caroline Mouchet, avocats, comparaissant pour la requérante en intervention 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. Faits utiles à l'examen de la demande

La partie requérante expose comme suit les faits de la cause :

- « 1. Le marché de services dont question est un marché passé sous la forme d'un accord-cadre ayant pour objet "la prestation de services d'installation, de gestion et de sécurisation de services de télécommunication fixe et mobile, de réseau, d'infrastructures, de connectique et de IoT" pour les besoins de la Région de Bruxelles-Capitale, première partie adverse, et du Centre d'Informatique pour la Région Bruxelloise (CIRB), deuxième partie adverse [...].

Ces services seront prestés par le biais d'un véhicule d'exécution dudit marché public, IRISnet, une société à responsabilité limitée dont l'objet est principalement d'offrir des services de connectivité, de téléphonie et autres services aux administrations et institutions présentes sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

L'objectif est par conséquent de désigner un actionnaire privé et gestionnaire de la société IRISnet qui fournira, par le biais du contrat cadre, le catalogue de services de ladite société aux différents pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires de l'accord-cadre, dans le cadre duquel la deuxième partie adverse agit également comme centrale d'achat.

Ainsi, ce marché succède à deux précédents marchés, nommés respectivement "IRISnet1" et "IRISnet2". L'objet de ces marchés était principalement de:

- dans le cadre de "IRISnet1", faire construire et opérer une infrastructure d'accès à large bande (en fibres optiques) connectant une centaine de sites établis en Région de Bruxelles-Capitale et;
- dans le cadre de "IRISnet2", (i) créer une société de droit privé autonome propriétaire dudit réseau, (ii) continuer à rationaliser et déployer ladite infrastructure câblée et (iii) doter le réseau câblé d'une architecture fonctionnelle pérenne, flexible et efficace pour le "très large bande" avec des réseaux fixes et mobiles convergés.

L'adjudicataire du marché "IRISnet2", qui a débuté le 30 mai 2012, est l'opérateur Mobistar (devenu Orange Belgium).

Ainsi, les parties adverses indiquent que "Le marché 'IRISnet3' a l'avantage de pouvoir s'appuyer sur les fondements et réalisations construits pendant plus de 20 ans de partenariats entre la Région de Bruxelles-Capitale et des opérateurs économiques privés spécialisés" [...] [...].

2. L'avis de marché a été publié le 18 juin 2021 [...] et complété par un avis rectificatif du 5 juillet 2021 [...] par lequel les parties adverses ont mis les documents du marché à disposition des opérateurs économiques [...].

Ces documents indiquent que ledit marché est attribué selon la procédure concurrentielle avec négociation régie par:

- l'article 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après: "Loi Marchés publics"); et par
- les articles 90 à 100 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après: "Arrêté royal Marchés publics").

3. La s.a. Proximus, partie requérante, a remis une candidature le 19 juillet 2021.

4. Une décision de sélection a été adoptée par la partie adverse le 12 octobre 2021 et communiquée par courriel à la partie requérante le même jour [...]. Il ressort de celle-ci que deux opérateurs économiques ont été sélectionnés :

- la s.a. Proximus, partie requérante;
- la s.a. Orange Belgium, adjudicataire du marché IRISnet2 en cours.

5. Par un courriel du 19 octobre 2021 [...], les parties adverses ont invité la partie requérante à remettre une offre le 21 décembre 2021 au plus tard. Ce courriel indiquait l'ouverture d'une *Data Room* digitale ainsi qu'une *Data Room* physique, ouverte du lundi 15 au vendredi 19 novembre 2021, de 8h30 à 16h30.

C'est également par le biais de ce courriel que les parties adverses ont transmis le guide de soumission ainsi que ses annexes [...].

6. Le guide de soumission indique que la société IRISnet agit en tant que véhicule d'exécution du Marché et prestera les services inclus dans son catalogue de services, en recourant aux services et fournitures du futur attributaire du marché IRISnet3.
[...]

7. Concernant le choix de la procédure concurrentielle avec négociation, les parties adverses ont motivé leur choix de la manière suivante [...]:

“ La présente procédure est conduite sur la base d'une procédure concurrentielle avec négociation, conformément à l'article 38, § 1^{er}, 1^o, c), de la Loi Marchés publics:

c) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent”.

Le choix de la procédure concurrentielle avec négociation est justifié par le fait que le Marché public ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier et en raison des risques qui s'y rattachent, conformément à l'article 38, §1, 1^o, c), de la loi précitée.

La complexité du Marché ressort notamment des éléments suivants:

- l'exécution du Marché sera réalisée par le biais d'une société de projet mixte (Société IRISnet) dans le capital de laquelle l'Adjudicataire sera tenu de reprendre la participation de l'adjudicataire sortant du marché IRISnet2, ce qui impliquera que les Pouvoirs adjudicateurs puissent négocier les modalités de la prise de connaissance, l'entrée dans le capital et de la reprise de la gestion de la société, de la mise en œuvre du Marché, du transfert de connaissances de cette société avec l'opérateur économique qui deviendra l'Adjudicataire du Marché, tout en garantissant la continuité et la stabilité des services existants tenant compte des nombreux fournisseurs impliqués et de la complexité de gestion d'IRISnet;
- le Marché porte sur la prestation de services fournis au moyen de technologies de l'information et des télécommunications innovantes qui évolueront durant la durée du Marché, ce qui impliquera une adéquation du cadre contractuel et financier avec cette évolution qui peut être significative. Une telle adéquation ne peut être définie de manière unilatérale sans négociation par les Pouvoirs adjudicateurs sauf à exposer les Pouvoirs adjudicateurs à supporter eux-mêmes le risque de définition de ces évolutions technologiques futures et d'inadéquation de ces définitions avec les évolutions technologiques pertinentes.
- L'organisation de l'exécution du Marché public au travers d'une centrale d'achat avec des Pouvoirs Adjudicateurs Bénéficiaires relevant de différents niveaux de pouvoir implique une complexité dans le chef des Soumissionnaires qui peut être réduite par des négociations avec ceux-ci afin que leur offre soit la plus optimale possible dans l'organisation projetée de l'exécution du Marché public.

Pour ces raisons, le recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les motifs précités est pleinement justifié”.

Le guide de soumission précise également au sujet des principes généraux de la négociation que “[L]es Soumissionnaires ayant remis une Offre initiale régulière

et complète sont chacun invités aux réunions de négociation. La participation aux réunions de négociation est obligatoire pour tout Soumissionnaire sous peine d’être écarté définitivement de la procédure d’attribution” [...] [...].

8. La valeur totale estimée du marché public litigieux est de 1.837.200.000,00 EUR TVA comprise (point A.2.8 du guide de soumission [...]).

Concernant les prix, le guide de soumission indique que (p. 26):

“ Le Marché est un marché à prix mixte conformément à l’article 2, 6° de l’arrêté royal Passation.

Le Soumissionnaire doit compléter chacune des rubriques des 2 uses cases repris en annexe ‘2021016- B-Use Case 1’ et en annexe ‘2021016-B-Use Case 2’ du Volume B du Guide de Soumission, en y indiquant le coût HTVA et TVAC, tous frais compris.

Tout Soumissionnaire qui n’aura pas intégralement complété les documents listés à l’ANNEXE 6 du Volume A du Guide de Soumission pourra voir son Offre être écartée, pour irrégularité substantielle, dans la mesure où le poste visé serait essentiel dans le cadre du Marché, et ce en application de l’article 76 de l’Arrêté royal passation.

Les Offres des Soumissionnaires qui comportent des réserves quant aux prix maxima déterminés dans le Guide de Soumission et ses annexes pourront être déclarées non conformes. Cette condition s’impose pour tous les postes de prix, quels qu’ils soient, et vaut pour chacun d’eux pris isolément. Chaque poste de prix est considéré comme essentiel pour la conformité de l’offre”.

Il y est également précisé ce qui suit (pp. 50 et 51):

“ §1. Tous les prix communiqués par l’Adjudicataire doivent être obligatoirement libellés en EUROS.

§2. Les prix par service étant forfaitaires, l’Adjudicataire est censé avoir inclus dans son prix tous les frais possibles grevant les services, à l’exception de la TVA.

Les prix listés en annexe ‘2021016-B- Liste des prix-*Prijslijst*’ du Volume B du Guide de Soumission constituent des maxima, au niveau Capex et Opex.

Un prix maximum mentionné comme ‘0’ (zéro) implique que ce service doit obligatoirement être gratuit.

§3. Les tarifs de la Société IRISnet listés en annexe ‘2021016-B- I’ du Volume B du Guide de Soumission constituent les tarifs maximums appliqués aux PAB pour toute la durée de l’Accord-cadre, sans préjudice de la faculté pour la Société IRISnet de pratiquer des tarifs plus élevés pour les autres clients (publics non bénéficiaires du Marché ou privés)”.

9. Concernant la régularité des offres, le guide de soumission indique ce qui suit (pp. 31 et s.):

“ Les Offres des Soumissionnaires sont examinées sur le plan de leur régularité, conformément aux articles 75 et suivants de l’Arrêté royal passation, ainsi qu’aux dispositions du Guide de Soumission.

Les Pouvoirs adjudicateurs se réservent le droit de régulariser les Offres autres que finales affectées d’une irrégularité substantielle ou 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 1^{er}, alinéa 3, de l’article 76, de l’Arrêté royal passation, conformément à cette disposition (§ 4) préalablement à l’entame des négociations.

L’Offre finale affectée d’une irrégularité substantielle est nulle et donc écartée. Seules les Offres reconnues régulières sont prises en considération pour être évaluées au regard des critères d’attribution”.

10. Les critères d’attribution sont établis de la manière suivante (pp. 31 et s.) :

	Critères	Pondération
1	<p>Prix</p> <p>Les Offres seront évaluées sur base de deux « use-cases ».</p> <p>Les Soumissionnaires complèteront les informations demandées dans les « use-case », présentés aux annexes « 2021016-B-Use Case 1 » et « 2021016-B-Use Case 2 » du Volume B du Guide de Soumission</p> <p>Par « use case » Il est demandé aux Soumissionnaires d'indiquer les prix qu'ils proposent pour chacun des éléments du « use case ».</p> <p>Chaque « use-case » produira alors un montant global.</p> <p>Les Offres des Soumissionnaires seront comparées sur base du montant global obtenu dans chaque « use case » séparément et la règle de 3 exposée ci-après sera utilisée.</p> <p>Le Soumissionnaire ayant fourni le « use-case » avec le montant global le plus bas obtiendra le nombre maximal de points, c'est-à-dire 15 points par « use case ».</p> <p>Les autres Soumissionnaires seront évalués, pour le même « use-case » sur base de la formule suivante:</p> <p style="text-align: center;">Formule de la règle de trois: $\text{Points } X = (\text{Prix } 0 / \text{Prix } X) \times \text{Points max}$</p> <p>Points X = points attribués au soumissionnaire pour le « use-case » concerné Prix 0 = prix le plus bas pour le « use case » concerné, remis par un soumissionnaire Prix X = prix remis pour le « use case » concerné, par le soumissionnaire dont l'offre est examinée Points max. = nombre de points maximum attribué pour le « use-case » concerné = 15</p> <p>Les points obtenus pour chacun des deux « use-case » individuellement seront additionnés et une note totale pour le présent critère d'attribution sera attribuée sur la base de cette somme, sur un total de 30 points.</p> <p>Les notes seront arrondies à la deuxième décimale.</p>	30
2	<p>Qualité</p> <p>La qualité est évaluée sur base des 4 (quatre) sous-critères énumérés ci-dessous et détaillés dans l'annexe 2021016-B-Questionnaire-Vragenlijst, au Volume B du Guide de Soumission.</p> <p>2.1. Sous-critère « Adéquation avec les rôles » (25 points):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Rôle en tant qu'actionnaire 	70
	<ul style="list-style-type: none"> - Rôle en tant que gestionnaire opérationnel - Rôle en tant que gestionnaire du catalogue de services <p>2.2. Sous-critère « Adéquation avec la technologie » (25 points):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Technologie fibre optique - Réseau de téléphonie fixe - Réseau de téléphonie mobile - Gestion de LAN - Sécurité - Smart Building - IoT <p>2.3. Sous-critère « Adéquation avec la culture » (10 points):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Culture d'entreprise - Formations / Gestion des connaissances - Evolution / CSI / cercle vertueux 	

<p>2.4. Sous-critère « la valeur ajoutée qualitative » (10 points):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dans la réponse au « Use-Case » 1 (*) - Dans la réponse au « Use-case » 2 (*) - Valeur ajoutée spécifique, telle que précisée dans le questionnaire <p>(*) Les « use case » 1 et 2 mettent en œuvre l'exécution du Marché, au travers des Marchés subséquents, dans le contexte décrit par chacun des « use case ».</p> <p>Les sous-critères d'attribution 2.1. et 2.2. sont évalués, chacun, sur un total maximum de 25 points et les sous-critères 2.3. et 2.4., chacun sur un total maximum de 10 points.</p> <p>Les Soumissionnaires répondent aux questions posées dans l'annexe « 2021016-B- Questionnaire-Vragenlijst » au Volume B du Guide de Soumission tout en respectant la forme demandée. Des questions sont prévues pour chacun des sous-sous critères d'attribution repris dans les tirets mentionnés ci-avant afin d'évaluer chacun des quatre sous-critères d'attribution.</p> <p>La cotation de l'Offre du Soumissionnaire pour ce critère d'attribution est obtenue à partir de la somme de la cotation obtenue pour chacun des sous-critères précités, sur un total de 70 points.</p>	
---	--

11. Les questions relatives à la procédure de passation du marché public litigieux pouvaient être posées par le biais du “forum” relatif audit marché sur le site <https://enot.publicprocurement.be> au plus tard 20 jours calendrier avant la date limite prévue pour la remise des Offres (soit le 21 décembre 2021 à 14h au plus tard).

La partie requérante a adressé 51 questions aux parties adverses [...] alors qu'Orange Belgium n'en a posé aucune.

Dans le cadre de ses questions, la partie requérante n'a pas manqué de souligner le manque d'informations dont elle disposait pour établir son offre ainsi que le risque de traitement discriminatoire dont elle pourrait faire l'objet face à l'unique autre soumissionnaire de la procédure, Orange Belgium, adjudicataire du marché “IRISnet2”.

12. Durant la période durant laquelle la *Data Room* physique était disponible, la partie requérante a adressé deux courriels aux parties adverses, respectivement les 16 et 17 novembre 2021 [...], en vue de lui indiquer l'absence de nombreux documents, en ce compris des contrats passés avec les fournisseurs d'aspects primaires de l'activité de IRISnet pourtant essentiels pour comprendre les dépendances contractuelles d'IRISnet et les obligations qui en découlent.

Il va sans dire que ces informations étaient disponibles pour Orange Belgium.

13. A l'issue de la clôture de la *Data Room* physique, la partie requérante a adressé un courriel le 30 novembre 2021 en vue de recenser les informations qu'elle n'avait pas ou partiellement trouvées. Il est rédigé de la manière suivante [...]:

“ Les informations que nous n'avons pas ou partiellement retrouvées, entre autre, incluent:

- Les informations détaillées sur le degré de respect des SLA envers les PAB's
- Les informations détaillées sur les degrés de respect et les détails des différents indicateurs de performance des SLA de la part des fournisseurs, y compris l'adjudicataire IRISnet 2
- Le statut des contrats fournisseurs en cours de négociation
- Les contrats clients (individuel), surtout en ce compris l'information sur leur date d'expiration avec les éventuelles informations/conditions complémentaires aux conditions du marché public IRISnet2, aux clauses du

mandat du marché IRISnet2 conférés par les Pouvoirs bénéficiaires à la Région et aux conditions générales d'IRISnet qui régissent les engagements avec les PAB.

- Il n'y avait pas d'information sur des litiges potentiels, autre que le litige concernant *Fiberwork*.

Nous vous remercions sincèrement de nous avoir donné accès à cette *Data Room* mais également d'avoir mis à disposition des informations supplémentaires pour les deux derniers jours d'ouverture de la *data room* suite à notre demande introduite en urgence" [...].

Aucune suite n'a été réservée à ce courriel.

14. La partie requérante a remis une offre initiale le 21 décembre 2021.

15. Suite à ce dépôt, la partie requérante n'a jamais été invitée par les parties adverses en vue d'entamer des négociations.

16. Par un courrier du 14 novembre 2022 [...], adressé par envoi recommandé et par courriel le même jour, les parties adverses ont notifié à la partie requérante la décision d'attribution du marché litigieux [...] ainsi que le rapport d'analyse des offres [...], qui concluent tous deux à l'attribution dudit marché à Orange Belgium.

Il s'agit de la décision attaquée.

Les motifs de ladite décision sont les suivants :

“ Vu les motifs de fait et de droit, détaillés ci-après ;

Attendu que, selon le procès-verbal d'ouverture des offres généré par e-Tendering en date du 21 décembre 2021, les offres des soumissionnaires suivants ont été déposées sur e-Tendering dans le délai requis, soit au plus tard le 21.12.2021 avant 14h00 :

1. La société Orange Belgium S.A., ayant son siège social à 1140 Bruxelles, avenue du Bourget 3 dont le numéro d'entreprise est 0456.810.810;
2. La société Proximus S.A. de droit public, ayant son siège social à 1030 Bruxelles, Boulevard du Roi Albert II 27 dont le numéro d'entreprise est 0202.239.951.

Que, compte tenu de la précision et de la qualité des offres initiales, le présent marché est attribué sur la base de ces offres initiales, sans négociations, conformément à la possibilité prévue par l'article 38, §5 de la Loi Marchés publics et le point IV.1.5) de l'avis de marché (et rappelé ensuite par les articles A.2.24 et A.2.30 du Guide de Soumission) ;

Que ces offres sont examinées ci-après ;

2. MOTIFS D'EXCLUSION ET SÉLECTION QUALITATIVE

Attendu que l'analyse des motifs d'exclusion et des critères de sélection a été effectuée dans la décision motivée du CIRB et du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 12 octobre 2021 relative à la sélection des candidats ayant remis une demande de participation;

Que cette décision a été notifiée aux deux soumissionnaires, Orange Belgium S.A. et Proximus S.A. de droit public, en date du 12 octobre 2021;

Qu'il est renvoyé à cette décision en ce qui concerne l'absence de motifs d'exclusion dans le chef de la S.A. Orange Belgium et de la S.A. de droit public Proximus et leur satisfaction aux critères de sélection;

Que l'article 60 de l'Arrêté royal passation permet de revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné à quelque stade que ce soit de la procédure si sa situation ne répond plus aux conditions; qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a vérifié à nouveau en date du 1er septembre 2022 que les critères de sélection

restent bien satisfaits et qu'il ressort de cette mise à jour qu'il n'existe aucun motif d'exclusion dans le chef des deux soumissionnaires;

3. RÉGULARITÉ DES OFFRES

Vu l'article 83 de la Loi Marchés publics ;

Vu les exigences du Guide de Soumission et en particulier le point A.2.23 du Guide de Soumission et l'annexe 6;

Considérant que les offres des deux soumissionnaires, Orange Belgium S.A. et Proximus S.A. de droit public, ont été déposées sur la plateforme e-Tendering dans le délai requis ;

Considérant que les offres des deux soumissionnaires sont complètes ;

Considérant que les deux soumissionnaires ont émis un rapport de dépôt de leur offre dûment revêtu d'une signature électronique qualifiée ;

Que les pouvoirs de signature ont été vérifiés et qu'il en ressort que les offres ont été valablement signées ;

Considérant que les offres des deux soumissionnaires ne sont affectées d'aucune irrégularité substantielle.

4. ANALYSE DES OFFRES AU REGARD DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION

Vu l'article 81 de la Loi Marchés publics ;

Vu les critères d'attribution repris à l'article A.2.28 du Guide de Soumission ;

4.1 Le critère 'prix' (30 points)

Attendu que l'article A.2.28 du Guide de Soumission prévoit ce qui suit quant au critère 'prix': (...)

Que les annexes '2021016-B-Use Case 1' et '2021016-B-Use Case 2' sont des fichiers Excel qui décrivent les deux *use cases* et invitent les soumissionnaires à indiquer, sur la base des catalogues proposés par eux, les prix pour les différents postes dans les cellules marquées en jaune de ces fichiers ;

Que, conformément aux instructions, toutes les cellules de ces fichiers ont été dûment complétées par les deux soumissionnaires ;

Qu'aucune erreur matérielle n'a été constatée dans les prix fournis pour les différents postes ;

Que les prix fournis pour les différents postes ont été vérifiés conformément à l'article 84 de la Loi Marchés publics et à l'article 35 de l'Arrêté royal passation, et qu'il en résulte qu'aucun prix n'est anormal ;

Que le Guide de Soumission indique que 'les Offres des Soumissionnaires seront comparées sur base du montant global obtenu dans chaque *use case*' ;

Que ce 'montant global' devait être la somme de tous les postes définis par les Pouvoirs adjudicateurs et complétés par les soumissionnaires; Qu'en raison cependant d'une formule incomplète dans la version digitale des formulaires Excel, la cellule 'Totaux' ne faisait l'addition que de certains postes; Que les Pouvoirs adjudicateurs ont corrigé cette erreur en additionnant les prix indiqués par les soumissionnaires pour tous les postes; Que la correction de cette erreur purement matérielle contenue dans les documents du marché est permise (et même requise) par l'article 34 de l'Arrêté royal passation dès lors qu'il n'existe aucun doute possible quant au fait que le montant 'global' pour le *use case* est la somme de tous les postes complétés par les soumissionnaires (et non la somme de certains postes uniquement); que la correction de cette erreur n'a au demeurant pas d'incidence sur le classement des offres;

Que pour chaque offre, les scores relatifs à chaque *use case* ont été calculés conformément à l'article précité du Guide de Soumission ;

1) Use case 1 (15 points)

Attendu que pour le *use case* 1, les offres obtiennent les scores suivants :

	<i>Prix</i>	<i>Score (/15)</i>
Orange Belgium	60.060,21 €	15,00 points
Proximus	61.535,52 €	14,64 points

Considérant que pour le *use case* 1, les prix des deux soumissionnaires sont quasiment identiques et ne sont ni anormalement élevés, ni anormalement bas par rapport aux prix pratiqués sur le marché pour le même type de services ;

2) *Use case* 2 (15 points)

Attendu que pour le *use case* 2, les offres obtiennent les scores suivants :

	<i>Prix</i>	<i>Score (/15)</i>
Orange Belgium	57.780,29 €	15,00 points
Proximus	65.867,89 €	13,16 points

Considérant qu'en ce qui concerne le *use case* 2, un écart plus important est constaté entre les prix des deux soumissionnaires;

Qu'il ressort d'une comparaison de ces prix avec les prix pratiqués sur le marché pour des services similaires, que les prix des deux soumissionnaires se trouvent dans la fourchette des prix pratiqués sur le marché;

Que les prix d'Orange Belgium S.A. se trouvent au milieu de cette fourchette, tandis que les prix de Proximus S.A. de droit public se trouvent dans le haut de cette fourchette;

Que par conséquent, aucun prix n'a été considéré comme anormalement élevé ou anormalement bas.

3) Conclusion sur le critère prix

Attendu que sur le critère 'prix', les offres obtiennent les scores suivants:

	<i>Score (/30)</i>
Orange Belgium	30,00 points
Proximus	27,80 points

4.2 Le critère 'qualité' (70 points)

Attendu que l'article A.2.28 du Guide de Soumission prévoit ce qui suit quant au critère 'qualité': (...)

Que comme prévu par le Guide de Soumission, le critère 'qualité' a été apprécié sur la base des réponses fournies par les soumissionnaires aux 77 questions qui figurent dans l'annexe '2021016-B-Questionnaire-Vragenlijst' au Volume B du Guide de Soumission;

Que compte tenu du volume, de la multiplicité et de la technicité des sujets, les réponses à ces questions ont été analysées et comparées par un groupe de travail composé des experts internes du CIRB, ainsi que des experts externes émanant de deux sociétés privées reconnues pour leur expertise de pointe en la matière, à savoir Gartner (une société internationale de conseil en matière d'IT) et Roland Berger (un bureau de conseil international);

Que cette analyse est consignée dans le rapport d'évaluation du critère 'qualité' joint en annexe et qui fait partie intégrante de la présente décision, laquelle s'approprie les motifs contenus dans ce rapport;

Que la conclusion de ce rapport est que, pour le critère 'qualité', les offres obtiennent les scores suivants:

	Orange Belgium	Proximus
--	-----------------------	-----------------

<i>Sous-critère 1 (/25)</i>	<i>20,70/25</i>	<i>20,31/25</i>
<i>Sous-critère 2 (/25)</i>	<i>22,14/25</i>	<i>19,79/25</i>
<i>Sous-critère 3 (/10)</i>	<i>9,09/10</i>	<i>8,86/10</i>
<i>Sous-critère 4 (/10)</i>	<i>9,25/10</i>	<i>9,00/10</i>
<i>Total (/70)</i>	<i>61,18/70</i>	<i>57,97/70</i>

4.3 Conclusion de l'analyse des critères d'attribution

Attendu que la conclusion de l'analyse des offres au regard des critères d'attribution est que les offres obtiennent le score total suivant :

	<i>Orange Belgium</i>	<i>Proximus</i>
<i>Critères « prix » (/30)</i>	<i>30,00/30</i>	<i>27,80/30</i>
<i>Critère « qualité » (/70)</i>	<i>61,18/70</i>	<i>57,97/70</i>
<i>Total (/100)</i>	<i>91,18/100</i>	<i>85,77/100</i>

Que c'est par conséquent Orange Belgium S.A. qui a remis l'offre économique la plus avantageuse;

5. DISPOSITIF POUR CES MOTIFS,

Le CIRB représenté par le Directeur général Nicolas LOCOGE et le Directeur général adjoint Marc VAN DEN BOSSCHE,

Et

La Région de Bruxelles-Capitale, représentée par le Ministre Bernard CLERFAYT,

DÉCIDENT

- 1) D'attribuer le marché au soumissionnaire Orange Belgium S.A., qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse;
- 2) De ne pas attribuer le marché au soumissionnaire Proximus S.A. de droit public;
- 3) De notifier la présente décision à ces soumissionnaires” ».

IV. Note d'audience

La requérante a transmis une note d'audience le 22 décembre 2022.

Une telle note n'est pas prévue par l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, et ne requiert donc pas de réponse formelle. La communication de cette note par écrit avant l'audience doit se comprendre comme un geste de courtoisie envers les autres parties et le Conseil d'État et n'est pas prise en considération comme pièce de procédure mais uniquement à titre informatif.

V. Intervention

Par une requête introduite le 20 décembre 2022, la SA Orange Belgium demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante.

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 5 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes généraux de droit administratif, en ce compris les principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence, de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que « les documents du marché établis par la partie adverse ne permettaient pas une comparaison égalitaire et objective des offres au regard des critères d'attribution, dès lors que le cahier spécial des charges fixe, à titre de critère « prix », sur 30 points, un critère portant sur l'évaluation du prix proposé par les soumissionnaires pour deux hypothèses de services marginales au regard de l'ensemble des services couverts par le présent marché, de sorte que seul le prix de ces éléments est évalué, et non l'intégralité des prix et des coûts générés par l'exécution du marché par l'adjudicataire »,

alors qu'« en vertu des dispositions et principes visés au moyen, les critères d'attribution doivent permettre au pouvoir adjudicateur, en adéquation avec l'objet et les modalités d'exécution du marché, d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, sans créer de discrimination ou de distorsion de concurrence »,

et alors que « le critère “prix” d'un marché public doit, en particulier, permettre au pouvoir adjudicateur d'identifier l'offre proposant le meilleur prix et, donc, l'offre la moins chère au regard de l'ensemble des coûts qui seront directement générés par l'exécution du marché »,

et « qu'il en va d'autant plus ainsi lorsqu'il apparaît, comme en l'espèce, que d'autres éléments de prix ont eu une influence sur la comparaison des offres, à l'avantage de l'adjudicataire existant et futur du présent marché, sous l'angle non pas du prix à proprement parler mais, soi-disant, de la “qualité” des offres reçues ».

La requérante développe le moyen de la manière suivante :

« 26. L'article 81 de la Loi Marchés Publics dispose que :

“ § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée:

1° sur la base du prix;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment:

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

§ 3. (...)

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

(...)”.

Par ailleurs, l'article 4 de la Loi Marchés Publics dispose:

“ Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée”.

Et l'article 5, § 1^{er}, de cette même loi rappelle enfin:

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

Il résulte de ces dispositions, lues en combinaison avec les principes rappelés ci-dessus, qu'un pouvoir adjudicateur est tenu, dans le choix des critères d'attribution, de veiller d'une part à l'adéquation de ceux-ci par rapport à l'objet du marché et à ses modalités d'exécution et, d'autre part, au caractère non discriminatoire ou exagérément restrictif de concurrence des critères choisis, de façon à ce qu'ils n'aboutissent pas à favoriser indûment l'offre d'un soumissionnaire déterminé.

27. En l'occurrence, le cahier spécial des charges du présent marché fixe, comme premier critère d'attribution, un critère de "prix" qui, loin de porter sur la totalité du prix du marché, isole et restreint l'évaluation au regard de deux "*use-cases*" qui n'apparaissent en rien représentatifs de l'importance et du volume des services couverts par le présent marché.

Ainsi, il convient de rappeler que, selon les parties adverses elles-mêmes [...], la valeur globale du présent marché est estimée, sur dix ans, à 1.837.200.000,00 EUR Tva comprise. Or, il résulte de la décision d'attribution que les deux *use-case* servant de seule grille d'évaluation du prix du marché portent, chacun et pour les deux soumissionnaires en lice, sur des montants de l'ordre de 60.000 euros !

Il en résulte, déjà, que le choix de ces *use-case* n'était en rien pertinent pour l'attribution du présent marché, eu égard à l'écart considérable entre le prix de ceux-ci et la valeur globale du marché attribué.

Sur le fond également, il convient de relever que le choix de ces *use-case* ne permet en rien aux soumissionnaires d'étayer leur offre au regard de services particulièrement significatifs ou pertinents pour les parties adverses.

Ainsi, le "*use-case*" n°1 porte sur la mise en place d'un service pour connecter des bâtiments, en tenant compte d'un scénario de déploiement informatique préexistant ou préfixe dans chacun des trois bâtiments à connecter.

A la connaissance de la requérante, sous l'égide du marché IRISnet 2, un tel service a été commandé en 2018, pour un montant de 18.000 euros, à comparer avec un chiffre d'affaires global pour la même année de 37 millions d'euros. Il en résulte que les parties adverses ne pouvaient ignorer le caractère particulièrement "anecdotique" d'une telle prestation, au regard de l'intégralité du catalogue d'Irisnet 2. Le caractère très spécifique, en outre, du scénario présenté, ne permet pas de projeter ce que pourrait donner le prix, même du service en question, dans le cadre d'un autre scénario: en effet, les parties adverses ne peuvent ignorer qu'en termes de connectivité, le prix pour un nombre X d'utilisateurs ne correspond aucunement à la simple multiplication d'un prix pour un utilisateur par X.

Dans cette mesure, il ne peut être exclu, et les parties adverses ne justifient en tous les cas pas que le choix des paramètres de ce scénario a été réalisé de manière purement objective et sans aucune inclination à favoriser, en particulier, l'opérateur en place, dont tous les prix actuels étaient connus des parties adverses.

Un raisonnement identique peut être transposé pour le second "*use-case*", permettant uniquement de remettre un prix – anecdotique – pour un seul scénario déterminé, non représentatif de la diversité des scénarios susceptibles de se présenter à la société Irisnet et non représentatif, du reste, de l'ampleur de ses activités.

Par comparaison, on relèvera que lors de la passation du marché Irisnet 2, le critère d'attribution relatif au prix portait, cette fois, sur un business plan complet permettant de prendre la mesure des coûts et bénéfices induits par l'ensemble des services à prester en exécution de ce marché, et non sur un "échantillon" non représentatif du catalogue de services à prester via IRISnet.

Rien ne permet de comprendre, dans les documents du marché mis à la disposition des soumissionnaires, les motifs et la justification du choix de restreindre, cette fois, l'évaluation du critère prix à des éléments aussi limités.

28. Concernant la pertinence et la proportionnalité des critères d'attribution, il convient de relever que dans un arrêt du 5 avril 2019, n° 244.191, n.v. Bouwbedrijf Van Poppel, le Conseil d'Etat a annulé la décision d'attribution d'un marché public portant sur une opération de promotion (*build and finance*) relative à une école communale à Kortenberg, au motif qu'elle se fondait notamment sur un sous-critère d'attribution, afférent au prix, valorisant de manière disproportionnée les modalités de financement prévues par le soumissionnaire, sans que cette valorisation permette effectivement d'identifier, pour l'adjudicateur, l'offre économiquement la plus avantageuse. Le Conseil d'Etat a ainsi considéré, de manière très détaillée, que le critère d'attribution retenu était inadéquat et mal pondéré:

[...]

Traduction libre:

“ 17. Mais plus fondamentalement, la requérante remet en cause le sous-critère lui-même et estime qu'il ne contribue en rien à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, d'autant plus que ce financement des coûts fixes, qui fait partie du prix total à payer par la défenderesse lors de la réception provisoire, fait donc déjà partie de la somme qui fonde le premier sous-critère. [...]

La défenderesse n'explique absolument pas la valeur ajoutée du deuxième critère de sous-prix par rapport à l'objectif d'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse et se retranche derrière son pouvoir discrétionnaire. Le coût du financement que la défenderesse supporte dans le prix d'achat total est de toute façon évalué dans le premier critère de sous-prix; la défenderesse ne démontre pas que l'évaluation de ce financement séparément avec le deuxième critère de sous-prix contribue à l'objectif précité. De plus, la détection du coût de financement est une tâche délicate; le fait de le mettre en exergue en fonction de ce sous-critère peut être artificiel et, par exemple, conduire à une augmentation du coût total qui est évalué de manière complètement différente. Comme le souligne à juste titre la requérante, le fait d'évaluer à nouveau séparément ce coût de financement par le biais du deuxième critère de sous-prix conduit ici à un effet pervers dans la mesure où la budgétisation artificiellement basse de ce coût de financement dans le cas d'un soumissionnaire ou non désavantage ici de manière disproportionnée un autre soumissionnaire qui est globalement nettement moins cher. [...]

De même, il est tout aussi problématique et disproportionné d'attribuer 20 points sur 60 au critère du prix à l'évaluation d'un coût qui, en l'espèce, est totalement marginal, tel que le financement limité demandé pendant la construction.

18. Il apparaît donc que l'attribution de points pour le deuxième critère de sous-prix, à hauteur de 20 points, a complètement fait pencher la note globale en défaveur de la requérante”.

Ces considérations paraissent *a fortiori* transposables dans le contexte du présent marché, où non seulement le critère ici contesté confère un poids disproportionné (30 % des points !) à des prestations dont le prix représenterait tout au plus 0,003 % de la valeur totale du marché (!) mais, en outre, aucun autre critère ne vient permettre au pouvoir adjudicateur de comparer les offres sur les 99,987 % restants de ce prix !

29. On rappellera, par ailleurs, que le critère du prix est supposé permettre de valoriser, au regard de ce critère – et nonobstant la mise en balance que les autres critères peuvent induire quant au résultat global du rapport qualité-prix des offres évaluées – l'offre la plus basse (voyez notamment C.E., n°231.322, 26 mai 2015, nv Axi). Rien ne justifie que le critère de prix soit restreint ou biaisé de manière à ne pas viser l'identification de cette offre. Ainsi, en particulier, à supposer que l'adjudicateur entende, prétendument, se préserver (par exemple) d'offres lui paraissant irréalistes, il lui incombe en effet, non pas de biaiser l'appréciation de ce critère d'attribution purement quantitatif, mais bien de procéder à toutes

vérifications qui lui paraîtraient utiles ou nécessaires au regard, notamment, de la réglementation du contrôle des prix anormaux.

Et pour rappel, afin de déterminer l'offre la "moins-disante" ou la plus basse, l'adjudicateur doit prendre en considération tous les éléments chiffrables qui viennent augmenter de manière certaine la dette contractée à l'égard de l'adjudicataire et dont le montant peut être établi avec certitude au jour de l'attribution du marché, le cas échéant sur la base d'une formule prédéfinie à cet effet dans les documents du marché.

