

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 150.995 du 7 novembre 2005

G./A.88.549/VI-15.359

En cause : **LA SOCIETE ANONYME CICADE**,
ayant élu domicile chez
Mes Benoît et Luc CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253,
1180 Bruxelles,

contre :

LA RÉGION WALLONNE, représentée par
son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 16 février 2000 par la société anonyme "COMPAGNIE D'INFORMATIQUE ET DE CARTOGRAPHIE DIGITALE", en abrégé CICADE, qui demande l'annulation de "la décision de date inconnue prise par la (Région wallonne) de retenir et d'attribuer, pour la Région wallonne, le marché de services pour le levé de lits majeurs de cours d'eau par laser aéroporté (régi par le cahier spécial des charges n° MS/212/99/04) à un soumissionnaire autre que la requérante, à savoir l'association momentanée SODIPLAN-AERODATA";

Vu l'arrêt n° 84.355 du 22 décembre 1999 suspendant provisoirement, selon la procédure d'extrême urgence, l'exécution de l'acte attaqué;

Vu l'arrêt n° 84.481 du 28 décembre 1999 ne confirmant pas la suspension provisoire et rejetant la demande de suspension;

Vu l'arrêt n° 84.656 du 13 janvier 2000 rectifiant l'arrêt 84.481 du 28 décembre 1999;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 8 mars 2005 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 8 août 2005, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 21 septembre 2005;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Benoît CAMBIER, avocat, comparaisant pour la requérante et Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. Le 19 mars 1999, le Bulletin des Adjudications publie un avis de marché relatif à un marché de services à passer selon la procédure d'appel d'offres général et ayant pour objet :

" Toutes les prestations nécessaires au levé topographique précis et dense des lits majeurs des principaux cours d'eau de la Région wallonne. La réalisation d'un modèle numérique de terrain (MNT) géoréférencé et sa mise en place dans un système d'informations géographiques font également partie du présent marché ainsi que le serveur associé."

L'ouverture des offres est prévue le 30 avril 1999.

2. Le marché en question est régi par le cahier spécial des charges n° MS/212/99/04.

Ce cahier spécial des charges prévoit notamment ce qui suit :

- pour la sélection qualitative, sous la rubrique "I.6.2. Capacité financière et économique", qu'outre les documents relatifs au chiffre d'affaires des trois dernières années, doit être "jointe une présentation de la preuve d'assurance de l'entreprise couvrant la responsabilité civile pour un montant supérieur à 80 millions de francs belges";

- sous la rubrique "I.7. critères d'attribution" :

"1. Les critères d'attribution sont les suivants (classement par ordre décroissant d'évaluation) :

1°) Valeur technique :

La valeur technique de l'offre du soumissionnaire sera évaluée sur base des éléments suivants :

- . le matériel mis en oeuvre (positionnement, laser aéroporté, ...)
- . la méthodologie de prospection
- . la méthodologie de traitement des données; filtrage, création du modèle numérique de terrain, mise en place dans un système d'informations géographiques.

Ces éléments seront appréciés en fonction de la qualité des procédures de travail présentées par le soumissionnaire au vu des particularités propres au présent cahier spécial des charges.

Pour ce faire, le soumissionnaire joindra des documents explicatifs des méthodologies qu'il mettra en oeuvre dans le cadre spécifique de ce marché de services.

Le matériel sera également spécifié et les documents techniques y relatifs seront joints à la soumission.

2°) Le montant global

2. Les critères d'attribution «valeur technique» et «prix» auront respectivement un poids de 70 et 30 %.";

- sous la rubrique "I.10. Variantes", que "les variantes sont interdites";

- sous la rubrique "II.2. Description des prestations" :

* "1. Technologie à mettre en oeuvre et méthodologie" :

"Le matériel à mettre en oeuvre doit comprendre au minimum les éléments suivants :

- un système de positionnement
- un système de navigation inertiel
- un laser
- un avion (ou autre moyen de transport aérien)

Le choix effectif du matériel (marque, caractéristiques ...) est laissé à l'adjudicataire mais ce dernier doit détailler et spécifier de manière explicite les moyens mis en oeuvre et la méthodologie de travail en fonction des contraintes particulières relatives au levé des rives des cours d'eau dans des reliefs accidentés et en présence d'une dense couverture végétale. Il s'agit d'un critère primordial d'attribution du marché. Tout le matériel est à charge et sous la responsabilité de l'adjudicataire.";

* "1.2. Laser et équipement" :

"Un laser (de la catégorie "Laser Range Finder") doit être mis en oeuvre à partir de l'avion.

Le laser doit permettre de mesurer en temps réel des profils perpendiculaires à l'axe de navigation de l'avion. Le nombre de points effectivement mesurés en temps réel doit correspondre au minimum à la densité précisée en 3.1.

De même, la vitesse de vol sera adaptée pour obtenir un nombre suffisant de coupes transversales en fonction de la cadence d'acquisition du laser.

En cas de levés par bandes longitudinales parallèles, la largeur de recouvrement minimum entre profils longitudinaux successifs est de 30 %.

Le laser doit avoir une capacité d'enregistrement d'au moins 2 échos.

Le laser ne sera pas utilisé à une altitude supérieure à 500 m des points à lever.

Le faisceau au sol n'aura jamais une superficie supérieure à 100 cm².

Le laser doit permettre de mesurer à une précision meilleure que 3 cm :

- le relief "enveloppe" (premier écho): sommet des arbres et de la végétation
- le relief sous les arbres et la végétation (dernier écho)

Les données éventuelles acquises lors de manoeuvres brusques (virages ...) ne seront ni stockées ni utilisées ultérieurement pour la génération du MNT.

Les informations seront transmises en temps réel à une unité centrale installée dans l'avion qui stockera les données brutes (y compris les éventuels différents échos) en provenance du système de positionnement, du laser et du système inertiel.";

* "3. Points à lever au laser aéroporté" :

"Par définition, un point levé est un point géoréférencé mesuré directement (pas d'interpolation) par le laser aéroporté. Un point incorrect (réflexion parasite, aberration, élimination par filtrage ...) n'est pas considéré comme un point levé.

Pour un même point levé (x, y) peut correspondre une ou plusieurs altitudes (z), notamment en présence de végétation.

3.1 Couverture et densité

Sur toute l'étendue des zones à couvrir, un minimum de un point par mètre carré doit être levé, à l'exception des surfaces d'eau.

Les îles et ponts éventuels font également partie des points à lever.

3.2. Précision

La précision *finale et individuelle* requise de tous points levés est de +/- 15 cm dans les 3 axes de mesure (x, y, z). La précision est vérifiée par rapport au système de coordonnées de référence.

L'Administration effectuera de manière indépendante des contrôles de ces résultats en cours de marché.

3.3. Filtrage des données

Afin d'obtenir des points levés corrects, un filtrage sur les données brutes mesurées en temps réel doit être réalisé; nettoyage des données aberrantes, réflexions parasites

...

La méthode de filtrage doit être détaillée avec précision dans l'offre et les rapports. Ces données obtenues après filtrage et avant traitement pour le MNT seront livrées à l'Administration sous un format spécifié en 7.";

* "5. Création du modèle numérique de terrain et fourniture des données

Les données à fournir seront :

- Les données brutes enregistrées par bande de vol
- Les données filtrées
- Les modèles numériques de terrain (MNT)

Les données brutes par bande de vol seront sous un format à déterminer en cours de marché en fonction des résultats donnés par l'appareillage de prospection. Elles seront fournies sur support CD ROM en double exemplaire.

Les données filtrées seront sous format (x,y,z,n) où

- "x" est la coordonnée X Lambert du point, exprimée en mètres sous le format "#####.##";
- "y", la coordonnée Y Lambert du point, exprimée en mètres sous le format "#####.##";
- "z", l'altitude du point en DNG, exprimée en mètres sous le format "###.##";
- "n", sera relatif à l'écho : écho unique, premier écho, dernier écho.

