

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 195.411 du 24 juillet 2009

A. 193.332/VI-18.288

En cause : **la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois C.A.E. AVIATION,**
ayant élu domicile chez

Me Jean-Marc PICARD, avocat,
rue Dejoncker n/46
1060 Bruxelles,

contre :

L'Etat belge, représenté par le ministre de l'Intérieur,
ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et Nathalie FRANÇOIS, avocats
Central Plaza - rue de Loxum n/ 25
1000 Bruxelles

Partie intervenante :

la société CARL ZEISS Optronics (Pty) Ltd,
ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER et Carole MACZKOVICS, avocats,
Avenue Louise 106
1050 Bruxelles.

**LE PRÉSIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS SIÉGEANT
EN RÉFÉRÉ,**

Vu la demande introduite le 10 juillet 2009 par la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois C.A.E. Aviation, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du 23 juin 2009 «de ne pas retenir l'offre de la firme CAE aviation SARL en vertu de sa position dans le classement final et d'attribuer le marché à la firme Carl Zeiss optronics ltd (pour le marché pluriannuel de fourniture à tranches pour l'acquisition et l'entretien des plates-formes multi senseurs destinées à équiper les hélicoptères de type MD 900 au profit du service d'Appui Aérien de la police fédérale)»;

Vu la requête introduite le 16 juillet 2009, par laquelle la société CARL ZEISS Optronics Ltd demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Vu l'ordonnance du 13 juillet 2009 fixant l'affaire à l'audience du 16 juillet 2009 à 10.00 heures;

Vu la notification de l'ordonnance de fixation aux parties;

Entendu, en son rapport, M. KOVALOVSKY, conseiller d'Etat, président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Mes J.-M. PICARD et G. DEVIS, avocats, comparaissant pour la requérante, Mes B. LOMBAERT et N. FRANÇOIS, avocats comparaissant pour la partie adverse et Mes B. SCHUTYSER et C. MACZKOVICS, avocats, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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 demande peuvent être résumés comme suit:

Le marché en cause, attribué selon une procédure d'appel d'offres général européen, a pour objet l'acquisition et l'entretien de plates-formes multi senseurs destinées à équiper les hélicoptères de type MD900 au profit du service d'Appui Aérien de la police fédérale. L'avis de marché est publié au *Bulletin des adjudications* le 6 février 2009 et au *Journal officiel des Communautés européennes* le 10 février 2009.

Le cahier spécial des charges prévoit que l'objet du marché est constitué de huit postes. Le premier poste est relatif à l'acquisition d'une plate-forme vidéo stabilisée avec une ou plusieurs caméras de jour et une «caméra IR hautes performances», une unité de contrôle et un système de commande à installer sur les hélicoptères de type MD900, accompagnés de la livraison d'un manuel technique en anglais. Les postes suivants sont, quant à eux, relatifs aux formations, aux contrats d'entretien et

d'assurance, ainsi qu'à diverses options techniques supplémentaires relatives à la caméra faisant l'objet du premier poste.

Les critères d'attribution sont les suivants:

- le prix d'achat et d'entretien (44%)
- le critère opérationnel (25%)
- le critère technique (20%)
- le contrat d'entretien (8%)
- le délai de livraison et de garantie (3%).

Parmi les spécifications techniques reprises à l'annexe B au cahier spécial des charges figure le point 2.2.2.7. : «La garde au sol sur le G12 sera de 10" min.». Il résulte de l'annexe C au cahier spécial des charges et de son *erratum* n/ 3 que cette spécification ne donne lieu qu'à une vérification de la conformité de l'offre, et non à une évaluation en vue d'en déterminer la qualité technique, et que la non-conformité d'une offre en induit la nullité absolue.

Les sociétés suivantes déposent une offre: Clemaco trading N.V., Carl Zeiss Optronics (Pty) Ltd, Video Promotion Sprl, CAE Aviation Sarl ainsi que Wim Robberecht & Co. La première voit son offre exclue du marché pour irrégularité administrative.