Or – et à plus forte raison, dès lors que l'exercice avait expressément été demandé aux soumissionnaires lors du précédent marché – rien ne permet d'établir qu'il n'aurait pas été possible, pour les parties adverses, de connaître de manière certaine tous les éléments de prix induits par le présent marché, non pas à la seule échelle des deux *use-case* choisis, mais à l'échelle de l'intégralité du catalogue de services en cause, afin que l'ensemble de ces prix fasse effectivement l'objet d'une évaluation et d'une comparaison.

En l'occurrence – et on y reviendra encore, dans le cadre de l'examen du cinquième moyen, concernant l'absence de réel contrôle de la normalité des prix des offres reçues –, le choix posé par les parties adverses concernant ce critère produit exactement l'effet inverse: ainsi, non seulement ce n'est pas l'offre globalement la moins chère qui reçoit le maximum de points sur le critère du prix, mais en outre, les parties adverses ont également utilisé uniquement le cadre de ce critère pour effectuer les vérifications qui leur incombaient en matière de prix anormaux.

Il en résulte que le choix posé par les parties adverses, dans le cahier spécial des charges du présent marché, pour l'évaluation du critère du prix a eu pour effet, d'une part, d'encourager, de la part des soumissionnaires, des pratiques de spéculation (voir également, à ce sujet, le cinquième moyen ci-dessous) et, d'autre part, de permettre un traitement discriminatoire de ceux-ci, dans la mesure où ils n'étaient jugés que sur une très faible partie de leurs engagements financiers ce qui, de facto, était de nature à biaiser la comparaison de leurs offres.

30. On relèvera encore, enfin, que le choix posé en l'espèce par les parties adverses paraît d'autant moins justifié que la décision d'attribution permet de constater que d'autres éléments du prix des soumissionnaires ont, de manière non systématique, mais récurrente, été valorisés, non au regard du critère du prix mais du critère de la qualité technique des offres.

Ainsi, à titre d'illustration, il ressort de la comparaison des offres sur le plan qualitatif que :

- Question n°6 : l'offre d'Orange Belgium est valorisée en ce qu'elle s'engage "au niveau du recrutement sur *payroll* de la société IRISnet permettant de réduire les coûts, notamment de consultance", ce qui implique donc qu'elle prévoit d'augmenter les coûts internes – en personnel – d'IRISnet – et donc des parties adverses, qui en sont les actionnaires – pour diminuer les coûts de recours à la consultance – non chiffrés, par ailleurs et en principe, dans l'offre des soumissionnaires, à défaut d'avoir été invités à remettre un budget à cet effet;
- Question n°11 : Orange Belgium est valorisée pour "la prise en charge à hauteur d'un budget défini dans l'offre du recrutement d'un vendeur spécialisé en cybersécurité": or, d'une part, le cahier spécial des charges n'invitait pas les soumissionnaires à joindre un budget à leur offre et, d'autre part, cette dimension financière n'a à nouveau pas été évaluée au regard du critère prix;
- Question n°18 : Orange Belgium est valorisée pour avoir garanti "un support gratuit de la société IRISnet pour (la) gestion financière" du cercle vertueux décrit dans son offre – cette gratuité, dont la viabilité économique aurait par ailleurs dû être vérifiée, devait être évaluée sous un critère prix;

- Question n°22 : Orange Belgium est valorisée parce qu'elle s'engage à "partager avec la société IRISnet ses études de marché, sa connaissance métier pour l'implémentation et les *business models* et à participer aux opérations sous forme d'*outsourcing* total ou partiel selon la connaissance présente au sein de la société IRISnet", *outsourcing* qui a nécessairement un coût qui n'est ni évoqué, ni vérifié, ni évalué;
- Question n°23 : Orange Belgium est valorisée parce qu'elle fera "bénéficier la société IRISnet, directement et gratuitement, des outils développés en interne et proposera ses conditions préférentielles pour les outils externes", or cette gratuité n'est ni vérifiée ni évaluée sous l'angle de la comparaison des offres en termes de prix et, par ailleurs, le prix des "conditions préférentielles" n'est manifestement pas connu et n'est, lui non plus, ni vérifié ni évalué.
- Question n°34 : le modèle économique permettant à Orange Belgium de mettre toutes les compétences d'expertise décrites dans le rapport d'évaluation des offres à la disposition d'IRISnet n'est pas connu et ni son coût, ni sa viabilité économique n'ont été vérifiés et évalués;
- En réponse, en outre, à la question n°41 : Orange Belgium est fortement valorisée, au détriment de la requérante, pour avoir proposé "des tarifs permettant une diminution globale de la facture mobile des PAB de 25% en moyenne, avec une mise en œuvre immédiate dès l'accord du conseil d'administration de la société IRISnet"; or, à nouveau, une telle réduction de prix n'est pas valorisée d'un point de vue quantitatif, mais bien, prétendument, qualitatif, en exonérant par ailleurs, de ce fait, une telle annonce particulièrement spéculative de toute vérification de viabilité économique et donc de normalité – on relèvera à cet égard en outre que, ce faisant, Orange Belgium se positionne donc par rapport à une réduction des prix facturés par IRISnet aux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires, sans aucune démonstration de la viabilité économique, pour IRISnet, de cette réduction... et alors même qu'elle n'impactera pas qu'Orange Belgium en tant qu'actionnaire d'IRISnet, mais aussi les parties adverses elles-mêmes;
- Question n°45 : il y est fait reproche à la requérante d'avoir surtout mis l'accent sur l'aspect financier concernant les propositions en matière de sécurité technique, or c'est précisément parce que cet aspect est déterminant – tous les niveaux et les systèmes de sécurité sont, en soi, envisageables, mais chacun a un coût différent – que la requérante a souhaité le souligner, n'étant pas en mesure, pour le surplus, de fournir un budget ou une offre de prix aux parties adverses à cet égard, qui valorisent donc l'offre d'Orange Belgium sans en évaluer et vérifier l'impact financier;
- Question n°49 : le coût respectif des solutions proposées par les soumissionnaires n'est évalué nulle part, étant étranger aux prix générés par les seuls *use-case*;
- Question n°63 : Orange Belgium est valorisée pour l'accès donné à une plateforme LMS sans qu'il soit précisé si un coût par utilisateur sera demandé, et quel sera celui-ci; cet élément n'entre pas dans le critère prix fondé exclusivement sur les *use-case* non plus;
- Questions n°68 et 69: la description du *use-case* n°1 permet de constater qu'Orange Belgium a introduit une rupture de continuité technologique dans son offre par rapport au cahier spécial des charges, en proposant une solution *switch* Fortinet dans un environnement standardisé sur les produits Cisco. Outre la question de régularité de l'offre que cette rupture soulève – voir le quatrième moyen – il en résulte également que les coûts de transition, de personnel – devant être formé à la maîtrise technique de deux systèmes différents –, des outils de supervision (*monitoring*), des processus de gestion (coordination d'intervenants externes différents pour la maintenance) et donc de maintenance corrective et préventive induits par l'offre d'Orange Belgium seront nécessairement plus élevés dans un environnement technique hétérogène, ce qui contredit encore les valorisations mal étayées des réductions de coûts vantées par Orange Belgium sur ces aspects. Ainsi, les parties adverses ne tiennent pas compte de l'augmentation d'OPEX causée par ce choix "qualitatif", non appréhendée par le critère prix

visant uniquement le prix des *use-case* eux-mêmes, et non leurs autres incidences économiques.

Outre que tous ces éléments économiques posent question quant à la viabilité même de l'offre d'Orange Belgium, que les parties adverses n'ont pas vérifiée (cinquième moyen), ils permettent également de démontrer l'inadéquation du critère "prix" retenu, en l'espèce, par les parties adverses, dès lors que ce critère ne leur a en rien permis d'évaluer et comparer les offres sur l'ensemble des éléments constitutifs du coût final de celle-ci pour les parties adverses.

Dès lors, l'irrégularité commise par les parties adverses dans la détermination de leur critère relatif aux prix est une irrégularité objective qui impacte les critères et vicie nécessairement la procédure en ce que, face à des critères différents, les offres auraient été différentes et nul ne peut dire quelle aurait été l'issue de la procédure.

La décision attaquée, qui se fonde sur un cahier spécial des charges violant les dispositions et principes invoqués au présent moyen, est donc elle-même irrégulière et le premier moyen est sérieux.

(c) Intérêt au moyen

31. La requérante conteste, par le présent moyen, la validité même de la procédure d'attribution, fondée sur des documents de marché établis en contradiction avec les normes applicables à celle-ci.

Dans la mesure où, au cas où le présent moyen serait considéré comme sérieux par Votre Conseil, il contraindrait les parties adverses à renoncer à la procédure de passation litigieuse et à relancer, le cas échéant, le même marché selon des conditions modifiées, la requérante retrouverait ainsi une chance de faire offre dans le cadre de ce nouveau marché et, subséquemment, de se voir attribuer celui-ci.

Il en résulte que la requérante a effectivement intérêt à son premier moyen. »

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

Il ressort de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 qu'est laissée aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée. Ainsi, les critères retenus doivent-ils viser à identifier l'offre « économiquement la plus avantageuse », sur la base du prix, du coût ou du meilleur rapport qualité/prix, selon ce qu'aura choisi le pouvoir adjudicateur conformément à ce que lui permet le paragraphe 2 de l'article 81. Il s'ensuit que ces critères doivent être liés à l'objet du marché. Ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis. Enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres. La liberté de choix laissée aux pouvoirs adjudicateurs implique que, statuant sur un moyen qui met en cause le choix et la définition d'un critère d'attribution, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, mais bien, le cas échéant, censurer l'erreur manifeste

d'appréciation que celui-ci aurait commise en choisissant et définissant le critère contesté. Ces principes s'appliquent de la même manière au choix de la méthode d'évaluation, qui relève également du pouvoir discrétionnaire d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur peut choisir d'évaluer les offres en comparant les prix sur la base d'un échantillon qui ne couvre pas la totalité de la gamme des prix, mais seulement les prix unitaires d'une sélection de produits. Le recours à cette méthode d'évaluation ne peut toutefois avoir pour effet que la sélection ne reflète pas l'objet du marché ni que le critère du prix soit sans lien avec l'objet du marché.

En l'espèce, l'évaluation du critère « prix » se fait sur la base de deux « *use cases* ». Cette méthode ressort clairement du Guide de soumission, conformément aux principes d'égalité et de non-discrimination ainsi que du principe de transparence.

Il incombe à la requérante, sur qui repose la charge de la preuve, de démontrer que les échantillons prévus pour les « *use cases* » ne seraient pas représentatifs et ne permettraient pas de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. À cette fin, la requérante expose que, selon les parties adverses, la valeur globale du marché est estimée, sur dix ans, à 1.837.200,00 euros, alors que les deux « *use cases* » servant de seule grille d'évaluation du prix du marché portent chacun, et pour les deux soumissionnaires en lice, sur des montants de 60.000 euros. Elle fait également valoir que le choix des « *use cases* » ne permet pas aux soumissionnaires d'étayer leur offre au regard de services particulièrement significatifs ou pertinents pour les parties adverses. Elle relève que le « *use case* » n° 1 porte sur la mise en place d'un service pour connecter des bâtiments, en tenant compte d'un scénario de déploiement informatique préexistant ou préfixe dans chacun des trois bâtiments à connecter. Elle souligne que, sous l'égide du marché IRISnet2, un tel service a été commandé en 2018 pour un montant de 18.000 euros, à comparer avec un chiffre d'affaires global pour la même année de 37 millions d'euros, ce qui montre le caractère anecdotique de cette prestation. Elle souligne également le caractère très spécifique du scénario présenté, qui ne permet pas de projeter ce que pourrait donner le prix du service en question dans le cadre d'un autre scénario. Elle estime qu'un raisonnement identique peut être appliqué au second « *use case* ».

Les parties adverses apportent, dans leur note d'observations, les explications suivantes :

- « Le casus a en effet été conçu par les équipes du CIRB, lesquels se sont basées sur une étude Gartner, de manière à comprendre un mixte réaliste et représentatif de la réalité entre les ressources humaines (profils), le matériel informatique et les logiciels informatiques.

De plus, concernant les profils, les casus ont été conçus pour impliquer les profils medior et senior (tel qu'il apparait dans la description des prestations), ce qui correspond à la réalité observée sur le terrain vu la technicité des demandes dont Irisnet a à traiter. Le casus n'oublie cependant pas les profils "juniors", mis en œuvre pour des prestations plus simples comme par exemple l'installation de matériel.

Le prix total pour le premier casus est la somme de 13 postes distincts. Le prix total pour le second casus est la somme de 16 postes distincts. Les casus mettent donc en œuvre une trentaine de prix du catalogue, choisis pour se répéter le plus fréquemment dans la pratique.

En outre, pour quelques prestations, les soumissionnaires ont proposé un "mix" de plusieurs profils de leurs catalogues, ce qui accroît encore l'échantillonnage. Par exemple, pour les prestations d'installation NAC et de test "medior", pour lesquelles 5 jours de travail sont prévus par le métré, Proximus a prévu de faire travailler deux profils distincts de son catalogue : un spécialiste en sécurité pendant 3 jours, ou 60 % du temps, et un installateur d'infrastructure pendant 2 jours, ou 40 % du temps. Le prix indiqué par Proximus – et dûment vérifié par les parties adverses (cf infra la réfutation du 5^{ème} moyen) – est donc une combinaison des tarifs journaliers de ces deux profils. Il en va de même pour les prestations d'état des lieux d'un site ("*site survey*"), pour lesquels Orange et Proximus ont tous les deux offert de réaliser cette prestation via un mix de plusieurs profils issus de leurs catalogues respectifs (cf. la comparaison des prix remis par les soumissionnaires pour les deux *use cases*, pièce 39) ».

Le premier « *use case* » vise l'installation des connections réseau dans trois nouveaux bâtiments de chacun 150 personnes. Le second « *use case* » porte sur la mise en place d'un système de contrôle d'accès à des bâtiments publics, comprenant la reconnaissance des plaques d'immatriculation, des badges d'accès aux entrées, des caméras de surveillance, etc. Il peut, *prima facie*, être considéré que ces « *use cases* » visent des hypothèses d'opérations qui relèvent bien de l'objet du marché de manière suffisamment directe et large, et qu'ils permettent aux soumissionnaires de faire ressortir dans quelle mesure une partie des prix de services repris à leur catalogue des profils et à leur catalogue pour le matériel et les logiciels seraient mobilisés. Il n'y a pas lieu d'avoir égard, au stade actuel de la procédure, à l'argument selon lequel les deux « *use cases* » ne seraient pas représentatifs des services principalement fournis par IRISnet au moyen des profils et des équipements dont le prix est proposé par les soumissionnaires, dès lors qu'ils ne portent ni l'un ni l'autre sur des prestations « TELCO » (services de télécommunications) mais bien sur des prestations de connectique et de sécurité, cet argument ayant été formulé pour la première fois à l'audience.

Selon les calculs des parties adverses, qui ne semblent pas contredits par le dossier administratif, treize postes au moins sont concernés par le premier « *use*

case » et seize postes au moins par le second « *use case* », sachant que les soumissionnaires ont parfois proposé un mixte entre certains postes, ce qui a encore augmenté le nombre de postes pris en compte pour apprécier le critère d'attribution « prix ». Par ailleurs, les parties adverses soulignent que les prestations reprises aux « *use cases* » sont constitutives de « missions types » appelées à se répéter régulièrement au cours de la période couverte par l'accord-cadre. Elles insistent également sur le fait que les postes concernés des catalogues sont aussi ceux qui sont de nature à être utilisés pour d'autres services que ceux spécifiquement visés par les « *use cases* ». Ces éléments d'explication permettent, *prima facie*, d'écarter l'allégation de la requérante selon laquelle les deux « *use cases* » portaient sur des prestations anecdotiques.

Il s'ensuit que ne peut être considérée comme sérieuse la critique selon laquelle le choix de la méthode d'évaluation du critère prix encouragerait des pratiques de spéculation. Au surplus, en se limitant à affirmer que « les parties adverses ne justifient pas que le choix des paramètres de ce scénario a été réalisé de manière purement objective et sans aucune inclination à favoriser, en particulier, l'opérateur en place, dont tous les prix actuels étaient connus des parties adverse », la requérante ne s'appuie que sur des conjectures.

Vainement la requérante souligne-t-elle que lors de la passation du marché « IRISnet2 », le critère d'attribution relatif au prix portait sur un *business plan* complet. La comparaison paraît dépourvue de pertinence. En effet, ledit marché avait pour objet, notamment, la création et la gestion opérationnelle d'une société mixte par l'intermédiaire de laquelle les services télécoms en question seraient fournis aux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires (cette société étant IRISnet). Le présent marché n'ayant pas pour objet la création et la gestion d'une société, la circonstance que l'appréciation du critère d'attribution relatif au prix ne se fondait pas sur un *business plan* n'est pas de nature à étayer la thèse de la requérante.

Enfin, la requérante critique la méthode d'évaluation du critère prix, en ce qu'un certain nombre d'éléments du prix des soumissionnaires ont, selon elle, été valorisés non au regard du critère prix mais de la qualité des offres, ce qui démontrerait l'inadéquation du critère prix tel qu'il a été retenu. Elle relève 11 éléments qui seraient, selon elle « de nature économique » et qui auraient donc dû être analysés dans le cadre du critère prix.

Les parties adverses répondent comme suit à cette critique :

« 31. Premièrement, il a été montré ci-dessus que le critère prix utilisé par les parties adverses est adéquat pour comparer les offres.

32. Deuxièmement, l'argumentation de Proximus opère une confusion entre (i) les tarifs des services d'Irisnet aux PAB (qui ne peuvent pas être évalués sous le critère prix mais pour lesquels les solutions demandées aux soumissionnaires pour faire baisser ces tarifs ressortissent bien à la qualité des offres) et (ii) les prix proposés par les soumissionnaires pour leurs prestations dans le cadre de l'exécution du marché tels que résultant des catalogues (lesquels sont bien évalués sous le critère "prix") (cf. supra).

33. Troisièmement, quand bien même ces éléments "de nature économique" emporteraient un "coût" pour Irisnet ou pour les PAB, l'article 81 § 2 de la loi laisse la liberté à l'adjudicateur de préférer le critère du prix à celui, plus large, du coût.

34. Quatrièmement, le critère qualité vise à évaluer la méthodologie proposée, sur la base des réponses fournies par les soumissionnaires aux 77 questions posées par les parties adverses.

Dans leurs réponses, les soumissionnaires ont expliqué quels avantages tirerait Irisnet du fait de devenir une filiale du groupe Orange ou du groupe Proximus, comme par exemple l'accès à toute une série de ressources, d'expertises, de know-how, de technologies, de méthodes de gestion de société, etc.

Certains de ces avantages pourraient probablement être chiffrés en euros. Ce n'est pas pour autant que la réglementation imposerait d'intégrer dans le calcul du "prix" tout engagement de portée économique.

On notera encore que, contrairement à ce qu'indique la requête, ces 11 éléments ne représentent aucun "prix" ni même aucun "coût" pour Irisnet et/ou les PAB (le flou sur ce point étant total aux § 30 et 57 de la requête). Il s'agit en réalité ni plus ni moins que de la description, tant de la part d'Orange que de Proximus, des moyens d'action, plans ou supports externes ou internes qu'ils proposent de mettre en œuvre au sein d'Irisnet si le marché leur était attribué. La circonstance que ces moyens d'action puissent notamment reposer sur des compétences, ressources ou avantages que les soumissionnaires s'engagent ou se portent fort de faire bénéficier à Irisnet (comme l'accès au know-how, aux process, à l'expertise comptable, aux outils du groupe pour évaluer la solvabilité des débiteurs, ...) n'énervé bien entendu en rien le fait que le pouvoir adjudicateur doive, conformément au cahier des charge, examiner ces éléments à l'aune de leur pertinence dans le cadre de l'examen qualitatif des offres, et assurément pas comme une composante du prix, auquel ils sont totalement étrangers. La question de savoir si ces éléments ont une "valeur économique" – ce qui paraît être le cas de tous les éléments d'un contrat – n'est donc nullement pertinente en l'espèce.

Ceci est brièvement démontré dans le tableau ci-dessous, bien qu'il soit impossible, dans le cadre d'un examen en extrême urgence, de revenir en détails sur les 11 (!) critiques distinctes formulées par Proximus au § 30 de sa requête :

Elément critiqué	Réponse
Question n°6 : l'offre d'Orange est valorisée en ce qu'elle s'engage « au niveau du recrutement sur payroll de la société IRISnet permettant de réduire les coûts, notamment de consultance »	<p>La question n°6 porte sur l'équipe que le soumissionnaire propose de mettre en place au sein de la société IRISnet et de sa propre organisation afin d'exécuter le marché.</p> <p>Dans son offre, Orange propose notamment à cet égard d'effectuer un renfort des ressources humaines pour pallier des coûts de consultance trop élevés (pièce 36, document 6, p. 15).</p> <p>Cet élément ne constitue nullement un prix ; il se contente de décrire une mesure proposée pour la saine gestion de la société IRISnet.</p>
Question n°11 : Orange est valorisée pour « la prise en charge à hauteur	La question n°11 porte sur la manière dont le soumissionnaire gèrera l'augmentation des usagers des services de la société

d'un budget défini dans l'offre du recrutement d'un vendeur spécialisé en cybersécurité »	<p>IRISnet.</p> <p>En vue de cette augmentation, Orange a notamment proposé dans son offre une série de mesures visant à renforcer les équipes commerciales en support et au sein d'Irisnet, notamment en engageant un vendeur spécialisé en cybersécurité (pièce 36, document 6, p. 43).</p> <p>Cette proposition constitue un élément de la méthode qu'Orange propose de mettre en place pour faire face à l'augmentation des PAB dans le marché Irisnet3. L'indication du budget prévu pour la prise en charge du vendeur spécialisé en cybersécurité ne constitue qu'une précision liée à la solution proposée et nullement un prix qui pourrait ou devrait être comparé avec les solutions distinctes proposées dans l'offre de Proximus.</p>
Question n°18 : Orange est valorisée pour avoir garanti « un support gratuit de la société IRISnet pour (la) gestion financière » du cercle vertueux décrit dans son offre	<p>La question n°18 porte sur la manière dont le soumissionnaire gèrera la fonction financière et supportera la fonction financière de la société IRISnet.</p> <p>Orange propose pour cela de mettre à disposition d'Irisnet une série de ressources dont elle dispose déjà (pièce 36, document 6, p. 46), tandis que Proximus propose notamment de faire profiter Irisnet de son Finance Shared Service Center à des conditions préférentielles (pièce 37, document 6, p. 27).</p> <p>Ni l'offre de Proximus, ni l'offre d'Orange ne contiennent une valorisation en euros des solutions techniques qu'ils proposent.</p>
Question n°22 : Orange est valorisée parce qu'elle s'engage à « partager avec la société IRISnet ses études de marché, sa connaissance métier pour l'implémentation et les business models et à participer aux opérations sous forme d'outsourcing total ou partiel selon la connaissance présente au sein de la société IRISnet »	<p>La question n°22 porte sur la manière dont le soumissionnaire propose de faire évoluer le réseau Irisnet et les technologies qu'il y déploierait, ainsi que sur la mise en place d'un sous-réseau sécurisé.</p> <p>Dans son offre, Orange expose les évolutions technologiques envisagées et indique que pour la mise en œuvre de toutes ces technologies, elle partagera ses ressources et connaissances existantes avec Irisnet (pièce 36, document 6, p. 58).</p> <p>Il s'agit à nouveau d'éléments qui sont uniquement présentés sous l'angle de la méthodologie envisagée pour l'exécution du marché et ne s'apparentent pas à un prix proposé. Ces éléments ont effectivement une valeur économique mais ce n'est pas cet aspect qui est évalué dans le cadre du critère qualité.</p>
Question n°23 : Orange est valorisée parce qu'elle fera « bénéficier la société IRISnet, directement et gratuitement, des outils développés en interne et proposera ses conditions préférentielles pour les outils externes »	<p>La question n°23 porte sur la manière dont le soumissionnaire [va] mettre à disposition de la société Irisnet ses outils de vérification de la solvabilité et la fiabilité des nouveaux fournisseurs.</p> <p>Orange propose notamment de faire bénéficier la société Irisnet directement et gratuitement des outils développés en interne et de la faire bénéficier des outils externes à ses conditions préférentielles (pièce 36, document 6, p. 60). Proximus, quant à elle, indique qu'elle ne peut pas donner accès aux outils mais qu'elle s'engage à partager les informations de ces outils sous certaines réserves (pièce 37, document 6, p. 36).</p> <p>Le rapport d'évaluation du critère qualité indique que l'offre d'Orange a été préférée à celle de Proximus sur cette question pour la certitude qu'elle fournit quant à l'accès aux outils et pour le suivi des résultats qu'elle propose (pièce 30, p. 57). Ce n'est pas l'aspect économique de cette proposition qui a été valorisé, mais le fait qu'elle présente davantage de garanties en vue de la bonne exécution du marché dès lors qu'Orange s'engage fermement à permettre l'accès aux outils.</p>
Question n°34 : Absence de modèle économique justifiant la proposition d'Orange de mettre toutes les compétences d'expertise décrites dans le rapport d'évaluation des offres à la disposition d'Irisnet	<p>La question n°34 porte sur les compétences dont le soumissionnaire fera bénéficier gratuitement la société Irisnet dans le domaine de l'architecture du réseau Irisnet.</p> <p>Conformément à cette question, Orange a décrit dans son offre les compétences relatives à l'architecture du réseau qu'elle s'engage à mettre gratuitement à disposition de la société Irisnet. Il ne lui était nullement demandé, dans ce cadre, de fournir un modèle économique justifiant ses engagements. L'objectif du critère</p>

	qualité n'est en effet que d'évaluer la pertinence et la plus-value des solutions proposées pour la bonne exécution du marché.
Question n°41 : Orange est valorisée pour avoir proposé « des tarifs permettant une diminution globale de la facture mobile des PAB de 25% en moyenne, avec une mise en œuvre immédiate dès l'accord du conseil d'administration de la société IRISnet »	<p>La question n°41 porte sur les adaptations de prix de mobilophonie qui seraient réalisables et la manière dont ces adaptations pourraient être mises en œuvre.</p> <p>L'offre d'Orange comme celle de Proximus décrivent la solution qu'ils proposent et la méthode proposée d'implémentation de cette solution (pièce 36, document 6, pp. 104-105 ; pièce 37, document 6, p. 63).</p> <p>Il s'agit à nouveau d'éléments qui ont un impact économique mais qui sont appréciés sous l'angle de leur plus-value pour l'exécution du marché et non de leur prix.</p>
Question n°45 : Reproche à Proximus d'avoir surtout mis l'accent sur l'aspect financier concernant les propositions en matière de sécurité technique	<p>La question n°45 porte sur la manière dont le soumissionnaire envisage de mettre en place un sous-réseau sécurisé.</p> <p>Dans son offre, Orange identifie une série de contraintes technologiques liées aux solutions proposées à cet égard (pièce 36, document 6, p. 115). Proximus, quant à lui, n'identifie aucune contrainte technologique à cet égard (pièce 37, document 6, p. 68).</p> <p>Le rapport d'évaluation du critère qualité ne reproche pas en soi à Proximus d'avoir identifié des contraintes financières (qui ne s'apparentent du reste pas du tout à un prix). Il indique que l'offre d'Orange a été préférée sur cette question parce qu'elle était plus réaliste et concrète quant aux limites technologiques à prendre en compte et aux solutions possibles, tandis que Proximus n'en identifiait aucune (pièce 30, p. 107).</p>
Question n°49 : le coût respectif des solutions proposées par les soumissionnaires n'est pas évalué	<p>La question n°49 porte sur la bibliothèque de référence sur la gestion de la sécurité de l'information que possède le soumissionnaire, et sur son utilisation par la société Irisnet et le transfert de connaissances vers celle-ci.</p> <p>Dans leur offre, concernant le partage de connaissances, Proximus se contente d'indiquer qu'il se fera de manière informelle lors des réunions et de manière plus formelle dans des bibliothèques sécurisées (pièce 37, document 6, p. 72). Orange propose sur ce point un panel de solutions plus larges et plus précis (pièce 36, document 6, p. 124).</p> <p>Le rapport d'évaluation du critère qualité conclut sur cette base que la plus-value des solutions proposées par Orange est supérieure à celle des solutions proposées par Proximus (pièce 30, p. 114). Il n'est nullement question de chiffrer l'avantage économique que représentent ces solutions, d'autant plus que celles-ci se basent essentiellement sur un partage des ressources existantes des soumissionnaires.</p>
Question n°63 : Orange Belgium est valorisée pour l'accès donné à une plateforme LMS sans que le coût soit précisé	<p>La question n°63 porte sur la manière dont le soumissionnaire sensibilisera les collaborateurs à la remontée des événements indésirables de sécurité et aidera les utilisateurs à comprendre les menaces et comportements qui mettent en danger l'organisation.</p> <p>Orange propose dans son offre de réaliser cette sensibilisation à la sécurité par le biais d'une plateforme LMS (pièce 36, document 6, p. 155).</p> <p>Dans le cadre du critère qualité, cet élément est apprécié du point de vue de la plus-value qu'il apporte à l'exécution du marché ; cette appréciation ne comporte aucun aspect relatif au prix des solutions proposées.</p>
Questions n°68 et 69 : Orange aurait introduit une rupture de continuité technologique dans son offre par rapport au cahier spécial des charges en proposant une solution <i>switch Fortinet</i> dans un environnement standardisé sur les produits Cisco. Il en résulterait que les coûts de cette solution seront nécessairement plus	Il est renvoyé sur cette question aux développements détaillés relatifs aux <i>switchs Fortinet</i> qui figurent dans le 5 ^{ème} moyen

Les considérations qui précèdent permettent de considérer, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle fait valoir que les éléments dont elle fait état auraient été irrégulièrement pris en compte à l'occasion de l'évaluation du critère de la qualité des offres. En particulier, ainsi que le soulignent les parties adverses, il paraît en résulter que les 11 éléments évoqués par la requérante constituent la description de moyens d'action, plans ou supports externes ou internes que les soumissionnaires proposent de mettre en œuvre au sein d'IRISnet si le marché leur était attribué. Il incombe au pouvoir adjudicateur d'examiner ces éléments à l'aune de leur pertinence dans le cadre de l'examen qualitatif des offres, la circonstance que ces éléments présentent une valeur économique s'avérant indifférente à cet égard. L'argumentation de la requérante semble procéder d'une confusion entre les prix proposés par les soumissionnaires dans le cadre de leur offre pour l'exécution de l'accord-cadre et les tarifs appliqués par IRISnet aux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires (ci-après : PAB). Il ne paraît pas pouvoir être reproché aux parties adverses d'avoir évalué sous le critère « qualité » la pertinence et le réalisme des propositions de chaque soumissionnaire pour répondre à la volonté du pouvoir adjudicateur de diminuer d'au moins 10% les tarifs des services aux PAB. Il s'agit en effet d'apprécier la qualité des services proposés par les soumissionnaires dans le cadre de leur mission de gestion opérationnelle de la société IRISnet. Il est renvoyé pour le surplus à l'examen du caractère sérieux du cinquième moyen.

Enfin, quant au grief relatif au choix, par l'intervenante, de *switchs* Fortinet, il est également renvoyé à l'examen du cinquième moyen, duquel il ressort que la critique en cause n'est pas sérieuse.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

Le deuxième moyen est pris « de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, 4, 5 et 52 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes généraux de droit administratif, en ce compris les principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence, de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation »,

en ce que « les parties adverses n'ont pris aucune mesure appropriée afin de neutraliser l'avantage objectif dont bénéficiait Orange Belgium en sa qualité d'attributaire du marché IRISnet2 (et titulaire du catalogue des services qui devront être fournis dans le cadre du présent marché IRISnet3) et ont même refusé de procurer à la partie requérante des informations essentielles pour pouvoir déposer une offre dans le respect des principes d'égalité et de transparence »,

alors que, « en vertu des dispositions et principes visés au moyen, un adjudicateur doit veiller à ne pas organiser les conditions d'une distorsion de concurrence entre soumissionnaires et doit prendre des mesures appropriées en vue d'éviter une discrimination, notamment “communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation” »,

et alors que, « à supposer même qu'une mesure appropriée n'était pas possible, les parties adverses devaient exclure Orange Belgium de la procédure ».

Après avoir reproduit les articles 52, 4 et 5, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, la requérante expose ce qui suit :

« Il en résulte que lorsqu'un soumissionnaire bénéficie d'un avantage concurrentiel, parce qu'il a donné son avis au pouvoir adjudicateur ou qu'il a participé à la préparation du marché, l'adjudicateur doit prendre des mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée, étant précisé que: “Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation”. Il convient, par ailleurs, de prendre de telles mesures dans des délais permettant aux concurrents désavantagés d'en bénéficier effectivement en vue de la préparation de leurs offres dans des conditions respectueuses du principe d'égalité.

En outre, si l'article 52 de la Loi Marchés Publics 2016 ne vise pas expressément l'hypothèse de la participation d'un opérateur économique à deux marchés juridiquement distincts successifs, la jurisprudence a déjà considéré que les principes prédécrits, aujourd'hui consacrés par cette disposition, devaient également trouver à s'appliquer si lesdits marchés successifs présentaient un lien suffisamment étroit et que ledit opérateur a tiré, de sa participation au premier marché, un avantage susceptible de fausser la concurrence pour la passation du second . Et Votre Conseil a déjà considéré que tel sera normalement le cas si le soumissionnaire a dû intégrer dans son offre, en vue de l'attribution d'un nouveau marché, même partiellement, les résultats d'un marché antérieur conclu avec l'adjudicateur.

En l'occurrence, l'attributaire du présent marché doit succéder à Orange Belgium, qui a exécuté le marché IRISnet2, et fournir les services qui étaient proposés dans le cadre de l'exécution de IRISnet2.Plus particulièrement en ce qui concerne le

catalogue des services devant être offerts pour la durée de l'accord-cadre, le guide de soumission expose, pour rappel, ce qui suit (p. 15):

“ Le catalogue de services inclut tous les services de connectivité et les services déjà fournis sous le précédent marché IRISnet2 et qui sont énumérés à l'annexe '2021016-B-Liste des services' du Volume B du Guide de Soumission.

Au moment de la rédaction du Guide de Soumission, il existe des services identifiés ou identifiables, mais qui ne figurent pas encore dans le catalogue des services à disposition des Pouvoirs Adjudicateurs Bénéficiaires mais qui pourraient éventuellement y figurer avant l'attribution du Marché. Dans cette éventualité, le prix de ces services aura été défini selon les processus de gouvernance de la Société IRISnet à ce sujet. Une description générale de ces services est disponible à l'annexe '2021016-B- Services futurs potentiels' du Volume B du Guide de Soumission. Le cas échéant, ces services peuvent faire l'objet d'une clause de réexamen comme énoncé en ANNEXE 1 (DISPOSITIONS CONTRACTUELLES) du Volume A du Guide de soumission.

Comme énoncé en clause de réexamen (modification du Marché) reprise dans le projet de Convention en ANNEXE 1 (DISPOSITIONS CONTRACTUELLES) du Volume A du Guide de soumission, les nouveaux services identifiés seront intégrés par le CIRB dans le catalogue de services accessibles aux Pouvoirs Adjudicateurs Bénéficiaires. Le catalogue de services sera directement accessible aux Pouvoirs Adjudicateurs Bénéficiaires à travers la centrale d'achat. Les Commandes seront directement adressées par les PAB à la Société IRISnet”.

Il en ressort que l'attributaire du (présent) marché IRISnet3 devra fournir tous les services fournis (par Orange Belgium) en exécution du marché IRISnet2.

A l'évidence, Orange Belgium – qui a, en outre, participé à la préparation du présent marché, eu égard à l'apparition récurrente de son logo et de ses schémas dans le catalogue des services futurs joints aux documents du marché (voir supra et Pièce n°5F) – bénéficie d'un avantage concurrentiel significatif puisque c'est son catalogue de services qui devra être repris et exécuté par l'attributaire du marché IRISnet3.