Le séparateur employé sera la virgule.

A partir des points obtenus par filtrage, le prestataire de service réalisera deux modèles numériques de terrain en maille 1 x 1 m pour l'ensemble des zones couvertes:

- un MNT "enveloppe", basé sur les échos uniques et premiers échos
- un MNT "sol", basé sur les échos uniques et derniers échos.

(...)"

3. Par lettre du 13 avril 1999, les soumissionnaires sont informés d'une rectification apportée à la clause "I.8. Certification" du cahier spécial des charges et du report de la date d'ouverture des soumissions au 7 mai 1999 à 11 heures.

4. Le 7 mai 1999, cinq offres sont recueillies dont celle de la requérante et celle de l'association momentanée AERODATA-SODIPLAN.

La requérante observe, dans sa soumission (page 13), que, parmi les six systèmes "existants" pour la réalisation du travail en question et selon "les caractéristiques connues de ces systèmes", elle en exclut, d'emblée, trois qui ne permettraient pas de répondre à l'exigence du cahier spécial des charges imposant l'utilisation d'un laser ayant une capacité d'enregistrement "d'au moins deux échos", à savoir le TOPOSYS proposé par l'association momentanée précitée et deux autres marques (FUGRO et INST OF NAV), lesquels ne permettraient l'enregistrement que d'un seul écho .

Pour sa part, l'offre de l'association momentanée précitée indique que le nouveau scanner TOPOSYS permet de répondre aux exigences du cahier spécial des charges à l'exception de la norme relative à la taille du faisceau, aucun scanner ne permettant toutefois une taille aussi limitée, et que la capacité d'enregistrement de deux échos est totalement réalisée par ce nouveau scanner. À ces affirmations, est jointe une notice TOPOSYS classée confidentielle émise en janvier 1999. À la rubrique des réalisations jointe à l'offre, figure une représentation de la technique utilisant les deux échos (pulsations).

5. Le 21 mai 1999, la partie adverse demande des justifications de prix à l'association momentanée précitée et à la requérante, lesquelles les fournissent respectivement par lettres du 26 mai 1999 et du 4 juin 1999.

Le 28 juin 1999, la partie adverse demande à la requérante de lui "fournir dans les plus brefs délais vos références dans le domaine de la prospection par laser aéroporté. La distinction entre vos références et celles de vos sous-traitants n'apparaît en effet pas clairement dans la soumission". Il y est répondu le 1^{er} juillet 1999.

6. A une date indéterminée mais antérieure au 30 septembre 1999, les services de la partie adverse établissent un rapport d'attribution relatif au marché public querellé.

En ce qui concerne l'estimation préalable du marché qui était de 98.000.000 FB, le rapport indique que "à l'exception de l'étude pilote effectuée par le Sethy en 1998, le laser aéroporté n'a jamais été mis en oeuvre en Région wallonne. Le laser aéroporté est une technologie très récente, seulement utilisée depuis 1996 de manière satisfaisante. L'estimation ressort des résultats de cette étude préalable qui se basait sur le matériel de mesure et les systèmes de traitement des données disponibles au moment du lancement du projet en 1997. Cependant, l'évolution technologique est impressionnante et la qualité du matériel augmente de jour en jour tandis que les coûts de mise en oeuvre diminuent de manière importante. De fait, l'estimation de 98.000.000 FB est aujourd'hui jugée obsolète et un nouveau calcul doit être réalisé sur base des nouveaux développements technologiques et des prix pratiqués très récemment dans des pays étrangers, et inconnus au moment de l'estimation préalable". Le rapport conclut sur ce point que "l'estimation de l'Administration est donc revue à la baisse et devient, en incluant le serveur à fournir et la TVA : 49.000.000 FB".

En ce qui concerne la sélection qualitative, les services de la partie adverse ne retiennent pas les candidatures de trois soumissionnaires, à savoir AQUATERRA n.v., HOSPITAL FRANÇOIS et S.J.M.E.T. s.a.r.l., au motif que ces derniers ne disposent d'aucune référence relative à la mise en oeuvre d'un laser aéroporté ou au traitement de données (filtrage, création de modèles numériques). A propos de l'association momentanée précitée, le rapport relève qu'elle est en ordre vis-à-vis de l'O.N.S.S., que "l'assurance RC sera prise en cas de commande du marché (Déclaration fournie en complément de l'offre)", et qu'elle a la qualité technique requise :

" Sodiplan présente des références dans les domaines de la cartographie numérique et photogrammétrie ainsi que de la création de banques de données associées. Cette société a également de l'expérience dans la coordination de projets photogrammétriques menés en partenariat avec plusieurs sociétés.

Aérodatta démontre une expérience importante au niveau des missions aériennes de photographie et également au niveau de missions de prospection par laser aéroporté (plusieurs centaines de km² aux Pays-Bas). Aérodatta présente donc une qualité confirmée pour les prestations demandées.

L'A.M. fait appel à deux sous-traitants : Geotop pour les travaux topographiques et Toposys pour la mise en oeuvre du laser. Toposys dispose également d'une très grande expérience au niveau de l'utilisation du laser et du traitement postérieur des données (notamment en Allemagne et aux Pays-Bas).

Les contacts pris par l'Administration avec le Rijkwaterstaat aux Pays-Bas ont confirmé la qualité et le succès des prestations effectuées par Aérodatta en association avec Toposys dans le domaine des mesures par laser aéroporté.

La qualité du soumissionnaire est donc acquise."

Quant à la requérante, le rapport retient également sa candidature, considérant qu'elle a la capacité financière ("chiffre d'affaires : OK; assurance RC : OK") et indiquant, pour la capacité technique, ce qui suit :

"Cicade dispose d'une expérience importante relative à la cartographie numérique et la photographie aérienne (levé et traitement) en particulier en Région wallonne. Il en est de même pour les missions aériennes.

Cicade fait appel au sous-traitant Eurosense pour l'utilisation du laser et le traitement subséquent.

L'offre étant peu claire au niveau des références respectives du soumissionnaire et de ses sous-traitants, un courrier fut adressé par l'Administration afin de préciser ce point. La réponse de Cicade est fournie en annexe. Il apparaît clairement que seul Eurosense dispose d'expérience dans le domaine du laser aéroporté.

En effet, Eurosense a effectué différents levés topographiques au laser, notamment aux Pays-Bas, avec succès.

La qualité de soumissionnaire est donc acquise dans le domaine d'application par le biais de son principal sous-traitant."

Quant au premier critère d'attribution, à savoir la valeur technique de l'offre, il suit de ce même rapport que :

- en ce qui concerne l'offre de l'association momentanée AERODATA-SODIPLAN, les services de la partie adverse indiquent, à propos du matériel mis en oeuvre, que le laser TOPOSYS "permet d'obtenir à 500 m. d'altitude une densité de points 8 à 10 fois plus élevée que celle réclamée par le cahier spécial des charges (un point par mètre carré). A

850 m., cette densité est encore de 4 à 5 points par mètre carré.", qu'il "est le seul au monde présentant une telle densité de points mesurés tout en présentant une précision semblable aux systèmes concurrents" et que le "nouveau laser développé par TOPOSYS permet d'enregistrer deux échos (sol-couverture végétale) comme exigé dans le cahier spécial des charges". Pour la méthodologie de prospection, les services de la partie adverse relèvent que, "pour le recalage des points mesurés dans le système belge, des stations GPS au sol seront positionnées sur la base de points IGN" et que "des zones tests seront levées classiquement afin de calibrer les mesures et de vérifier leur qualité en x, y et z". Pour la méthodologie de traitement des données, ils exposent que "le filtrage se déroule en deux phases : la première automatique pour éliminer les réflexions parasites et les aberrations, et la seconde manuelle sur base de photos couleurs verticales au 1/10.000^{ème}";