Les caméras des quatre autres soumissionnaires sont soumises à des tests. Un test comparatif est réalisé en présence des quatre soumissionnaires, les caméras étant posées sur des supports au sol. L'objectif de ce test est de vérifier la qualité de l'image offerte par les différentes caméras. Les tests en vol, de jour et de nuit, ne sont pas comparatifs. Ils ont lieu individuellement et en présence des seuls représentants du soumissionnaire dont le matériel est testé. Les caméras des soumissionnaires sont montées sur un hélicoptère G11, et non sur un hélicoptère G12, qui est le seul hélicoptère pour lequel le cahier spécial des charges exige un placement sous le nez ainsi qu'une garde au sol de 10 pouces. La partie adverse expose que l'objectif est d'éviter de devoir installer la caméra sous le nez de l'hélicoptère et de placer les câbles en traversant toute la structure de l'hélicoptère, ce qui s'avérerait excessif pour de simples tests.

A l'issue de ces tests, les offres des sociétés Video Promotion Sprl et Wim Robberechts & Co sont déclarées techniquement irrégulières, notamment parce qu'elles ne respectent pas la spécification technique 2.2.2.7. de l'annexe B au cahier spécial des charges, relative à la garde au sol minimum sur l'hélicoptère G12.

La comparaison des deux offres régulières, à savoir celles de la requérante et de l'adjudicataire, donne le résultat suivant:

- l'adjudicataire obtient la première place pour le critère du prix, avec une offre de 3.104.494,00 euros, celle de la requérante s'élevant à 3.730.256,27 euros;
- les deux soumissionnaires sont classés *ex aequo* pour le critère opérationnel et pour le critère relatif au contrat d'entretien;
- la requérante est classée première pour le critère technique avec 18,17 points contre 17,28 points pour l'adjudicataire, ainsi que pour le critère relatif aux délais de livraison et de garantie, avec 3 points pour ce dernier critère (soit le maximum), contre 1,5 point pour l'adjudicataire.

Après avoir appliqué la méthodologie d'aide à la décision DECISION LAB 2000 prévue par le cahier spécial des charges, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société Carl Zeiss Optronics (Pty) Ltd, classée première au classement final. Il s'agit de l'acte attaqué;

Considérant que la société Carl Zeiss Optronics (Pty) Ltd demande d'intervenir dans la présente procédure; qu'il y a lieu de faire droit à cette demande;

Considérant qu'en vertu de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, «la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable»;

Considérant que le premier moyen est pris «de l'excès de pouvoir, de la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, de la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de fourniture et de services, des articles 110, § 2, et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, du cahier spécial des charges, du principe de bonne administration et devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation»; que la partie requérante soutient que l'offre de l'adjudicataire n'est conforme ni aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, ni aux conditions de la variante libre telle que l'autorise l'*erratum* du 27 février 2009; qu'elle expose que selon le descriptif technique accompagnant l'offre, la caméra proposée par l'adjudicataire a une hauteur de 523 mm, que la garde au sol sur le nez de l'hélicoptère, sans caméra, est de 770 mm et que l'interface en queue d'aronde sur laquelle la caméra devait être fixée mesure 32 mm; que, selon elle, il en résulte

qu'une fois la caméra installée, la garde au sol sera de 215 mm, ce qui est inférieur aux 10 *inches*, soit 254 mm, qu'impose la spécification technique 2.2.2.7. figurant à l'annexe B du cahier spécial des charges; qu'elle soutient que l'offre proposée aurait donc dû être immédiatement rejetée comme irrégulière;