34. A l'issue de la clôture de la *Data Room* physique, la partie requérante a adressé un courriel le 30 novembre 2021 en vue de recenser les informations qu'elle n'avait pas ou partiellement trouvées. Il est rédigé de la manière suivante (Pièce n°7):

“ Les informations que nous n'avons pas ou partiellement retrouvées, entre autre, incluent:

- Les informations détaillées sur le degré de respect des SLA envers les PAB's

- Les informations détaillées sur les degrés de respect et les détails des différents indicateurs de performance des SLA de la part des fournisseurs, y compris l'adjudicataire IRISnet 2

- Le statut des contrats fournisseurs en cours de négociation

- Les contrats clients (individuel), surtout en ce compris l'information sur leur date d'expiration avec les éventuelles informations/conditions complémentaires aux conditions du marché public IRISnet2, aux clauses du mandat du marché IRISnet2 conférés par les Pouvoirs bénéficiaires à la Région et aux conditions générales d'IRISnet qui régissent les engagements avec les PAB.

- Il n'y avait pas d'information sur des litiges potentiels, autre que le litige concernant *Fiberwork*” [...].

Aucune suite n'a été réservée à ce courriel.

Pourtant, de par sa situation privilégiée, Orange Belgium détenait de nombreuses informations inconnues des autres opérateurs économiques concurrents dans la procédure, et en particulier de la partie requérante.

Il s'agit notamment des informations relatives (i) aux contrats de fournitures liant IRISnet ou en cours de négociation, (ii) aux prix garantis par Orange Belgium pour certains de ses services (au vu de l'équilibre économique du marché IRISnet2), (iii) aux coûts d'exploitation d'IRISnet et (iv) à l'exécution du marché public "IRISnet2", des contrats de fournitures et aux éventuels manquements.

Or, ces informations étaient cruciales à l'élaboration de l'offre des soumissionnaires. En effet, dès lors que l'adjudicataire du marché public litigieux doit assurer la continuité des services offerts par Orange Belgium, ces informations ont un caractère déterminant sur le déroulement du marché public litigieux et, partant, sur la définition de l'équilibre économique de l'offre. Par exemple, ces informations auraient été utiles pour déterminer la dépendance de la société IRISnet par rapport à d'autres fournisseurs, les prix demandés pour les services offerts dans le catalogue de l'adjudicataire du marché "IRISnet 2" et les éventuelles pénalités pour non-exécution qu'il sera tenu de supporter.

Les extraits des questions et réponses qui suivent témoignent à suffisance de l'importance de ces informations dans le cadre de l'exécution du marché public litigieux (Pièce n°6):

- Question n°12: "A la question numéro 6: Pouvez-vous confirmer que les services existants (y compris les potentiels nouveaux services) n'impliqueront pas d'engagements de l'adjudicataire d'IRISnet 2 au-delà de 6 mois après l'attribution du contrat tel que prévu pour IRISnet 3 à l'article 4 'La durée de la Convention est étendue à 6 mois après la fin de la durée du Marché, le cas échéant prolongé, pour les prestations de fin du Marché visées à l'article 11.2.'. La réponse apportée fait référence aux conditions de fin de contrat IRISnet 3: 'L'article 4 de l'annexe 1 du Volume A du Guide de Soumission auquel il est fait référence concerne la Convention entre l'Adjudicataire du Marché IRISnet 3 et les Pouvoirs adjudicateurs. Ce point ne concerne pas les engagements de l'adjudicataire du marché IRISnet2 mais les engagements de l'Adjudicataire du Marché IRISnet 3.' Pouvez-vous préciser les conditions applicables pour l'engagement l'adjudicataire et des fournisseurs de IRISnet 2 au delà de la date de fin de contrat IRISnet 2 qui auront un impact pour le démarrage de IRISnet 3";

Réponse: "La Société IRISnet a conclu ou est en train de conclure des contrats avec l'ensemble de ses fournisseurs (y compris l'adjudicataire du marché IRISnet2 en tant que fournisseur de la Société IRISnet). Les conditions sont telles qu'elles garantissent une continuité de services aux clients de la Société IRISnet au-delà de la date de fin du marché IRISnet2, tout en permettant au nouvel adjudicataire de pouvoir impulser les changements éventuels nécessaires en matière d'évolution de services" [...].

- Question n°28: "Pouvez-vous confirmer que les pénalités qui seraient dues par les fournisseurs qui ne sont pas des sous-traitants de l'adjudicataire mais qui sont fournisseurs d'IRISnet en direct, pourront être déduites des pénalités dues par l'adjudicataire et imputées directement aux fournisseurs concernés ?";

Réponse: "Dans son rôle de gestionnaire opérationnel, l'Adjudicataire du Marché IRISnet3 est responsable de la gestion des fournisseurs de la Société IRISnet et de la définition des relations entre la Société IRISnet et ses fournisseurs dans le cadre de la gouvernance de la Société IRISnet. Dans son rôle de gestionnaire opérationnel, l'adjudicataire du Marché IRISnet3 est redevable des pénalités définies dans le Marché" [...].

- Question n°34: "La réponse à la Question 12 ne nous permet pas de déterminer avec un minimum de clarté, quand l'adjudicataire peut escompter substituer ses propres services à ceux de l'adjudicataire actuel. Par conséquent, comment, dans ces conditions incertaines, le Soumissionnaire est-il susceptible d'évaluer l'équilibre économique de son offre ? Les coûts, liés

notamment à la gestion opérationnelle de la société (qui ne peut pas, selon les documents de marchés, être facturée en tant que tel) et aux responsabilités solidaires, doivent être mis en équilibre avec des volumes d'affaire raisonnablement anticipables. Pouvez-vous expliquer comment vous prévoyez cette substitution ?”;

Réponse: “La période de Prise de connaissance est destinée entre-autre à permettre à l'Adjudicataire de prendre connaissance de manière détaillée des conditions (économiques, opérationnelles, contractuelles, ...) de fourniture des services à la Société IRISnet par les fournisseurs de la société IRISnet. Dans son rôle de gestionnaire opérationnel de la Société IRISnet, l'Adjudicataire du Marché IRISnet3 peut à tout moment proposer des modifications aux services (changement de fournisseur par exemple) du catalogue de services mis à disposition des PAB, à condition de respecter les conditions du Marché, les procédures relatives aux clauses de réexamen et la gouvernance de la Société IRISnet”.

- Question n°36: “Au regard du point 12.7.2.1.2 Indication des prix, §3, comment justifier d'imposer au futur adjudicataire de s'en tenir au prix «□zéro□» actuellement appliqué par l'adjudicataire en place, sans permettre la moindre vérification en termes de structure de coûts et de normalité du prix ainsi imposé dans son chef ?”;

Réponse: “Les prix de vente aux PAB, actuellement appliqués par la Société IRISnet pour les services du catalogue de services à disposition des PAB sont les prix du marché IRISnet2, validés par le conseil d'administration de la Société et pratiqués par la Société IRISnet envers ces mêmes PAB du marché IRISnet2. La Société IRISnet génère des bénéfices depuis plusieurs années. Les informations relatives aux marges par groupe de services étaient accessibles dans la *data room*. Dans le cadre du marché IRISnet3, les prix maxima doivent être respectés pour les services tels que décrits dans le As-Is”.

- Question n°39: “En vue d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires, pouvez-vous nous confirmer que les services typiques à Orange ne devront pas être repris dans le nouveau catalogue d'IRISnet 3 au-delà de la période de grâce. Les services visés comprennent de manière non exhaustive, les exemples suivants: • ‘National Unlim. Intense & Traveller’ • National Unlimited Basic • National Unlimited Plus • Et tous les autres services dont la dénomination se réfère à ‘Orange’.”;

Réponse: “Dans le cadre du Marché IRISnet3: - l'évolution du catalogue de services à disposition des PAB n'est pas associée à la période de grâce. - en référence au point B.6.2.1. ‘Garantir la continuité du service’ du Volume B du Guide de Soumission, le rôle de gestionnaire du catalogue de services inclut pour l'Adjudicataire du Marché IRISnet3 les obligations afin de garantir la continuité des services. - dans son rôle de gestionnaire du catalogue de services à disposition des PAB, et en référence au point B.6.2.3. ‘Evolution des services inclus dans le catalogue de services As Is’ du Volume B du Guide de Soumission, l'adjudicataire du marché IRISnet3 fera évoluer ces services dans le respect des processus décrits dans le Volume A du Guide de Soumission, et dans le respect de la gouvernance de la Société IRISnet” [...].

Comme indiqué ci-avant, ces informations n'étaient pourtant pas, ou partiellement, disponibles pour la partie requérante. Cette dernière n'a pas manqué de souligner leur absence dans les *Data rooms* virtuelle et physique ainsi que leur importance pour l'élaboration de son offre notamment par des courriels des 16 et 17 novembre 2021 (envoyés durant la semaine d'ouverture de la *Data room* physique). Ces courriels portaient ce qui suit:

“ En vue de préparer les informations à investiguer dans la *Data Room*, nous avons posé la question de savoir si nous pourrions disposer des détails relatifs à la ventilation du chiffre d'affaires, des charges d'exploitation, des marges brutes par service, catégorie de services et clients (i.e. UC packs, UCC services and infrastructure, terminaux UCC, Voice, WLAN, LAN, IoT, projets régionaux, etc.) pour IRISnet, ceci faisant partie de la comptabilité analytique ainsi que l'ensemble des détails de cette comptabilité.

Votre réponse:

Dans la *dataroom*, une vision de la comptabilité analytique (sous forme de rapport) sera disponible avec une vision par groupe de services reprenant le chiffre d'affaires, les charges d'exploitation directes (hors frais de personnel qui ne sont actuellement pas ventilés par service) et la marge brute contributive. Ce rapport est le document qui est mis trimestriellement à disposition du Conseil d'Administration. La *dataroom* comprendra également une note explicative des données présentées dans le rapport.

Au regard des éléments retrouvés au cours de ce lundi 15 novembre, nous avons eu accès, aux comptes de résultat analytiques pour les années 2019, 2020 et 2021 jusqu'au mois de juin (3.5.6 - Annexe 1 & 2). Ces derniers comprennent notamment

(i) le chiffre d'affaires global d'IRISnet, par groupe de services (i.e. User, Sites, projet régionaux) et par niveau de récurrence (i.e. récurrents, non-récurrents);

(ii) les charges d'exploitations directes par groupe de service, et par conséquent les marges brutes par groupe de services;

(iii) les charges d'exploitations indirectes (i.e. "OPEX") non-ventilées par groupe de services. Nous avons également eu accès à une ventilation du chiffre d'affaires 2018 par client et par sous-groupe de services (16.9 - Annexe 3.31 - CA 2018).

Il est fondamental d'obtenir une vue plus complète et détaillée de ces rapports pour au moins ces 3 dernières années dont les comptes ont tous été validés et déposés à la Banque Nationale de Belgique, spécifiquement:

(i) Une vue plus granulaire des charges d'exploitations directes et indirectes et une ventilation des charges d'exploitations par fournisseur,

(ii) une vue plus détaillée des chiffres d'affaires et marges brutes par sous-groupe de services au moins (i.e. data, UC, Voice, Consultancy, etc.),

(iii) (une ventilation des chiffres d'affaires 2019, 2020 et 2021 jusqu'au mois de juin, par client et sous-groupe de service (similaire au document 16.9 - Annexe 3.31 pour les 3 dernières années).

Pouvez-vous nous confirmer que vous pourrez procéder à l'extraction de ces données de vos systèmes comptables pour donner une vue complète des informations d'exploitation avant la fin de cette semaine et si ce n'est plus possible cette semaine, de nous donner accès pour deux journées complémentaires à la *Data Room* avant fin novembre 2021 afin que nous puissions consulter ces données très importantes sans impacter le planning du RFP.

Nous considérons clairement que les éléments présentés en ce 1er jour dans la *Data Room* dans le cadre du marché IRISnet 3 ne contiennent pas les informations nécessaires en vue d'assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires, l'adjudicataire actuellement en charge ayant déjà connaissance de ces éléments.

1. Nous exprimons la demande d'obtenir une vue sur l'ensemble des flux financiers entre IRISnet et l'ensemble de ses fournisseurs y compris ceux relatifs au paiement des *Managements Fees* et des dividendes.

2. Nous sollicitons l'accès aux conventions contractuelles (et pas uniquement aux conditions générales comme c'était le cas en ce 1er jour) pour l'ensemble des pouvoirs bénéficiaires d'IRISnet 2. Merci de confirmer quand ces contrats seront rendus accessibles dans la *Data Room* en cette semaine du 15 novembre 2021" [...] [...].

" Nous avons demandé de pouvoir disposer d'une copie des contrats passés avec tous les fournisseurs afin de comprendre les dépendances contractuelles d'IRISnet et les obligations qui en découlent.

A la clôture des deux premières journées de la *Data Room*, nous avons bien trouvé le document 8.2.2 - Contrats Fournisseurs, qui constitue un tableau récapitulatif de 92 lignes avec quelques colonnes; mais une partie importante de ces contrats mentionnés n'a pas pu être trouvée. En effet, les seuls contrats fournisseurs qui ont pu être retrouvés portent sur des aspects très secondaires vis-à-vis du cœur d'activités repris au RFP IRISnet, à savoir les services (HR -

IT – Telco – Réseau), Software ou Hardware délivrés à la société IRISnet. De plus, nous voyons également que certains contrats fournisseurs sont en cours de négociation /finalisation (pièce 16.2) qu’il nous serait très important et utile de connaître. En vue d’assurer l’égalité entre les soumissionnaires, pouvez-vous nous confirmer que ces informations seront ajoutées à la *Data Room* ?” [...] [...].

Par ailleurs, les parties adverses ont annoncé que de nombreux documents sollicités par la partie requérante au travers de questions posées sur le forum seraient disponibles dans la *Dataroom* physique au plus tard le dernier jour de son ouverture (le 19 novembre 2021) (Pièce n°6) mais, outre que ces compléments de dernière minute plaçaient déjà la partie requérante dans une situation particulièrement inconfortable, dès lors qu’elle ne disposait que de quelques heures pour les consulter, elle dut encore constater, comme indiqué ci-dessus (Pièce n° 7), que ces éléments ne répondaient pas du tout à l’ensemble de ses demandes de transparence.

35. Il ressort manifestement de ce qui précède que de nombreuses informations nécessaires pour définir l’équilibre économique de l’offre des soumissionnaires dans le cadre du marché litigieux étaient connues d’Orange Belgium et non disponibles pour la partie requérante.

Alors qu’elles en avaient le devoir, les parties adverses n’ont pris aucune mesure en vue d’éviter une distorsion de concurrence liée à la participation au marché d’Orange Belgium. En particulier, elles n’ont pas communiqué à la partie requérante des informations essentielles qui auraient rétabli l’égalité des armes entre soumissionnaires, et lui auraient permis de déposer une offre compétitive. Elles n’ont pas non plus exclu Orange Belgium de la procédure, ce qui serait inéluctable si une mesure moins attentatoire ne pouvait être adoptée.

A l’inverse, les parties adverses ont attribué le présent marché à Orange Belgium sans chercher à aucun moment – et pas même par le recours aux négociations qu’elles avaient elles-mêmes initialement prévues et auxquelles elles ont finalement renoncé (voir troisième moyen ci-dessous) – à neutraliser l’avantage concurrentiel qu’à l’évidence cet opérateur détenait sur la partie requérante. Par conséquent, la partie requérante n’a pas été mise en mesure de déposer une offre concurrentielle en connaissance de cause, et dans le respect des principes d’égalité et de transparence. Il en résulte que la partie requérante a été victime d’une discrimination inadmissible.

36. Les règles et principes visés au moyen ont été méconnus et le moyen est sérieux.

(c)Intérêt au moyen

37. La requérante conteste, par le présent moyen, la validité même de la procédure d’attribution, organisée et menée par les parties adverses d’une manière mettant irrémédiablement à mal les dispositions et principes visés ci-dessus.

Dans la mesure où, au cas où le présent moyen serait considéré comme sérieux par Votre Conseil, il contraindrait les parties adverses à renoncer à revoir foncièrement la procédure de manière à rétablir – si tant est que cela soit (encore) possible – l’égalité de traitement entre l’adjudicataire sortant et les autres opérateurs économiques, la requérante retrouverait ainsi une chance de faire offre dans des conditions substantiellement modifiées et, subséquemment, de se voir attribuer celui-ci.

Il en résulte que la requérante a effectivement intérêt à son premier moyen. »

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

La requérante soutient que les pouvoirs adjudicateurs n'ont pris aucune mesure appropriée afin de neutraliser l'avantage objectif dont bénéficiait l'intervenante, et qu'ils ont refusé de lui procurer des informations essentielles pour pouvoir déposer une offre dans le respect des principes d'égalité et de transparence.

Dans sa demande de suspension, elle indique qu'il s'agit des informations relatives aux contrats de fournitures liant IRISnet ou en cours de négociation, aux prix garantis par Orange pour certains de ses services, aux coûts d'exploitation d'IRISnet, ainsi qu'à l'exécution du marché public « IRISnet2 », aux contrats de fournitures et aux éventuels manquements.

L'article 52, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme suit :

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

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

Par "entreprise liée" au sens du présent article, on entend soit toute entreprise sur laquelle une personne visée à l'alinéa 1^{er} peut exercer directement ou indirectement une influence dominante, soit toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur cette personne ou qui, comme celle-ci, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

Aux fins de l'alinéa 3, l'"influence dominante" est présumée dans les cas visés à l'article 2, 2^o.

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

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

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

Si l'article 52 précité ne s'applique pas aux marchés successifs distincts où l'un des soumissionnaires a la qualité d'adjudicataire du précédent marché, il

n'en demeure pas moins que les principes d'égalité et de non-discrimination, ainsi que de transparence requièrent que lorsqu'un des soumissionnaires a retiré de sa participation à un précédent marché un avantage de nature à fausser les conditions normales du jeu de la concurrence dans l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur doit mettre en œuvre des mesures appropriées afin de neutraliser ce risque. À cette fin, l'article 52 comporte des lignes de conduite dont le respect est de nature à apprécier dans quelle mesure le pouvoir adjudicateur a bien respecté les principes précités. Il convient de relever que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires n'exige pas de contraindre le pouvoir adjudicateur à neutraliser de façon absolue l'ensemble des avantages dont bénéficie le soumissionnaire en cause, la neutralisation devant être effectuée dans la mesure où elle est techniquement facile à réaliser, lorsqu'elle est économiquement acceptable et lorsqu'elle ne viole pas les droits du contractant en place ou dudit soumissionnaire.

Sur le premier grief

Il convient d'abord de relever que les soumissionnaires ont pu disposer, sur un pied d'égalité, de nombreuses informations dans le Guide de soumission, dont le volume B explique en détail le fonctionnement de la société IRISnet de même que les évolutions attendues dans le cadre du marché en cause. Ce document comporte de nombreuses annexes. Les parties adverses soulignent que celles-ci fournissent aux soumissionnaires, entre autres :

- « - De nombreux détails quant à la gestion opérationnelle de la société IRISnet qui illustrent, détaillent ou complètent le Guide de soumission (pièce 14.2).
- La liste détaillée (plusieurs centaines de page avec tous les détails possibles) des services prestés par IRISnet au bénéfice des PAB, avec une description de ces services, les prix pratiqués et les niveaux de services exigés (pièce 14.5, documents 1, 2, 3 et 4).
Une volumétrie précise de tous les services actuellement fournis aux PAB (nombre de bénéficiaires distincts par service, volumes, etc.) est également jointe en annexe au Guide de soumission (pièce 14.5, document 5, à partir de la p. 273 à 311 du document PDF)
- Outre les services existants qui sont ainsi décrits sur 311 pages, les parties adverses ont imposé à IRISnet de produire une description détaillée des services futurs potentiels (pièce 14.1, 2ème document). Ces services n'étaient donc pas fournis au moment du lancement du marché (et ne le sont toujours pas à l'heure actuelle). Précisément afin de mettre le plus possible tous les soumissionnaires sur pied d'égalité, il s'agit d'une description détaillée sur 90 pages de "tout ce qui est dans le pipeline".
Cette liste de projets a été communiquée précisément pour des motifs de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires, afin que chacun soit parfaitement au courant des potentielles évolutions envisagées.
En outre, depuis le lancement du marché, le conseil d'administration de la société IRISnet (dans lequel les pouvoirs publics sont majoritaires) a gelé le lancement de ces nouveaux services, précisément pour que ce soit le nouvel adjudicataire, et non l'adjudicataire sortant, qui soit directement à la manœuvre pour le lancement de ces nouveaux services.
- Une liste des projets transversaux et internes est également annexée (pièce 14.2, document 7). Ces éléments éclairent les soumissionnaires quant aux projets qui pourraient intéresser IRISnet et les PAB à court et moyen terme.
- Une description des processus de support de services qui se décline en différents axes : les principaux flux business, l'approche de la gestion de projet, le descriptif du paysage applicatif de la société IRISnet, du service desk, de la culture RH, etc. (pièce 14.2, documents 12 à 19)
- Les comptes annuels et rapports de réviseurs de la société IRISnet sont évidemment produits (pièce 14.3) ;
- La cartographie du réseau de fibre IRISnet (pièce 14.3).
- etc. »

En outre, une *data room* a été rendue accessible du 15 au 19 novembre 2021 dans les locaux du CIRB, à l'occasion de laquelle les soumissionnaires ont été en mesure de consulter de nombreuses informations confidentielles.

La requérante a demandé, en date des 16 et 17 novembre 2021, l'accès à une série d'informations complémentaires. La réponse suivante a été publiée :

- « 1. Nous avons mis jusqu'ici dans la *dataroom* toutes les informations comptables et financières telles que mises à disposition du Conseil d'Administration de la Société IRISnet et qui sont suffisantes et permettent aux soumissionnaires de répondre au guide de soumission en tant qu'actionnaire de la Société IRISnet, gestionnaire opérationnelle de celle-ci et gestionnaire de son catalogue de services. Nous allons maintenant mettre à votre disposition toutes les informations détaillées telles que disponibles actuellement dans le système de comptabilité analytique de la Société IRISnet, entre autres:
- la comptabilité analytique par service qui ne reprend que les charges directes (les frais de personnel sont exclus car à ce stade, elles n'ont jamais été ventilées sur les différents services dans la comptabilité) pour les années 2018, 2019 et 2020;
 - concernant les charges d'exploitation indirectes, une répartition par catégorie (e.g. infrastructures IT & softwares internes, backbone ou loyer & charges locatives) sera transmise. Ces informations n'existent de façon détaillée que pour l'année 2020. Nous ne sommes donc pas en mesure de mettre à votre disposition des chiffres pour les années 2018 et 2019;
 - le chiffre d'affaires facturé par fournisseur pour les années 2018, 2019 et 2020 ;
 - la ventilation des chiffres d'affaires comptables par client et par sous-groupe de services pour les années 2018, 2019 et 2020.
- Remarque: l'année 2021 étant en cours et aucun chiffre n'ayant encore été validé, nous ne trouvons pas opportun d'intégrer cette année-là étant donné que les données ne sont pas complètes.
- Ces données seront accessibles dans la *Dataroom* au plus tard ce vendredi 19 novembre 2021 à l'ouverture de la *Dataroom*.
2. Le chiffre d'affaires facturé par fournisseur et les éventuelles commissions payées à IRISnet par chaque fournisseur seront également accessibles dans la *Dataroom* au plus tard ce vendredi 19 novembre 2021 à l'ouverture de la *Dataroom*. Il en est de même pour les montants annuels de *management fees* payés à l'adjudicataire du marché IRISnet2 et des éventuels dividendes payés aux actionnaires de la société IRISnet.
3. Il n'y a pas d'autres conventions contractuelles entre les pouvoirs bénéficiaires d'IRISnet2 et la société IRISnet que les conditions du marché public IRISnet2, les clauses du mandat du marché IRISnet2 conféré par les Pouvoirs bénéficiaires à la Région (voir 8.2.1) et les conditions générales d'IRISnet (voir 8.2.4). »

- « Tous les contrats conclus entre la Société IRISnet et ses fournisseurs à ce jour sont accessibles dans la *Dataroom*. Les autres contrats sont toujours en cours de discussion, sur base d'un contrat-cadre type dont la copie sera accessible dans la *Dataroom* au plus tard ce vendredi 19 novembre 2021 à l'ouverture de la *Dataroom*. »

Les soumissionnaires disposaient encore de la possibilité de soumettre des questions complémentaires jusqu'à vingt jours avant la réception des offres.

Le 22 novembre, la requérante écrit ce qui suit au CIRB :

- « A défaut de vous l'avoir transmis formellement ce vendredi soir, nous vous confirmons que nous avons pris connaissance des informations complémentaires mises à notre disposition dans la *Data Room* ces 18 et 19 Novembre et qu'il n'est pas nécessaire de prévoir des journées complémentaires pour l'accès à votre *Data Room*.
Nous vous remercions encore pour votre flexibilité. »

À l'issue de la *data room* physique, la requérante a adressé, le 30 novembre 2021, un courriel destiné à recenser les informations qu'elle n'avait pas ou partiellement retrouvées. Ce courriel est rédigé notamment comme suit :

« [...] Les informations que nous n'avons pas ou partiellement retrouvées, entre-autre, incluent :

- Les informations détaillées sur le degré de respect des SLA envers les PAB's
- Les informations détaillées sur les degrés de respect et les détails des différents indicateurs de performance des SLA de la part des fournisseurs, y compris l'adjudicataire IRISnet 2
- Le statut des contrats fournisseurs en cours de négociation
- Les contrats clients (individuel), surtout en ce compris l'information sur leur date d'expiration avec les éventuelles informations/conditions complémentaires aux conditions du marché public IRISnet2, aux clauses du mandat du marché IRISnet2 conférés par les Pouvoirs bénéficiaires à la Région et aux conditions générales d'IRISnet qui régissent les engagements avec les PAB.
- Il n'y avait pas d'information sur des litiges potentiels, autre que le litige concernant *Fiberwork*.

Nous vous remercions sincèrement de nous avoir donné accès à cette *Data Room* mais également d'avoir mis à disposition des informations supplémentaires pour les deux derniers jours d'ouverture de la *data room* suite à notre demande introduite en urgence ».

Dans la note d'observations, au point 49, les parties adverses exposent ce qui suit à propos des éléments mentionnés par la requérante dans son courriel du 30 novembre :

« a) En ce qui concerne “[l]es informations détaillées sur le degré de respect des SLA envers les PAB” et “[l]es informations détaillées sur les degrés de respect et les détails des différents indicateurs de performance des SLA de la part des fournisseurs, y compris l'adjudicataire”.

Ces informations se trouvaient dans la *data room*.

Il a ainsi été fourni :

- Des informations concernant les SLA appliqués dans le cadre du marché IRISnet 2 et des informations relatives aux SLA de performance des services délivrés par les fournisseurs, qui donnent une vue globale du degré de respect des SLA par service (rubrique 1.1.5).
- Un relevé des pénalités payées par l'adjudicataire dans le cadre du marché IRISnet 2 pendant les cinq dernières années (rubrique 14.2.4), ainsi qu'un relevé détaillé des incidents enregistrés au cours des trois dernières années (rubrique 14.2.2).
- Un rapport détaillé (148 pages + annexes) d'état d'exécution du marché IRISnet 2 (rubrique 16.9).

b) En ce qui concerne “[l]e statut des contrats fournisseurs en cours de négociation”.

Toutes les informations disponibles ont été communiquées. Ainsi :

- Une liste de tous les contrats conclus entre IRISnet et ses fournisseurs a été annexée au Guide de soumission, avec systématiquement des informations concernant le cas échéant la date d'expiration du contrat ;

- La rubrique 8.2.2. de la *data room* contient également l'ensemble des informations disponibles concernant les contrats conclus avec les fournisseurs d'IRISnet (59 documents, y compris les contrats et annexes aux contrats conclus avec les fournisseurs) ;
- En réponse à la question de Proximus à propos des contrats conclus avec les fournisseurs, il a été répondu : « Tous les contrats conclus entre la Société IRISnet et ses fournisseurs à ce jour sont accessibles dans la *Dataroom*. Les autres contrats sont toujours en cours de discussion, sur base d'un contrat-cadre type dont la copie sera accessible dans la *Dataroom* au plus tard ce vendredi 19 novembre 2021 à l'ouverture de la *Dataroom*. » Ledit contrat-cadre type a été ajouté le 19 novembre à l'ouverture de la *data room* (rubrique 8.2.10).

c) En ce qui concerne “[l]es contrats clients (individuel), surtout en ce compris l’information sur leur date d’expiration avec les éventuelles informations/conditions complémentaires aux conditions du marché public IRISnet2, aux clauses du mandat du marché IRISnet2 conférés par les Pouvoirs bénéficiaires à la Région et aux conditions générales d’IRISnet qui régissent les engagements avec les PAB”.

Ces informations ont été communiquées.

En réponse à la question de Proximus sur ce point, le CIRB a expliqué qu’ “[i]l n’y a pas d’autres conventions contractuelles entre les pouvoirs bénéficiaires d’IRISnet2 et la société IRISnet que les conditions du marché public IRISnet2, les clauses du mandat du marché IRISnet2 conféré par les Pouvoirs bénéficiaires à la Région (voir 8.2.1 de la *dataroom*) et les conditions générales d’IRISnet (voir 8.2.4 de la *dataroom*)”.

Les services fournis aux PAB dans le cadre du marché IRISnet 2 le sont (et surtout : devront l’être) conformément au catalogue de services développé dans le cadre du marché. Ce catalogue inclut la description des services ainsi que les SLA et les prix de vente de ces services. La volumétrie détaillée des commandes passées par les PAB dans le cadre du marché IRISnet 2 a également été communiquée en annexe au Guide de soumission. L’on n’aperçoit pas quelles informations plus détaillées auraient été nécessaires afin de remettre offre.

d) Enfin, quant à la remarque selon laquelle “[i]l n’y avait pas d’information sur des litiges potentiels, autre que le litige concernant Fiberworx”, toutes les informations relatives aux litiges se trouvent à la rubrique 14.1.1 de la *data room*. Il n’y avait pas d’information sur d’autres litiges que le litige Fiberworx, parce qu’il n’existait pas d’autre litige en cours ou potentiel identifiable ».

Il ressort des éléments qui précèdent que les pouvoirs adjudicateurs ont pris certaines mesures afin de neutraliser l’avantage concurrentiel dont disposait l’intervenante du fait de sa qualité d’adjudicataire du marché public IRISnet2.

La requérante n’apporte pas la preuve que ces mesures seraient manifestement inappropriées afin d’atteindre l’objectif poursuivi.

Si, dans son courriel du 30 novembre 2021, elle énumère cinq éléments qui n’auraient pas été disponibles ou seulement partiellement disponibles dans la *data room*, il convient de constater que les parties adverses soutiennent, pièces à

l'appui, que l'essentiel de ces informations avait bien été mis à disposition dans le cadre de la procédure administrative.

Dans sa demande de suspension, la requérante fait état d'autres éléments que l'intervenante aurait détenus, et qui auraient été inconnus des autres opérateurs économiques concurrents dans la procédure. Il s'agit des « prix garantis par Orange Belgium pour certains de ses services » et des coûts d'exploitation d'IRISnet. Les parties adverses peuvent être suivies lorsqu'elles exposent qu'il est difficile de comprendre ce que vise la requérante lorsqu'elle évoque les prix garantis et qu'en tout état de cause, les pouvoirs adjudicateurs ne pouvaient pas révéler aux soumissionnaires les prix pratiqués par l'un de leurs concurrents, ce qui anéantirait toute concurrence. C'est également à juste titre qu'elles exposent que ces prix ne sont pas nécessaires pour remettre offre, dès lors que les prix pratiqués par IRISnet vis-à-vis des pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires sont mentionnés dans l'annexe 5.3 au volume B du Guide de soumission et qu'il appartenait en tout état de cause au soumissionnaire de proposer des prix qui soient le plus compétitifs possible. Par ailleurs, s'agissant des coûts d'exploitation d'IRISnet, la *data room* contenait de nombreuses informations (comptes annuels, comptabilité analytique par service reprenant les charges d'exploitation), dans un format qui, selon les parties adverses, serait le même que ce qui est accessible aux organes de gestion de la société concernée.

La requérante fait valoir à l'audience, d'une part, que certaines informations n'ont été rendues disponibles que le dernier jour de consultation et, d'autre part, qu'elle n'a jamais eu accès à l'ensemble des contrats fournisseurs, mais seulement aux clauses générales des contrats fournisseurs existants et non à leurs conditions particulières, ni à leur prix, ni aux contrats en cours de renégociation.

À supposer que la requérante n'ait pas disposé de toutes les informations concernées – et tel fut apparemment le cas ainsi que l'admettent les parties adverses qui invoquent la confidentialité de certaines de ces données –, il incombait en tout état de cause à la requérante de démontrer *in concreto* dans sa requête, que l'accès à ces informations par l'intervenante constituait un avantage de nature à fausser la concurrence, ce qu'elle ne fait nullement. En effet, elle se limite à indiquer dans sa requête, de manière abstraite et non étayée, que « ces informations étaient cruciales à l'élaboration de l'offre des soumissionnaires », que, « dès lors que l'adjudicataire [...] doit assurer la continuité des services offerts par Orange Belgium, ces informations ont un caractère déterminant sur le déroulement du marché public litigieux et, partant, sur la définition de l'équilibre économique de l'offre ». Elle expose que « ces informations auraient été utiles pour déterminer la dépendance de

la société IRISnet par rapport à d'autres fournisseurs, les prix demandés pour les services offerts dans le catalogue de l'adjudicataire du marché "IRISnet2" et les éventuelles pénalités pour non-exécution qu'il sera tenu de supporter ». Ce faisant, elle ne semble pas établir *in concreto* l'existence d'une distorsion de la concurrence entre les soumissionnaires découlant de ce que l'intervenante aurait eu accès aux informations en cause.

Dès lors qu'il ne paraît pas démontré que les mesures mises en place par les pouvoirs adjudicateurs afin de neutraliser au maximum l'avantage concurrentiel de la partie intervenante étaient inopportunes ni même insuffisantes, il ne peut être valablement reproché aux pouvoirs adjudicateurs de ne pas avoir décidé d'exclure l'intervenante de la procédure de passation, cette mesure étant nécessairement la sanction ultime.

Prima facie, le premier grief manque en fait.

Sur le second grief

Il ressort des explications avancées par les parties adverses qu'une réponse circonstanciée a bien été communiquée à la partie requérante quant à ses demandes d'information des 16 et 17 novembre 2021, ceci par une réponse du 18 novembre 2021 dans le forum de la plateforme électronique.

La requérante insiste sur le défaut de réponse à son courriel du 30 novembre 2021, reproduit ci-avant. À cet égard, il y a lieu de relever que ce courriel ne s'inscrit pas dans le cadre d'une nouvelle demande d'information générale, mais qu'il tend uniquement à transmettre « les conclusions sur l'information, mise à la disposition en *data room*, en vue de construire [son] offre », spécifiquement « sur base des informations mises à dispositions en *data room* ». En outre, la requérante ne détaille pas, sauf pour le dernier des points inventoriés, ce qu'il lui manque exactement, faisant état d'informations qu'elle n'a « pas ou partiellement retrouvées », ce qui s'avère imprécis.

En ne donnant pas une suite concrète à un tel courrier qui ne comporte aucune demande expresse et vise un certain nombre de points assez vagues quant à leur portée, les parties adverses ne semblent pas avoir violé les principes dont la méconnaissance est visée à l'appui du moyen. Il en est d'autant plus ainsi qu'il résulte des éléments d'explication repris sous le point 49 de la note d'observations, reproduit ci-avant, corroborés par le dossier administratif – que ces informations paraissent avoir été mises à la disposition de la partie requérante dans le cadre de la procédure de passation. La partie requérante n'identifie pas spécifiquement quelle

information particulière lui aurait été tue, et qui serait reprise dans son courrier du 30 novembre 2021.

Prima facie, le second grief manque également en fait.