- à propos de l'offre de la requérante, les mêmes services observent, pour le matériel mis en oeuvre, que la requérante a choisi le laser AEROSCAN de la société AZIMUTH, qu'elle "a étudié la paramétrisation idéale du système laser retenu, de l'altitude et de la vitesse de vol à appliquer" en fonction des paramètres du cahier spécial des charges ou de la faisabilité en Wallonie et que les contraintes liées aux distances entre les points mesurés "vont imposer un respect strict des plans de vol". Pour la méthodologie de prospection, les services de la partie adverse relèvent que ce "soumissionnaire installera un système de référence de 29 stations de base au sol pour l'ensemble des zones à couvrir ainsi que 69 zones tests pour le calibrage des mesures". Pour la méthodologie de traitement des données, ils exposent que "les techniques de filtrage et de génération des modèles numériques ne sont pas très explicites", qu' "aucune précision n'est apportée quant aux logiciels utilisés" et que la requérante "propose l'utilisation des données existantes du PICC pour la détermination des zones particulières (eau) et d'une image vidéo prise pendant le vol pour les zones non couvertes par le PICC". Ils concluent que l'offre de la requérante "est complète et la méthodologie est dans l'ensemble bien décrite" et que "des calculs précis sont utilisés pour démontrer la densité de points mesurés. Il n'est cependant fait nulle part mention du pourcentage de points qui risquent d'être éliminés par le post-processing (aberrations, ...). Le cahier spécial des charges précisait que la densité d'un point par m² était exigée pour les points effectivement levés après élimination des points incorrects. Le matériel choisi garantit en théorie une densité de un point par m² mais nécessite des réglages précis tant au niveau des hauteurs et des vitesses de vols, que du respect des plans de vols. Le matériel ne donne aucune marge de sécurité, ce qui risque d'entraîner la nécessité d'effectuer plusieurs vols sur la même zone pour combler les trous. Les coûts sont ainsi plus élevés et les délais de réalisation risquent de présenter des retards par rapport à la durée du marché".

Les services de la partie adverse concluent le rapport, quant à la valeur technique des offres, en ces termes :

" Les deux offres répondent aux critères techniques stricts fixés par le cahier spécial des charges.

Cependant, le laser proposé par l'A.M. Aérodata - Sodiplan dispose d'une plus grande fréquence de pulsation et de scan qui permet de mesurer plus de points qu'exigés par le cahier spécial des charges. Ce nombre de points permet de dire que le filtrage des données sera nettement facilité et garantira la qualité des résultats.

Par contre, le laser proposé par Cicade ne permet la densité voulue qu'au prix de vols plus précis et plus nombreux ainsi qu'un dépouillement des données plus complexe.

En conclusion des analyses des soumissions relatives à la valeur technique, il ressort le classement suivant par ordre décroissant de qualité:

1. A.M. Aérodata - Sodiplan
2. Cicade."

Quant au second critère relatif au montant global de l'offre, il ressort du même rapport que :

" Le classement, par ordre décroissant, des soumissions est le suivant (TVAC):

1. Association Momentanée Aérodata - Sodiplan s.a.	41.805.679 FB(*)
2. Cicade s.a.	91.935.800 FB

(*) montant rectifié (...)

Le prix global offert par l'A.M. Aérodata - Sodiplan est d'un ordre de grandeur proche de la nouvelle estimation de l'Administration (49.000.000 FB)."

Le rapport conclut que "sur base des critères d'attribution et de l'analyse des offres, il apparaît que l'offre conforme au cahier spécial des charges de l'A.M. Aérodata-Sodiplan est la plus intéressante".

7. Le 15 décembre 1999, la partie requérante écrit au Ministre du Budget, de l'Equipeement et des Travaux publics pour s'étonner de n'avoir toujours aucune nouvelle de l'attribution de ce marché et pour rappeler les irrégularités affectant l'offre de l'association momentanée SODIPLAN-AERODATA.

8. A une date que les parties contestent mais qui se situe dans le courant du mois de décembre 1999, le Ministre du Budget, de l'Equipeement et des Travaux publics attribue le marché litigieux à l'association momentanée SODIPLAN-AERODATA. Cette "décision motivée d'attribution", qui constitue la décision attaquée, est motivée comme suit :

- " Objet : Marché de services pour le levé de lits majeurs de cours d'eau par laser aéroporté.
Appel d'offres général.
Cahier spécial des charges n° MS/212/99/04.

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses annexes;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et ses annexes;

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 et ses annexes établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et ses annexes;

Vu qu'un avis de marché relatif à l'objet susmentionné a été publié au Bulletin des Adjudications du 19.03.99 sous le n° 3653 et au Journal officiel des Communautés Européennes du 20.03.99 sous le n° S 56;

Vu qu'une rectification sur cet avis de marché a été publiée sous le n° 5403 du Bulletin des Adjudications du 23.04.99 et dans le n° S 79 du Journal officiel des Communautés européennes du 23.04.99;

Vu que l'Inspection des Finances a remis son avis préalable favorable en date du 15 mars 1999;

Vu que le Gouvernement Wallon a approuvé le mode de passation du marché par appel d'offres général, en date du 22 avril 1999;

Vu le visa de l'Inspection des Finances du 3 novembre 1999;

Vu que le projet est complémentaire du projet P.I.C.C. et qu'une collaboration étroite est prévue avec les services compétents de cartographie et de topographie de la Région wallonne;

attendu que les 5 soumissionnaires suivants ont remis une offre dans les formes et délais prévus;

- * Association momentanée :
Aérodata n.v.- Sodiplan s.a. (...)
- * Aquaterra nv (...)
- * Cicade s.a. (...)
- * Hospital François (...)
- * S.J.M.E.T. s.a.r.l. (...)

attendu que, sur base des critères d'exclusion, de capacité financière et technique de l'avis de marché, seuls les deux soumissionnaires suivants répondent à la sélection qualitative:

- * A.M. Aérodata - Sodiplan s.a.
- * Cicade s.a.

attendu que les critères d'attribution du marché étaient, par ordre décroissant d'importance:

1. La valeur technique
2. Le prix total

attendu qu'afin de juger le premier critère d'attribution et vu la spécificité des prestations, il était demandé aux soumissionnaires de fournir une description détaillée:

- * du matériel mis en oeuvre (positionnement, laser aéroporté ...)
- * de la méthodologie de prospection
- * de la méthodologie de traitement des données: filtrage, création du modèle numérique de terrain, mise en place dans un système d'informations géographiques

attendu que sur base des documents fournis et des précisions demandées, le classement des offres au niveau de la valeur technique est le suivant:

1. Association Momentanée Aérodata - Sodiplan s.a.
2. Cicade s.a.

attendu que les montants globaux des offres s'élèvent à (TVAC):

- | | |
|--|---------------|
| 1. Association Momentanée Aérodata - Sodiplan s.a. | 40.825.192 FB |
| 2. Cicade s.a. | 91.935.800 FB |

attendu que suite à une confusion dans le métré récapitulatif, le montant offert par l'A.M. Aérodata - Sodiplan s.a. a dû être rectifié conformément à l'Art. 114 de l'A.R. du 08.01.1996 et que ce montant est porté à 41.805.679 FB;

attendu que l'estimation préalable de l'Administration était de 98.000.000 FB (TVAC);

attendu que sur base de l'évolution extrêmement rapide du matériel d'acquisition et de traitement des données ainsi que sur base des prix pratiqués récemment dans des pays limitrophes, cette estimation préalable est obsolète et ramenée à 49.000.000 FB;

attendu que l'Administration a demandé une justification des prix aux deux sociétés;

attendu que l'Administration a effectué le contrôle de ces prix et que ceux-ci sont normaux;

attendu que sur base des deux critères d'attribution, le classement final est le suivant:

1. A.M. Aérodata - Sodiplan s.a.
2. Cicade s.a.

attendu que l'A.M. Aérodata - Sodiplan s.a. présente donc l'offre conforme la plus intéressante;

attendu qu'un dossier a été approuvé auprès du programme européen INTERREG IIc de lutte contre les inondations pour l'octroi d'une subvention de 45%;

j'ai décidé d'attribuer le marché de services relatif au levé de lits majeurs de cours d'eau par laser aéroporté à l'A.M. Aérodata - Sodiplan s.a. pour un montant de 41.805.679 FB (TVAC).".