Considérant qu'il résulte des explications données par la partie adverse que la hauteur de 523 mm, mentionnée dans le prospectus publicitaire fourni par l'adjudicataire, comprend non seulement la caméra mais également l'interface standard généralement proposée avec celle-ci et que cette interface ne sera en l'espèce pas fournie puisque les hélicoptères de la police fédérale disposent de socles, d'une taille de 15,6 mm, appelés «interface à queue d'aronde et/ou conique», pourvus d'une prise mâle, et sur lesquels peuvent être installés non seulement la caméra faisant l'objet du marché mais également d'autres types de caméras; que la partie adverse expose que l'adjudicataire livrera une interface spécifique, adaptée au matériel utilisé par la police fédérale, et que la hauteur de la caméra accompagnée de cette interface est de 499,92 mm; que, sans la caméra, la garde au sol est, selon la requérante, de 770 mm et, selon la partie adverse, de 775 mm; que la garde au sol avec la caméra est donc de 254,48 mm ou de 259,48 mm, selon que l'on se fonde sur la hauteur mentionnée par la requérante ou celle indiquée par la partie adverse; que dans les deux cas, l'offre de l'adjudicataire s'avère conforme aux exigences de la spécification 2.2.2.7. précitée; que si, en termes de plaidoirie, les conseils de la partie requérante émettent des doutes quant à l'exactitude de ces mesures, ils n'apportent aucun élément permettant de prouver qu'est inexacte la constatation, figurant dans le rapport technique du 20 mai 2009, selon laquelle l'offre de l'adjudicataire satisfait à la condition relative à la garde au sol; que le premier moyen n'est pas sérieux;

Considérant que le deuxième moyen est pris «de l'excès de pouvoir, de la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'erreur manifeste d'appréciation»; que la requérante fait valoir que la décision attaquée ne contient aucune mention de l'évaluation de la condition technique 2.2.2.7. du cahier spécial des charges et qu'elle ne motive pas formellement comment la partie adverse a pu conclure que le matériel proposé par l'adjudicataire était conforme à cette condition essentielle du marché;

Considérant qu'il résulte de l'examen du premier moyen que l'offre de l'adjudicataire respecte la condition inscrite dans la prescription 2.2.2.7., laquelle ne donne lieu à aucune évaluation mais seulement à un contrôle de conformité; que l'acte attaqué constate que l'offre de l'adjudicataire est régulière; qu'il ne doit contenir

aucune motivation relative au respect de ladite prescription; que le deuxième moyen n'est pas sérieux;

Considérant que le troisième moyen est pris «de l'excès de pouvoir, de la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, de la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de fourniture et de services, des articles 110, § 2, et 115 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, du cahier spécial des charges, du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de bonne administration» en ce que la partie adverse aurait autorisé l'adjudicataire à présenter les tests techniques avec un matériel non conforme au cahier spécial des charges et que, s'agissant plus particulièrement du respect de la spécification technique 2.2.2.7., elle se serait satisfaite d'un simple engagement de l'adjudicataire à respecter cette condition; que la requérante soutient que lors des tests du matériel, le pouvoir adjudicateur a en revanche mesuré la garde au sol de sa caméra sur le matériel installé;

Considérant qu'il résulte du rapport technique des offres, établi le 20 mai 2009, qu'aucune caméra n'a été testée sur des hélicoptères G12 et que tous les tests en vol ont été réalisés sur des hélicoptères de type G11 avec des caméras montées sur le côté; que cette circonstance n'a pu empêcher la partie adverse de mesurer la hauteur de l'ensemble constitué par la caméra, l'interface livrée avec celle-ci et le socle dont tous les hélicoptères sont équipés; que la requérante est en défaut d'établir que l'adjudicataire n'aurait pas fourni, lors des tests, la caméra qu'elle proposait accompagnée de l'interface qui lui était destinée; que si, dans l'offre de Carl Zeiss Optronics (Pty) Ltd, on peut lire «ZOSA bevestigt dat de grondvrijheid van het systeem LEO-III-HD geïnstalleerd op de MD900 G12 méér zal zijn dan 10", l'usage du futur peut s'expliquer notamment par le fait qu'aucun test n'était prévu sur un hélicoptère G12; qu'il ne peut en résulter un doute quant au fait que ce sont bien les pièces prévues qui ont été testées; que le troisième moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des conditions prescrites pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué n'est pas remplie; que la demande doit être rejetée sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'exception d'irrecevabilité formulée par la partie adverse,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société Carl Zeiss Optronics (Pty) Ltd dans la procédure en suspension d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, en ce compris les dépens afférents à l'intervention, sont mis à charge de la partie requérante.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, siégeant en référé, le vingt-quatre juillet deux mille neuf par :

M. KOVALOVSKY, conseiller d'Etat, président f.f.,
M^{me} HUGÉ, greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

C. HUGÉ.

I. KOVALOVSKY.