Il s'ensuit qu'il n'est pas démontré que les conditions normales de la concurrence auraient été faussées, les parties adverses ayant pris des mesures appropriées pour compenser l'avantage qu'emportait pour la partie intervenante le fait d'avoir été adjudicataire du marché IRISnet2.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la violation :

- « - des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques et du principe général de droit administratif *patere legem quam ipse fecisti* et du Guide de soumission ;
- des articles 10 et 11 de la Constitution ;
- de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4 et 38 ;
- de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en particulier de ses articles 90 à 100 ;
- 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, en particulier ses articles 4 et 5 ;
- de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en particulier de ses articles 2 à 4 ;
- de l'erreur manifeste d'appréciation ; »

en ce que « les parties adverses ont attribué le marché public litigieux sur la base des offres initiales déposées par les soumissionnaires sans avoir recours à des négociations »,

alors que, première branche, la décision attaquée n'expose pas adéquatement les motifs ayant justifié son choix de renoncer à la tenue de négociations;

et alors que, seconde branche, les normes et principes visées au moyen imposaient aux parties adverses de garantir la comparabilité des offres, le cas échéant, en ayant recours à des négociations.

Quant à la première branche

Sur la première branche, après avoir rappelé que, selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public, les soumissionnaires doivent être en mesure de comprendre pourquoi un pouvoir adjudicateur décide soudainement de s'écarter d'une décision qu'il a prise antérieurement, la requérante soutient que « la décision attaquée ne permet manifestement pas aux soumissionnaires du marché public litigieux de comprendre les raisons pour lesquelles les parties adverses ont attribué ledit marché sans mener de négociations préalables ».

Elle expose à cet égard ce qui suit :

« [...] »

En effet, et pour rappel, les parties adverses ont indiqué leur choix d'attribuer le marché public litigieux selon la procédure concurrentielle avec négociation qui est régie par l'article 28 de la Loi Marchés publics et les articles 90 à 100 de l'Arrêté royal Marchés publics.

Tout en se réservant succinctement la faculté de ne pas négocier (Pièce n°5, Volume A, p. 28), ces dernières ont toutefois fait grand cas de la nécessité de recourir à des négociations au départ des offres initiales déposées par les soumissionnaires compte tenu des particularités présentées par l'objet dudit marché.

Ainsi, le guide de soumission dispose notamment ce qui suit (Pièce n°5, Volume A, pp. 20 et 21):

“ La présente procédure est conduite sur la base d'une procédure concurrentielle avec négociation, conformément à l'article 38, § 1er, 1°, c), de la Loi Marchés publics:

‘ c) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent’

Le choix de la procédure concurrentielle avec négociation est justifié par le fait que le Marché public ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier et en raison des risques qui s'y rattachent, conformément à l'article 38, §1, 1°, c), de la loi précitée.

La complexité du Marché ressort notamment des éléments suivants:

- l'exécution du Marché sera réalisée par le biais d'une société de projet mixte (Société IRISnet) dans le capital de laquelle l'Adjudicataire sera tenu de reprendre la participation de l'adjudicataire sortant du marché IRISnet2, ce qui impliquera que les Pouvoirs adjudicateurs puissent négocier les modalités de la prise de connaissance, l'entrée dans le capital et de la reprise de la gestion de la société, de la mise en œuvre du Marché, du transfert de connaissances de cette société avec l'opérateur économique qui deviendra l'Adjudicataire du Marché, tout en garantissant la continuité et la stabilité des services existants tenant compte des nombreux fournisseurs impliqués et de la complexité de gestion d'IRISnet;
- le Marché porte sur la prestation de services fournis au moyen de technologies de l'information et des télécommunications innovantes qui évolueront durant la durée du Marché, ce qui impliquera une adéquation du cadre contractuel et financier avec cette évolution qui peut être significative. Une telle adéquation ne peut être définie de manière

unilatérale sans négociation par les Pouvoirs adjudicateurs sauf à exposer les Pouvoirs adjudicateurs à supporter eux-mêmes le risque de définition de ces évolutions technologiques futures et d'inadéquation de ces définitions avec les évolutions technologiques pertinentes.

- L'organisation de l'exécution du Marché public au travers d'une centrale d'achat avec des Pouvoirs Adjudicateurs Bénéficiaires relevant de différents niveaux de pouvoir implique une complexité dans le chef des Soumissionnaires qui peut être réduite par des négociations avec ceux-ci afin que leur offre soit la plus optimale possible dans l'organisation projetée de l'exécution du Marché public.

Pour ces raisons, le recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour les motifs précités est pleinement justifié. ».

L'extrait qui précède témoigne de la grande importance accordée par les parties adverses à la nécessité de mener des négociations dans le cadre de la procédure d'attribution du marché attaqué. Cette motivation illustre la grande complexité du marché en raison notamment du fait qu'il implique une reprise d'un catalogue de services développés depuis une dizaine d'années par Orange Belgium (second soumissionnaire et adjudicataire du marché attaqué). Les informations relatives à ces services (identités des fournisseurs, éléments des contrats concernés, date de terminaison desdits contrats, etc.) n'étaient pas ou très partiellement disponibles à la partie requérante. Cette dernière l'a d'ailleurs souligné à trois reprises aux parties adverses (voyez supra, deuxième moyen, et Pièces n°4 et 7).

La volonté des parties adverses de voir le futur adjudicataire du marché attaqué garantir la continuité du catalogue de services tout en assurant son évolution afin de rencontrer les multiples intérêts des nombreux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires, ajoutait une complexité supplémentaire.

Ainsi, des négociations auraient permis aux parties adverses de voir les offres initiales des soumissionnaires améliorées et, de cette manière, de garantir l'offre "la plus optimale possible" aux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires.

Plus encore, les parties adverses n'hésitent pas à affirmer que certains éléments relatifs aux technologies de l'information et des télécommunications ne pouvaient tout simplement pas être définis unilatéralement et impliquaient obligatoirement une négociation avec les soumissionnaires.

Au vu des motifs avancés par les parties adverses pour recourir à la procédure concurrentielle avec négociation dans les documents de marché, la partie requérante pouvait raisonnablement s'attendre à être invitée à des négociations avec les parties adverses sur la base de son offre initiale.

41. Or, après plusieurs mois d'attente, la partie requérante a uniquement reçu la notification de la décision d'attribution ainsi que du rapport d'évaluation du critère qualité qui indiquaient que le marché public litigieux avait été attribué, sans que des négociations ne soient menées, sur la seule base d'une comparaison des premières offres déposées par les soumissionnaires au regard des critères d'attribution.

Ce choix de ne pas mener de négociations est justifié par la décision attaquée de la manière suivante (Pièce n°9, p. 3):

“ compte tenu de la précision et de la qualité des offres initiales, le présent marché est attribué sur la base de ces offres initiales, sans négociations, conformément à la possibilité prévue par l'article 38, §5 de la Loi Marchés publics et le point IV.1.5) de l'avis de marché (et rappelé ensuite par les articles A.2.24 et A.2.30 du Guide de Soumission) ”.

Cette motivation apparaît particulièrement lacunaire et ce notamment au vu de la grande importance que les parties adverses déclaraient accorder aux négociations.

Pourtant, la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de pouvoir renoncer à mener des négociations dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation ne l'exempte toutefois pas de son obligation de motiver adéquatement ce choix. Les travaux parlementaires de la Loi Marchés publics précisent en effet que "seule une raison objective mériterait l'absence de tenue de négociation". Cette raison devrait par ailleurs rencontrer les conditions fixées par les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 susvisée.

C'est ce qu'a d'ailleurs confirmé le Conseil d'État qui, dans un arrêt n°226.597, a suspendu une décision d'attribution d'un marché public dans le cadre duquel le pouvoir adjudicateur avait décidé de ne pas mener de négociations alors qu'il y avait pourtant attribué une grande importance. Cet arrêt porte ce qui suit :

"Tout en se réservant la faculté de ne pas négocier ou de ne négocier qu'avec certains des candidats qui auraient remis offre, elle a jugé utile de souligner l'importance du recours à cette procédure. Ainsi, l'article 2.2 du cahier spécial des charges est-il libellé comme suit : (...)

En dépit de l'importance que la partie adverse déclarait accorder aux négociations, l'acte attaqué décide notamment de procéder à l'attribution du marché sans négociations et sur la seule base d'une comparaison des offres au regard des critères d'attribution précités. Les motifs de ce chef de décision sont libellés comme suit : (...)

Même si le pouvoir adjudicateur jouit d'une ample liberté d'appréciation à l'égard d'une telle renonciation à négocier les offres, pareille décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, qui ne peuvent être contredits par quelque élément du dossier. (...)

Prima facie, ces éléments contredisent les motifs de l'acte attaqué aux termes desquels, d'une part, 'rien n'empêche de procéder à une analyse des offres telles que reçues' et, d'autre part, 'l'offre initiale déposée par B-Architecten contient toutes les informations utiles à sa comparaison effective et objective aux autres offres déposées'. (...)

Dès lors qu'à première vue, et au terme de l'examen effectué dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, les motifs déterminants de l'acte attaqué apparaissent inexacts, le moyen doit être déclaré sérieux".

Le raisonnement de cet arrêt est applicable *mutatis mutandis* au cas d'espèce.

En effet, et comme souligné ci-avant, les parties adverses ont indiqué octroyer une grande importance au fait de mener des négociations dans le cadre de la procédure d'attribution du présent marché. Compte tenu de cela, les parties adverses étaient tenues de motiver, à la lumière des éléments ayant justifié le choix de la procédure concurrentielle avec négociations, la décision de finalement renoncer au recours à des négociations.

Or, les motifs exposés dans la décision attaquée (i) ne permettent manifestement pas de comprendre les raisons pour lesquelles les parties adverses ont estimé que les difficultés qu'elles épinglaient dans les documents du marché avaient finalement été résolues par les offres initiales des soumissionnaires et (ii) n'étaient manifestement pas suffisamment étayées ni proportionnées à l'importance de ladite décision.

42. Ainsi, d'une part, les motifs de la décision critiquée ne sont tout simplement pas compréhensibles en ce que ces derniers contredisent directement le prescrit du guide de soumission. Plus particulièrement, il doit être relevé que:

- Premièrement, il est en effet difficile de comprendre comment les éléments des offres relatifs aux services fournis au moyen de technologies de l'information et des télécommunications innovantes ont pu être évalués sans aucune négociation alors même que, selon les parties adverses, ces éléments ne pouvaient pas être définis unilatéralement. Les parties adverses n'abordent

tout simplement pas cette difficulté dans l'énoncé de leur motivation de ne pas négocier;

- Deuxièmement, il convient de relever que les documents du marché imposaient aux soumissionnaires d'établir une offre relativement courte, de nombreuses questions qualitatives ne donnant lieu qu'à une réponse autorisée de une à deux pages maximum. Ainsi, l'intégralité de la réponse à fournir par les soumissionnaires, pour un marché d'une telle importance et d'une telle complexité, devait tenir en 109 pages pour répondre à 77 questions... ceci suggérait également, nécessairement, que ces réponses très synthétiques seraient développées et discutées en négociations;
- Troisièmement, et de manière plus générale, il est particulièrement étonnant de constater que les parties adverses motivent leur décision de ne pas négocier avec les soumissionnaires compte tenu de la "précision" des offres initiales déposées par les soumissionnaires, alors même que le rapport d'évaluation du critère qualité n'a de cesse de souligner l'imprécision des offres analysées. Il porte notamment (Pièce n°6):
 - au sujet de la question n°7: "on regrette cependant le fait qu'aucun des soumissionnaires ne précise concrètement comment ces outils pourront décharger le personnel de la société IRISnet" (p. 15);
 - au sujet de la question n°8: "les deux soumissionnaires auraient cependant pu décrire plus clairement les audits et indicateurs qu'ils mettront en place au sein de la société IRISnet" (p. 16);
 - au sujet de la question n°9: "les réponses sont insuffisamment détaillées tant du côté d'Orange Belgium que de Proximus: (...)" (p. 17, notons que pour cette question, chacun des soumissionnaires n'obtient que la note de 1/4 points et n'avait droit qu'à une seule page de description de leur offre sur cette question – un cadre aussi limité devait nécessairement appeler à des négociations ultérieures afin de permettre aux soumissionnaires de détailler les grandes lignes de leur proposition, seules susceptibles de tenir sur une page);
 - au sujet de la question n°13: "Aucun des deux soumissionnaires ne répond cependant à la partie de la question concernant la mesure de Net Promotor Score par service, la possibilité de faire des comparaisons d'année en année et l'évolution des enquêtes en tenant compte des services fournis et des préoccupations des usagers" (p. 24);
 - au sujet de la question n°14: "aucun des deux soumissionnaires ne répond à la partie concernant le support attendu de la part de l'équipe en place au sein de la société IRISnet" (p. 27; idem question n°15, p. 31);
 - au sujet de la question n°20: "tout comme Proximus, Orange Belgium ne décrit pas ce qu'il attendra au niveau du support et des actions attendues de la part de l'équipe en place au sein de la société IRISnet" (p. 46);
 - au sujet de la question n°20: "Ni Orange Belgium, ni Proximus ne décrivent suffisamment le support qu'ils attendent de la part de l'équipe en place au sein de la société IRISnet dans chacun des 4 domaines dans le cadre de la gestion de la documentation ainsi que la manière dont ils maintiendront les coûts de la gestion de la documentation à un niveau acceptable" (p. 50);
 - au sujet de la question n°21: "Proximus n'a pas précisé les synergies qu'il envisage d'exploiter afin de limiter les coûts de maintenance" (p. 51);
 - au sujet de la question n°23: "Proximus ne présente en effet pas de certitude quant à l'accès direct à ces outils par la société IRISnet (...)" (p. 57);
 - au sujet de la question n°25: "l'offre de Proximus mentionne toutefois que la période de grâce ne se verra pas dotée d'un mécanisme de gouvernance particulier et ne spécifie pas comment Proximus rapportera concrètement aux Pouvoirs adjudicateurs de l'état de réalisation de son plan de projet pour la période de grâce après la phase de prise de connaissance" (p. 67).

La liste qui précède n'est pas exhaustive et de nombreux autres exemples dans ledit rapport illustrent à suffisance le fait que les parties adverses n'ont pas évalué les offres des soumissionnaires comme étant suffisamment précises. Partant, ces extraits contredisent directement les motifs retenus par les parties

adverses dans le cadre de la décision attaquée pour « motiver » leur choix de ne pas recourir à des négociations;

- Quatrièmement, il découle également de ce qui précède que des négociations auraient permis de pallier le manque de précision des offres critiqué par les parties adverses et, ainsi, d'augmenter leur qualité. Pour rappel, les offres d'Orange Belgium et de la partie requérante, sur le critère d'attribution "Qualité", ont été respectivement notées à 61,18/70 et 57,97/70. Les parties adverses bénéficiaient partant d'une marge d'optimisation des offres de 10 points sur 70, pour servir le mieux possible l'intérêt des pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires.

Compte tenu de ce qui précède, les motifs de la décision attaquée ne permettent pas de comprendre la décision des parties adverses de ne pas recourir à des négociations au regard de la motivation ayant justifié le recours à la procédure concurrentielle avec négociation. Ces motifs sont partant inadéquats.

43. D'autre part, et comme cela découle de ce qui précède, des négociations auraient manifestement permis à la partie requérante d'améliorer son offre, ne fût-ce que sur les différentes imprécisions épinglées par les parties adverses dans le cadre du rapport d'évaluation du critère qualité (à cet égard, voy. les développements de la deuxième branche du présent moyen). La décision de ne pas recourir à des négociations a, partant, eu un grand impact sur le traitement de l'offre de la partie requérante, en particulier parce que celle-ci disposait de peu d'informations sur le marché IRISnet 2 par rapport à Orange Belgium qui en était l'attributaire et l'exécutait depuis des années. L'étendue de la motivation de cette décision aurait donc dû être proportionnelle à l'importance des conséquences que cette décision a eue pour les soumissionnaires ou, à tout le moins, pour la partie requérante qui subit à l'évidence une discrimination par rapport à l'attributaire désigné. Or, force est de constater que la motivation de ladite décision (qui tient sur deux lignes) n'est manifestement pas proportionnée.

Au vu de ce qui précède, la décision de ne pas procéder à des négociations ne fait pas l'objet d'une décision adéquate et formelle et, par conséquent, viole les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

44. Les motifs déterminants la décision attaquée sont par conséquent inexacts, irréguliers et illégaux.

La première branche du troisième moyen est partant sérieuse. »

Quant à la seconde branche

À propos de la seconde branche, la requérante expose ce qui suit :

- « 45. La procédure concurrentielle avec négociation a pour objectif de permettre aux parties adverses d'améliorer les offres afin d'acquérir des travaux, fournitures ou services les plus adaptés à leurs besoins spécifiques. Cette procédure offre ainsi une grande flexibilité permettant d'obtenir les offres les plus optimales. Dès lors que le recours à cette procédure est notamment autorisé lorsque l'objet du marché implique des solutions innovantes ou une complexité particulière, cette flexibilité doit également être mise à profit pour rendre les offres comparables dans le cadre de leur analyse au regard des critères d'attribution. De cette manière, les parties adverses assurent le respect du principe d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires qu'ils sont tenus de respecter (article 38, §6, Loi Marchés publics).

C'est ce qu'a confirmé le Conseil d'État dans son arrêt n°251.423 qui porte ce qui suit:

[...]

Traduction libre:

“ Cette défense n'est pas retenue et semble concerner le cœur du problème. La partie adverse souhaite faire appel à la créativité des soumissionnaires pour trouver des solutions par le biais de profils. Elle était consciente que - selon les termes de la partie adverse - il y aura ‘toujours’ une différenciation dans les différents profils proposés par les soumissionnaires. Avec la procédure d’attribution qu'elle a choisie, la partie adverse aurait dû explorer les limites légales de la marge de négociation pour tenter d'amener les soumissionnaires à des offres comparables de manière transparente. Au demeurant, la question est de savoir si le cadre légal est suffisamment flexible à cette fin. En tout état de cause, il convient de noter que, comme cela a déjà été relevé, aucun compte rendu des négociations, établi au cours de celles-ci, ne se trouve dans le dossier administratif”.

46. En l'espèce, les parties adverses n'avaient d'ailleurs pas manqué de justifier le choix de la procédure concurrentielle avec négociations en raison du fait que l'adjudicataire du marché serait tenu de reprendre l'actionnariat et la gestion de la société IRISnet étant gérée depuis une dizaine d'années par un autre opérateur économique, Orange Belgium. Ainsi, le guide de soumission portait ce qui suit (Pièce n°5, Volume A, p. 20):

“ l'exécution du Marché sera réalisée par le biais d'une société de projet mixte (Société IRISnet) dans le capital de laquelle l'Adjudicataire sera tenu de reprendre la participation de l'adjudicataire sortant du marché IRISnet2, ce qui impliquera que les Pouvoirs adjudicateurs puissent négocier les modalités de la prise de connaissance, l'entrée dans le capital et de la reprise de la gestion de la société, de la mise en œuvre du Marché, du transfert de connaissances de cette société avec l'opérateur économique qui deviendra l'Adjudicataire du Marché, tout en garantissant la continuité et la stabilité des services existants tenant compte des nombreux fournisseurs impliqués et de la complexité de gestion d'IRISnet” [...].

Le recours aux négociations en l'espèce était d'autant plus primordial que l'actuel actionnaire et gestionnaire de IRISnet, Orange Belgium, était lui-même soumissionnaire dans le cadre de la procédure d'attribution du marché public litigieux. De par sa situation privilégiée, cet opérateur économique détenait de nombreuses informations inconnues des autres opérateurs économiques concurrents dans la procédure.

Comme déjà évoqué sous le deuxième moyen, il s'agit notamment des informations relatives (i) aux contrats de fournitures liant IRISnet ou en cours de négociation, (ii) aux prix garantis par Orange Belgium pour certains de ses services (au vu de l'équilibre économique du marché IRISnet2), (iii) aux coûts d'exploitation d'IRISnet et (iv) à l'exécution du marché public “IRISnet2”, des contrats de fournitures et aux éventuels manquements.

Ces informations étaient pourtant cruciales à l'élaboration de l'offre des soumissionnaires, afin de se positionner de manière réaliste, en particulier quant à la viabilité économique, pour IRISnet, des propositions formulées en réponse aux attentes des parties adverses. En effet, dès lors que l'adjudicataire du marché public litigieux doit assurer la continuité des services offerts par Orange Belgium, ces informations ont un caractère déterminant sur le déroulement du marché public litigieux et, partant, sur la définition de l'équilibre économique de l'offre. Par exemple, ces informations auraient été utiles pour déterminer la dépendance de la société IRISnet par rapport à d'autres fournisseurs, les prix demandés pour les services offerts dans le catalogue de l'adjudicataire du marché “IRISnet 2” et les éventuelles pénalités pour non-exécution qu'il sera tenu de supporter.

Les extraits des questions et réponses qui suivent témoignent à suffisance de l'importance de ces informations dans le cadre de l'exécution du marché public litigieux (Pièce n°6):

- Question n°12: "A la question numéro 6: Pouvez-vous confirmer que les services existants (y compris les potentiels nouveaux services) n'impliqueront pas d'engagements de l'adjudicataire d'IRISnet 2 au-delà de 6 mois après l'attribution du contrat tel que prévu pour IRISnet 3 à l'article 4 'La durée de la Convention est étendue à 6 mois après la fin de la durée du Marché, le cas échéant prolongé, pour les prestations de fin du Marché visées à l'article 11.2.'. La réponse apportée fait référence aux conditions de fin de contrat IRISnet 3: 'L'article 4 de l'annexe 1 du Volume A du Guide de Soumission auquel il est fait référence concerne la Convention entre l'Adjudicataire du Marché IRISnet 3 et les Pouvoirs adjudicateurs. Ce point ne concerne pas les engagements de l'adjudicataire du marché IRISnet2 mais les engagements de l'Adjudicataire du Marché IRISnet 3.' Pouvez-vous préciser les conditions applicables pour l'engagement l'adjudicataire et des fournisseurs de IRISnet 2 au delà de la date de fin de contrat IRISnet 2 qui auront un impact pour le démarrage de IRISnet 3";

Réponse: "La Société IRISnet a conclu ou est en train de conclure des contrats avec l'ensemble de ses fournisseurs (y compris l'adjudicataire du marché IRISnet2 en tant que fournisseur de la Société IRISnet). Les conditions sont telles qu'elles garantissent une continuité de services aux clients de la Société IRISnet au-delà de la date de fin du marché IRISnet2, tout en permettant au nouvel adjudicataire de pouvoir impulser les changements éventuels nécessaires en matière d'évolution de services" [...].

- Question n°28: "Pouvez-vous confirmer que les pénalités qui seraient dues par les fournisseurs qui ne sont pas des sous-traitants de l'adjudicataire mais qui sont fournisseurs d'IRISnet en direct, pourront être déduites des pénalités dues par l'adjudicataire et imputées directement aux fournisseurs concernés ?";

Réponse: "Dans son rôle de gestionnaire opérationnel, l'Adjudicataire du Marché IRISnet3 est responsable de la gestion des fournisseurs de la Société IRISnet et de la définition des relations entre la Société IRISnet et ses fournisseurs dans le cadre de la gouvernance de la Société IRISnet. Dans son rôle de gestionnaire opérationnel, l'adjudicataire du Marché IRISnet3 est redevable des pénalités définies dans le Marché" [...].

- Question n°34: "La réponse à la Question 12 ne nous permet pas de déterminer avec un minimum de clarté, quand l'adjudicataire peut escompter substituer ses propres services à ceux de l'adjudicataire actuel. Par conséquent, comment, dans ces conditions incertaines, le Soumissionnaire est-il susceptible d'évaluer l'équilibre économique de son offre ? Les coûts, liés notamment à la gestion opérationnelle de la société (qui ne peut pas, selon les documents de marchés, être facturée en tant que tel) et aux responsabilités solidaires, doivent être mis en équilibre avec des volumes d'affaire raisonnablement anticipables. Pouvez-vous expliquer comment vous prévoyez cette substitution ?";

Réponse: "La période de Prise de connaissance est destinée entre-autre à permettre à l'Adjudicataire de prendre connaissance de manière détaillée des conditions (économiques, opérationnelles, contractuelles, ...) de fourniture des services à la Société IRISnet par les fournisseurs de la société IRISnet. Dans son rôle de gestionnaire opérationnel de la Société IRISnet, l'Adjudicataire du Marché IRISnet3 peut à tout moment proposer des modifications aux services (changement de fournisseur par exemple) du catalogue de services mis à disposition des PAB, à condition de respecter les conditions du Marché, les procédures relatives aux clauses de réexamen et la gouvernance de la Société IRISnet".

- Question n°36: "Au regard du point 12.7.2.1.2 Indication des prix, §3, comment justifier d'imposer au futur adjudicataire de s'en tenir au prix «□zéro□» actuellement appliqué par l'adjudicataire en place, sans permettre la moindre vérification en termes de structure de coûts et de normalité du prix ainsi imposé dans son chef ?";

Réponse: “Les prix de vente aux PAB, actuellement appliqués par la Société IRISnet pour les services du catalogue de services à disposition des PAB sont les prix du marché IRISnet2, validés par le conseil d'administration de la Société et pratiqués par la Société IRISnet envers ces mêmes PAB du marché IRISnet2. La Société IRISnet génère des bénéfices depuis plusieurs années. Les informations relatives aux marges par groupe de services étaient accessibles dans la *data room*. Dans le cadre du marché IRISnet3, les prix maxima doivent être respectés pour les services tels que décrits dans le As-Is”.

- Question n°39: “En vue d’assurer l’égalité entre les soumissionnaires, pouvez-vous nous confirmer que les services typiques à Orange ne devront pas être repris dans le nouveau catalogue d’IRISnet 3 au-delà de la période de grâce. Les services visés comprennent de manière non exhaustive, les exemples suivants: • ‘National Unlim. Intense & Traveller’ • National Unlimited Basic • National Unlimited Plus • Et tous les autres services dont la dénomination se réfère à ‘Orange’.”;

Réponse: “Dans le cadre du Marché IRISnet3: - l'évolution du catalogue de services à disposition des PAB n'est pas associée à la période de grâce. - en référence au point B.6.2.1. ‘Garantir la continuité du service’ du Volume B du Guide de Soumission, le rôle de gestionnaire du catalogue de services inclut pour l'Adjudicataire du Marché IRISnet3 les obligations afin de garantir la continuité des services. - dans son rôle de gestionnaire du catalogue de services à disposition des PAB, et en référence au point B.6.2.3. "Evolution des services inclus dans le catalogue de services As Is" du Volume B du Guide de Soumission, l'adjudicataire du marché IRISnet3 fera évoluer ces services dans le respect des processus décrits dans le Volume A du Guide de Soumission, et dans le respect de la gouvernance de la Société IRISnet ” [...].

Comme indiqué ci-avant, ces informations n'étaient pourtant pas, ou partiellement, disponibles pour la partie requérante. Cette dernière n'a pas manqué de souligner leur absence dans les *Datarooms* virtuelle et physique ainsi que leur importance pour l'élaboration de son offre notamment par des courriels des 16 et 17 novembre 2021 (envoyés durant la semaine d'ouverture de la *Dataroom* physique). Ces courriels portaient, pour rappel, ce qui suit:

“ En vue de préparer les informations à investiguer dans la *Data Room*, nous avons posé la question de savoir si nous pourrions disposer des détails relatifs à la ventilation du chiffre d'affaires, des charges d'exploitation, des marges brutes par service, catégorie de services et clients (i.e. UC packs, UCC services and infrastructure, terminaux UCC, Voice, WLAN, LAN, IoT, projets régionaux, etc.) pour IRISnet, ceci faisant partie de la comptabilité analytique ainsi que l'ensemble des détails de cette comptabilité.

Votre réponse:

Dans la *dataroom*, une vision de la comptabilité analytique (sous forme de rapport) sera disponible avec une vision par groupe de services reprenant le chiffre d'affaires, les charges d'exploitation directes (hors frais de personnel qui ne sont actuellement pas ventilés par service) et la marge brute contributive. Ce rapport est le document qui est mis trimestriellement à disposition du Conseil d'Administration. La *dataroom* comprendra également une note explicative des données présentées dans le rapport.

Au regard des éléments retrouvés au cours de ce lundi 15 novembre, nous avons eu accès, aux comptes de résultat analytiques pour les années 2019, 2020 et 2021 jusqu'au mois de juin (3.5.6 - Annexe 1 & 2). Ces derniers comprennent notamment

(iv) le chiffre d'affaires global d'IRISnet, par groupe de services (i.e. User, Sites, projet régionaux) et par niveau de récurrence (i.e. récurrents, non-récurrents);

(v) les charges d'exploitations directes par groupe de service, et par conséquent les marges brutes par groupe de services;

(vi) les charges d'exploitations indirectes (i.e. “OPEX”) non-ventilées par groupe de services. Nous avons également eu accès à une ventilation du

chiffre d'affaires 2018 par client et par sous-groupe de services (16.9 - Annexe 3.31 - CA 2018).

Il est fondamental d'obtenir une vue plus complète et détaillée de ces rapports pour au moins ces 3 dernières années dont les comptes ont tous été validés et déposés à la Banque Nationale de Belgique, spécifiquement:

(iv) Une vue plus granulaire des charges d'exploitations directes et indirectes et une ventilation des charges d'exploitations par fournisseur,

(v) une vue plus détaillée des chiffres d'affaires et marges brutes par sous-groupe de services au moins (i.e. data, UC, Voice, Consultancy, etc.),

(vi) (une ventilation des chiffres d'affaires 2019, 2020 et 2021 jusqu'au mois de juin, par client et sous-groupe de service (similaire au document 16.9 - Annexe 3.31 pour les 3 dernières années).

Pouvez-vous nous confirmer que vous pourrez procéder à l'extraction de ces données de vos systèmes comptables pour donner une vue complète des informations d'exploitation avant la fin de cette semaine et si ce n'est plus possible cette semaine, de nous donner accès pour deux journées complémentaires à la *Data Room* avant fin novembre 2021 afin que nous puissions consulter ces données très importantes sans impacter le planning du RFP.

Nous considérons clairement que les éléments présentés en ce 1er jour dans la *Data Room* dans le cadre du marché Irisnet 3 ne contiennent pas les informations nécessaires en vue d'assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires, l'adjudicataire actuellement en charge ayant déjà connaissance de ces éléments.

3. Nous exprimons la demande d'obtenir une vue sur l'ensemble des flux financiers entre IRISnet et l'ensemble de ses fournisseurs y compris ceux relatifs au paiement des *Managements Fees* et des dividendes.

4. Nous sollicitons l'accès aux conventions contractuelles (et pas uniquement aux conditions générales comme c'était le cas en ce 1er jour) pour l'ensemble des pouvoirs bénéficiaires d'IRISnet 2. Merci de confirmer quand ces contrats seront rendus accessibles dans la *Data Room* en cette semaine du 15 novembre 2021" [...] (Pièce n°4).

" Nous avons demandé de pouvoir disposer d'une copie des contrats passés avec tous les fournisseurs afin de comprendre les dépendances contractuelles d'IRISnet et les obligations qui en découlent.

A la clôture des deux premières journées de la *Data Room*, nous avons bien trouvé le document 8.2.2 - Contrats Fournisseurs, qui constitue un tableau récapitulatif de 92 lignes avec quelques colonnes; mais une partie importante de ces contrats mentionnés n'a pas pu être trouvée. En effet, les seuls contrats fournisseurs qui ont pu être retrouvés portent sur des aspects très secondaires vis-à-vis du cœur d'activités repris au RFP IRISnet, à savoir les services (HR - IT - Telco - Réseau), Software ou Hardware délivrés à la société IRISnet. De plus, nous voyons également que certains contrats fournisseurs sont en cours de négociation /finalisation (pièce 16.2) qu'il nous serait très important et utile de connaître. En vue d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires, pouvez-vous nous confirmer que ces informations seront ajoutées à la *Data Room* ?" [...] (Pièce n°4).

Par ailleurs, les parties adverses ont annoncé que de nombreux documents sollicités par la partie requérante au travers de questions posées sur le forum seraient disponibles dans la *Dataroom* physique au plus tard le dernier jour de son ouverture (le 19 novembre 2021) (Pièce n°6).

In fine, lorsque la *Dataroom* physique fut fermée, la partie requérante a rapporté aux parties adverses ses conclusions suite à l'analyse de la *Dataroom* par un courriel du 31 novembre 2021 qui portait ce qui suit (Pièce n°7):

" Les informations que nous n'avons pas ou partiellement retrouvées, entre autre, incluent:

- Les informations détaillées sur le degré de respect des SLA envers les PAB's

- Les informations détaillées sur les degrés de respect et les détails des différents indicateurs de performance des SLA de la part des fournisseurs, y compris l'adjudicataire IRISnet 2
- Le statut des contrats fournisseurs en cours de négociation
- Les contrats clients (individuel), surtout en ce compris l'information sur leur date d'expiration avec les éventuelles informations/conditions complémentaires aux conditions du marché public IRISnet2, aux clauses du mandat du marché IRISnet2 conférés par les Pouvoirs bénéficiaires à la Région et aux conditions générales d'IRISnet qui régissent les engagements avec les PAB.
- Il n'y avait pas d'information sur des litiges potentiels, autre que le litige concernant *Fiberwork*".

Il ressort manifestement de ce qui précède que de nombreuses informations nécessaires pour définir l'équilibre économique de l'offre des soumissionnaires dans le cadre du marché litigieux étaient connues de Orange Belgium et non disponibles pour la partie requérante.

47. Au vu de ce qui précède, le recours aux négociations prévues par la procédure d'attribution choisie par les parties adverses aurait éventuellement permis de pallier cette inégalité entre Orange Belgium et la partie requérante dans la mesure où les parties adverses auraient pu amener la partie requérante à préciser son offre au regard d'éléments dont elle n'avait tout simplement pas connaissance.

De cette manière, l'offre de la partie requérante aurait été rendue comparable à celle déposée par Orange Belgium.

Or, les parties adverses ont renoncé à mener de telles négociations et se sont limitées à comparer les offres initiales de la partie requérante et d'Orange Belgium.

Il ressort manifestement du rapport d'évaluation du critère qualité que l'offre de la partie requérante a été pénalisée pour son approche trop générale ainsi que son manque de précision à l'égard de points de son offre pour lesquels elle ne disposait tout simplement pas des informations pertinentes en raison de sa position externe au marché public "IRISnet2" et du manque d'informations disponibles dans le cadre des *Datarooms*.

Ainsi, par exemple:

- Concernant la question n°1, il est surprenant de lire qu'Orange Belgium ait pu fournir, avec le peu d'informations mises à la disposition des soumissionnaires, un plan d'affaires reprenant une projection du nombre de clients publics et privés estimé à l'horizon 2030 et des revenus tirés de ces clients. Outre que tel n'était pas l'objet de la question et que les parties adverses n'ont aucunement vérifié la pertinence et la viabilité économique de ce plan d'affaires (voir également le cinquième moyen à cet égard), l'on ne peut que s'interroger sur les données utilisées par Orange Belgium, et inconnues de la partie requérante, pour pouvoir établir un tel plan avec un minimum de sérieux.
- Concernant la question n°20, l'offre de la partie requérante a été évaluée de la manière suivante (Pièce n°8, pp. 46 et suivants):
 " Proximus énonce les éléments à prendre en considération pour préparer l'optimisation du système de gestion documentaire:
 - dresser l'inventaire de la documentation existante et de tous les emplacements;
 - établir des structures par catégorie de documents;
 - définir un cycle de vie par type de document;
 - dresser la matrice des droits d'accès aux différentes catégories de documents;

- déterminer les autres systèmes avec lesquels le système de gestion de la documentation doit pouvoir communiquer;
- évaluation constante des coûts/bénéfices de la gestion de la documentation par la répartition des tâches entre l'équipe de la société IRISnet et les partenaire/fournisseurs.

De plus, la réponse de Proximus demeure néanmoins au niveau des principes, sans description concrète des actions entreprises et est moins précise que celle d'Orange Belgium.

Proximus propose de continuer à utiliser le système de gestion documentaire existant au sein de la société IRISnet et d'analyser avec les parties prenantes, quelles évolutions seraient utiles pour les équipes d'*Account Management* et de *Service management*.

(...)

La réponse de Proximus est plus générale et moins concrète que celle d'Orange Belgium.