Cette décision a été notifiée aux différents soumissionnaires dont la requérante et l'association attributaire du marché par lettre du 22 décembre 1999;

Considérant, en ce qui concerne l'objet du recours, que la requête n'est recevable qu'en tant qu'elle poursuit l'annulation de la décision d'attribution du marché

public querellé à l'association momentanée précitée; qu'elle ne l'est pas en tant qu'elle poursuit l'annulation de la décision implicite de refuser d'attribuer le marché à la requérante; qu'en effet, dans une procédure d'appel d'offres, le Conseil d'Etat ne saurait substituer son appréciation à celle de l'administration active pour décider d'attribuer, ou non, le marché à la requérante;

Considérant que la requérante prend un premier moyen, intitulé "non conformité de l'offre retenue", de "la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 32, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 1^{er}, § 1^{er}, 14, 16, 39 et 59, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment de ses articles 82 et suivants, 90, §§ 3 et 4, 110, 114 et 115, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du décret du Conseil régional wallon du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, notamment de ses articles 4 et 5, du cahier spécial des charges n° MS/212/99/04, notamment de ses points I.6.2. (assurances), I.10. qui interdit les variantes (pages 4 et 5), du point II.1.2. qui requiert de recourir à un laser permettant l'enregistrement d'au moins 2 échos et dont la surface du faisceau au sol ne dépasse jamais 100 cm² et du point II.3.2. qui requiert une précision de 15 cm, des principes généraux du droit, notamment du principe «patere legem quam ipse fecisti», et de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs"; que la requérante expose que la partie adverse a attribué le marché public querellé à l'association momentanée précitée alors que son offre était irrégulière au moins sur cinq points qui constituent autant de branches du moyen;

Considérant que, dans une première branche, la société requérante estime que l'attestation O.N.S.S. de la S.A. AERODATA n'était pas jointe à l'offre;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse objecte que le dossier contient bien deux attestations de l'O.N.S.S. pour la société AERODATA, une du 2 décembre 1998 et une autre du 28 juillet 1999 relative au premier trimestre 1999, et qu'il s'agit bien d'une S.P.R.L. et non d'une S.A. "comme une erreur matérielle l'indique dans l'offre";

Considérant que la requérante réplique que l'attestation O.N.S.S. déposée concerne non pas la N.V. AERODATA qui est une des deux sociétés formant l'association momentanée attributaire mais bien la B.V.B.A. AERODATA, que la pièce vantée par la partie adverse n'est pas déposée au dossier administratif, qu'elle est

postérieure à la date d'ouverture des offres et révèle que la société n'est pas en ordre vis-à-vis de l'O.N.S.S. même si des exonérations des majorations et une réduction de 25% pourront être éventuellement accordées, en sorte que cette offre était irrecevable; que, dans son dernier mémoire, la requérante relève que l'attestation de l'O.N.S.S. du 8 juin 1999 pose deux problèmes, que, tout d'abord, à supposer que ce document puisse être produit après le dépôt de l'offre, encore faut-il que cette communication soit antérieure à la décision d'attribution du marché, ce qui n'est pas établi en l'espèce, qu'ensuite, elle concerne une autre société dont la forme juridique (S.A. au lieu de S.P.R.L.) et la dénomination diffèrent de la société AERODATA, que la forme juridique est un élément essentiel de la personnalité juridique, que ces "erreurs" ne sont pas isolées et sont répétées à de multiples endroits, et que le fait que la S.A. AERODATA n'existerait pas ou n'aurait pas été constituée ne peut être invoqué car il en résulterait que le marché aurait été attribué à un soumissionnaire inexistant;

Considérant qu'il ressort du dossier et de l'instruction menée par l'auditeur rapporteur qu'en annexe à l'offre de l'association momentanée, figure une attestation de l'O.N.S.S. du 2 décembre 1998 relative à la B.V.B.A. AERODATA selon laquelle cet employeur, au 27 novembre 1998, a introduit les déclarations trimestrielles requises jusques et y compris le deuxième trimestre 1998 et a payé les montants dont il était redevable à ce propos et qu'en réponse à une demande de l'auditeur rapporteur, les services de la partie adverse ont déposé par lettre du 22 février 2005 une attestation de l'O.N.S.S. du 28 juillet 1999 relative à AERODATA INTERNATIONAL SURVEYS B.V.B.A. certifiant qu'au 23 juillet 1999, cette société était en ordre au regard des règles de sécurité sociale jusques et y compris le premier trimestre 1999;

Considérant que l'article 90, §§ 3 et 5, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, tel qu'il était applicable au marché litigieux, soit avant sa modification par l'arrêté royal du 25 mars 1999, disposait comme suit :

" Art. 90. § 3. Le soumissionnaire belge qui emploie du personnel assujetti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, doit, pour que son offre puisse être considérée comme régulière, joindre à celle-ci ou produire au pouvoir adjudicateur avant l'ouverture des offres, une attestation de l'Office national de Sécurité sociale dont il résulte qu'il est en règle en matière de cotisations de sécurité sociale et de sécurité d'existence.

Est en règle pour l'application de la disposition ci-avant, le soumissionnaire qui, suivant compte arrêté au plus tard la veille du jour de l'ouverture des offres:

1. a transmis à l'Office national de Sécurité sociale toutes les déclarations requises jusques et y compris celles relatives à l'avant-dernier trimestre civil écoulé par rapport au jour de l'ouverture des offres, et

2. n'a pas pour ces déclarations une dette en cotisations supérieure à 100.000 francs, à moins qu'il n'ait obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.

(...)

§ 5. Si la ou les attestations ou documents prévus aux §§ 3 et 4 ci-avant ne sont pas joints à l'offre ou produits avant l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur peut, sans qu'il puisse en résulter un droit quelconque pour les soumissionnaires, s'informer, par tous moyens qu'il juge utiles, de la situation en matière de paiement des cotisations de sécurité sociale et de sécurité d'existence de tout soumissionnaire qu'il estime susceptible d'être déclaré adjudicataire. Il peut, notamment, demander à l'Office national de Sécurité sociale, communication de cette situation.

L'offre est considérée comme régulière s'il résulte de l'information recueillie par le pouvoir adjudicateur que le soumissionnaire est en règle au sens des §§ 3 et 4.";

Considérant que l'attestation de l'O.N.S.S. du 28 juillet 1999 est postérieure à l'ouverture des offres mais antérieure à la décision d'attribution du marché; que les dispositions de l'article 90, § 5, précité permettaient à la partie adverse de réclamer pareille attestation après l'ouverture des offres et de considérer l'offre concernée comme régulière dès lors qu'elle établissait que la société AERODATA était en règle au 23 juillet 1999; que la circonstance que l'offre émane d'une "S.A. AERODATA" alors que l'attestation précitée a trait à une "B.V.B.A. AERODATA INTERNATIONAL SURVEYS" est sans effet sur la validité de l'offre dans la mesure où il ressort de l'instruction menée par l'auditeur rapporteur qu'il n'existe, selon la banque de données des personnes morales du Moniteur belge, aucune "S.A. AERODATA" mais bien la "B.V.B.A. AERODATA INTERNATIONAL SURVEYS", et que celle-ci est bien titulaire des différentes autorisations reprises à l'offre (attestation O.N.S.S., de non-faillite, autorisation aérienne, etc.); que la première branche n'est pas fondée;