Proximus mentionne parmi les éléments de gestion optimale de la documentation, l'évaluation constante des coûts/bénéfices de la gestion de la documentation par la répartition des tâches entre l'équipe de la société IRISnet et les partenaires/fournisseurs. Proximus ne précise toutefois pas comment cette répartition permettra d'évaluer les coûts/bénéfices ni comment, concrètement, les coûts seront maintenus à un niveau acceptable. Proximus mentionne qu'il supportera le personnel à travers le principe de *peering* et fait référence à sa réponse à la question 6 dans laquelle il précise la mise en place d'une gouvernance en *miroir* des *service managers* de la société IRISnet assortis à leurs homologues chez Proximus. Proximus ne décrit cependant pas comment il supportera la société IRISnet dans chacun des 4 domaines (...).

Proximus explique de façon moins claire et moins détaillée qu'Orange Belgium, la façon dont la documentation sera gérée dans chacun des domaines abordés dans le Guide de Soumission. L'approche de Proximus est fondée sur des grands principes qui ne sont pas ou peu illustrés concrètement en fonction des domaines concernés. L'approche d'Orange Belgium concernant la documentation est au contraire précisée par domaine, avec un détail des actions mises en place permettant également de comprendre les principes de gestion de la documentation.

(...)

En conséquence, Orange Belgium obtient 3 points et Proximus 1 point”.

Les reproches formulés à l'encontre de l'offre de la partie requérante s'expliquent manifestement par le manque d'informations dont elle disposait. Ainsi, en particulier, les processus actuels de gestion de la documentation des 4 domaines cités ainsi que les outils les supportant actuellement sont abordés de manière très sommaire dans les documents de marché, au travers de descriptions superficielles comme par exemple dans le document de gestion de projet (2021016-B-Approche de gestion de projet-FR.pdf).

La légèreté des documentations fournies n'a pas permis à la partie requérante d'aller dans les détails des flux de documentations vu que ces derniers n'ont pas été fournis en détails. Elle n'était donc pas en mesure de répondre avec le même degré de précision qu'Orange Belgium, ayant aidé/mis ces processus en place et les connaissant donc, inévitablement, de manière complète et détaillée.

Au cours des négociations, les parties adverses auraient ainsi pu préciser certains éléments du marché litigieux, notamment quant au système de gestion actuel de la documentation (opérée par Orange Belgium) lui permettant ainsi de préciser sa réponse.

- Concernant la question n°21, de la même manière, il n'y avait pas d'informations complètes, pertinentes et à jour sur la base installée (CMDB), communiquées dans les documents de marché ou dans la *Dataroom*, ce qui rendait moins évident, pour la requérante, de suggérer des synergies de

réduction des coûts de maintenance. La réponse détaillée et valorisée d'Orange Belgium à ce sujet (interventions regroupées par sites géographiques pour les types de services identiques) n'aurait pu être élaborée par la requérante, n'ayant précisément pas reçu les informations sur les équipements, âges, versions software, répartitions géographiques... des éléments dont la maintenance devait être optimisée. En outre, le nombre de pages permis pour répondre à cette question n'était pas suffisant pour détailler pleinement la solution proposée et la négociation aurait permis, sous cet angle également, de rééquilibrer le désavantage créé au détriment de la requérante.

- Concernant la question n°27 également, les parties adverses n'ont pas fourni de détails, malgré les demandes, sur la manière dont les prix pour les « PAB » ont été construits jusqu'à présent, ce qui signifie que la performance de la partie requérante, d'avoir malgré tout fourni une offre pleinement satisfaisante, aurait dû être valorisée par comparaison à l'adjudicataire en place, n'ayant pas dû mobiliser la moindre créativité à ce sujet;
- Concernant la question n°34, pour lequel le rapport d'évaluation expose ce qui suit (Pièce n°8, p. 84):

“ Proximus ne spécifie pas les processus pour développer au sein de la société IRISnet les compétences relatives au déploiement des réseaux de fibre optique.

Proximus mentionne que la mise en commun se fera suite à l'inventaire et l'analyse des besoins spécifiques des collaborateurs de la société IRISnet.

(...)

La portée des engagements d'Orange Belgium en ce qui concerne le développement au sein de la société IRISnet des compétences du déploiement des réseaux de fibre optique est jugée plus importante que celle de Proximus”.

L'offre de la partie requérante a été évaluée négativement en raison de son manque de précision alors même qu'elle n'a tout simplement pas connaissance des compétences existantes au sein de IRISnet et ne peut par conséquent pas préciser davantage les processus qu'elle entend mettre en place. Ce n'est manifestement qu'après un état des lieux de la réelle situation de IRISnet que la partie requérante peut faire ce type de projections. Par conséquent, des négociations auraient permis aux parties adverses, si elles entendaient obtenir des propositions plus concrètes dès son offre, d'éclairer la partie requérante à ce sujet afin d'obtenir les précisions qu'elles souhaitaient et déterminer si l'offre de la partie requérante était en mesure de satisfaire ce besoin.

- Concernant la question n°41, et sous réserve de ce qui sera également énoncé infra, sous les quatrième et cinquième moyens, concernant cette question, Orange Belgium semble avoir une approche relativement différente de la partie requérante, notamment en termes d'analyse préalable de la situation et de proposition de mesures concrètes d'amélioration, qui a manifestement été rendue possible par sa connaissance des données du marché en tant qu'adjudicataire en place.

En effet, Orange Belgium semble profiter de la connaissance de la situation pour proposer une réduction immédiate de 25% sur tous les prix pratiqués, sans répondre aux conditions, retard, etc. Seule une connaissance exhaustive de l'ensemble des données économiques en jeu permet de formuler une telle proposition. Or, aucune information n'était disponible concernant la structure des prix qu'IRISnet propose aux PAB. Aucune information n'était non plus disponible sur la marge de IRISnet et des prix pratiqués par les fournisseurs d'IRISnet (étant, dans le cas présent, les services mobiles d'Orange Belgium).

Seule une plus grande transparence dans le cadre de la préparation des offres ou le rétablissement de l'égalité entre les soumissionnaires par le biais de la négociation auraient permis de pallier cette composante discriminante du présent marché, ce que les parties adverses se sont abstenues de faire, nonobstant les demandes expresses de la partie requérante en ce sens, en amont de la remise de son offre (voir supra).

- Concernant la question n°44, pour laquelle la requérante perd un point pour avoir manqué de précisions et de détails, alors que la réponse à cette question

devait se limiter à une seule page et aurait donc pu être plus développée en négociations – il est surprenant, du reste, qu'Orange Belgium ait pu fournir tous les détails vantés par le rapport d'évaluation dans ce même format.

- Il en va de même, encore, pour la question n°45 (outre ce qui a déjà été signalé plus haut à cet égard), ou la question n°46 (outre ce qui en sera encore dit infra) ou encore pour les questions n°48, 49, 57, 60, 63.

48. Il ressort manifestement ce qui précède que des négociations étaient requises dans le cadre de la procédure d'attribution du marché attaqué afin d'assurer la comparabilité des offres d'Orange Belgium et de la partie requérante. En refusant de recourir auxdites négociations pourtant prévues dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociations, les parties adverses ont traité l'offre de la partie requérante de manière discriminatoire et ont ainsi violé les articles 10 et 11 de la Constitution.

49. La deuxième branche du troisième moyen est sérieuse.

Quant à l'intérêt au moyen en ses deux branches

La requérante fait valoir qu'elle a intérêt au moyen pour le motif suivant :

- « 50. La partie requérante dispose d'un intérêt évident au troisième moyen qui, s'il est déclaré sérieux, emportera l'obligation pour les parties adverses de mener des négociations sur la base des offres initiales déposées par la partie requérante et Orange Belgium ainsi qu'à une nouvelle évaluation des offres, donnant en conséquence à la partie requérante une nouvelle opportunité de se voir attribuer le marché. »

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Sur la première branche

L'article 38, §§ 1^{er} et 5, de la loi du 17 juin 2016 énonce ce qui suit :

- « § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur peut appliquer une procédure concurrentielle avec négociation dans les cas suivants :
 - 1° pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants :
 - a) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;
 - b) ils incluent la conception ou les solutions innovantes;
 - c) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent;
 - d) le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'article 2, 45° à 48° ;
 - e) l'accès du marché est réservé en application de l'article 15 et le montant estimé du marché hors taxe sur la valeur ajoutée est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne;
 - f) le montant estimé du marché hors taxe sur la valeur ajoutée est inférieur aux montants fixés par le Roi;
 - 2° pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.

Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 2^o, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il inclut dans la procédure tous les soumissionnaires, et seulement les soumissionnaires, qui satisfont aux critères visés aux articles 67 à 78 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation. S'il n'inclut pas dans la procédure tous lesdits soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur sera par contre tenu de publier un avis de marché.

Néanmoins, lorsque la première procédure n'a pas été obligatoirement soumise à la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut, en vue d'élargir la concurrence, consulter en outre les opérateurs économiques qui, selon lui, peuvent répondre aux exigences en matière de sélection, que ceux-ci aient ou non remis une offre régulière ou n'aient pas remis une offre dans le cadre de la première procédure. En pareil cas, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché.

[...]

§ 5. Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 8, en vue d'améliorer leur contenu. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire.

Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations ».

Le paragraphe 5 précité ne limite pas à l'une ou l'autre circonstance la faculté d'attribuer le marché sans négociation sur la base des offres initiales, laissant au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation. Il faut toutefois que celui-ci se soit réservé cette possibilité dans les documents du marché.

En l'espèce, les pouvoirs adjudicateurs ont expressément prévu la faculté d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, en application de l'article 38, § 5, alinéa 1^{er}, dans l'avis de marché, lequel précise ce qui suit :

« IV.1.5) Informations sur la négociation (uniquement pour les procédures concurrentielles avec négociation)
Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans mener de négociations ».

Cette faculté de renoncer à négocier a été rappelée dans le Guide de soumission. Elle n'est soumise à aucune condition.

À la suite de l'examen des offres, il a été décidé, dans l'acte attaqué, que :

« Que, compte tenu de la précision et de la qualité des offres initiales, le présent marché attribué sur la base de ces offres initiales, sans négociations, conformément à la possibilité prévue à l'article 38, § 5, de la Loi Marchés publics et le point IV.1.5.) de l'avis de marché (et rappelé ensuite par les articles A.2.24 et A.2.30 du Guide de Soumission ; ».

Une telle motivation fait apparaître que les raisons ayant conduit les pouvoirs adjudicateurs à renoncer aux négociations résident dans la précision et la qualité des offres initiales des deux soumissionnaires concernés.

La précision et la qualité des offres avaient été soulignées dans le rapport d'expert, dont la décision d'attribution s'approprie les motifs, et qui comporte les considérations suivantes :

« De manière générale, le groupe de travail souligne la grande qualité et le grand professionnalisme des réponses fournies par Orange Belgium, d'une part, et par Proximus, d'autre part. Ces deux grands opérateurs télécom ont une dimension et une expertise internationale et figurent parmi les leaders du marché des télécommunications à Bruxelles et en Belgique, et il ne fait aucun doute qu'ils pourraient l'un et l'autre parfaitement convenir comme partenaire des pouvoirs publics bruxellois au sein de la société IRISnet. Le groupe de travail observe que l'expertise des deux soumissionnaires, traduite dans la grande qualité de la plupart des réponses fournies a pour conséquence de réduire les écarts dans les points attribués, les deux offres étant au final d'un niveau très proche dans l'excellence des réponses fournies. »

Les parties adverses exposent que si le choix de la procédure concurrentielle avec négociation avait été motivé par la complexité du marché, elles ont estimé que les offres initiales étaient suffisamment détaillées pour considérer qu'il était possible de les évaluer sans procéder à des négociations. Il convient de souligner que le pouvoir adjudicateur jouit d'une ample liberté d'appréciation à l'égard d'une renonciation à négocier les offres et qu'aucun élément du dossier ne paraît contredire le motif retenu dans la décision attaquée. En particulier, il n'apparaît pas que subsisteraient des interrogations relatives aux offres, qui justifieraient des négociations.

Le but des négociations est d'améliorer le contenu des offres afin que les pouvoirs adjudicateurs puissent acquérir des travaux, fournitures ou services adaptés à leurs besoins. Il ne s'agit pas, ainsi que semble le penser la requérante, de donner une « deuxième chance » aux soumissionnaires moins bien disant en leur permettant d'améliorer leur offre en vue d'augmenter leurs chances de remporter le marché.

Certes, ainsi que le relève la requérante, le rapport d'évaluation du critère qualité relève à diverses reprises certaines imprécisions, tant dans l'offre de la partie requérante que dans celle l'intervenante. Cette appréciation s'inscrit toutefois dans le contexte de la comparaison des offres quant au critère de qualité. Cet exercice de comparaison implique nécessairement d'identifier les avantages (et désavantages corrélatifs) d'une offre par rapport à une autre. Il ne peut en tout cas s'en déduire que les offres ne seraient pas satisfaisantes, mais simplement qu'une offre est meilleure, ce qui n'implique certainement pas qu'une faiblesse majeure aurait justifié des négociations.

Il n'apparaît pas, au stade de la procédure en référé d'extrême urgence, que les parties adverses auraient commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant que les offres répondaient à leurs besoins et ne nécessitaient pas de négociations.

La première branche du troisième moyen n'est pas sérieuse.

Sur la seconde branche

La requérante soutient que les parties adverses avaient l'obligation de négocier afin de neutraliser l'avantage de la société Orange Belgium qui, selon elle, disposait d'informations dont elle-même n'aurait pas bénéficié.

Il résulte de l'examen *prima facie* du deuxième moyen que les pouvoirs adjudicateurs ont pris des mesures opportunes et suffisantes pour neutraliser à suffisance l'avantage concurrentiel dont disposait l'intervenante du fait de sa position d'adjudicataire dans le cadre du marché IRISnet2.

La requérante relève une série de questions posées dans le cadre de l'évaluation du critère qualité, pour lesquelles elle aurait été « pénalisée pour son approche trop générale ainsi que son manque de précision à l'égard de points de son offre pour lesquels elle ne disposait tout simplement pas des informations pertinentes ». Toutefois, elle n'établit pas de lien concret entre un document ou une information manquante et l'élément sur lequel elle n'a pas obtenu le maximum de points. Ce n'est pas parce que la requérante ne s'engage pas – ou s'engage de manière moins ferme ou de manière plus floue – que ce manque de précision résulte d'un manque d'information. Il ne semble pas, par ailleurs, que la requérante aurait indiqué qu'elle aurait été incapable de prendre position à ce stade ou d'être plus précise sur l'un ou l'autre aspect en raison de sa connaissance insuffisante du fonctionnement de la société IRISnet.

Pour chacune des questions dont fait état la requérante, les parties adverses apportent les explications suivantes :

- « i. Question 1 (lire : question 2) (business plan horizon 2030)
Comme exposé ci-dessus, la requérante disposait de toutes les informations nécessaires pour établir une projection du nombre de clients publics et privés estimé à l'horizon 2023 et des revenus tirés de ces clients : le nombre de PAB actuels, le nombre de PAB potentiels, volumétrie détaillée des services actuellement fournis aux soumissionnaires, ventilation du chiffre d'affaires par client et par service, comptes annuels, budgets, ... On n'aperçoit pas comment ces éléments, combinés à sa propre connaissance du secteur, ne permettaient pas à la requérante de faire des prévisions générales concernant l'évolution du nombre de

clients dans le futur et en quoi la situation d'Orange l'aurait particulièrement avantagée sur ce point.

En toute hypothèse, les deux soumissionnaires ont obtenu le maximum de points pour cette question. Il ne saurait donc y avoir eu une discrimination sur ce point.

ii. Question 20 (processus de gestion de la documentation)

Orange a obtenu un score de 3/4 pour cette question et Proximus a obtenu 1/4.

Cette différence de points n'est aucunement liée à un manque d'information de Proximus ou un traitement inégal des soumissionnaires à cet égard. La question demandait aux soumissionnaires de décrire la méthodologie qu'ils mettront en œuvre pour la gestion de la documentation. Tout opérateur télécom est ou doit être capable, en tant qu'opérateur expert dans son domaine, de prévoir une méthodologie concrète de gestion de la documentation (p. ex. : Proximus aurait pu s'inspirer des processus en place au sein de sa société). En l'occurrence, Proximus se limite à énumérer des principes généraux de gestion de documentation, alors qu'il aurait pu proposer des outils et méthodes concrètes de gestion. Proximus n'a même pas pris la peine de distinguer les processus de gestion de la documentation qu'il proposerait en fonction des différents domaines, alors que la question l'y invitait. Il n'est aucunement nécessaire de connaître les processus de gestion de la documentation existants pour proposer une méthode de gestion de cette documentation (p. ex. : Orange a proposé de mettre à disposition un nouvel outil ARIS Clouds pour la gestion de la documentation des processus qui n'a rien à voir avec les outils existants ; l'on n'aperçoit pas ce qui empêchait Proximus de faire des propositions similaires).

En toute hypothèse, les soumissionnaires disposaient de toutes les informations utiles pour répondre à la question à propos des quatre domaines de gestion de la documentation identifiés dans la question, notamment les outils actuellement utilisés ainsi qu'un aperçu complet du type de documentation qui devra être gérée pour chaque domaine.

On soulignera que Proximus n'a posé aucune question à propos de la gestion de la documentation. Elle n'a pas non plus sollicité de document supplémentaire. *In tempore non suspecto*, Proximus estimait donc la documentation suffisante. Proximus a fait le choix de ne pas détailler davantage sa réponse, ce que la partie adverse a pu à juste titre coter plus sévèrement. Le différentiel de points n'est pas la conséquence d'un manque d'information ou d'un avantage concurrentiel discriminatoire.

iii. Question 21 (maintenance des infrastructures)

Orange a obtenu un score de 4/4 et Proximus a obtenu 3/4.

Proximus a été moins détaillé sur un aspect de la question, celui des synergies. La question demandait au soumissionnaire de préciser "quelles synergies il envisage d'exploiter afin de limiter les coûts de maintenance (par exemple profiter d'une intervention pour en effectuer une autre sur le même site ou à proximité, ...) et en quoi elles sont pertinentes dans le cadre du Marché". Orange s'est engagée à ce que les interventions soient regroupées sur base géographique pour les types de services identiques. Proximus n'a rien indiqué en ce sens dans son offre. Il est donc logique et justifié que Proximus obtienne un point de moins qu'Orange en réponse à cette question.

On n'aperçoit pas quelle information spécifique était nécessaire pour formuler cette proposition de synergie. Les pouvoirs adjudicateurs n'attendaient pas une analyse détaillée avec un plan de maintenance en fonction de l'âge, software, situation géographique de chaque équipement, mais des propositions de synergies sur lesquelles le soumissionnaire s'engagerait, ce que Proximus n'a pas fait.

En toute hypothèse, les informations que Proximus prétend ne pas avoir reçu à propos des équipements se trouvaient dans les documents de marché. A nouveau, Proximus n'a jamais indiqué qu'il lui manquerait des informations en ce qui concerne les infrastructures d'IRISnet.

iv. Question 27 (pistes de réduction des prix aux PAB)

Chaque soumissionnaire a obtenu le maximum des points. Proximus n'a donc pas pu être pénalisée en raison d'un manque d'information en lien avec cette question.

v. Question 34 (compétences gratuites mises à disposition d'IRISnet dans le domaine de l'architecture du réseau IRISnet)

Orange a obtenu 4/4 et Proximus 2/4.

La réponse de Proximus est jugée moins bonne sur deux aspects :

- L'engagement de Proximus de mettre à disposition d'IRISnet gratuitement certaines de ses compétences n'est pas clair dans sa réponse. Ce seul élément justifie une différence de plusieurs points entre Orange et Proximus, dans la mesure où l'objet même de la question était de décrire quelles compétences seraient mises gratuitement à disposition d'IRISnet. Cette imprécision n'est à l'évidence pas la conséquence d'un manque d'information.
- En ce qui concerne la description des processus à mettre en place pour le développement des compétences, Proximus n'a pas décrit le processus de développement des compétences relatives au déploiement des réseaux de fibre optique (alors que la fibre optique est la technologie d'avenir pour le développement des réseaux). Elle affirme que ce serait parce que « elle n'a tout simplement pas connaissance des compétences existantes au sein de IRISnet et ne peut par conséquent pas préciser davantage les processus qu'elle entend mettre en place ». Or, Proximus a été tout à fait capable de décrire, comme demandé, des processus généraux de développement des connaissances en matière de conception, construction et maintenance de réseaux backbone MPLS. On n'aperçoit pas pourquoi elle n'aurait pas pu faire de même en ce qui concerne les réseaux de fibre. La réponse de Proximus est tout simplement moins complète que celle d'Orange, sans que la raison ne soit une inégalité dans le degré d'information des soumissionnaires. Encore une fois, Proximus disposait de toute l'information pour répondre à la question.

vi. Question 41 (réduction de 25% pour les services de mobilophonie)

Orange a obtenu 4/4 et Proximus 2/4.

Proximus n'a pas proposé de pourcentage de réduction du prix des services de mobilophonie offerts aux PAB.

Toutes les informations pertinentes étaient pourtant à disposition de Proximus, notamment :

- La structure des prix de vente des services de mobilophonie aux PAB ;
- La marge appliquée par IRISnet ;
- Le chiffre d'affaires facturé par fournisseur ;
- La ventilation du chiffre d'affaires comptable par client et par service document ;
- Les commissions payées à la société IRISnet par les fournisseurs de 2013 à 2020

Proximus a proposé un pourcentage de 5% de réduction sur les prix des cartes SIM Proximus au bout de la période de prise de connaissance et une nouvelle réduction de 5% sur les prix résultant du point précédent au bout de la période de grâce. Proximus n'était donc pas dans l'impossibilité de proposer une réduction (contrairement à ce qu'il affirme), inférieure toutefois aux 25% proposés par Orange. C'est un choix commercial qui justifie un différentiel de 2 points.

vii. Question 44 (support d'IRISnet dans la mise en place d'un CSO)

Orange a obtenu 4/4 et Proximus 3/4.

La légère différence de points concerne le respect de la souveraineté de la société IRISnet, indiquée dans les précisions de la question comme importante pour les pouvoirs adjudicateurs. Proximus a en effet indiqué uniquement que le rôle de CSO serait occupé par un collaborateur de la société IRISnet, tandis qu'Orange s'est engagée en outre de façon un peu plus poussée à mettre en place certains principes (principe de la muraille de Chine et rapportage direct auprès de la direction). Ceci justifie que l'offre d'Orange a été jugée « légèrement meilleure

que celle de Proximus ». Aucune information spécifique n'était nécessaire : une réponse générique faisant référence à des processus permettant de garantir un maximum d'indépendance d'IRISnet vis-à-vis de l'adjudicataire suffisait. Proximus accuse également l'offre d'Orange de ne pas avoir respecté le format de maximum une page, ce qui est inexact.

viii. Questions 45, 46, 48, 49, 57, 60 et 63

Dans la mesure où Proximus ne prend pas la peine d'élaborer ses critiques à propos de ces questions (qui ne sont qu'une énumération de questions pour lesquelles Proximus a obtenu moins de points qu'Orange parce que ses engagements étaient moins précis et fermes sur certains aspects), il semble superflu d'y répondre point par point dans le cadre d'un examen en extrême urgence.

Les équipes du CIRB ont analysé ces questions et constaté que le même schéma se reproduit à chaque fois : les omissions dans l'offre de Proximus ne sont pas la conséquence d'un manque d'information (p. ex., à la question 46 : Proximus n'identifie pas les compétences qu'il juge les plus importantes pour mettre en œuvre le système de management de la sécurité de l'information, alors que c'est quelque chose que n'importe quel opérateur expert dans son domaine aurait pu proposer ; à la question 57, Proximus élabore moins qu'Orange les étapes du processus proposé d'amélioration continue, c'est-à-dire quelque chose de générique qui ne nécessite pas d'information particulière ; etc.).

73. Il résulte de cette analyse de chaque critique une par une que les prétendus exemples de cas dans lesquels Proximus a disposé de moins d'informations qu'Orange, qui imposeraient aux parties adverses de négocier afin de rétablir l'égalité entre les concurrents, n'en sont pas réellement. Ce que Proximus souhaite, c'est une deuxième chance de remettre une meilleure offre. Il ne saurait y être fait droit.

74. Pour autant que de besoin, on remarquera que tout comme Proximus, Orange a perdu des points en raison de réponses imprécises ou moins précises à certains égards. Tout comme pour Proximus, ces pertes de points ne démontrent pas une connaissance insuffisante de la situation mais simplement des aspects auxquels le soumissionnaire a consacré moins d'attention.

On citera à titre illustratif les questions suivantes :

Q ? n°	Score OB	Score PX	Commentaires
10)	3/4	4/4	OB ne précise pas les moyens qu'elle utilisera pour mesurer les résultats des actions entreprises auprès du personnel d'IRISnet.
19)	2/4	3/4	OB ne précise pas quelle sera sa contribution spécifique dans les activités de gestion proposées et l'assurance concrète de la continuité de l'ICT interne.
24)	2/4	4/4	Le manque de précision de la réponse d'OB concerne la concertation avec le CIRB pour la définition et le développement du centre de compétences, le manque de précision concernant la gestion et l'organisation du centre de compétences et la diversité moindre dans les expertises proposées pour le centre de compétences.
36)	2/4	3/4	Moins de détail dans la démarche d'OB au niveau de l'évolution technologique et des technologies mises en place.
52)	1/4	4/4	Manque de précision sur la manière dont OB aborde le projet en termes d'approche, méthodologie, standards du marché utilisés et interaction avec le client.
62)	3/4	4/4	OB manque de précision dans la proposition d'activités concrètes pour l'intégration de la culture Selfy dans le processus d'accueil de nouveaux collaborateurs.
66)	2/4	3/4	Manque de proposition de la part d'OB d'un pourcentage concret de ressources à attribuer aux projets internes.

76)	1/4	4/4	Manque de précision dans la réponse d'OB au niveau de la manière concrète dont il apporterait un support à la société IRISnet pour accélérer le déploiement du réseau et connecter davantage de PAB à la fibre optique à un tarif compétitif.
-----	-----	-----	---

».

Ces éléments permettent de considérer, au stade de l'examen en référé d'extrême urgence, que la requérante disposait des informations nécessaires, tant en raison des éléments communiqués en annexe au Guide de soumission et via la *data room* que sur la base de son expérience en tant qu'opérateur télécom.

La seconde branche du moyen n'est pas sérieuse.

IX. Quatrième moyen

IX.1. Thèse de la requérante

Le quatrième moyen est pris « de la violation des articles 4 et 83 de la Loi Marchés Publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 (plus particulièrement le 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 (loi Recours), du *principe patere legem quam ipse fecisti*, des principes généraux du droit d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence, de proportionnalité, du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur ou de l'inadéquation dans les motifs »,

en ce que « la décision d'attribution examine de manière très sommaire la régularité des offres remises par les soumissionnaires, en se contentant d'évoquer les aspects de régularité formelle des offres et en énonçant, pour le surplus et sans aucune justification, que "les offres des deux soumissionnaires ne sont affectées d'aucune irrégularité substantielle" »,

alors qu' « il incombe à tout pouvoir adjudicateur d'effectuer et de démontrer le contrôle de la régularité des offres, tant sur le plan formel que sur le plan matériel »,

et alors que, « en l'espèce, le cahier spécial des charges prescrivait expressément plusieurs exigences essentielles sous peine d'irrégularité et de rejet des offres ne respectant pas celles-ci »,

que « les pouvoirs adjudicateurs ne pouvaient donc se contenter d'affirmer l'absence d'irrégularité substantielle des offres, par seule référence aux aspects de régularité formelle, et sans autre motivation ».

La requérante développe le moyen de la manière suivante :

« 52. Le présent moyen est pris de l'erreur manifeste d'appréciation dont se sont rendues coupables les parties adverses lors de l'examen des offres. En effet, alors que l'offre d'Orange Belgium est entachée d'au moins deux irrégularités substantielles, les parties adverses ont conclu, à tort, qu'elle était régulière, sans procéder manifestement au moindre examen effectif de la régularité matérielle des offres. Il est, par ailleurs, possible que l'offre d'Orange Belgium soit entachée d'autres irrégularités, dès lors que rien ne permet, dans la décision d'attribution, d'établir que la régularité de celle-ci par rapport aux exigences essentielles du présent marché a été vérifiée.

Conformément à l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 et à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de vérifier la régularité des offres et ne peut attribuer le marché litigieux qu'à une offre régulière.

Ainsi, pour rappel, le cahier spécial des charges du présent marché pose plusieurs exigences expressément qualifiées de substantielles, à savoir:

- Point A.2.2 du CSC: toute réserve émise concernant le projet de statuts de la Société IRISnet dans l'Offre d'un Soumissionnaire permet aux parties adverses de la considérer comme « substantiellement irrégulière »; Toutefois, la décision d'attribution, qui évoque d'autres aspects de la régularité des offres, n'indique nullement que celles-ci – et, en particulier, celle de l'adjudicataire – ne comporterait effectivement aucune réserve à ce propos.
- Point A.2.22 du CSC: irrégularité substantielle de l'offre en cas de réserves quant aux prix maxima déterminés dans le Guide de soumission et ses annexes;
- Point A.2.22 du CSC: Toute Offre présentant un prix à caractère anormal à la suite de cette vérification de prix est considérée comme affectée d'une irrégularité substantielle;
- Il n'est, enfin, évidemment pas possible de considérer comme régulière une offre qui contreviendrait soit aux exigences de complétude quant à son contenu, soit aux autres éléments présentés comme essentiels dans le cadre du présent marché comme, en particulier, la continuité des services, dans toutes leurs composantes, par rapport aux prestations existantes, qui est réaffirmée à plusieurs reprises dans le cahier spécial des charges et est même visée comme un engagement spécifique de l'adjudicataire par l'article 12.5, § 1^{er}, des dispositions contractuelles annexées au Volume A du cahier spécial des charges.

Par ailleurs, le cahier spécial des charges rappelait, sous son point A.2.27, que:

“ Les Offres des Soumissionnaires sont examinées sur le plan de leur régularité, conformément aux articles 75 et suivants de l'Arrêté royal passation, ainsi qu'aux dispositions du Guide de Soumission.

Les Pouvoirs adjudicateurs se réservent le droit de régulariser les Offres autres que finales affectées d'une irrégularité substantielle ou 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 1^{er}, alinéa 3, de l'article 76, de l'Arrêté royal passation, conformément à cette disposition (§ 4) préalablement à l'entame des négociations.

L'Offre finale affectée d'une irrégularité substantielle est nulle et donc écartée.

Seules les Offres reconnues régulières sont prises en considération pour être évaluées au regard des critères d'attribution.”.

Or, dès lors que les parties adverses ont renoncé, en cours de procédure, à toute négociation avec les soumissionnaires, il en résulte que leur offre initiale devait être considérée, sous l'angle de la régularité des offres, comme une offre finale, et être rejetée pour toute irrégularité substantielle contenue dans celle-ci. Comme elles l'ont-elles-mêmes rappelé dans leur cahier spécial des charges, les parties adverses ne disposaient d'aucun pouvoir d'appréciation à cet égard.

53. En l'occurrence, donc, la décision d'attribution, qui se contente d'énumérer certains points de régularité formelle de l'offre et d'affirmer que les offres ne comportent pas d'irrégularité substantielle, n'est, en toute hypothèse, pas adéquatement motivée.

En outre, il résulte de l'examen des autres motifs de la décision d'attribution, portant sur la comparaison des offres sur le plan qualitatif, que l'offre d'Orange Belgium présentait nécessairement et *a minima* les irrégularités suivantes:

- Question n°32: le rapport d'évaluation mentionne que [...]:
 - “ Pour le catalogue de profils, Orange Belgium mettra les descriptions de compétences et de missions à disposition en français et en néerlandais. Pour chaque profil, le taux journalier HTVA sera indiqué.
 - Pour le catalogue de matériels, Orange Belgium présentera chaque équipement avec une photo, la marque, le nom commercial, le numéro de référence, le prix standard, le prix après remise Orange Belgium, l'ensemble des licences pouvant y être associées, la disponibilité en stock (indicatif), les éventuels SLA, la fiche technique du constructeur et/ou un manuel d'utilisation (quand disponible).
 - Pour le catalogue de logiciels, Orange Belgium mettra à disposition les mêmes informations que pour le catalogue de matériels avec en complément les spécificités éventuelles liées au système d'exploitation. Les photos des logiciels seront adaptées à leurs spécificités immatérielles”.
- Ainsi, toutes les prestations d'Orange Belgium en termes de mise à disposition des catalogues sont conjuguées au futur, alors qu'elles le sont au présent pour la partie requérante. Il s'en déduit raisonnablement qu'en réalité, l'offre d'Orange Belgium ne contenait pas les catalogues en question, ni un lien permettant de consulter ceux-ci, mais uniquement l'annonce de leur futur contenu.
- Or, le Guide de soumission imposait expressément de mettre les catalogues en question à disposition, dans l'offre même, via un lien de consultation en ligne (CSC2021016- Guide de soumission volume B.pdf, §B.6.2.4).
- Il apparaît donc clairement que l'offre d'Orange Belgium, contrairement à celle de la partie requérante, était irrégulière sur ce point, car incomplète et non conforme aux exigences des documents du marché.
- Et pourtant, cet aspect de la régularité de l'offre d'Orange Belgium n'est pas examiné par la décision d'attribution et même, l'offre d'Orange Belgium reçoit, pour ce critère, une meilleure évaluation que celle de la partie requérante !
- Il n'est pas clair, ensuite, à la lecture des évaluations d'Orange Belgium sous les questions n°38, 41 et 42 notamment, qu'Orange Belgium ait respecté l'exigence du Cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur facture lui-même les services aux PAB (voir Guide de soumission, Volume A, point A.2.1, 2)).
- A nouveau, la vérification du respect de cette exigence fondamentale, suivie par la partie requérante tout au long de son offre, fait défaut en l'espèce et ne permet pas d'attester de la régularité de l'offre de l'adjudicataire.
- Enfin, il ressort de l'analyse qualitative faite des *use-case* que, en violation des exigences de continuité technologique imposées par les documents du marché, Orange Belgium s'est permis, manifestement en vue d'“optimiser” le prix de son offre, de modifier l'environnement technologique des *use-case*.

Ainsi, en effet, et ce même sous l'angle de la question n°43 du critère qualitatif, qui aurait dû permettre aux parties adverses d'appréhender cette problématique en toute hypothèse, ainsi que sous les questions n°68 et 69, l'analyse de l'offre d'Orange Belgium est muette sur la circonstance qu'elle propose, pour le *use-case* n°1, une solution basée sur du *switch* Fortinet et qui impliquera une gestion LAN Management qui devra tenir compte de l'hétérogénéité de l'environnement actuel, qui est basé sur Cisco (voir également le premier moyen à cet égard).

Or, cette rupture de continuité technologique est clairement en porte-à-faux avec les demandes des parties adverses, comme cela résulte de la réponse à la question n° 5 dans le cadre des questions-réponses.

Il en résulte que la décision attaquée ne démontre pas la régularité matérielle de l'offre de l'adjudicataire et ne pouvait, dès lors, procéder à l'attribution du présent marché à son bénéfice.

Le quatrième moyen est sérieux. »

La requérante fait valoir ce qui suit à propos de son intérêt au moyen :

« 54. La partie requérante conteste, par le présent moyen, la validité de la décision d'attribution qui présente un défaut de motivation du contrôle de la régularité des offres.

Ce faisant, a minima, la partie requérante démontre que les parties adverses ne peuvent justifier de la régularité de l'offre de l'adjudicataire du présent marché, en telle sorte que le marché ne pouvait lui être attribué et que la requérante devrait, ainsi, retrouver une chance de se voir attribuer celui-ci, soit sur la base de la présente procédure, soit sur la base d'une procédure relancée par les parties adverses, en particulier si celles-ci devaient constater l'irrégularité de l'offre d'Orange Belgium.

La requérante a donc évidemment intérêt au présent moyen, qui est donc recevable dans son chef. »

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énonce que le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres et habilite le Roi à fixer les modalités additionnelles à cette fin.

L'article 76, §§ 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme suit :

« § 1^{er}. 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, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 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 1^{er}, 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 1^{er}, alinéa 3 ».

Si le pouvoir adjudicateur constate des dérogations aux prescriptions issues des documents du marché, il lui revient de les examiner, de qualifier les irrégularités de substantielles ou non substantielles, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient sa décision. Par ailleurs, si une décision positive qui constate la régularité d'une offre peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre, c'est à la condition que l'examen de sa régularité n'ait suscité aucune difficulté. Dès que le pouvoir adjudicateur a été confronté à une difficulté, il est, à tout le moins, contraint d'explicitier les raisons pour lesquelles il a estimé que l'offre était régulière au regard de cette difficulté.

En l'espèce, l'acte attaqué comporte la motivation suivante :

« Vu l'article 83 de la Loi Marchés publics ;
Vu les exigences du Guide de Soumission et en particulier le point A.2.23 du Guide de Soumission et l'annexe 6 ;
Considérant que les offres des deux soumissionnaires, Orange Belgium S.A. et Proximus S.A. de droit public, ont été déposées sur la plateforme e-Tendering dans le délai requis ;
Considérant que les offres des deux soumissionnaires sont complètes ;
Considérant que les deux soumissionnaires ont émis un rapport de dépôt de leur offre dûment revêtu d'une signature électronique qualifiée ;
Que les pouvoirs de signature ont été vérifiés et qu'il en ressort que les offres ont été valablement signées ;
Considérant que les offres des deux soumissionnaires ne sont affectées d'aucune irrégularité substantielle ».

Il n'est pas inutile de relever que cette analyse s'appuie sur le rapport d'évaluation des offres qui ne relève aucune irrégularité au terme de l'analyse des réponses des soumissionnaires aux 77 questions techniques posées par les pouvoirs adjudicateurs dans le Guide de soumission.

Si cette motivation s'avère relativement succincte, elle identifie certains des aspects du contrôle opéré à cet égard par les pouvoirs adjudicateurs.

La partie requérante identifie sept irrégularités potentielles de l'offre de l'intervenante.

La première irrégularité alléguée résiderait dans le fait que la décision d'attribution, qui évoque d'autres aspects de la régularité des offres, n'indique nullement que celles-ci, et en particulier celle de l'adjudicataire, ne comporteraient aucune réserve à propos du projet de statuts de la société IRISnet. Il suffit, à cet égard de relever que le point A.2.2.1) du Guide de soumission énonce que « par le dépôt de son Offre, le Soumissionnaire approuve intégralement et sans réserve le projet de statuts de la Société IRISnet figurant en ANNEXE 3 du Volume A du Guide de Soumission ». Il s'en déduit que, sauf mention contraire, le simple dépôt d'une offre dans le cadre du marché litigieux valait approbation du projet de statuts d'IRISnet. Or, il ne semble pas que l'offre d'Orange contienne des réserves à propos du projet de statuts.

La deuxième irrégularité alléguée découlerait de prétendues réserves émises par Orange quant aux prix maxima. L'examen de l'offre de ladite société permet de constater qu'elle n'a pas émis de réserve quant aux prix maxima.

La troisième irrégularité serait fondée sur le caractère anormal des prix proposés par Orange. Cet argument recoupe le cinquième moyen, qui sera examiné ci-après pour être déclaré non sérieux.

La quatrième irrégularité alléguée serait déduite du caractère potentiellement incomplet de l'offre de l'intervenante. À cet égard, il ressort explicitement de la décision d'attribution, que le pouvoir adjudicateur a vérifié ce point et en a conclu que « les offres des deux soumissionnaires sont complètes ». Au stade de l'examen en référé d'extrême urgence, il ne saurait être considéré, à défaut de tout autre élément, que les parties adverses auraient commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les offres des deux soumissionnaires sont complètes.

La cinquième irrégularité alléguée est déduite de l'utilisation du futur dans la réponse de l'intervenante à la question n° 32. La requérante estime qu'il s'en déduirait qu'Orange n'aurait pas mis à disposition des pouvoirs adjudicateurs les catalogues de profils, matériels et logiciels via un lien de consultation en ligne comme l'exige le cahier spécial des charges. Cette allégation manque en fait. Le lien en question figure bien dans l'offre de l'intervenante.

La sixième irrégularité alléguée résiderait dans le fait qu'« il n'est pas clair [...], à la lecture des évaluations d'Orange Belgium sous les questions 38, 41 et 42 notamment qu'Orange Belgium ait respecté l'exigence du Cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur facture lui-même les services aux PAB voir Guide de soumission, Volume A, point A.2.1,2) ». L'offre d'Orange n'est pas irrégulière sur ce point. En effet, selon le point A.2.1, 2) du Volume A du Guide de soumission (« Contexte actuel du Marché ») :

« La Société IRISnet, en tant que véhicule d'exécution du Marché, sera donc l'interlocuteur des Pouvoirs adjudicateurs et des Bénéficiaires (PAB – *cfr* infra). En pratique, cela implique qu'une fois le Marché attribué à l'Adjudicataire, celui-ci procédera au rachat à la Région des parts dans la Société IRISnet, selon les modalités organisées dans les statuts de la société et reprises en annexe du Guide de Soumission. Ensuite, l'exécution du Marché sera réalisée par l'Adjudicataire au travers de la Société IRISnet qui agira comme le point de contact avec les Pouvoirs adjudicateurs et les PAB et qui, concrètement et notamment, demandera des offres à ses fournisseurs/prestataires de services suite aux commandes (Marchés subséquents) passées par les Pouvoirs adjudicateurs ou PAB et facturera ses prestations aux Pouvoirs adjudicateurs/PAB ».

Le point A.2.5,2) du Volume A du Guide de soumission (« Rôles et responsabilités ») indique également ce qui suit :

« La Société IRISnet, en tant que véhicule d'exécution du Marché, preste les services inclus dans son catalogue de services en recourant aux services et fournitures de l'Adjudicataire. Elle est également en charge de la gestion de ceux-ci sous la responsabilité de l'Adjudicataire. Elle se charge de la prise de la commande, de la livraison et de la facturation aux Bénéficiaires des services faisant partie du catalogue de services. La Société IRISnet est ainsi l'interlocuteur et le point de contact entre les PAB, qui vont lui passer des commandes, et ses fournisseurs/prestataires de services ».

Contrairement à ce que soutient la requérante, le Guide de soumission n'exige donc pas que le pouvoir adjudicateur facture lui-même aux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires (PAB). C'est la société IRISnet qui est désignée comme l'interlocuteur des PAB, et c'est elle qui leur facture les services.

La septième irrégularité alléguée résulterait du fait qu'Orange Belgium aurait « modifié l'environnement technologique des *use case* » en proposant « une solution basée sur du *switch* Fortinet et qui impliquera une gestion LAN Management qui devra tenir compte de l'hétérogénéité de l'environnement actuel, qui est basé sur Cisco ». Cette critique est également formulée au cinquième moyen. Il est renvoyé à l'analyse qui en est faite et qui conclut au caractère non sérieux de ladite critique.

Il résulte de ce qui précède que ni l'exposé des faits, ni le dossier administratif, ni les développements de la partie requérante ne font apparaître de

difficulté à laquelle les pouvoirs adjudicateurs auraient été confrontés dans l'examen de la régularité des offres. Dans ces conditions, les motifs de l'acte attaqué ne devaient pas être plus explicites.

Le moyen n'est pas sérieux.

X. Cinquième moyen

X.1. Thèse de la partie requérante

Le cinquième moyen est pris « de la violation des articles 4 et 84 de la Loi Marchés Publics, de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 (plus particulièrement le 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 (loi Recours), du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des principes généraux du droit d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence, de proportionnalité, du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur ou de l'inadéquation dans les motifs »,

en ce que « la décision d'attribution porte également, de manière tout aussi sibylline, sous l'évaluation du critère du prix, que “les prix fournis pour les différents postes ont été vérifiés conformément à l'article 84 de la Loi Marchés publics et à l'article 35 de l'Arrêté royal passation, et qu'il en résulte qu'aucun prix n'est anormal” »,

alors que « les pouvoirs adjudicateurs ne pouvaient limiter leur contrôle de la normalité des prix aux seuls prix afférents aux éléments tout à fait partiels évalués sous le critère du prix, mais devaient s'assurer de la normalité et de la viabilité des offres dans toutes leurs composantes financières »;

et alors que, « en l'espèce, il ressort de la décision d'attribution, dans le cadre de l'évaluation des critères qualitatifs, que l'adjudicataire du marché a spéculé sur différents éléments de prix qui seront imputables, en cours d'exécution, aux pouvoirs adjudicateurs, sans que les parties adverses ne s'interrogent sur la viabilité économique de ces pratiques spéculatives en valorisant, au contraire, celles-ci sur le plan “qualitatif” ».

La requérante expose ce qui suit :

- « 56. Dans tout marché public, quelle que soit la procédure de passation applicable, il incombe au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix ou des coûts des offres et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, procéder à un examen du caractère normal ou non de ces prix ou de ces coûts.

Les règles de contrôle des prix ou des coûts poursuivent plusieurs objectifs, notamment:

- vérifier que les prix offerts permettent d'exécuter correctement, du point de vue technique, économique, juridique et du respect des délais, les obligations qui résultent des documents du marché;
- protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant d'avaliser des comportements contraires à cette saine concurrence et d'attribuer un marché public à un soumissionnaire ayant remis des prix fantaisistes qui faussent le jeu normal de la concurrence.

Certes, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer quels prix lui semblent apparemment anormaux ou non et pour retenir ou ne pas retenir les justifications de prix fournies par un soumissionnaire.

Il revient cependant au Conseil d'Etat de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont motivé la décision de l'adjudicateur de considérer qu'un prix était apparemment anormal ou non et de retenir ou de ne pas retenir les justifications du soumissionnaire et, le cas échéant, de censurer une appréciation manifestement déraisonnable de l'adjudicateur à cet égard.

En l'espèce, la décision contestée est critiquable sous plusieurs angles à ce propos, que ce soit quant aux données relatives à l'objet du marché prises en considération dans le cadre de cette vérification ou quant à l'absence totale de motivation du contrôle intervenu.

57. Tout d'abord, en ce qui concerne la portée du contrôle exercé par les parties adverses à cet égard, il convient de relever que la normalité des prix est examinée et affirmée, dans la décision d'attribution, sous le critère d'attribution du prix et, donc, uniquement au regard du prix remis pour les *use-case* (voir supra, premier moyen). Le contrôle ainsi exercé ne porte pas, loin s'en faut, sur l'ensemble des éléments économiques de l'offre des soumissionnaires, conditionnant les prix qui seront effectivement pratiqués par ceux-ci en exécution du marché.

En effet, comme illustré à suffisance sous le premier moyen, les offres des soumissionnaires – et même celle d'Orange Belgium en particulier – comportaient bien d'autres dimensions économiques et de données chiffrables, correspondant à une charge financière finale dans le chef des parties adverses et/ou des PAB, n'ayant ainsi fait l'objet d'aucune vérification en termes de normalité des prix.

Outre les éléments de coût et de prix transparaissant de l'analyse des questions n°6, 11, 18, 22, 23, 34, 45, 49, 63, 68 et 69, tels qu'ils ont été décrits sous le premier moyen (voir supra), on se permettra de revenir ici, en particulier, sur la question n°41 dans laquelle, pour rappel, l'offre d'Orange Belgium est fortement valorisée, au détriment de la partie requérante, pour avoir proposé "des tarifs permettant une diminution globale de la facture mobile des PAB de 25% en moyenne, avec une mise en œuvre immédiate dès l'accord du conseil d'administration de la société IRISnet".

A aucun moment, les parties adverses ne se prononcent sur la viabilité économique d'une telle réduction, que l'on peut qualifier de substantielle.

En outre, si Orange Belgium propose de réduire les prix des services mobiles pour les PAB, elle ne précise manifestement pas sur quelle partie de son modèle

de coûts elle entend absorber cette réduction. Est-ce sur les prix fournisseurs ou les marges d'IRISnet, on l'ignore, alors que cela peut avoir un impact significatif sur le *cost model* et le *business plan* d'IRISnet elle-même. Ainsi, la proposition d'Orange Belgium, clairement spéculative et non vérifiée par les parties adverses, ne donne pas d'assurance sur les moyens dont disposera réellement IRISnet pour financer son organisation. Orange Belgium ne semble d'ailleurs pas faire non plus d'étude sur la réduction du facteur de coût généré par l'organisation IRISnet. Par ailleurs, la réduction importante qu'Orange Belgium a proposée au niveau des seuls services mobiles ne signifie pas que l'adjudicataire ne prévoit pas un mécanisme de rattrapage sur d'autres services pour compenser sa perte de revenus, ce qui risque de provoquer au final une augmentation des coûts de la facture globale des PAB. Toutefois, les parties adverses n'ayant posé aucune question à cet égard, elles n'étaient même pas en mesure de vérifier que cette réduction était bien « nette », et non « compensée » par d'autres augmentations de prix.

De la même manière encore, les parties adverses valorisent, en question n°46, les ressources en matière de sécurité mises à disposition par Orange Belgium, sans que l'évaluation de l'offre permette même de déterminer si ces propositions sont gratuites ou payantes de la part d'Orange Belgium. Dans le premier cas, les parties adverses auraient dû, pour cet aspect également, se soucier de vérifier la viabilité économique du modèle proposé, ce que la seule analyse de la normalité des prix des *use-case*, totalement étrangers à cette thématique, ne leur a pas permis de faire. Il en va de même pour les solutions décrites sous la question n°49.

58. De manière plus générale, cette défaillance de contrôle de la normalité des prix qui seront, à tous égards, pratiqués par les soumissionnaires dans le cadre de l'exécution du marché, met en exergue la circonstance qu'aucun business plan n'a été demandé aux soumissionnaires, à qui il est pourtant demandé de racheter la part majoritaire de la société faisant l'objet du marché !

En l'absence d'un tel *business plan*, il était en réalité purement et simplement impossible, pour les parties adverses, de juger du bénéfice pour la société IRISnet des réductions et différentes gratuités annoncées à tour de bras par Orange Belgium, en telle sorte que rien, dans l'offre, ne permet de connaître les marges subsistantes de l'activité d'IRISnet et, par voie de conséquence, de s'assurer de la préservation de sa viabilité économique.

C'est, pourtant, précisément à ce type de vérification que tend le contrôle de la normalité des prix.

On relèvera encore, sous cet angle, que la partie requérante avait expressément sensibilisé les parties adverses à cette question, dans le cadre de sa Question 36 lors des questions-réponses avant la remise des offres, en ces termes :

“ Question: Au regard du point 12.7.2.1.2 Indication des prix, §3, comment justifier d'imposer au futur adjudicataire de s'en tenir au prix «☐zéro☐» actuellement appliqué par l'adjudicataire en place, sans permettre la moindre vérification en termes de structure de coûts et de normalité du prix ainsi imposé dans son chef☐ ?

Réponse: Les prix de vente aux PAB, actuellement appliqués par la Société IRISnet pour les services du catalogue de services à disposition des PAB sont les prix du marché IRISnet2, validés par le conseil d'administration de la Société et pratiqués par la Société IRISnet envers ces mêmes PAB du marché IRISnet2. La Société IRISnet génère des bénéfices depuis plusieurs années. Les informations relatives aux marges par groupe de services étaient accessibles dans la *data room*. Dans le cadre du marché IRISnet3, les prix maxima doivent être respectés pour les services tels que décrits dans le As-Is”.

Comme la requérante l'a relevé par ailleurs (deuxième moyen), les informations fournies en *dataroom* étaient en réalité bien insuffisantes à cet égard. Ainsi, à tout le moins, la partie requérante n'avait aucune certitude quant à la normalité des prix à pratiquer à l'avenir, et ne peut qu'en avoir d'autant moins quant aux prix annoncés par l'adjudicataire. Certes, celui-ci avait évidemment une connaissance plus fine des flux, coûts, charges, *etc.* de la société IRISnet, et on ne peut qu'espérer qu'il en ait un tant soit peu tenu compte dans ses effets d'annonce multiples en termes de gratuité et de réductions de prix. Toujours est-il que les parties adverses se sont, quant à elles, privées de la possibilité d'exercer de manière effective et pertinente un tel contrôle, en violation des dispositions et principes visés au moyen.

59. Enfin, le contrôle de la normalité des prix est également défaillant, dans la décision attaquée, en ce qui concerne même les prix des *use-case* proposés par l'adjudicataire. En effet, comme exposé sous le quatrième moyen, le prix du *use-case* n°1 d'Orange Belgium repose sur une rupture de continuité technologique, en contrariété avec les exigences uniformes du cahier spécial des charges à cet égard, en proposant une solution *switch* Fortinet – moins chère – dans un environnement existant Cisco. La normalité du prix proposé ne peut donc être valablement appréciée, notamment, par comparaison avec le prix proposé par la partie requérante, ayant respecté le principe de continuité technologique dans le cadre de ses *use-case*. Plus fondamentalement, il est de jurisprudence constante que le contrôle de la normalité des prix est irrémédiablement biaisé s'il est effectué en considération d'une offre non conforme aux exigences techniques du marché et, donc, substantiellement irrégulière.

60. Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que le cinquième moyen est sérieux. »

La requérante expose ce qui suit à propos de l'intérêt au moyen :

- « La partie requérante conteste, par le présent moyen, tant la validité de la décision d'attribution elle-même – défaut de motivation du contrôle de la normalité des prix – que celle des documents du marché, en ce qu'ils ne permettaient pas aux parties adverses de réaliser effectivement une vérification complète et exhaustive des prix du présent marché.

Ce faisant, *a minima*, la partie requérante démontre que les parties adverses ne peuvent justifier de la régularité de l'offre de l'adjudicataire du présent marché, en telle sorte que le marché ne pouvait lui être attribué et que la requérante devrait, ainsi, retrouver une chance de se voir attribuer celui-ci, soit sur la base de la présente procédure, soit sur la base d'une procédure relancée par les parties adverses.

La requérante a donc évidemment intérêt au présent moyen, qui est donc recevable dans son chef. »

X.2. Appréciation du Conseil d'Etat

La requérante reproche en substance aux parties adverses :

- d'avoir limité leur contrôle aux seuls prix mentionnés en réponse aux deux « *use cases* » et de n'avoir pas vérifié la normalité et la validité des offres dans toutes leurs composantes financières ;

- d'avoir permis à l'adjudicataire de « spéculer sur différents éléments de prix qui seront imputables, en cours d'exécution, aux pouvoirs adjudicateurs, sans que les parties adverses ne s'interrogent sur la viabilité économique de ces pratiques spéculatives en valorisant, au contraire, celles-ci sur le plan qualitatif » ;
- de ne pas avoir effectué correctement la vérification des prix fournis dans le cadre des « *use cases* » ; la requérante souligne qu'en réponse au 1^{er} « *use case* », l'intervenante a proposé un *switch* de la marque Fortinet qui est moins cher que le *switch* de la marque Cisco proposé par Proximus, spéculant ainsi sur un matériel meilleur marché et de qualité moindre afin de gagner artificiellement des points, ce que les parties adverses auraient dû déceler si elles avaient effectué correctement le contrôle des prix.

Principes applicables

Aux termes de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

- « Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification. ».

L'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énonce notamment ce qui suit :

- « Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36 ».

L'article 36 de l'arrêté précité dispose quant à lui comme suit :

- « § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.
§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir

adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.
[...] ».

En application de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. Lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée. Lorsqu'il résulte clairement du rapport d'analyse des offres que le pouvoir adjudicateur s'est bien livré à une vérification effective des prix, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, son contrôle étant, à cet égard, limité aux erreurs de fait et aux erreurs manifestes d'appréciation.

Quant à l'existence, en l'espèce, d'une vérification des prix et à l'absence de prix anormaux

La décision attaquée énonce que « les prix fournis pour les différents postes ont été vérifiés conformément à l'article 84 de la Loi Marchés Publics et à l'article 35 de l'Arrêté royal passation, et qu'il en résulte qu'aucun prix n'est anormal ».

Le dossier administratif confirme que la vérification des prix a bien été assurée. En effet, dans le cadre de l'examen des offres, les parties adverses ont établi, d'une part, un tableau Excel qui met côte à côte tous les prix des soumissionnaires pour tous les profils proposés, et qui les compare, et, d'autre part, un tableau Excel qui met côte à côte tous les prix remis par les deux soumissionnaires pour les deux « use cases » et qui commente ligne par ligne ces éléments de réponse.

Il s'ensuit également que c'est à tort que la requérante reproche aux parties adverses de n'avoir procédé à la vérification des prix que sous le prisme restrictif des deux « *uses cases* ».

A propos de la normalité des prix, les parties adverses exposent ce qui suit :

« [...] »

- dans l'ensemble, les prix des deux candidats sont proches ;
- si l'on décompose le métré entre les postes liés à la main d'œuvre et ceux liés au matériel placé en exécution des services, on aperçoit que sur la main d'œuvre, il existe une différence de prix entre Proximus et Orange. Cette différence de prix se constate aussi bien à l'échelle du casus qu'à l'échelle du catalogue des profils dans sa globalité (cf. supra à ce propos) ;
Les prix d'Orange (de l'ordre tout de même de [confidentiel : ordre de grandeur : 650-750 €] par jour et par personne) ne sont pas anormalement bas, loin s'en faut. Les prix de Proximus, s'ils sont plus élevés, ne sont pas pour autant anormalement hauts. La problématique des prix anormalement bas ne se présente d'ailleurs pas de la même manière dans le domaine des services à haute valeur ajoutée que dans celui de la construction ou des services dits « sensibles à la fraude (sociale) », dont l'informatique et les télécommunications ne font assurément pas partie.
Comme l'indique l'acte attaqué, « les prix des deux soumissionnaires se trouvent dans la fourchette des prix pratiqués sur le marché ; les prix d'Orange Belgium S.A. se trouvent au milieu de cette fourchette, tandis que les prix de Proximus S.A. de droit public se trouvent dans le haut de cette fourchette ». Cette différence de positionnement n'est pas anormale : Proximus est la société leader en position dominante sur le marché belge, alors qu'Orange est une grande société française qui entend se développer davantage sur le marché belge. Le Centre Informatique de la Région Bruxelloise est évidemment bien équipé pour apprécier la normalité des prix des services informatiques proposés.
- sur les postes liés aux équipements mis en œuvre, à l'échelle des casus, la différence de prix est de l'ordre de 6 % en faveur de l'un pour le casus 1 et de 6 % en faveur de l'autre pour le casus 2 (comme indiqué dans l'analyse des prix des casus, pièce 39), avec une différence totale de moins de 1 %.
Ici aussi, cette situation n'a rien d'anormal : ni Orange ni Proximus ne produisent ce matériel ni ne détiennent les droits sur les logiciels, qui sont achetés (en grandes quantités et donc à des tarifs avantageux) aux fabricants et placés dans le cadre de la prestation des services.
Certes, cette différence totale de moins de 1 % n'a pas été testée à l'échelle de l'ensemble du catalogue en ligne des équipements (contrairement à la différence pour les profils qui a été validée à l'échelle de tout le catalogue des profils). Cela n'aurait pas été possible, parce que – à la différence des profils dont les compétences sont très précisément définies par le Guide de soumission (pièce 14.4) – les deux catalogues des équipements, outre le nombre énorme de pièces qu'ils comportent, ne sont pas exactement symétriques, chaque soumissionnaire proposant son propre matériel ».

Les éléments ainsi mis en exergue paraissent corroborés par le dossier administratif, de sorte que le résultat auquel la vérification a abouti ne paraît pas entaché d'une erreur manifeste. La motivation de l'acte attaqué est suffisante dès lors qu'aucun élément livré par les écrits de la procédure et les pièces du dossier administratif ne laisse, *prima facie*, apparaître que les pouvoirs adjudicateurs

auraient été confrontés à une difficulté particulière dans la vérification des prix ou qu'ils auraient dû être interpellés par une telle difficulté.

La requérante reproche aux parties adverses de n'avoir pas fait porter le contrôle sur « l'ensemble des éléments économiques de l'offre des soumissionnaires, conditionnant les prix qui seront effectivement pratiqués par ceux-ci en exécution du marché ». Ce faisant, elle semble donner à l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 et aux articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 une portée qu'ils n'ont pas. Le contrôle des prix ne paraît pas en effet devoir s'entendre comme un contrôle formalisé de tous les éléments économiques de l'offre.

Les éléments économiques en question ressortent de l'analyse des questions 6, 11, 18, 22, 23, 34, 41, 45, 46, 49, 63, 68 et 69. À l'exception de ceux afférents à la question 46, ils ont été évoqués dans le premier moyen. Pour les raisons qui y sont exposées, ils doivent, au stade actuel de la procédure, être considérés comme relevant du critère d'attribution « qualité ». Il paraît en être de même de l'élément concerné dans la question n° 46 à propos de laquelle les parties adverses exposent ce qui suit :

Elément critiqué	Réponse
Question n°46 : le coût des ressources en matière de cybersécurité mises à disposition par Orange n'est pas évalué /aurait dû faire l'objet d'un contrôle de normalité des prix.	<p>La question n°46 porte sur la manière dont le soumissionnaire fera bénéficier la société Irisnet des compétences dont il dispose en matière de cybersécurité.</p> <p>Orange a répondu en indiquant l'existence d'une filiale de cyber sécurité au sein du groupe Orange, et en expliquant les compétences, les expertises et les ressources que cette dernière mettra à la disposition d'Irisnet (pièce 36, document 6, pp. 117-118). De même, Proximus a elle aussi expliqué les compétences internes dont elle dispose, et qui seraient partagées avec Irisnet si celle-ci devenait sa filiale (pièce 30, p. 69).</p> <p>Ici encore, il n'est pas question de « prix » ni même de « coût » pour Irisnet (et encore moins pour les PAB), mais bien de l'évaluation de la plus-value (en l'occurrence dans le domaine de la sécurité informatique) pour Irisnet d'être rattachée au groupe Orange plutôt qu'au groupe Proximus. Evaluer la note méthodologique sous l'angle de la qualité et ne pas soumettre cette note au contrôle prévu par l'art. 36 n'a strictement rien d'illégal.</p>

À l'appui du cinquième moyen, la requérante allègue que les parties adverses auraient dû imposer aux soumissionnaires le dépôt d'un plan d'affaires. Cette critique a déjà été formulée à l'appui du premier moyen. Il est renvoyé à l'examen du caractère sérieux de ce moyen. Il convient en tout état de cause de relever qu'il ne ressort apparemment pas des dispositions et principes visés au

moyen une obligation dans le chef des pouvoirs adjudicateurs d'imposer le dépôt d'un plan d'affaires ou *business plan* pour la société IRISnet.

Par ailleurs, la requérante dénonce, à l'audience, le fait que la méthode d'évaluation choisie ne comporte aucune comparaison des prix des équipements et logiciels des deux soumissionnaires. Les parties adverses paraissent pouvoir être suivies en ce qu'elles soulignent, toujours à l'audience, qu'une comparaison ligne par ligne du prix des équipements n'est pas possible dès lors que les candidats ne proposent pas nécessairement le même matériel.

La requérante formule également une critique sur la viabilité financière de la société IRISnet, et ce au départ de l'article 12.7.2.1.2 du Guide de soumission duquel il ressort qu'il existe, pour les services d'IRISnet, une liste des tarifs payés par les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires et devant être respectés vis-à-vis de ceux-ci. Constatant que pour certains services du catalogue, l'adjudicataire est tenu de s'en tenir au prix « zéro » actuellement appliqué par l'adjudicataire en place, la requérante expose qu'elle n'a aucune certitude quant à la normalité des prix à pratiquer à l'avenir et que les parties adverses se sont privées de la possibilité d'exercer un contrôle effectif des prix annoncés par l'adjudicataire.

À une question posée par la requérante qui demande aux parties adverses comment elles justifient l'imposition d'un prix « zéro » sans permettre la moindre vérification en termes de coûts et de normalité du prix ainsi imposé, les parties adverses ont répondu ce qui suit :

« Les prix de vente aux PAB, actuellement appliqués par la Société IRISnet pour les services du catalogue de services à disposition des PAB sont les prix du marché IRISnet2, validés par le conseil d'administration de la Société et pratiqués par la Société IRISnet envers ces mêmes PAB du marché IRISnet2. La Société IRISnet génère des bénéfices depuis plusieurs années. Les informations relatives aux marges par groupe de services étaient accessibles dans la *data room*. Dans le cadre du marché IRISnet3, les prix maxima doivent être respectés pour les services tels que décrits dans le As-Is ».

Force est de relever que les « prix » dont il est question sont en réalité les tarifs pratiqués par IRISnet, dans sa relation avec les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires (PAB), en contrepartie des services fournis à ceux-ci ; ils sont fixés par le conseil d'administration de la société et ne se confondent pas avec les « prix » remis par les soumissionnaires dans le cadre du présent marché. La critique relative à la viabilité financière de la société IRISnet apparaît, au terme des débats en extrême urgence, étrangère aux dispositions dont la violation est invoquée. S'agissant de la critique selon laquelle la requérante n'avait aucune certitude quant à la normalité des prix à pratiquer à l'avenir, vu que les tarifs pratiqués par IRISnet envers les PAB sont fixés par les organes de gestion d'IRISnet (et non par

l'adjudicataire), il peut être relevé, d'une part, que les services déjà existants au catalogue continueront d'être fournis aux prix indiqués dans ce catalogue, ce qui donne évidemment une visibilité sur les prix qui seront pratiqués à l'avenir, et, d'autre part, que les nouveaux tarifs seront construits sur la base des catalogues de prix remis par l'adjudicataire dans son offre. La critique selon laquelle IRISnet pourrait à l'avenir fixer des prix à un niveau si bas que l'adjudicataire devrait pratiquer des prix anormaux paraît, au stade actuel de la procédure, dépourvue de fondement.

Quant aux switchs Fortinet

Dans le cadre du métré à remplir pour le premier « *use case* », il était demandé que les soumissionnaires proposent un *switch* de 48 ports adapté aux besoins du *casus*. Il s'agit d'un commutateur destiné à relier plusieurs câbles ou fibres dans un réseau informatique. Il se présente comme un boîtier avec un certain nombre de « ports » (48 en l'occurrence), dans lesquels les câbles sont branchés de manière à les faire communiquer avec le réseau. Proximus a proposé le modèle C9200L-48P-GE de la marque Cisco, tandis que Orange a proposé le modèle FS-148F-FPOE de la marque Fortinet, qui, selon la requérante, serait non seulement moins cher, mais de qualité moindre que le modèle de marque Cisco qu'elle a proposé.

Le choix, par Orange, de la marque Fortinet est critiqué dans le présent moyen en ce que le contrôle des prix serait biaisé dès lors que, selon la requérante, il aurait été effectué en considération d'une offre non conforme aux exigences techniques du marché. La critique dudit choix se retrouve dans d'autres moyens :

- dans le premier moyen, la requérante prétend que le *switch* Fortinet introduit « une rupture de continuité technologique » par rapport à l'environnement actuel qui serait dominé par la marque Cisco ; la nécessité qui en découlerait de gérer des composants de marques différentes entraînerait, à l'usage, une série de coûts supplémentaires (« *opex* ») qui auraient dû être valorisés au titre du prix ;
- dans le cadre du quatrième moyen la requérante fait valoir qu'« Orange Belgium s'est permis, manifestement en vue d'optimiser le prix de son offre, de modifier l'environnement technologique des *use cases* » ; elle soutient que ce *switch* induit « une rupture technologique » et que l'offre d'Orange aurait sur cette base dû être écartée pour irrégularité substantielle.
- dans le cadre du sixième moyen, la requérante soutient, sous l'angle des cotations qui ont été attribuées pour la question n° 68, que « Fortinet est moins qualitatif

que Cisco » ; les deux soumissionnaires ayant obtenu 4 points sur 4 pour cette question, la critique est que « l'offre de la partie requérante n'a pas été valorisée par rapport à l'offre d'Orange Belgium qui n'a perdu aucun point alors même que son offre est moins qualitative (voire irrégulière) ».

Dans le document d'analyse des réponses apportées au « *use case* » par les candidats, établi par une équipe composée d'experts internes au Centre informatique pour la Région bruxelloise et d'experts externes que les parties adverses exposent avoir « sélectionnés pour leur expertise dans le domaine des télécoms et de la gestion de sociétés et de projets (Gartner et Roland Berger) », il est constaté ce qui suit :

« Proximus a proposé un *switch* CISCO 9200 et Orange a proposé un *switch* Fortinet FS 148. Les deux appareils conviennent aussi bien l'un que l'autre pour répondre aux besoins du *use case*. Les spécifications majeures évaluées (Capacités des ports; POE; MTBF; *Switching Capacity*; SNMP Support) démontrent l'égalité des deux solutions. Le *switch* proposé par Proximus offre certaines caractéristiques additionnelles, comme : la possibilité de double alimentation, la *stackability*... Ces caractéristiques additionnelles ne présentent cependant pas de plus-value concrète dans le cadre du *use case* ».

L'analyse technique des réponses apportées au premier *casus* est synthétisée comme suit dans le rapport d'analyse des offres :

Le matériel proposé par Orange Belgium est produit par des constructeurs reconnus. Il s'agit de modèles performants qui offrent la capacité de trafic et le niveau de sécurité suffisants pour les besoins du use case : Firewall Fortinet, Switch Fortinet, téléphone VOIP Mitel Aastra.	Le matériel proposé par Proximus est produit par des constructeurs reconnus. Il s'agit de modèles performants qui offrent la capacité de trafic et le niveau de sécurité suffisants pour les besoins du use case : Firewall Fortinet, Switch Cisco, téléphone VOIP Plantronics.
---	---

Appréciation générale et conclusion :

Chaque soumissionnaire a dûment complété le formulaire du Use case 1, en proposant des solutions et prestations de qualité équivalente.

Les prestations et profils proposés permettent de réaliser le service prévu dans le use case avec un haut degré de qualité. Le matériel proposé est soit identique, soit de qualité équivalente. Sur le plan de la qualité, les solutions et prestations proposées par Orange Belgium et Proximus en réponse au use case 1 sont équivalentes (types de prestations de profils et de matériel proposés identiques ou similaires) et ne peuvent donc pas être départagées.

Les soumissionnaires obtiennent chacun **4 points**.

S'agissant de la critique selon laquelle l'utilisation d'un *switch* de la marque Fortinet au lieu de la marque Cisco introduirait une « rupture technologique », les parties adverses exposent ce qui suit :

« [...] Il s'agit de la même technologie, simplement issue d'une autre marque. Recourir à une marque plutôt qu'à une autre n'entraîne pas de surcoût en termes

d'utilisation. La critique formulée dans le 1^{er} moyen manque, tout simplement, en fait.

Elle manque également en droit. Dans le cadre du premier moyen, la critique (p. 24 de la requête, à propos des questions n°68 et n°69) est que les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas tenu compte des coûts d'utilisation ("opex ") prétendument supérieurs induits sur la durée par ce matériel prétendument hétérogène.

L'article 81, § 2 de la loi Marchés publics dispose cependant que "l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée : 1° sur la base du prix ; 2° sur la base du coût (...) 3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs..."

L'article 35 de de l'arrêté Passation reflète cette option laissée au pouvoir adjudicateur : "le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à un contrôle des prix ou des coûts".

Comme l'indique la doctrine, "il n'existe actuellement aucune obligation résultant de la réglementation sur les marchés publics même, pour un adjudicateur, de recourir au critère du coût du cycle de vie en vue de l'évaluation des offres".

100. Il est tout aussi inexact de prétendre qu'IRISnet ne fonctionnerait qu'avec des équipements de la marque Cisco, de sorte qu'introduire des équipements de la marque Fortinet poserait problème.