Considérant que, dans une deuxième branche, la société requérante relève qu'aucune des deux sociétés composant l'association momentanée n'avait joint une preuve d'assurance pour plus de 80 millions de francs, leurs assurances même cumulées couvrant seulement 75 millions;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse expose que l'association momentanée a produit la preuve d'une couverture d'assurance à concurrence de 75 millions tout en indiquant que cette couverture serait étendue de manière à atteindre les montants fixés par le cahier des charges si elle était déclarée attributaire du marché, que la clause du cahier spécial des charges y relative ne peut raisonnablement être interprétée comme prescrivant à peine d'irrecevabilité de l'offre que l'assurance soit couverte, au moment de la soumission, pour un montant supérieur à 80 millions, et que

la requérante a eu la même lecture de la disposition puisqu'elle n'a produit qu'une attestation de son courtier certifiant qu'elle l'avait bien interrogé à propos de la couverture requise;

Considérant que la requérante réplique que le cahier spécial des charges était clair en ce qui concerne la couverture d'assurance, que son courtier avait pris l'engagement de la couvrir si elle obtenait le marché public querellé en sorte qu'il y avait un accord assorti d'une condition suspensive tandis que l'association momentanée n'a produit aucun accord, ce qui devait conduire à déclarer l'offre irrégulière; que, dans son dernier mémoire, la requérante ajoute que l'attestation prévoyant de porter cette couverture à plus de 80 millions émane de l'association elle-même, ce qui n'offre aucune garantie à ce sujet, que sa situation est tout autre, l'attestation de son courtier portant sur un engagement ferme et définitif à hauteur de 80 millions, et qu'à supposer que les situations soient identiques, elle aurait néanmoins intérêt à faire respecter cette clause, le marché ne pouvant dans ce cas être attribué à aucun des candidats;

Considérant que l'article 70, alinéas 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité prévoit ce qui suit :

" Art. 70. La capacité financière et économique du prestataire de service peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes :

1° par des déclarations bancaires appropriées ou la preuve d'une assurance des risques professionnels;

2° par la présentation des bilans, d'extraits de bilans ou de comptes annuels dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le prestataire de services est établi;

3° par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les services auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices.

Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre celles des références citées aux 1°, 2° et 3° qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir.";

Considérant que le cahier spécial des charges prévoit, en matière de sélection qualitative, sous la rubrique "I.6.2. Capacité financière et économique", que:

" Le prestataire doit fournir des documents suivant l'article 70, 3° de l'A.R. du 8 janvier 1996 relatifs aux chiffres d'affaire des trois dernières années. De plus, doit être jointe une présentation de la preuve d'assurance de l'entreprise couvrant la responsabilité civile pour un montant supérieur à 80 millions de francs belges.";

Considérant que, sans qu'il y ait lieu d'examiner le bien-fondé de cette branche, il suffit de constater que la requérante a déposé, en annexe à son offre, une attestation de son courtier certifiant avoir été interrogé quant à la couverture de "sa R.C. à l'égard des tiers pour un montant supérieur à 80.000.000 BEF" et indiquant qu'il "s'engage à couvrir la S.A. CICADE à ce propos, selon les conditions imposées par le cahier spécial des charges" et qu'il "est cependant évident qu'une attestation de couverture ACTUELLE est sans objet à ce jour car ce risque ne sera couvert qu'après l'obtention éventuelle de ce marché"; qu'il s'ensuit que l'offre de la requérante n'est pas conforme aux exigences combinées de l'article 70, alinéas 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité et du cahier spécial des charges dès lors qu'elle se contente de produire l'engagement d'un courtier en assurances, ce qui n'équivaut pas à la preuve de l'existence d'une assurance pour risques professionnels; qu'il s'ensuit que la requérante n'a pas d'intérêt à cette branche du moyen et ce, d'autant moins que la partie adverse n'a retenu ce grief ni en ce qui la concerne ni en ce qui concerne son concurrent;

Considérant que, dans une troisième branche, la société requérante soutient que l'association momentanée attributaire du marché utilise un laser qui n'a une capacité d'enregistrement que d'un seul écho, qu'elle n'a pu soumissionner en mai 1999 qu'avec le TOPOSYS I puisque le TOPOSYS II n'existait pas au 25 août 1999 et n'était annoncé au mieux que pour l'été 2000, de sorte qu'il n'a pu faire l'objet de la soumission ni être testé;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse précise que l'offre de l'association momentanée était claire et faisait état d'une capacité d'enregistrement de deux échos et que la régularité de l'offre doit être appréciée exclusivement sur la base des documents remis et non en fonction de déclarations ultérieures qui auraient été faites à l'audience des référés par des représentants de l'association momentanée;

Considérant que la requérante réplique que le laser TOPOSYS proposé ne permet pas le double écho malgré les affirmations de l'association momentanée dans son offre, qu'à l'occasion de la procédure de suspension en extrême urgence, la requérante a produit un document adressé par TOPOSYS à un bureau hollandais d'ingénieurs le 25 août 1999 dont il ressort que le TOPOSYS I ne permet que l'enregistrement d'un seul écho, que le TOPOSYS II permettra un double enregistrement, que cet appareil n'existait pas, que l'association momentanée le reconnaît dans sa requête en intervention dans la procédure précitée en indiquant que l'appareil serait disponible au printemps 2000, qu'un marché public ne peut être attribué sur la base d'un produit qui n'existe pas,

n'a pas été testé et risque de ne jamais exister, que l'association momentanée, dans l'intervention précitée, prétend que le TOPOSYS I permet de faire deux échos ou qu'elle peut voler deux fois, que le matériel proposé par l'association momentanée ne répondait pas au cahier spécial des charges sur un point fondamental, que la partie adverse reconnaît l'importance de la précision de l'étude demandée et de sa répercussion sur le prix pour indiquer que son offre implique des coûts importants, et que, dans ses conclusions devant le Tribunal de première instance de Namur, la partie adverse a admis que l'offre était irrégulière; que, dans son dernier mémoire, la requérante affirme que "si cela peut être le propre de certains marchés que le bien à fabriquer ou le service à fournir n'existent pas encore, puisque c'est l'objet même du marché à exécuter, tel ne peut être le cas du matériel ou programme informatique qui doit être utilisé comme moyen pour réaliser l'objet, le produit ou le service", et qu'on se demande comment la partie adverse a pu comparer, sur un plan technique, deux procédés dont l'un n'existait pas encore;

Considérant, en ce qui concerne le laser, que le cahier spécial des charges dispose, sous la rubrique "Technologie à mettre en oeuvre et méthodologie", que :

" Le matériel à mettre en oeuvre doit comprendre au minimum les éléments suivants :

* (...) - un laser (...).

Le choix effectif du matériel (marque, caractéristiques ...) est laissé à l'adjudicataire mais ce dernier doit détailler et spécifier de manière explicite les moyens mis en oeuvre et la méthodologie de travail en fonction des contraintes particulières relatives au levé des rives des cours d'eau dans des reliefs accidentés et en présence d'une dense couverture végétale. Il s'agit d'un critère primordial d'attribution du marché. Tout le matériel est à charge et sous la responsabilité de l'adjudicataire.";

* "1.2. Laser et équipement :

Un laser (de la catégorie "Laser Range Finder") doit être mis en oeuvre à partir de l'avion.

Le laser doit permettre de mesurer en temps réel des profils perpendiculaires à l'axe de navigation de l'avion. Le nombre de points effectivement mesurés en temps réel doit correspondre au minimum à la densité précisée en 3.1.

De même, la vitesse de vol sera adaptée pour obtenir un nombre suffisant de coupes transversales en fonction de la cadence d'acquisition du laser.

En cas de levés par bandes longitudinales parallèles, la largeur de recouvrement minimum entre profils longitudinaux successifs est de 30 %.

Le laser doit avoir une capacité d'enregistrement d'au moins 2 échos.

Le laser ne sera pas utilisé à une altitude supérieure à 500 m des points à lever.

Le faisceau au sol n'aura jamais une superficie supérieure à 100 cm².

Le laser doit permettre de mesurer à une précision meilleure que 3 cm :

- le relief "enveloppe" (premier écho): sommet des arbres et de la végétation

- le relief sous les arbres et la végétation (dernier écho)

(...) .";

Considérant, en ce qui concerne la capacité d'enregistrement du laser, qu'il ressort du dossier que l'association momentanée attributaire du marché a proposé, dans

son offre, l'exécution du marché avec le laser TOPOSYS II, lequel permet, ce qui n'est pas contesté, d'enregistrer deux échos conformément au cahier spécial des charges; que, pour autant que de besoin, les pièces du dossier de l'instruction établissent que les services commandés à l'association momentanée par la partie adverse ont été effectués avec un laser enregistrant deux échos; qu'il résulte par ailleurs des écrits de procédure et du dossier que le laser TOPOSYS II n'était pas encore opérationnel au moment du dépôt des offres et ne devait l'être qu'au printemps 2000; que, toutefois, le caractère opérationnel du laser proposé dans une offre n'était pas, aux termes du cahier spécial des charges, une des conditions techniques de régularité de cette offre, celui-ci ne précisant aucunement que le matériel proposé par le soumissionnaire doit exister au moment où l'offre est déposée mais exigeant la mise en oeuvre d'un laser, des objectifs de mesure et de précision et une capacité d'enregistrement minimale en laissant "le choix effectif du matériel (marque, caractéristiques ...) à l'adjudicataire"; que, par ailleurs, aucune disposition légale ou réglementaire n'oblige le soumissionnaire d'un marché public de services à ne proposer qu'un matériel existant au moment du dépôt de l'offre; qu'un marché de services ou de fournitures peut porter sur des prestations ou des biens qui n'existent pas encore au moment du dépôt des offres mais qui sont proposés par un soumissionnaire qui s'engage à les réaliser ou à les mettre en oeuvre selon les prescriptions du cahier spécial des charges; que la troisième branche n'est pas fondée;

Considérant que, dans une quatrième branche, la société requérante fait valoir que "la marge de précision du système TOPOSYS I et II est de moins de 0,5 m. en x et y et de moins de quelque 0,15 m. en z";

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que la requérante omet d'indiquer que la précision de 15 cm selon les axes (x) et (y) est exigée pour les données finales qui sont obtenues après correction des mesures du laser par les points terrestres de référence et de calibration, que la précision indiquée de 0,5 m. par l'association momentanée est une précision avant corrections, que l'offre indique clairement que des semis de points terrestres permettront de calibrer les mesures et de confirmer les précisions, que la requérante n'indique nulle part la précision de son laser, et que ses méthodes de calibration sont du même type que celles offertes par l'association momentanée;

Considérant que la société requérante réplique que les précisions données par TOPOSYS au bureau hollandais sont de 0,5 m. en x et y, que cette imprécision cumulée avec la surface du faisceau au sol a pour conséquence que la grande densité apparente dans la mesure est illusoire en raison de l'incertitude sur la position réelle des

impacts, que, pour les opérations mystérieuses de correction vantées par la partie adverse, il faudrait un miracle pour obtenir une précision de moins de 15 cm avec une précision initiale de 50 cm et une résolution maximale de 25 cm, que les procédés de correction ne sont pas autorisés par le cahier spécial des charges qui interdit les mesures indirectes par laser aéroporté, qu'elle a décrit les performances de son système dans la documentation annexée, et celle de son système inertiel, grâce auquel la précision est atteinte, que ces paramètres permettent d'atteindre sans correction mystérieuse la précision imposée, que, si elle a indiqué que la précision sera contrôlée en conformité avec le cahier spécial des charges, il s'agit d'un contrôle a posteriori et non d'un traitement correctif pour tenter d'atteindre les normes et qu'avant toute fourniture, elle procède à des tests de qualité ou à des certifications de conformité;

Considérant, en ce qui concerne la précision des points, que le cahier spécial des charges prévoit qu'"un point levé est un point géoréférencé mesuré directement (pas d'interpolation) par le laser aéroporté", qu'en termes de couverture et de densité, "le nombre de points effectivement mesurés en temps réel doit correspondre au minimum à la densité précisée en 3.1.", soit "sur toute l'étendue des zones à couvrir, un minimum de un point par mètre carré", que pour ce qui est de la précision, "la précision *finale* et *individuelle* requise de tous points levés est de ± 15 cm dans les trois axes de mesure (x, y, z)" et "est vérifiée par rapport au système de coordonnées de référence", et qu'afin "d'obtenir des points levés corrects, un filtrage sur les données brutes mesurées en temps réel doit être réalisé : nettoyage des données aberrantes, réflexions parasites ..., la méthodologie de filtrage (devant) être détaillée dans l'offre et les rapports et ces données obtenues après filtrage et avant traitement pour le MNT étant livrées à l'administration"; qu'il précise, pour la création du M.N.T. et la fourniture des données, que trois données sont à fournir, à savoir "les données brutes enregistrées par bande de vol, les données filtrées, et les modèles numériques de terrain", que les "données brutes par bande de vol seront sous un format à déterminer en cours de marché en fonction des résultats données par l'appareillage de prospection", que "les données filtrées seront sous le format (x,y,z,n)", soit en coordonnées Lambert belge pour la planimétrie et en DNG belge pour l'altimétrie et qu'"à partir des points obtenus après filtrage, le prestataire de services réalisera deux modèles numériques de terrain de maille de 1 x 1 m pour l'ensemble des zones couvertes"; qu'ainsi, il ressort du cahier spécial des charges que la création du modèle numérique de terrain passe par deux étapes préalables, à savoir, d'abord, une série d'enregistrements par le laser aéroporté des références des points atteints au sol par son faisceau selon ses propres normes, susceptibles dès lors de varier d'un fabricant à l'autre, et dont la densité doit être au minimum d'un point par mètre carré (ce sont les données brutes) et, ensuite, un filtrage des données brutes en vue d'intégrer ces

références dans les systèmes belges de coordonnées Lambert et DNG pour lesquelles une précision "finale et individuelle" de 15 cm est requise;

Considérant que la précision de 15 cm requise pour tous les points levés est exigée par le cahier spécial des charges non pour les données brutes mais bien pour les données finales qui sont obtenues après filtrage et correction des mesures du laser par les points terrestres de référence et de calibration; qu'il ne ressort pas du dossier, et que la requérante ne démontre pas, que l'offre de l'association momentanée ne rencontre pas cette exigence du cahier spécial des charges, la précision indiquée de 0,5 m. par l'association momentanée étant une précision avant corrections; qu'il résulte d'ailleurs de l'examen opéré par l'Université de Liège (service Surfaces) chargée d'analyser les résultats obtenus que les mesures laser sont fournies avec une précision allant jusqu'à 11 cm, que les résultats obtenus sont conformes aux attentes et que la précision moyenne des relevés altimétriques (x,y) réalisés par laser aéroporté vaut 11 cm en valeur absolue; que la quatrième branche du moyen n'est pas fondée;

Considérant que, dans une cinquième branche, la société requérante prétend que la surface du faisceau au sol du système TOPOSYS est de 2000 cm², soit 20 fois plus que ce que le cahier spécial des charges requiert;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse relève qu'aucun des lasers proposés ne permettait d'obtenir un faisceau focalisé à 100 cm², que la requérante ne donne pas explicitement dans son offre la superficie de son faisceau au sol, qu'il convenait de se référer aux angles de divergence des lasers et d'appliquer une formule mathématique permettant de fournir les superficies théoriques sous l'axe du sol, que la superficie du laser de la requérante était alors de 214 cm² pour une hauteur de vol de 500 m. avec un diamètre de faisceau de 16,5 cm tandis que celui de l'association momentanée donnait une surface de 490 cm² pour une hauteur de vol de 500 m. avec un diamètre de 25 cm, et qu'aucun des deux lasers ne répond à cette exigence du cahier spécial des charges mais n'a pas été écarté en raison de l'exigence trop élevée dudit cahier;