Les annexes du cahier de charge indiquent, au contraire, qu'IRISnet fournit du matériel de plusieurs fabricants, parmi lesquels Fortinet :

Quelques exemples du matériel actif fourni aux Bénéficiaires du Marché par la Société IRISnet :

Matériel réseau

- Hardware Axis Communications AB
- Hardware Cisco
- Hardware EMC
- Hardware Hewlett Packard Enterprise
- Hardware Eaton Corporation Plc
- Hardware Rittal
- Hardware Avaya
- Hardware Alcatel
- Hardware CommScope Inc
- Hardware Synology
- Hardware Extreme Networks
- Hardware Juniper Networks, Inc
- Hardware Fortinet
- Hardware Infoblox
- Hardware Fiberfab

Proximus en est bien consciente, puisqu'en réponse au casus, au poste 7 du métré (juste au-dessus du poste 8 relatif aux *switch*), Proximus propose elle-même du matériel Fortinet pour un autre composant, à savoir le *firewall*. La note de bas de page n° 11 à la p. 24 de la requête affirme que le matériel Fortinet serait admissible pour le *firewall* mais pas pour le *switch*. Cette affirmation gratuite n'est pas étayée et ne repose sur aucun fondement. »

Eu égard aux éléments dont font état les parties adverses, qui paraissent confirmés par les pièces du dossier administratif, et en l'absence d'une erreur de fait avérée ou d'une erreur manifeste d'appréciation, les affirmations de la requérante ne semblent pas, *prima facie*, de nature à écarter les conclusions des experts, qui considèrent que les deux appareils conviennent aussi bien l'un que l'autre pour répondre aux besoins du « *use case* » et que si le *switch* proposé par Proximus offre certaines qualités additionnelles, ces caractéristiques ne présentent pas de plus-value

concrète dans le cadre du « *use case* ». Les critiques formulées dans le premier moyen à propos du *switch* Fortinet ne paraissent pas pouvoir être retenues.

S'agissant de la prétendue irrégularité de l'offre de Orange en ce qu'elle propose, pour le « *use case* 1 », le *switch* Fortinet, la requérante n'indique, ni dans la requête, ni en termes de plaidoirie, à quel endroit le cahier spécial des charges ou le Guide de soumission interdirait cette marque pour le *switch*. Le Guide n'impose d'ailleurs aucun équipement particulier. Il n'apparaît pas que le Guide de soumission prohiberait les évolutions technologiques par rapport aux catalogues existants.

Il convient de relever qu'à une question posée dans le cadre du Q&A relatif à la phase d'attribution et concernant la « question n° 5 » relative à l'appréciation du critère « qualité » figurant dans l'annexe au Volume B du Guide de soumission, la réponse suivante a été apportée :

- « En référence au Volume B du Guide de Soumission et à ses annexes :
- Pour ce qui concerne le réseau IRISnet et les services existants au catalogue de services de la société IRISnet à disposition des PAB dans le cadre du marché IRISnet2, les choix technologiques devront être poursuivis conformément à la description des services concernés et la continuité devra être assurée auprès des PAB, sauf évolution du catalogue de services à disposition des PAB (nouveaux services ou évolution des services existants).
 - Dans le cadre de l'évolution du catalogue de services, les choix technologiques seront cadrés par le CIRB en fonction de la stratégie et de l'architecture Régionales.
- Dans sa réponse au RFP, le soumissionnaire a la liberté des choix technologiques sachant que :
- la continuité du service aux PAB devra être assurée pour ce qui concerne les services existants;
 - les choix technologiques devront au moment où il seront susceptibles d'être mis en œuvre, s'inscrire dans le cadre de la stratégie et de l'architecture Régionales;
 - dans tous les cas, les modifications des choix technologiques de services existants ou ceux liés à la création de nouveaux services devront être validés par le Conseil d'Administration conformément à la gouvernance de la société IRISnet ».

Les « *use cases* » portent sur la mise en place de nouveaux services à partir des catalogues des profils ou d'équipements de soumissionnaires et non sur l'exécution d'un service déjà défini par le catalogue des services prestés par IRISnet au profit des PAB. La circonstance que tous les nouveaux services proposés par IRISnet aux PAB devront préalablement être validés par le conseil d'administration n'implique pas que les évolutions soient interdites ni que le matériel Fortinet ne puisse être proposé. Dès lors, il n'apparaît pas que l'offre de la société Orange Belgium était irrégulière pour le motif qu'au poste 8 du « *use case* » 1, était proposé un *switch* Fortinet plutôt qu'un *switch* Cisco. La critique formulée dans le quatrième moyen n'est pas sérieuse. Il en va de même de la critique contenue dans le cinquième moyen, dès lors qu'il n'est pas établi, au stade actuel de la procédure, que

le matériel proposé par l'adjudicataire n'était pas conforme aux exigences techniques du marché.

La critique relative à l'appréciation qualitative du *switch* Fortinet fera l'objet d'un examen dans le cadre de l'appréciation du sixième moyen.

Le cinquième moyen n'est pas sérieux.

XI. Sixième moyen

XI.1. Thèse de la requérante

Le sixième moyen est pris de la violation:

- « - des articles 10 et 11 de la Constitution ;
- de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier de ses articles 4, 5, 38 et 81 ;
- 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, en particulier de ses articles 4 et 5 ;
- de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en particulier de ses articles 2 à 4 ;
- des principes généraux du droit, dont les principes d'égalité traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination, de transparence et de concurrence et du principe général de droit *administratif patere legem quam ipse fecisti* ;
- de l'obligation de motivation matérielle et du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles ;
- du vice des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation ; »

en ce que « plusieurs notes attribuées par les parties adverses dans le cadre de l'évaluation des offres sur le critère de qualité (ainsi que les motivations retenues pour les justifier) témoignent de vices des motifs, voire d'erreurs manifestes d'appréciation et/ou démontrent des incohérences concernant l'évaluation des offres des soumissionnaires »,

alors que « les normes et principes visés au moyen imposent aux adjudicateurs de procéder à une évaluation impartiale, raisonnable et cohérente de toutes les offres, fondée sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et légalement admissibles. »

Après avoir rappelé les exigences de la motivation formelle des actes administratifs, la requérante expose que, particulièrement en matière de marchés publics, il importe que les motifs indiqués dans la décision d'attribution soient pertinents et adéquats, et non entachés d'erreurs manifestes d'appréciation, la décision devant notamment établir que l'évaluation des offres a été menée de manière identique et équitable envers tous les soumissionnaires.

Elle soutient qu'en l'espèce, tel n'a pas été le cas et que la lecture du rapport d'analyse des offres démontre que son offre et celle de la société Orange Belgium n'ont pas été évaluées de la même manière. Plus particulièrement, elle allègue que, dans le cadre de la cotation des offres :

1. les éléments positifs de l'offre d'Orange Belgium ont été plus valorisés que les éléments positifs de l'offre de la partie requérante,
2. les éléments négatifs de l'offre de la partie requérante ont été appréciés plus sévèrement que les éléments négatifs de l'offre d'Orange Belgium,
3. et, enfin, certains éléments de l'offre de la partie requérante n'ont pas été pris en compte dans le cadre de son évaluation.

La requérante développe sa thèse comme suit :

« (i) les éléments positifs de l'offre d'Orange Belgium ont été plus valorisés dans la cotation des offres que les éléments positifs de l'offre de la partie requérante

65. Il ressort notamment de l'analyse du rapport d'évaluation du critère de qualité ce qui suit :

- la question n° 1 demandait à chaque soumissionnaire “comment son expertise dans le domaine des télécoms renforcera son actionnariat, notamment en vue de développer la stratégie et le projet industriel de la Société IRISnet à moyen et long terme ?” (Pièce n° 5, Questionnaire).
A ce sujet, l'offre d'Orange Belgium mentionne uniquement que ses dirigeants les plus expérimentés ainsi que ses experts seraient mis à disposition de IRISnet. Or, cette réponse indique uniquement la manière dont Orange Belgium entend mettre son expérience au profit de la gestion opérationnelle globale de la société IRISnet et ne concerne pas la plus-value de son expérience au regard de son rôle d'actionnaire. Il y a partant eu une confusion dans la réponse formulée par Orange Belgium. A l'inverse, la partie requérante a clairement indiqué que ses dirigeants les plus expérimentés siègeraient dans le conseil d'administration de la société IRISnet (Pièce n° 8, p. 5).
Malgré le fait que l'offre d'Orange Belgium ne répond pas à la question posée et est hors sujet sur ce point, les deux offres ont obtenu la note maximale de 4 points. Cette appréciation positive de l'offre d'Orange Belgium est manifestement disproportionnée.
- au sujet de la question n°20 portant sur la gestion de la documentation, le rapport d'évaluation du critère de qualité expose ce qui suit (Pièce n° 8, pp. 49 et 50) :

“ Proximus explique de façon moins claire et moins détaillée qu’Orange Belgium, la façon dont la documentation sera gérée dans chacun des domaines abordés dans le Guide de Soumission. L’approche de Proximus est fondée sur des grands principes qui ne sont pas ou peu illustrés concrètement en fonction des domaines concernés. L’approche d’Orange Belgium concernant la documentation est au contraire précisée par domaine, avec un détail des actions mises en place permettant également de comprendre les principes de gestion de la documentation”.

Or, le contenu de la réponse d’Orange Belgium est manifestement “stéréotypé” en ce qu’il reprend uniquement une énumération générale des demandes formulées par les documents du marché. Autrement dit, Orange Belgium s’est limitée à recopier les attentes dressées par les parties adverses en termes de principes organisationnels de la gestion de la documentation sans toutefois préciser son apport particulier. La prétendue abondance de détails fournis par Orange Belgium ne témoigne nullement d’une approche pragmatique de sa part en ce qu’elle n’y indique pas comment, concrètement, elle entend atteindre ces objectifs organisationnels. Elle a pourtant obtenu 3 points, ce qui semble disproportionné compte tenu des nombreux éléments de sa réponse recyclés des documents du marché.

A l’inverse, l’approche de la partie requérante visait à éviter une réponse peu utile. Plutôt que de simplement répéter les attentes des parties adverses en les reprenant à son compte, elle a préféré indiquer la manière dont elle entendait concrètement améliorer la gestion de la documentation. La partie requérante n’a pourtant obtenu que 1 point.

- la question n°35 demandait que chaque soumissionnaire décrive “comment il évitera que les coûts de déploiement du réseau IRISnet augmentent, notamment les coûts annuels de génie civil et les coûts annuels de gestion de chantier, tenant compte du fait que le réseau IRISnet continue à se déployer en fibre optique” (Pièce n°5, Questionnaire).

Le rapport d’évaluation du critère de qualité stipule à ce sujet que (Pièce n°8, p. 86) :

“ Chaque soumissionnaire présente une approche valable afin d’éviter une augmentation des coûts de déploiement du réseau de fibre optique de la société IRISnet.

Ces approches sont en substance équivalentes, puisque les deux soumissionnaires proposent des économies d’échelle liées au développement de leurs propres réseaux de fibre optique, des conditions favorables négociées avec les fournisseurs et l’accès à diverses parties de leurs infrastructures, expertises et ressources.

Les soumissionnaires ne peuvent donc pas être départagés sur ce point”[...].

Les deux soumissionnaires ont reçu le maximum de points. Pourtant, la comparaison des deux offres met en évidence qu’Orange Belgium ne propose qu’une équipe limitée à deux personnes alors que la partie adverse propose de constituer une équipe sur mesure en fonction du contexte. Cet élément n’a pas été valorisé dans le chef de la requérante puisque les parties adverses n’ont pas reflété dans l’écart de points entre les offres la plus grande qualité de l’offre de la requérante.

- concernant la question n°58, le caractère très détaillé de la réponse de la partie requérante n’a pas été valorisé comme cela a pourtant été fait pour les réponses étayées d’Orange Belgium (par exemple, pour la question n°20).

- dans le cadre de l'évaluation des réponses à la question n°59, les propositions faites par la partie requérante pour (i) renforcer les opportunités de vente de IRISnet, (ii) renforcer la connaissance de ses vendeurs et (iii) apporter du support à la vente par ses propres forces de vente internes telles que son personnel qualifié en matière de marchés publics et privés n'ont pas été évaluées ni, *a fortiori*, valorisées dans la cotation alors qu'Orange Belgium ne fait aucune de ces propositions, ne propose pas de mettre à disposition ses forces de vente internes et se limite à une réponse beaucoup plus générale. Les deux offres ont reçu 4 points alors que l'offre de la partie requérante aurait dû être appréciée plus positivement (Pièce n° 8, p. 128).
- la question n°60 était formulée de la manière suivante (Pièce n° 5, Questionnaire) :

“ Le Soumissionnaire décrira la composition de son équipe qui supportera la Société IRISnet dans les domaines suivants :

 - le recrutement et l'évaluation des collaborateurs
 - la vente et la relation client (PAB et usagers)
 - les lancements de nouveaux services
 - les décisions d'investissement

Le Soumissionnaire décrira aussi comment son équipe s'intégrera aux équipes internes et à la culture actuelle de la Société IRISnet”.

Le rapport d'évaluation du critère qualité conclut la comparaison des offres à l'aune de cette question de la manière suivante (p. 130) :

- “ Ainsi, la réponse d'Orange Belgium est plus précise en ce qui concerne la composition et le nombre de personnes qui feront partie de son équipe, qui supportera la société IRISnet dans le lancement de nouveaux services. Proximus mentionne uniquement qu'il adaptera son catalogue de services et donnera accès aux experts de son réseau pour accélérer le lancement de nouveaux services, mais ne décrit pas concrètement la composition de son équipe pour le lancement de nouveaux services”.

Sur la base de cette motivation, Orange Belgium obtient la note de 4 points et la partie requérante la note de 3 points.

En l'espèce, l'offre d'Orange Belgium a été valorisée en raison du fait qu'elle a cité l'identité des personnes qui allaient supporter IRISnet 3. Ces personnes correspondent toutefois à celles déjà en place dans le cadre du marché IRISnet 2. Cette précision n'est cependant pas un réel avantage pouvant être valorisé dans la mesure où l'identité des personnes peuvent changer au cours de l'exécution du marché ce qui limite ainsi en réalité le support proposé par Orange Belgium. La note de 3 points apparaît ainsi comme disproportionnée.

- dans le cadre de l'appréciation de la réponse à la question n°63, le caractère gratuit des services offerts par la requérante qui n'impliquent aucune licence (contrairement à l'offre d'Orange Belgium qui ne précise pas si l'accès à la plateforme LMS est gratuit ou non) n'est nullement valorisé alors même que la gratuité de certains services offerts par Orange Belgium est souvent valorisée (voyez notamment, à cet égard, les exemples relevés sous le premier moyen, point 30). Les parties adverses n'ont également pas tenu compte du fait que la requérante a mis l'accent sur l'analyse des fonctions de l'organisation de IRISnet et proposé de former de manière plus poussée les fonctions critiques comme celle d'administrateur IT. Ainsi, l'offre de la requérante n'a obtenu que 2 points alors que l'offre de Orange Belgium a obtenu 4 points (Pièce n° 8, p. 136).
- La question n°69 portait ce qui suit (Pièce n°5, Questionnaire):

“ Le Soumissionnaire décrira dans son offre comment il organisera un service de garantie du matériel. Il le décrira conformément aux exigences indiquées dans le volume A - A.2.6. section 3 attribution d'un marché subséquent et le volume B-B.6.2.4.1. Processus d'évolution du catalogue de services”.

A ce sujet, les deux offres obtiennent le nombre maximum de points (Pièce n° 8, p. 148).

Or, dans le cadre du rapport d'évaluation du critère qualité, on constate que le niveau minimal proposé par Orange Belgium est la “garantie fournisseur” que le client peut contacter en direct contrairement à la requérante qui propose son service *Reactive Care* (qui fournit une aide au diagnostic), mais également la mise à jour des CMDB après remplacement. Cet élément, qui représente manifestement une valeur ajoutée sur le service offert par Orange Belgium, n'a pourtant pas été valorisé. C'est également le cas du service de diagnostic à distance proposé par la requérante qui permet d'identifier avec certitude la source d'une panne de service et d'éviter ainsi les remplacements d'équipements inutiles dont les frais pourraient être mis à charge des pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires si l'équipement retourné n'est pas défectueux. N'a pas non plus été valorisé le fait que la requérante offre d'agir comme SPOC pour IRISnet et ses pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires dans le cadre de service de garantie, leur évitant ainsi les soucis liés au fait de devoir suivre différentes procédures fastidieuses pour le remplacement sous garantie d'équipements défectueux ; il en va de même du fait que les équipements soient garantis jusqu'à 4 ans de plus.

Plus fondamentalement, Orange Belgium propose la technologie *switch* Fortinet alors que la partie requérante propose la technologie Cisco sur laquelle IRISnet et ses pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires sont actuellement et exclusivement standardisés suivant les documents du marché. Or, Gartner Magic Quadrant (un *benchmark* reconnu sur le marché), indique que Fortinet est moins qualitatif que Cisco qui, par ailleurs, répond aux besoins de standardisation avec le système existant. Pourtant l'offre de la partie requérante n'a pas été valorisée par rapport à l'offre d'Orange Belgium qui n'a perdu aucun point alors même que son offre est moins qualitative, voire irrégulière (voir quatrième moyen). Cela est d'autant plus étonnant que le recours à Fortinet a également un impact indirect sur toute la partie gestion de ce nouveau type d'équipements (plateforme de gestion, *monitoring*, spécialistes techniques, complexité *versus* standardisation, augmentation des coûts opérationnels, augmentation des coûts en stocks de *spare parts*, ...) ainsi que sur le coût en raison de l'environnement hétérogène qu'il entraîne avec un impact sur la gestion des processus, des équipes d'interventions, outils, etc.

Par conséquent, l'offre d'Orange Belgium ne pouvait pas obtenir le nombre de points maximum en l'espèce non seulement compte tenu de la qualité du produit offert n'était de toute évidence pas optimal mais également car il aurait fallu refléter au travers de la cotation la supériorité qualitative de l'offre de la partie requérante.

66. Il ressort manifestement de ce qui précède que les parties adverses, d'une part, ont exagérément creusé l'écart de points entre les offres des soumissionnaires lorsque l'offre d'Orange Belgium était prétendument plus qualitative et, d'autre part, n'ont pas creusé l'écart de points entre les offres et n'ont ainsi pas pénalisé l'offre d'Orange Belgium lorsqu'elle était moins qualitative que celle de la partie requérante, ce qui a mené à de nombreux ex aequo injustifié entre les offres.

(ii) Les éléments négatifs de l'offre de la partie requérante ont été appréciés plus sévèrement que les éléments négatifs de l'offre d'Orange Belgium

67. Il découle de l'appréciation des offres faite par les parties adverses à la lumière du critère qualité notamment ce qui suit :

- la question n° 9 était libellée de la manière suivante (Pièce n°5, Questionnaire) :

“ Comment allez-vous vous organiser pour répondre aux exigences relatives à la gouvernance du Marché par le CIRB à propos des C-SLA et du Q-SLA envers les Pouvoirs adjudicateurs”.

Dans leur appréciation de l'offre de la partie requérante, les parties adverses stipulent (Pièce n° 8, p. 16) : “Proximus décrit une structure de gouvernance entre le CIRB et la société IRISnet et entre la société IRISnet et Proximus. Celle-ci ne répond pas à la demande d'une structure de gouvernance et de service meetings entre l'Adjudicataire et le CIRB (Pouvoirs adjudicateurs)”.

Il est difficile de comprendre pourquoi cet élément de l'offre de la partie requérante est apprécié de manière si sévère (elle n'a obtenu qu'un point), alors même que l'objet du marché litigieux indique précisément que son exécution est réalisée au travers de la société IRISnet qui interagit uniquement avec la centrale d'achat (la deuxième partie adverse). Par conséquent, ce mécanisme d'exécution ne permet pas une collaboration directe entre l'adjudicataire et la deuxième partie adverse. En l'espèce, il est pourtant reproché à la partie requérante de proposer une gouvernance structurée en ce sens. Cette critique est d'autant plus interpellante que les parties adverses ont apprécié positivement la structure de gouvernance proposée par la partie requérante dans le cadre de la question n° 24.

- la partie requérante a été fortement sanctionnée lorsqu'elle ne répondait pas à une partie d'une question posée alors même que l'absence de réponse à une partie de question dans le chef d'Orange n'entraînait aucune pénalisation dans son chef :

o Ainsi, par exemple, la question n° 10 était formulée de la manière suivante (Pièce n° 5, Questionnaire) :

“ Le Soumissionnaire décrira comment il envisage de porter une attention particulière à un climat de sérénité et de stabilité vis-à-vis du personnel de la Société IRISnet et comment il envisage d'en mesurer le résultat”
[...]

A ce sujet, les parties adverses indiquent qu'Orange Belgium n'a pas proposé de moyen de mesurer les résultats des actions entreprises auprès du personnel de la société IRISnet alors que la partie requérante le propose. Pourtant, et bien qu'Orange Belgium s'est abstenue de répondre à la seconde partie de la question telle que formulée dans les documents de marché, son offre ne perd qu'un point sur quatre (pp. 18 et 19).

o Le constat est le même pour la question n°19 qui était formulée de la manière suivante (Pièce n° 5, Questionnaire) :

“ • Comment il gèrera l'ICT interne de la Société IRISnet
• Comment il supportera la gestion de l'ICT interne de la Société IRISnet
• Les principes qu'il mettra en œuvre dans ce domaine
• Ce que l'équipe en place au sein de la Société IRISnet recevra comme support et pourra attendre comme support
• Ce qu'il attendra comme support de la part de l'équipe en place au sein de la Société IRISnet

- Quelles autres améliorations il pourrait proposer dans ce domaine”.

Il ressort de l'évaluation faite de l'offre d'Orange Belgium que celle-ci n'a pas indiqué (i) sa contribution spécifique dans les activités de gestion proposées ni (ii) l'assurance concrète de la continuité de l'ICT interne. Autrement dit, Orange Belgium n'aborde tout simplement pas deux points de la question posée.

Au sujet de l'offre de la partie requérante, le seul reproche formulé est que son offre pourrait être améliorée sur le point relatif au support attendu de la part de l'équipe en place au sein de la société IRISnet (pp. 46 et 47). Il n'y a pourtant qu'un seul point d'écart entre les deux offres.

- o En revanche, la partie requérante a été sévèrement sanctionnée dans le cadre de l'appréciation de la question n°47 puisqu'elle a reçu la note de zéro (alors qu'Orange Belgium a obtenu 4 points (!)).

Pour rappel, cette question était formulée de la manière suivante (Pièce n° 5, Questionnaire):

- “ Le Soumissionnaire indiquera dans son offre quelles certifications de sécurité lui semblent pertinentes pour la Société IRISnet.
Le Soumissionnaire indiquera dans son offre de quelles certifications de sécurité il pourra faire bénéficier la Société IRISnet et comment il compte le faire, sans coût pour celle-ci”.

L'évaluation des offres est motivée de la manière suivante (Pièce n° 8, pp. 110 et 111) :

- “ Globalement, la réponse d'Orange Belgium est très nettement meilleure que celle de Proximus, qui ne répond pas à la question en ce qui concerne la description concrète des certifications qu'il estime pertinentes pour la société IRISnet, de même qu'en ce qui concerne la façon dont il compte faire bénéficier la société IRISnet des certifications de sécurité sans coût pour celle-ci.
Orange Belgium apporte, quant à lui, une réponse complète à la question, en ligne avec les exigences du Marché”.

Il est à l'évidence discriminatoire que les parties adverses aient décidé de n'apprécier ni valoriser aucun élément de réponse de la partie requérante en raison du fait qu'elle n'a pas répondu à une partie de la question posée alors même que l'absence de réponse par Orange Belgium à certaines questions ne lui est pas sanctionnée – ou bien plus faiblement.

Au surplus, l'offre d'Orange Belgium ne méritait pas la note maximale en ce que son offre ne précise pas quels coûts seront pris à sa charge sauf en ce qui concerne la certification de deux personnes pour la norme ISO 27001, alors que la gestion des problématiques de sécurité requiert la mobilisation de ressources humaines et d'expertise bien plus étendues en compétences et en nombre d'experts, comme l'a d'ailleurs exposé la partie requérante dans son offre.

68. Ce qui précède démontre à suffisance que la partie requérante a fait l'objet d'un traitement discriminatoire en ce que son offre a toujours été appréciée plus sévèrement que celle d'Orange Belgium.

Or, le principe d'égalité et de non-discrimination impose que les critères d'attribution soient appliqués à chaque offre de la même manière : le pouvoir adjudicateur ne peut pas apprécier le respect d'un critère avec plus de souplesse pour une offre et avec plus de sévérité pour l'autre.

(iii) Les parties adverses n'ont pas tenu compte de tous les éléments contenus dans l'offre de la partie requérante

69. Ainsi, par exemple :

Au travers de la question n° 7, il était demandé aux soumissionnaires de porter une attention particulière “aux outils permettant de décharger le personnel de la Société IRISnet, à l'expertise qu'il apportera et aux connaissances qu'il transférera pour favoriser l'autonomie de la Société IRISnet” (Pièce n°5, Questionnaire).

Or, dans l'appréciation de l'offre de la partie requérante, les parties adverses n'ont pas tenu compte de l'élément suivant de l'offre de la partie requérante : “Il est et sera renforcé dans ses interfaces avec Jira Service Desk, Jira Core, MyIRISnet, Insight (CMDB), les partenaires et les fournisseurs [voir question 12 et 65] pour optimiser la gestion de la documentation, des connaissances et des opérations vis-à-vis des usagers, des PAB, du CIRB mais aussi pour le support de 1e ligne et de 2e ligne” (offre de Proximus, p. 12). Cet élément répond pourtant à la préoccupation de décharger le personnel de la société IRISnet et aurait partant dû être valorisé dans la cotation de son offre qui n'a obtenu que 3 points.

70. Le principe d'égalité et de non-discrimination oblige pourtant les pouvoirs adjudicateurs à effectuer une évaluation cohérente et non-discriminatoire des offres. Par conséquent, ils ne pourraient choisir arbitrairement de ne pas évaluer (positivement ou négativement) des éléments de l'offre qui répondent pourtant à des questions posées dans le cadre des documents du marché.

Plus encore, ce manque de cohérence dans l'application de la méthode d'évaluation retenue par les parties adverses dans le marché attaqué ressort également de la manière dont ces dernières ont analysé les renvois effectués par la partie requérante au sein de sa propre offre. En effet, le caractère limité de l'espace de réponse à certaines questions posées a contraint la partie requérante à effectuer des renvois entre les réponses fournies.

Or, il ressort d'une analyse de l'évaluation faite des réponses apportées notamment à la question n°57 que les parties adverses n'ont pas tenu compte des renvois fait par la partie requérante à des éléments d'autres réponses. Elle a de ce fait perdu des points en ce que les parties adverses ont jugé, à tort, ses réponses comme étant incomplètes ou insatisfaisantes. Il s'agit d'une question pour laquelle la partie requérante a obtenu 3 points et pour laquelle elle aurait donc pu voir sa note améliorée si les éléments auxquels il était fait renvoi avaient été pris en compte.

Cette méthode d'évaluation ne semble pas cohérente dans la mesure où les parties adverses ont pourtant tenu compte de ce genre de renvois dans le cadre de l'appréciation de réponses à d'autres questions (voir, notamment, les questions n° 18 et 25 à cet égard).

71. Il ressort de ce qui précède que la motivation contenue dans le rapport d'évaluation du critère de qualité ne permet pas d'établir que la décision attaquée a été précédée d'un examen concret, complet et sérieux des offres.

L'évaluation des offres n'a manifestement pas été menée de manière cohérente et impartiale, au profit d'Orange Belgium et aux dépens de la partie requérante, en telle sorte que cette dernière a fait l'objet d'un traitement discriminatoire. Cette évaluation comporte partant de nombreuses erreurs manifestes d'appréciation et viole les principes et normes visés au moyen. La décision attaquée repose par conséquent sur des motifs irréguliers qui la vicient ».

A propos de son intérêt au moyen, la requérante fait valoir ce qui suit :

- « 72. La requérante possède un intérêt manifeste au présent moyen qui, s'il est déclaré sérieux, emportera l'illégalité de l'acte attaqué ainsi que l'obligation pour les parties adverses de procéder à une nouvelle évaluation des offres, donnant en conséquence à la requérante une nouvelle opportunité de se voir attribuer le marché. Il en va d'autant plus ainsi que l'écart entre les offres est relativement réduit, en telle sorte que la rectification des multiples erreurs et discriminations commises dans l'évaluation des offres apparaît parfaitement susceptible de modifier le classement des offres au profit de la requérante. »

XI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Le critère qualité a été évalué sur la base des réponses fournies par les soumissionnaires aux 77 questions figurant dans l'annexe au Volume B du Guide de soumission. La décision d'attribution indique que « compte tenu du volume, de la multiplicité et de la technicité des sujets, les réponses à ces questions ont été analysées et comparées par un groupe de travail composé des experts internes du CIRB, ainsi que des experts externes émanant de deux sociétés privées reconnues pour leur expertise de pointe en la matière, à savoir Gartner (une société internationale de conseil en matière d'IT) et Roland Berger (un bureau de conseil international) ». Le résultat de cette analyse a été consigné dans le rapport d'évaluation du critère qualité annexé à la décision d'attribution et dont cette dernière s'approprie les motifs.

Dans le présent moyen, la requérante relève une série d'extraits du rapport d'évaluation relatif au critère qualité, qui, selon elle, démontrent que son offre et celle de la société Orange Belgium n'ont pas été évaluées de la même manière et que certains éléments de son offre n'ont pas été pris en compte. Elle en déduit que la motivation contenue dans le rapport d'évaluation à propos du critère qualité ne permet pas d'établir que la décision attaquée a été précédée d'un examen concret, complet et sérieux des offres, que l'évaluation des offres n'a pas été menée de manière cohérente et impartiale et qu'elle a donc fait l'objet d'un traitement discriminatoire. Elle en déduit également que l'évaluation comporte de nombreuses erreurs manifestes d'appréciation et qu'elle repose sur des motifs irréguliers.

Les éléments d'évaluation contestés sont examinés ci-après, dans l'ordre de la requête.

Question n° 1

La question n°1 invite le soumissionnaire, notamment, à exposer « comment son expertise dans le domaine des télécoms renforcera son actionnariat, notamment en vue de développer la stratégie et le projet industriel de la Société IRISnet à moyen et long terme ».

Le rapport d'évaluation relatif au critère qualité conclut son analyse comme suit :

« Les soumissionnaires prennent chacun une série d'engagements sérieux, qui sont jugés de portée équivalente - notamment de mise à disposition de leurs capacités opérationnelles et de leur expertise ainsi que de celle de leurs partenaires respectifs et d'engagements au sein du conseil d'administration - qui démontrent qu'ils seront tous deux le partenaire des actionnaires publics dans leur rôle en tant qu'actionnaire de la société IRISnet.

Les réponses sont de qualité équivalente et obtiennent chacun 4 points. »

Selon la requérante, Orange aurait uniquement indiqué que ses dirigeants les plus expérimentés et ses experts seraient mis « à disposition d'IRISnet » de façon générale, au contraire de Proximus qui aurait précisé que ses dirigeants les plus expérimentés siègeraient « dans le conseil d'administration de la société IRISnet ». Proximus en déduit que la réponse d'Orange serait hors sujet car elle n'expliquerait pas « la plus-value de son expérience au regard de son rôle d'actionnaire ».

Les parties adverses relèvent que l'offre d'Orange comporte les extraits suivants :

- « Les représentants d'Orange au Conseil d'Administration d'IRISnet entendent mener un rôle de représentants proactifs de l'actionnaire, soutenant, à travers une approche pragmatique et opérationnelle, la stratégie de développement et les ambitions de la Région Bruxelles-Capitale visant à faire de Bruxelles une *Smart City* européenne de pointe » ;
- « les représentants d'Orange au CA entendent favoriser et défendre un écosystème ouvert » ;
- « les administrateurs proposés par Orange soutiendront une approche de ☐cocréation☐ entre Orange et IRISnet sur les technologies et les futurs services » ;
- « les représentants d'Orange au CA s'assureront aussi de la mise à disposition et de l'excellence de la contribution d'une équipe de haut niveau chez Orange et son partenaire » ;
- « Les représentants d'Orange au CA actionneront également les équipes achats d'Orange tant en Belgique qu'au niveau mondial » ;
- « ... en tant qu'acteur télécom mondial, Orange a développé des pôles d'excellences internationalement reconnus et un écosystème mondial d'innovations dans la 5G, l'IA, l'IoT, ou encore la cyberdéfense. Orange Belgium et ses représentants au CA s'assureront que ce réseau de compétences, de technologies et d'experts mondiaux accompagneront le projet et les ambitions de la Région Bruxelles-Capitale » ;

- « Les représentants d'Orange au Conseil d'Administration supporteront le CA dans le pilotage de l'activité à travers une vision claire et ambitieuse pour la SRL IRISnet. À savoir une entité qui doit gérer avec rigueur sa croissance en assurant l'adéquation de l'évolution de ses charges avec celle de ses revenus tout en gardant la capacité de servir les projets régionaux ».

Eu égard à ces considérations qui figurent dans l'offre de l'intervenante, il ne semble pas qu'en accordant à cette dernière (comme à la requérante) le maximum des points, les parties adverses aient commis une erreur manifeste d'appréciation.

Question n° 20

La question n° 20 porte sur la gestion de la documentation. Elle est rédigée comme suit :

- « Le Soumissionnaire décrira :
- Comment il gèrera :
 - la documentation de projet
 - la documentation administrative (technique)
 - la documentation des processus de la société IRISnet
 - la documentation utilisateur
 - Comment, pour chacun des 4 domaines ci-dessus, il supportera la société IRISnet
 - Les principes qu'il mettra en œuvre dans chacun des 4 domaines
 - Comment il se basera sur la documentation existante au sein de la société IRISnet pour chacun des 4 domaines et ce qu'il renouvellera
 - Quelles améliorations il pourrait proposer dans chacun des 4 domaines
 - Ce que l'équipe en place au sein de la société IRISnet recevra comme support et pourra attendre comme support dans chacun des 4 domaines
 - Ce qu'il attendra comme support de la part de l'équipe en place au sein de la société IRISnet dans chacun des 4 domaines »

La conclusion de l'analyse des deux offres en ce qui concerne la question concernée est rédigée comme suit dans le rapport d'évaluation du critère qualité :

- « Proximus explique de façon moins claire et moins détaillée qu'Orange Belgium, la façon dont la documentation sera gérée dans chacun des domaines abordés dans le Guide de Soumission. L'approche de Proximus est fondée sur des grands principes qui ne sont pas ou peu illustrés concrètement en fonction des domaines concernés. L'approche d'Orange Belgium concernant la documentation est au contraire précisée par domaine, avec un détail des actions mises en place permettant également de comprendre les principes de gestion de la documentation.

Ni Orange Belgium, ni Proximus ne décrivent suffisamment le support qu'ils attendent de la part de l'équipe en place au sein de la société IRISnet dans chacun des 4 domaines, dans le cadre de la gestion de la documentation ainsi que la manière dont ils maintiendront les coûts de la gestion de la documentation à un niveau acceptable.

Dans l'ensemble, la réponse d'Orange Belgium est jugée meilleure que celle de Proximus.

En conséquence, Orange Belgium obtient 3 points et Proximus 1 point. »

La thèse de la requérante selon laquelle la réponse de l'intervenante serait manifestement stéréotypée est contraire au contenu de l'offre de cette dernière, qui expose les principes et les améliorations concrètes qu'elle entend mettre en œuvre dans chacun des domaines spécifiés dans la question, et cela d'une manière que les parties adverses ont raisonnablement pu estimer précise.

Question n° 35

La question n° 35 invite chaque soumissionnaire à indiquer « comment il évitera que les coûts de déploiement du réseau IRISnet augmentent, notamment les coûts annuels de génie civil et les coûts annuels de gestion de chantier, tenant compte du fait que le réseau IRISnet continue à se déployer en fibre optique ». Le rapport d'évaluation considère que « [c]haque soumissionnaire présente une approche valable afin d'éviter une augmentation des coûts de déploiement du réseau de fibre optique de la société IRISnet », que « [c]es approches sont en substance équivalentes, puisque les deux soumissionnaires proposent des économies d'échelle liées au développement de leurs propres réseaux de fibre optique, des conditions favorables négociées avec les fournisseurs et l'accès à diverses parties de leurs infrastructures, expertises et ressources » et que les soumissionnaires ne peuvent être départagés sur ce point. La requérante soutient qu'Orange ne propose qu'une équipe limitée à deux personnes alors qu'elle propose de constituer une équipe sur mesure en fonction du contexte, ce qui aurait justifié qu'elle reçoive plus de points qu'Orange.

Dès lors qu'il ressort du dossier que l'offre d'Orange parle de la conception du déploiement de la fibre tandis que celle de Proximus évoque sa construction en proposant une équipe de construction sur mesure pour le placement de la fibre sur les façades ou en tranchées, les parties adverses ont considéré, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que les offres portent, s'agissant de cette question, sur des éléments distincts et incomparables. Les offres paraissent donc avoir été traitées de manière égale.