Considérant que la requérante réplique que la taille du faisceau du laser au sol annoncée par l'association momentanée est neuf fois supérieure à celle calculée par la partie adverse, et qu'à supposer que le calcul de la partie adverse soit exact pour son offre, son faisceau serait de 214 cm², ce qui n'a rien à voir avec les 2.0000 ou 900 cm² de l'association momentanée attributaire; que, dans son dernier mémoire, la requérante ajoute que le principe d'égalité est méconnu si le pouvoir adjudicateur admet une

variante qui s'écarte à ce point des exigences du cahier spécial des charges sans permettre aux autres soumissionnaires de faire offre sur ces bases assouplies et que si l'on considère que le cahier spécial des charges contenait des clauses irréalistes, il appartenait au pouvoir adjudicateur de recommencer toute la procédure et non de récompenser le soumissionnaire qui n'a pas cherché à s'en rapprocher le plus;

Considérant que le cahier spécial des charges prévoit que la surface du faisceau du laser au sol doit être inférieure ou égale à 100 cm²; qu'il ressort du dossier que les deux soumissionnaires retenus ont déposé une offre qui ne répondait pas à cette exigence du cahier spécial des charges, le faisceau au sol du laser proposé présentant dans les deux cas une superficie supérieure aux 100 cm² exigés; qu'en outre, la partie adverse expose, sans être démentie, que cette prescription ne pouvait être à l'époque rencontrée par aucun laser aéroporté; qu'en n'écartant pas les deux offres précitées malgré leur non conformité au cahier spécial des charges sur ce point, la partie adverse n'a pas méconnu le pouvoir d'appréciation que lui reconnaît l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité dès lors que cette disposition du cahier spécial des charges n'est ni prescrite à peine de nullité ni essentielle eu égard à son caractère inapplicable; qu'en traitant de manière identique les deux offres précitées, elle n'a pas non plus violé l'égalité de traitement entre soumissionnaires; qu'enfin, il ressort du calcul effectué par la partie adverse dans son mémoire en réponse et non contesté par la requérante que la différence de superficie entre les deux offres - 214 cm² pour une hauteur de vol de 500 m. avec un diamètre de faisceau de 16,5 cm et 490 cm² pour une hauteur de vol de 500 m. avec un diamètre de 25 cm - n'est pas significative; que la cinquième branche n'est pas fondée;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la société requérante fait encore valoir que la partie adverse a admis des vols à une altitude de 800 m., voire plus, alors que le cahier spécial des charges prévoyait une altitude maximum de 500 m., et que cet élément a une influence marquante car un vol à 800 m. permet un gain de temps considérable réduisant d'autant les heures de vol et donc le coût du travail;

Considérant que cet argument ne peut être retenu dès lors qu'il figure dans le dernier mémoire et est de ce fait tardif;

Considérant que le premier moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen, intitulé "l'offre la plus avantageuse", de "la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10,

11 et 32, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 1^{er}, § 1^{er}, 14, 16, 39 et 59, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment de ses articles 82 et suivants, 90, §§ 3 et 4, 110, 114 et 115, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du décret du Conseil régional wallon du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, notamment de ses articles 4 et 5, du cahier spécial des charges n° MS/212/99/04, notamment de son point I.10. qui interdit les variantes (pages 4 et 5) et du point II.1.2. qui requiert de recourir à un laser permettant l'enregistrement d'au moins 2 échos, des principes généraux du droit, notamment du principe «patere legem quam ipse fecisti», et de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs"; que la requérante expose qu'en l'espèce, le critère de la valeur technique s'est vu attribuer une importance prépondérante supérieure à plus de deux fois celui du critère du prix, qu'en raison des manquements relevés au premier moyen, l'offre retenue n'a pu légalement être reconnue comme étant la plus avantageuse, que son laser permet d'enregistrer cinq échos, ce qui est sans commune mesure avec le laser retenu, que, sur le plan technique, son offre devait être beaucoup mieux classée et recevoir un nombre de points très nettement supérieur à celui de l'association momentanée retenue et que, compte tenu du rapport 70-30 entre qualité et prix, c'est son offre qui aurait dû être préférée malgré son surcoût qui n'est, au demeurant, que la conséquence du respect du cahier spécial des charges;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse fait valoir que le moyen invite en réalité le Conseil d'Etat à effectuer à sa place une analyse des offres et à déclarer celle d'entre elles qui était la plus avantageuse, alors qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, que ce moyen se confond largement avec le premier, qu'au terme d'un raisonnement non sérieusement critiqué, le pouvoir adjudicateur a considéré que le laser de l'association momentanée offrait une meilleure adéquation technique et dès lors de meilleurs résultats, que cette offre permet de dépasser les objectifs assignés par le cahier spécial des charges, que, s'agissant de la précision finale et individuelle de tous les points levés, le matériel de la requérante "ne donne aucune marge de sécurité, ce qui risque d'entraîner la nécessité d'effectuer plusieurs vols pour combler les trous", et que son offre ne fait nulle mention du pourcentage de points qui risquent d'être éliminés par le post-processing de sorte que le pouvoir adjudicateur a pu raisonnablement considérer l'offre de l'association momentanée comme étant la plus avantageuse, notamment sur le plan de la valeur technique;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante soutient que la partie adverse n'a pu considérer l'offre retenue comme étant plus avantageuse que la sienne alors qu'elle était moins conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges, qu'il ne s'agit pas de demander au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur mais de censurer une décision illégale et que le moyen ne se confond aucunement avec le premier;

Considérant qu'en tant que le moyen se fonde sur des manquements techniques de l'offre retenue par la partie adverse, il ne peut être retenu dès lors que l'examen du premier moyen a conclu à son rejet;

Considérant que la requérante estime son offre plus avantageuse sur le plan technique principalement en raison de la plus grande capacité d'enregistrement d'échos du laser qu'elle propose; qu'il ressort toutefois du cahier spécial des charges que la valeur technique des offres ne se résume pas à ce seul critère mais est fonction des éléments suivants (I.7) :

- " . le matériel mis en oeuvre (positionnement, laser aéroporté, ...)
 - . la méthodologie de prospection
 - . la méthodologie de traitement des données; filtrage, création du modèle numérique de terrain, mise en place dans un système d'informations géographiques
- Ces éléments seront appréciés en fonction de la qualité des procédures de travail présentées par le soumissionnaire au vu des particularités propres au présent cahier spécial des charges.";

Considérant par ailleurs que la requérante ne critique aucunement la méthode d'évaluation des offres utilisée par la partie adverse, alors qu'elle a eu la possibilité de le faire après avoir eu accès au dossier administratif; qu'à cet égard, le rapport d'attribution, après avoir analysé les processus et matériels contenus dans les deux offres retenues et exposé leurs avantages et leurs faiblesses, conclut que si "les deux offres répondent aux critères techniques stricts fixés par le cahier spécial des charges", le laser TOPOSYS II "dispose d'une plus grande fréquence de pulsation et de scan qui permet de mesurer plus de points qu'exigé par le cahier spécial des charges. Ce nombre de points permet de dire que le filtrage des données sera nettement facilité et garantira la qualité des résultats. Par contre, le laser proposé par Cicade ne permet la densité voulue qu'au prix de vols plus précis et plus nombreux ainsi qu'un dépouillement des données plus complexe";

Considérant qu'il s'ensuit que la partie adverse a pu raisonnablement considérer, sur la base des motifs retenus, que l'offre de l'association momentanée était

la plus avantageuse au regard des critères d'attribution fixés par le cahier spécial des charges; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen, intitulé "motivation", de "la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 32, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 1^{er}, § 1^{er}, 14, 16, et 39, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment de ses articles 68 à 77, 82 et suivants, 90, §§ 3 et 4, 110, 114 et 115, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du décret du Conseil régional wallon du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, notamment de ses articles 4 et 5, et de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs"; que la requérante expose que la décision attaquée n'est pas motivée en la forme, qu'il ressort du fax adressé au Conseil d'Etat tempore non suspecto que la décision ministérielle a été prise le 17 décembre 1999 alors que seule une décision motivée revêtue d'un cachet daté du 20 décembre 1999 a pu être produite, que la motivation a dès lors été donnée trois jours après la décision alors que les dispositions visées au moyen requièrent que la décision elle-même soit motivée en la forme et que tel n'est pas le cas si la motivation est donnée a posteriori pour les besoins de la cause et après avoir été informée de la décision d'agir devant le Conseil d'Etat;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse fait valoir que l'acte attaqué date bien du 17 décembre 1999, que la date du 20 décembre est celle indiquée par le contrôleur des engagements et est accompagnée du numéro du visa d'engagement et du montant engagé et que de telles mentions ne peuvent être apportées qu'après que la décision d'attribution du marché soit prise;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante soutient que le cabinet du ministre a répondu au précédent auditeur chargé du dossier que la décision d'attribution avait été prise le 17 décembre 1999, que la décision motivée produite date du 20 décembre 1999, que la motivation a été apportée a posteriori, qu'un arrêté non daté doit être tenu avoir été pris à la date à laquelle le chef de cabinet demande sa notification, qu'aucune demande de notification n'a été effectuée, que la seule date qu'il peut recevoir est celle du visa du contrôle des engagements, qu'aucune décision d'attribution du 17 décembre n'est produite et que la décision n'est pas légalement motivée puisque la motivation est erronée en raison des premier et deuxième moyens; que, dans son dernier mémoire, elle ajoute que si la décision a finalement été prise le 10

décembre, alors elle doit résider dans un document dont il n'est pas établi qu'il soit motivé en la forme et que la motivation donnée après la signature du Ministre ne peut être prise en considération;

Considérant qu'il ressort de l'instruction opérée par l'auditeur rapporteur que le Ministre a signé l'acte attaqué le 10 décembre 1999, que le dossier (l'offre approuvée et la décision motivée d'attribution signée) a ensuite été transmis le 13 décembre 1999 à la comptabilité et que la date du 20 décembre 1999 apposée manuellement sur la décision attaquée et accompagnée de divers numéros est celle du contrôleur des engagements; que, pour le surplus, l'argument selon lequel la motivation serait erronée en raison des premier et deuxième moyens, ne peut être retenu dès lors que les deux premiers moyens ont été jugés non fondés; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen, intitulé "notifications irrégulières", de "la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11, 23 et 34, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment de son article 6, de la directive européenne 89/665 du 21 décembre 1989 qui impose notamment aux états membres d'organiser, au profit des soumissionnaires évincés, un recours en référé contre les décisions unilatérales de l'autorité publique, avant que le contrat qui en découle soit effectivement conclu, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, notamment de ses articles 17 et 18, des principes généraux du droit, notamment du principe «patere legem quam ipse fecisti» et de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs"; que la requérante soutient que la décision attaquée a été notifiée le 22 décembre 1999 simultanément aux soumissionnaires évincés et à l'adjudicataire retenu par des lettres non motivées et signées par Monsieur VAN ASSCHE alors que, première branche, la notification qui est un acte unilatéral destiné à produire des effets de droit devait être motivée en la forme, que, deuxième branche, les dispositions visées au moyen requièrent que les soumissionnaires évincés disposent de recours effectifs pouvant aboutir dans des délais raisonnables, qu'en notifiant les décisions simultanément aux soumissionnaires retenu et évincés, la partie adverse a rendu impossible l'exercice du droit à un recours effectif, et qu'en procédant à la notification une fois informée de l'introduction d'une demande de suspension d'extrême urgence, la partie adverse a interféré dans les compétences du Conseil d'Etat et vidé le recours de sa substance en la privant du droit à un recours effectif et que, troisième branche, ni M. PAQUET, fonctionnaire absent à la signature, ni M. VAN ASSCHE, fonctionnaire ayant signé les notifications, ne disposent de la qualité requise pour engager la partie adverse de sorte que les

notifications, qui devaient être signées par le Ministre, émanent d'une autorité incompétente;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse répond qu'il n'est pas contesté que la décision d'attribution a été prise par l'autorité compétente, à savoir le Ministre, que les mesures d'exécution d'une décision ne font pas grief par elles-mêmes et ne sont dès lors pas des actes administratifs susceptibles d'annulation, que tel est le cas d'une notification qui est une opération matérielle; qu'en ce qui concerne la première branche, elle relève que c'est l'acte administratif qui doit être motivé et non sa notification; qu'en ce qui concerne la troisième branche, elle fait valoir que la signature de l'acte de notification ne pose pas de problème de délégation de compétence mais de délégation de signature; qu'en ce qui concerne la deuxième branche, elle soutient que les circonstances de l'instruction de la demande en extrême urgence étaient telles que ses services adéquats n'ont pas été avertis de la date d'audience, que, pendant l'audience, le cabinet du Ministre ne savait pas si la notification avait été faite, que la notification du 22 décembre avait été préparée avant l'introduction du recours en extrême urgence au Conseil d'Etat et même avant qu'il fût connu, que la notification n'a été ni décidée ni accélérée en raison de cette procédure, que la critique de la requérante porte en réalité sur la jurisprudence relative à la disparition de l'intérêt à la suspension d'un marché public conclu, que cette critique n'est pas un moyen de droit, et qu'on n'aperçoit pas en quoi la partie adverse aurait interféré dans les compétences du Conseil d'Etat;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante souligne que, première branche, dans les marchés publics, la notification n'est pas une simple mesure d'exécution car elle produit un effet de droit étant la conclusion du contrat et qu'elle devait être motivée en la forme, que, troisième branche, la notification est l'oeuvre d'une autorité incompétente car le signataire de l'acte de notification n'a aucune compétence pour engager la partie adverse et que, deuxième branche, la notification a eu lieu le 22 décembre 1999 aux environs de 14 heures alors que la requérante avait introduit une demande en extrême urgence au Conseil d'Etat, que le Conseil d'Etat avait interpellé la partie adverse vers 10 heures pour savoir si une notification était intervenue, que l'affaire était mise en délibéré et l'arrêt rendu le jour même, que la notification a été effectuée pour empêcher le Conseil d'Etat de se prononcer à temps, qu'au moment de la fixation de l'audience, la partie adverse savait qu'une procédure était en cours au Conseil d'Etat et qu'une telle notification porte atteinte aux règles et principes qui consacrent le droit à un recours effectif; que, dans son dernier mémoire, elle ajoute que le seul fait d'avoir jugé une offre plus avantageuse ne suffit pas à produire des effets de droit puisque

l'autorité peut encore renoncer au marché de sorte que la notification n'est pas une simple information donnée mais est l'acte créateur du contrat et que, vu les circonstances, la notification querellée implique une décision de ne pas attendre que le Conseil d'Etat se prononce et constitue donc bien un acte créateur de droit;

Considérant, en ce qui concerne les première et troisième branches, qu'un éventuel vice de notification n'est pas de nature à affecter la légalité de l'acte attaqué; que dans cette mesure, le moyen ne peut être retenu;

Considérant, en ce qui concerne la deuxième branche, que les éventuels manquements dénoncés par la requérante dans la notification de l'acte attaqué ont trait au caractère effectif du recours à la procédure de suspension d'extrême urgence et non du présent recours en annulation; que, par ailleurs, il ressort de l'instruction menée par l'auditeur rapporteur que la notification querellée était déjà en cours au moment de l'introduction de la demande de suspension d'extrême urgence; que, sur ce point, le moyen manque en fait,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 347,06 euros, sont mis à charge de la requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept novembre deux mille cinq par :

MM.	ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
	HANSE,	Conseiller d'Etat,
	NIHOUL,	Conseiller d'Etat,

HARMEL, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.