Question n° 58

La question n°58 demande au soumissionnaire de décrire comment il s'appuiera sur la culture SELFY pour renforcer la gestion de l'information et la gestion de la connaissance au sein de la société IRISnet.

« Les façons dont les soumissionnaires s'appuieront sur la culture SELFY pour renforcer la gestion de l'information et la gestion des connaissances au sein de la société IRISnet sont jugées de qualité équivalente et ne peuvent être départagées.

Les deux soumissionnaires s'engagent en effet à mobiliser les éléments de la culture SELFY et proposent des actions concrètes, jugées pertinentes et adéquates, afin de renforcer les capacités des collaborateurs de la société IRISnet à accéder aux connaissances, à les assimiler et à les exploiter. Les réponses sont de fait de qualité équivalente et n'ont pas pu être départagées. Les soumissionnaires sont *ex aequo* et obtiennent chacun 4 points. »

Proximus soutient que le caractère très détaillé de sa réponse à la question n°58 n'aurait pas été valorisé de la même manière que les réponses très étayées d'Orange à d'autres questions, par exemple la réponse d'Orange à la question n°20.

La comparaison que tente d'opérer la partie requérante quant à l'évaluation des réponses à cette question et celles afférentes à la question n° 20 paraît procéder, au bénéfice d'un examen en extrême urgence, d'une mauvaise compréhension des éléments ayant conduit les pouvoirs adjudicateurs à valoriser l'offre de l'intervenante quant à la réponse à la question n° 20. En effet, s'agissant de cette dernière question, l'offre d'Orange a été appréciée plus favorablement que celle de la requérante pour le motif quelle formulait des propositions spécifiques et concrètes quant à la gestion de la documentation, tandis que celle de la requérante ne fournissait que des indications générales.

Question n° 59

La question n°59 demande au soumissionnaire de décrire « comment il s'appuiera sur la culture SELFY pour renforcer la capacité de la Société IRISnet à identifier les opportunités commerciales auprès des usagers et des Pouvoirs Adjudicateurs Bénéficiaires et à les transformer en succès commerciaux tout en effectuant les processus de marketing et de vente comme un service en soi à rendre aux usagers et aux PAB ». La requérante soutient que ses propositions faites pour renforcer les opportunités de vente d'IRISnet, renforcer la connaissance de ses vendeurs et apporter du support à la vente par ses propres forces de vente internes telles que son personnel qualifié en matière de marchés publics et privés, n'auraient pas été valorisées alors qu'Orange ne proposerait rien de similaire et que sa réponse serait beaucoup plus générale.

Le rapport d'évaluation indique que « Proximus démontre qu'il a tenu compte du fait que le marché IRISnet3 sera plus important en termes de PAB et que le catalogue de services évolue constamment, en proposant : [...] le support de la part des *Account managers* de Proximus et de son partenaire via la transmission des opportunités détectées », et que « Proximus propose l'évolution du catalogue de services comme une opportunité de convaincre de nouveaux usagers et de faire des

“ventes à la hausse” pour des clients existants ». Il en ressort que les propositions de Proximus ont bien été prises en considération par les parties adverses.

Ainsi que les parties adverses l’explicitent dans la note d’observations, il est inexact de soutenir que l’offre de l’intervenante ne présenterait pas de proposition concrète et se limiterait à une réponse plus générale que celle de la requérante. Elles exposent à ce sujet ce qui suit :

- « Par ailleurs, Orange propose elle aussi dans son offre des éléments concrets pour renforcer les opportunités de vente d’IRISnet, renforcer les connaissances des vendeurs d’IRISnet et apporter du support à la vente par ses propres forces de vente interne :
- pour renforcer les opportunités de vente de IRISnet : Orange propose d’analyser les besoins non couverts avec l’équipe de la société IRISnet, selon une approche matricielle par ligne de produit et par thématique. Orange propose aussi de développer de nouvelles offres de service lorsque l’offre en place ne permettra pas de répondre positivement à certains besoins (pièce 36, document 6, pp. 28 et 147) ;
 - pour renforcer la connaissance des vendeurs d’IRISnet : Orange propose le support des équipes d’experts Orange et les formations disponibles via les dispositifs de formation d’Orange (Orange Learning et Orange Campus). Orange propose de former et d’entraîner les équipes commerciales d’IRISnet afin de répondre aux objections des prospects et d’arriver à conclure des ventes. Orange propose un coaching récurrent par ses experts. Orange s’engage aussi à partager gratuitement avec IRISnet les éléments de veille concurrentielle à sa disposition sur le marché belge reprenant aussi les tendances du marché dans le secteur de l’ICT et des télécoms, à court et moyen terme en Belgique et en Europe (pièce 36, document 6, pp. 147 et 79) ;
 - Pour apporter du support à la vente par ses propres forces de vente internes telles que son personnel qualifié en matière de marchés publics et privés : Orange propose le partage de l’expertise commerciale concernant la segmentation public-privé et des spécificités de cette dernière, avec la formation des effectifs concernés via l’intervention de ses experts, en précisant le partage de “toute leur expertise technique et sectorielle” (pièce 36, document 6, pp. 161). »

Sur cette base il semble, au terme d’un examen en extrême urgence, qu’aucune erreur manifeste d’appréciation ni aucune erreur de fait n’ait été commise.

Question n° 60

La question n°60 invite le soumissionnaire à décrire « la composition de son équipe qui supportera la société IRISnet dans les domaines suivants :

- le recrutement et l’évaluation des collaborateurs
- la vente et la relation client (PAB et usagers)
- les lancements de nouveaux services
- les décisions d’investissement ».

Il est également attendu du soumissionnaire qu’il décrive « comment son équipe s’intégrera aux équipes internes et à la culture actuelle de la société IRISnet ».

Proximus soutient que l'offre d'Orange aurait été valorisée parce qu'elle mentionne l'identité des personnes composant l'équipe alors que ces personnes sont en fait celles déjà en place et pourraient changer en cours d'exécution, de sorte que le fait de mentionner l'identité des membres de l'équipe n'aurait pas dû être considéré comme un avantage de l'offre d'Orange.

Le rapport d'évaluation conclut comme suit l'analyse des offres à propos de la question n° 60 :

« Tant Orange Belgium que Proximus apportent une réponse satisfaisante concernant la composition de leur équipe pour le support de la société IRISnet dans la plupart des domaines précités.
Globalement, la réponse d'Orange Belgium est cependant jugée plus complète et donc légèrement meilleure que celle de Proximus.
Ainsi, la réponse d'Orange Belgium est plus précise en ce qui concerne la composition et le nombre de personnes qui feront partie de son équipe, qui supportera la société IRISnet dans le lancement de nouveaux services.
Proximus mentionne uniquement qu'il adaptera son catalogue de services et donnera accès aux experts de son réseau pour accélérer le lancement de nouveaux services, mais ne décrit pas concrètement la composition de son équipe pour le lancement de nouveaux services.
Orange Belgium obtient 4 points et Proximus 3 points. »

La requérante se méprend sur les éléments ayant conduit les pouvoirs adjudicateurs à lui accorder trois points et, de l'autre côté, à attribuer quatre points à l'intervenante. Il ressort du rapport d'évaluation du critère qualité que ce qui est valorisé dans la réponse d'Orange n'est pas le fait qu'elle a mentionné l'identité des personnes qui composeront son équipe, mais le fait qu'elle a identifié précisément le nombre de personnes qui composeront l'équipe et leur rôle exact, tandis que la réponse de Proximus ne donne pas une idée concrète de l'équipe qui sera mise en place. L'appréciation des parties adverses n'apparaît pas manifestement déraisonnable. Il en va de même de la cotation qui en résulte.

Question n° 63

La question n° 63 invite le soumissionnaire à décrire « comment il sensibilisera les collaborateurs à la remontée des événements indésirables de sécurité et aider les utilisateurs à comprendre les menaces et comportements qui mettent en danger l'organisation ».

Le rapport d'évaluation conclut l'analyse des réponses à cette question de la manière suivante :

- « Les deux soumissionnaires proposent une approche cohérente de la sensibilisation des employés, avec notamment des campagnes et/ou formations de sensibilisation.

Globalement, la réponse d'Orange Belgium est toutefois jugée meilleure que celle de Proximus quant à l'approche de sensibilisation aux risques de sécurité.

Orange Belgium propose d'adapter et de gérer pour la société IRISnet une plateforme d'apprentissage continu dédiée à la sensibilisation (*learning management system*), avec des programmes de formation adaptés aux employés et un système de suivi des collaborateurs, des examens et des certifications, alors que Proximus est moins spécifique quant à la manière dont la sensibilisation sera adaptée et mise en place pour le personnel de la société IRISnet.

En outre, Orange Belgium est plus spécifique que Proximus quant à l'adaptation de la sensibilisation pour en faire un service pour les PAB. En revanche, Proximus, ne prête pas d'avantage d'attention à cet aspect pour les PAB.

Orange Belgium s'engage par ailleurs à mettre des experts à disposition de la société IRISnet ainsi qu'un groupe de travail dédié.

En conséquence, Orange Belgium obtient 4 points et Proximus 2 points pour cette question. »

Proximus soutient que la cotation de sa réponse n'aurait pas pris en compte, d'une part, le caractère gratuit des services qui n'impliquent pas de licence proposés par Proximus, alors que cette gratuité est souvent valorisée chez Orange, et, d'autre part, le fait que Proximus a mis l'accent sur la formation poussée des fonctions critiques telles qu'administrateur IT.

Les parties adverses répondent comme suit à ces critiques :

- « Premièrement, il ne ressort pas de la réponse de Proximus à la question n°63 qu'elle propose des services gratuits, de sorte que la première partie de la critique manque en fait (pièce 37, document 6, p. 89). Il n'est pas davantage vrai que la gratuité de l'offre d'Orange est souvent valorisée.

Deuxièmement, la seconde partie de la critique manque tout autant en fait car le rapport d'évaluation prend bel et bien en compte le fait que Proximus s'engage à porter une attention particulière à la formation des administrateurs de système IT : le rapport d'évaluation note en effet que Proximus s'engage à "avoir une attention particulière à la sensibilisation des administrateurs de systèmes, qui seront éduqués sur les méthodes exploitées par les pirates" (pièce 30, p. 135).

Cependant, les parties adverses ont attribué une note supérieure à l'offre d'Orange sur l'ensemble de cette question car elles ont considéré que l'offre d'Orange (i) présentait une plus-value plus importante sur l'approche de sensibilisation aux risques de sécurité, en précisant de manière plus concrète que Proximus la manière dont la sensibilisation serait mise en place, et (ii) exposait concrètement sa démarche d'adaptation de la sensibilisation pour en faire un service pour les PAB, alors que Proximus ne prête pas d'attention à cette question (pièce 30, p. 136).

[...] »

Pour les raisons ainsi exprimées, il peut être considéré, au stade actuel de la procédure, que les critiques de la requérante manquent en fait.

Question n° 69

La question n°69 invite le soumissionnaire à décrire, dans le cadre de son rôle d'intermédiaire, comment il organisera au minimum la garantie des équipements et quelles autres activités il développera dans son rôle de courtier. Les précisions de cette question font référence au « *use case* » 1.

Proximus soutient que son offre serait meilleure sur une série d'aspects et que les offres n'auraient donc pas pu être jugées équivalentes sur cette question, car :

- Orange ne proposerait que la garantie fournisseur, alors que Proximus proposerait un service *Reactive Care*, une mise à jour de la CMDB, un service de diagnostic à distance, agirait comme SPOC et proposerait une garantie 4 ans plus longue ;
- la technologie Fortinet proposée par Orange serait moins bonne que la technologie Cisco proposée par Proximus et entraînerait un environnement hétérogène plus coûteux et complexe à gérer.

Concernant la garantie, le rapport d'évaluation des offres relève que les soumissionnaires proposent des modalités d'organisation du service de garantie qui sont différentes. Il considère toutefois que tant la proposition de Proximus que celle d'Orange permettent « de gérer les garanties de manière complète et d'assurer les interventions nécessaires de manière professionnelle et efficace », et que si les deux soumissionnaires proposent différents niveaux de garantie, ils fournissent « dans l'ensemble une palette de service de support de qualité équivalente (et élevée) ». Il ne paraît pas démontré que l'appréciation quant aux garanties proposées par les deux soumissionnaires serait affectée d'une erreur manifeste.

S'agissant du choix de la technologie Fortinet, les parties adverses exposent ce qui suit :

- « Ensuite, sur le fond, c'est de manière trompeuse que la requérante cite l'étude publiée par Gartner sur les différents fabricants de matériel à l'appui de son affirmation selon laquelle « Fortinet est moins qualitatif que Cisco » (p. 61 de la requête). Outre que cette affirmation a peu de sens (la "qualité" étant davantage en lien avec le modèle plutôt que la marque), cette étude de Gartner indique au contraire que, parmi tous les fabricants, Cisco et Fortinet sont ceux dont le positionnement est le plus proche :

2021 Magic Quadrant



Ensuite, la motivation qui figure aux pp. 148-149 du rapport d'évaluation des offres (pièce 30) n'est pas manifestement incorrecte : le matériel proposé par les deux candidats est bien (i) produit par des constructeurs reconnus, (ii) intrinsèquement performant et (iii) suffisant pour les besoins du casus.

Comme indiqué dans le document d'analyse précité utilisé par le CIRB pour comparer les réponses aux casus, les deux switches présentent des caractéristiques fonctionnelles qui les rendent aussi performants l'un que l'autre pour les besoins du casus :

	<i>Proximus</i>	<i>Orange</i>	<i>Commentaire</i>
<i>Modèle</i>	<i>Cisco - C9200L-48P-GE</i>	<i>Fortinet - FS-148F-FPOE</i>	
<i>Mean Time Between Failure</i>	<i>Envir. 39 ans (346.270 hours)</i>	<i>Plus de 10 ans</i>	<i>Il s'agit du temps moyen entre les pannes. Ce temps moyen entre les pannes chez Fortinet, même s'il est potentiellement plus court que celui de Cisco, excède néanmoins largement la vie réelle de l'équipement.</i>
<i>Capacité en bande passante (switching capacity)</i>	<i>Switching Capacity de 176 GBps</i>	<i>Switching Capacity de 80 GBps en standalone mode ; jusqu'à 184GBps en combinaison (stacking)</i>	<i>Les deux switches dépassent largement les besoins du use case en termes de capacité de trafic.</i>
<i>Capacité des ports</i>	<i>48x GE RJ45 et 4x 10GE SFP+</i>	<i>48x GE RJ45 et 4x 10GE SFP+</i>	<i>La configuration des ports est identique.</i>
<i>Support SNMP</i>	<i>Fully supported V3</i>	<i>Fully supported V3</i>	<i>Ceci indique le fait que l'équipement (en l'occurrence le switch) peut être supervisé et que ses éventuels problèmes peuvent être diagnostiqués à distance par le gestionnaire du réseau. Il résulte de cette comparaison que les deux switch peuvent tout aussi bien être gérés l'un</i>

			que l'autre.
POE	740 Watt	740 Watt	Les deux solutions dépassent largement la consommation potentielle souhaitée.

103. La partie adverse a contrôlé les prix et a vérifié la qualité. Selon la critique de Proximus, Orange aurait proposé en réponse aux casus des équipements de moins bonne qualité, voire non conformes, et ce afin de gagner artificiellement des points en proposant des équipements moins chers. Ceci démontrerait que le critère du prix, tel que conçu par les parties adverses, serait propice aux manipulations frauduleuses.

Cette critique manque radicalement en fait.

Il est certes exact que, sur le poste 8 du métré du premier casus, le *switch* proposé par Orange est moins cher que le *switch* proposé par Proximus.

Toutefois, l'on constate l'inverse sur d'autres postes, tout aussi importants.

Ainsi, sur le poste 9 du métré ("téléphone VOIP modèle standard"), Orange a proposé un modèle plus cher que Proximus. Les experts ayant évalué les réponses aux casus et effectué le contrôle des prix ont cependant estimé que les fonctions additionnelles de ce modèle proposé par Orange n'apportaient pas de plus-value concrète dans le cadre du casus, de sorte qu'Orange n'a pas obtenu de points supplémentaires.

Il en va de même pour le poste 7 du métré : les deux soumissionnaires ont utilisé des *firewalls* Fortinet, mais le modèle proposé par Orange est d'une gamme légèrement supérieure à celui de Proximus. Les experts ont fait le même exercice que pour les *switchs*, à savoir analyser les caractéristiques techniques des deux modèles de *firewalls*, pour en conclure que le modèle d'Orange n'apportait pas de plus-value justifiant une différence de points.

Le contrôle de la conformité et des prix a été effectué au niveau de chaque ligne du métré. Les experts ont en outre constaté que, globalement, en regroupant tous les postes portant sur le matériel (par opposition aux postes relatifs à la main d'œuvre, pour lesquels Proximus est systématiquement plus cher – cf. 1^{er} moyen)

- l'offre d'Orange est [confidentiel : environ 6 % plus chère] pour le 1^{er} casus ;
- l'offre d'Orange est [confidentiel : environ 6 % moins chère] pour le 2^e casus ;
- au total, si l'on additionne les postes relatifs au matériel des deux métrés, l'offre d'Orange est environ [confidentiel : environ 1% plus chère] que celle de Proximus. »

À suivre ces considérations, que les débats à l'audience ne permettent pas de remettre en cause au stade de la procédure d'extrême urgence, il semble que les parties adverses ont pu estimer raisonnablement que la technologie Fortinet satisfait aux exigences du cahier des charges et que son utilisation n'engendre aucun surcoût.

Question n° 9

La question n° 9 invite les soumissionnaires à indiquer comment ils vont s'organiser pour répondre aux exigences relatives à la gouvernance du marché par le CIRB à propos des C-SLA et du Q-SLA envers les pouvoirs adjudicateurs.

La requérante soutient que son offre aurait été appréciée de manière excessivement sévère parce qu'elle n'a pas décrit la gouvernance entre le CIRB et Proximus mais seulement entre le CIRB et IRISnet et entre IRISnet et Proximus, alors, d'une part, que la structure même du marché implique l'exécution du marché via le véhicule IRISnet et donc qu'il n'y ait pas de contact entre le CIRB et l'adjudicataire, et, d'autre part, que la structure de gouvernance de Proximus a par ailleurs été appréciée favorablement à la question n° 24.

Le rapport d'évaluation indique, à propos des réponses à la question n° 9, ce qui suit :

« Les deux soumissionnaires répondent chacun globalement de manière insatisfaisante à la question concernant la gouvernance du marché par le CIRB à propos des C-SLA et du QSLA envers les Pouvoirs adjudicateurs. Les réponses sont insuffisamment détaillées tant du côté d'Orange Belgium que de Proximus : les soumissionnaires ne démontrent pas qu'ils seront capables de traduire les exigences du Marché concernant les *Service Meetings*, les rapports de service et la gouvernance par le CIRB dans une approche et une organisation claire et efficace. Alors que Orange Belgium convainc davantage en ce qui concerne les ressources consacrées aux *Service Meetings* (avec une organisation plus détaillée et des engagements concrets), Proximus s'engage davantage concernant le *reporting* automatique. Les réponses sont globalement équivalentes, sans élément qui permettrait de départager les soumissionnaires de façon décisive. Ils sont donc *ex aequo* et obtiennent chacun 1 point »

Les parties adverses exposent, dans la note d'observations, que « l'affirmation de Proximus selon laquelle la structure du marché ne requiert aucun contact entre le CIRB et l'adjudicataire n'est pas correcte : le Guide de soumission prévoit des contacts entre le CIRB et l'adjudicataire spécifiquement pour les SLA (les « *service level agreements* », qui définissent les résultats attendus par les Pouvoirs adjudicateurs, les indicateurs de mesure de ces résultats et les pénalités qui y sont associées) envers les Pouvoirs adjudicateurs cf. notamment le Guide de soumission, Volume B, points [...]; ou encore l'article 19 de l'annexe 1 au Volume A du Guide de soumission ». Par ailleurs, il n'apparaît pas que les appréciations portées sur les deux offres quant à ce, toutes deux jugées « insatisfaisantes », seraient irrégulières.

Il convient également de relever que la référence que fait Proximus à l'appréciation favorable de sa réponse à la question n°24 n'est pas pertinente, car la valorisation de la réponse de Proximus pour cette question ne porte pas sur la

gouvernance du marché par le CIRB, mais sur une concertation avec le CIRB pour définir et développer le centre de compétences qui est sans rapport avec ce qui est demandé à la question n°9.

Question n° 10

La question invite chaque soumissionnaire à décrire « comment il envisage de porter une attention particulière au climat de sérénité et de stabilité vis-à-vis du personnel de la société IRISnet et comment il envisage d'en mesurer le résultat ».

La requérante fait valoir qu'elle a été fortement sanctionnée en ne répondant pas à une partie de la question alors même que l'absence de réponse à une partie de question dans le chef d'Orange n'a entraîné aucune pénalisation dans son chef. Ainsi, elle soutient que l'offre d'Orange n'a pas été appréciée de manière suffisamment sévère puisqu'elle a obtenu 3 points, alors qu'elle ne proposait pas de moyen de mesurer les résultats des actions entreprises auprès du personnel de la société IRISnet.

Le rapport d'analyse indique ce qui suit à propos des réponses à cette question :

- « Les approches d'Orange Belgium et de Proximus par rapport au personnel de la société IRISnet et la gestion des éventuels changements opérationnels sont abouties. Les soumissionnaires fournissent les assurances nécessaires qu'ils garantiront une gestion efficace et continue du fonctionnement de la société IRISnet, en prêtant attention aux aspects humains.
Dans l'ensemble, la réponse de Proximus est jugée légèrement meilleure que celle d'Orange Belgium en ce que Proximus propose une action spécifique pour mesurer le résultat des actions prises pour créer un climat de stabilité et de sérénité (à savoir deux enquêtes d'engagement annuelles et un processus de planification des actions)
En conséquence, Proximus obtient 4 points et Orange Belgium 3 points. »

Dans la note d'observations, les parties adverses font valoir ce qui suit :

- « Les précisions relatives aux questions indiquent que “Dans sa réponse, le Soumissionnaire doit démontrer comment il :
- accompagne le personnel de la Société IRISnet pour que les changements soient porteurs de succès et de développement positif sur la durée du Marché;
 - assure la continuité des services et du fonctionnement de la Société IRISnet ;
 - assure l'efficacité de l'organisation en place ainsi que la continuité des compétences et talents internes à la Société IRISnet” (pièce 14.4.4).
- Dans son offre, Orange a fourni des explications relatives à l'ensemble de ces éléments (pièce 36, document 6, p. 26). Ce n'est que sur le point spécifique de la mesure du résultat des actions envers le personnel de la société IRISnet quant au climat de sérénité et de stabilité qu'Orange n'a pas fourni d'explication.

Les parties adverses ont donc pu valablement considérer que la réponse d'Orange méritait tout de même 3 points sur 4. La réponse de Proximus, plus complète, a quant à elle obtenu 4 points ».

Les considérations qui précèdent permettent, *prima facie*, de conclure que l'appréciation des parties adverses ne paraît affectée d'aucune erreur manifeste.

Question n° 19

La question n°19 porte sur la manière dont le soumissionnaire gèrera l'ICT interne d'IRISnet et dont il supportera la gestion de l'ICT interne d'IRISnet. Elle a également pour objet le support que le soumissionnaire fournira à l'équipe à cet égard et qu'il en attendra et les autres améliorations qu'il pourrait proposer.

La requérante soutient que son offre aurait été appréciée plus sévèrement que celle d'Orange sur cette question car ces offres n'ont obtenu qu'un point d'écart, alors qu'Orange n'a indiqué ni sa contribution spécifique dans les activités de gestion proposées, ni l'assurance concrète de la continuité de l'ICT interne, tandis que le seul reproche fait à Proximus est que « son offre pourrait être améliorée sur le point relatif au support attendu de la part de l'équipe en place au sein de la société IRISnet ».

Le rapport d'évaluation conclut comme suit son analyse relative à la question en cause :

« Tant Orange Belgium que Proximus proposent une gestion de l'ICT interne de la société IRISnet permettant de soutenir l'activité de celle-ci, tant pour ses opérations internes que pour la fourniture de services aux PAB. Les deux soumissionnaires proposent des opportunités d'amélioration en vue d'en maîtriser les coûts et d'en améliorer la performance, jugées pertinentes et utiles pour les Pouvoirs adjudicateurs.
Bien que dans leur réponse les soumissionnaires mettent l'accent sur des aspects différents de l'ICT interne, leurs deux approches démontrent qu'ils s'inscrivent dans la logique du Marché et qu'ils seront tant l'un que l'autre des partenaires ambitieux et qualitatifs.
Globalement, la réponse de Proximus, bien que pas parfaite au niveau du support attendu de la part de l'équipe en place au sein de la société IRISnet, est légèrement meilleure que celle d'Orange Belgium, qui ne spécifie pas sa contribution spécifique dans les activités de gestion proposées et l'assurance concrète de la continuité de l'ICT interne.
De plus, tout comme Proximus, Orange Belgium ne décrit pas ce qu'il attendra au niveau du support et des actions attendues de la part de l'équipe en place au sein de la société
En conséquence, Proximus obtient 3 points et Orange Belgium 2 points. »

Il ressort de cette motivation que les offres des deux soumissionnaires sont équivalentes pour l'essentiel, mais que celle d'Orange est légèrement moins bonne dans la mesure où elle ne spécifie pas la contribution spécifique d'Orange

dans les activités de gestion proposées et l'assurance concrète de la continuité de l'ICT interne. Les parties adverses soulignent toutefois que l'offre d'Orange comporte, à cet égard, les éléments suivants :

- « - Orange a effectivement proposé sa contribution en tant que gestionnaire opérationnel sous forme d'expertise, de conseils, d'outils, dans les différents domaines de l'ICT interne. Orange a décrit la gestion et les nombreuses actions d'amélioration de l'ICT interne qu'il entend mener, mais n'a pas pour chacun d'eux spécifiquement, détaillé sa propre contribution ;
- Orange n'a pas mentionné explicitement la continuité, mais il a exposé la démarche qu'il propose pour l'évolution de l'ICT interne de la société IRISnet à la lumière des enjeux futurs de celle-ci dans le cadre du Marché IRISnet3, s'inscrivant dans la continuité et l'amélioration de l'ICT interne. »

La présence de ces éléments, qui est d'ailleurs relevée dans l'analyse de l'offre d'Orange relative à la question en cause, permet de justifier l'attribution à Orange de 2 points nonobstant les lacunes mises en avant dans la motivation générale.

Question n° 47

La question n°47 invite le soumissionnaire à indiquer quelles certifications de sécurité lui semblent pertinentes pour la Société IRISnet et de quelles certifications de sécurité il pourra faire bénéficier la Société IRISnet et comment il compte le faire, sans coût pour celle-ci.

La requérante soutient que son offre aurait été appréciée beaucoup plus sévèrement que celle d'Orange sur cette question car Proximus obtient 0 points pour ne pas avoir répondu à certaines parties de la question, tandis qu'Orange obtient 4 points alors qu'elle ne précise pas quels coûts seront pris à sa charge sauf concernant la certification de deux personnes.

Le rapport d'évaluation conclut comme suit son analyse des réponses relatives à la question n° 47 :

- « Globalement, la réponse d'Orange Belgium est très nettement meilleure que celle de Proximus, qui ne répond pas à la question en ce qui concerne la description concrète des certifications qu'il estime pertinentes pour la société IRISnet, de même qu'en ce qui concerne la façon dont il compte faire bénéficier la société IRISnet des certifications de sécurité sans coût pour celle-ci. Orange Belgium apporte, quant à lui, une réponse complète à la question, en ligne avec les exigences du Marché. En conséquence, Orange Belgium obtient 4 points et Proximus 0 points pour cette question. »

Il ressort du rapport d'évaluation que, dans sa réponse, la requérante « ne liste aucune certification estimée pertinente, à part des grandes typologies de

certification (technologique, législatives) et qu'elle « n'a pas indiqué de quelles certifications de sécurité [elle] pourra faire bénéficier la société IRISnet et comment [elle] compte le faire, sans coût pour celle-ci », alors que tel était l'objet de la question. Il ne peut être reproché aux parties adverses de ne pas avoir valorisé des éléments paraissant dépourvus de pertinence pour la question posée, éléments que la requérante n'identifie d'ailleurs pas. Il résulte en revanche de la motivation que l'offre d'Orange répond de manière pertinente aux questions posées, de sorte qu'il n'apparaît pas que les parties adverses auraient commis une erreur manifeste d'appréciation ou qu'elles n'auraient pas traité les offres dans le respect du principe d'égalité.

Question n° 7

La question n° 7 invite le soumissionnaire à décrire :

- « • Comment il supportera la Société IRISnet au niveau de la gestion des connaissances
- Quelle organisation il mettra en œuvre dans ce domaine, et pourquoi
- Quelles autres améliorations il apportera dans ce domaine
- Comment il gèrera les bases de connaissances de la Société IRISnet et comment il assurera la qualité de leur contenu et notamment comment il gèrera leur évolution dans le temps (gestion du cycle de vie, gestion de la qualité, etc.)
- Comment il s'appuiera sur la documentation et les bases de connaissance existantes au sein de la Société IRISnet pour les points ci-dessus »

Il est précisé que, dans sa réponse, le soumissionnaire doit démontrer que :

- « - il attache une attention particulière à la gestion des connaissances comme levier de performance et de compétence à long terme de la Société IRISnet;
- il porte un regard critique sur la documentation et les bases de connaissance existantes ;
- il attache une attention particulière aux outils permettant de décharger le personnel de la Société IRISnet, à l'expertise qu'il apportera et aux connaissances qu'il transférera pour favoriser l'autonomie de la Société IRISnet ».

Proximus soutient que l'évaluation de son offre n'aurait pas tenu compte de l'élément suivant qu'elle proposait : « Il est et sera renforcé dans ses interfaces avec Jira Service Desk, Jira Core, MyIRISnet, Insight (CMDB), les partenaires et les fournisseurs [voir question 12 et 65] pour optimiser la gestion de la documentation, des connaissances et des opérations vis-à-vis des usagers, des pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires, du CIRB mais aussi pour le support de 1^e ligne et de 2^e ligne », alors que, selon la requérante, cet élément est pertinent pour la question précitée.

La conclusion du rapport d'évaluation relative aux réponses à la question concernée est rédigée comme suit :

« Les deux soumissionnaires proposent une méthode de gestion des connaissances solide et convaincante au moyen d'approches adéquates. Les deux soumissionnaires s'engagent en outre à apporter à la société IRISnet le soutien et l'expertise nécessaires permettant à terme de favoriser l'autonomie de la société IRISnet.

On regrette cependant le fait qu'aucun des soumissionnaires ne précise concrètement comment ces outils pourront décharger le personnel de la société IRISnet.

Les réponses sont de qualité équivalente.

Les soumissionnaires obtiennent donc chacun 3 points. »

S'agissant de la réponse de la requérante, le rapport indique ce qui suit :

« Proximus décrit de manière convaincante comment il gèrera les bases de connaissances de la société IRISnet, comment il assurera la qualité de leur contenu et comment il s'appuiera sur la documentation et les bases de connaissances existantes :

- en faisant l'inventaire des différentes sources d'information et en analysant l'utilisation de Confluence ;
- en faisant de Confluence le système de gestion documentaire central et en le renforçant dans ses interfaces avec d'autres systèmes opérationnels d'IRISnet et avec les fournisseurs et partenaires ;
- en utilisant une démarche d'amélioration continue dont la première phase définit les objectifs en termes de contenu, structure, cycle de vie, qualité, audit.

Ni Orange Belgium ni Proximus n'expliquent concrètement comment les outils qui seront mis en place permettront de décharger le personnel de la société IRISnet.»

Il en ressort que les parties adverses ont pris en considération l'élément en cause, mais qu'il est reproché tant à l'offre de Proximus qu'à celle d'Orange de ne pas préciser comment ces outils pourront décharger le personnel d'IRISnet. L'attribution de 3 points à chacune des offres ne paraît donc pas affectée d'une erreur manifeste d'appréciation et l'offre de la requérante ne paraît pas avoir été évaluée, sur la question concernée, de manière moins favorable que celle d'Orange.

Question n° 57

La question n°57 demande au soumissionnaire de décrire « comment il s'appuiera sur la culture SELFY pour, via la Société IRISnet, répondre avec succès aux demandes des PAB et usagers tout en maintenant un niveau élevé de satisfaction ». Les précisions indiquent qu'il doit notamment décrire « quelles sont les étapes les plus importantes de la démarche (générique) d'amélioration continue qu'il envisage tenant compte de la culture SELFY ».

Proximus soutient que les parties adverses n'auraient pas tenu compte, dans l'offre de Proximus, d'un renvoi effectué vers une autre question, et qu'elles auraient par conséquent indûment retiré un point à Proximus pour la question n°57.

Le rapport d'évaluation conclut de la manière suivante l'analyse des réponses à la question concernée :

- « Les deux soumissionnaires démontrent une bonne compréhension de la culture SELFY sur laquelle ils s'appuieront sur la culture SELFY pour traiter, dans les délais et avec un bon niveau de qualité, les demandes des usagers et des Pouvoirs Adjudicateurs Bénéficiaires.
Tant Orange Belgium que Proximus démontrent qu'ils s'appuieront effectivement sur et tiendront compte de la culture SELFY pour répondre avec succès aux demandes des PAB et usagers tout en maintenant un niveau élevé de satisfaction. Dans l'ensemble toutefois, la réponse d'Orange Belgium est jugée légèrement meilleure que celle de Proximus en ce qui concerne la démarche d'amélioration continue.
En conséquence, Orange Belgium obtient 4 points et Proximus 3 points. »

Les parties adverses exposent ce qui suit dans la note d'observations :

- « Le rapport d'évaluation des offres considère que "Proximus décrit de façon moins détaillée les étapes de la démarche (générique) d'amélioration continue qu'il envisage tenant compte de la culture SELFY. Proximus mentionne uniquement 'un processus facilitant l'amélioration continue, y compris l'élaboration d'un plan opérationnel tous les ans et sa revue tous les trimestres' et 'l'organisation de rétrospectives fréquentes (mensuelles par exemple) dans chaque équipe, afin d'échanger sur les méthodes de travail et de définir des pistes d'amélioration', mais ne décrit pas de processus aussi détaillé que celui d'Orange Belgium" (pièce 30, pp. 124-125).
Comme relevé dans le rapport, Proximus ne fournit pas d'explication détaillée d'une démarche générique d'amélioration continue qu'elle envisage. Elle indique effectivement une référence à la question n°72 en ce qui concerne "l'élaboration d'un plan opérationnel tous les ans et sa revue tous les trimestres" (pièce 37, document 6, p. 83). Cependant, la réponse à cette question, qui concerne l'élaboration du plan stratégique pluriannuel et la revue trimestrielle des opérations, ne s'apparente pas davantage à une description de la démarche demandée (pièce 37, document 6, pp. 99-100).
Orange, quant à elle, a fourni une explication étape par étape de la démarche générique d'amélioration continue qu'elle propose et de ses liens avec la culture SELFY (pièce 36, document 6, p. 143). »

Les éléments dont font état les parties adverses permettent de considérer qu'elles ont pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que la réponse de la requérante relative à la démarche d'amélioration continue est moins détaillée que celle d'Orange.

Conclusion

Pour chacune des appréciations contestées par les requérants, les motifs énoncés dans le rapport d'évaluation relatif au critère qualité paraissent suffisamment clairs et précis. Ils permettent de comprendre les raisons qui justifient les cotations attribuées. Il résulte de l'examen qui précède que les parties adverses ne semblent pas avoir commis d'erreur manifeste d'appréciation et que la requérante

est en défaut d'établir que son offre n'aurait pas été appréciée dans le respect du principe d'égalité.

Le moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur d'autres causes éventuelles de rejet.

XII. Confidentialité

Les parties adverses demandent que les pièces 33 à 41 du dossier administratif demeurent confidentielles.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La requête en intervention introduite par la SA Orange Belgium est accueillie.

Article 2

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4

Les pièces 33 à 41 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 22 mars 2023, par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky