

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

ARRÊT

n° 81.748 du 12 juillet 1999
A. 85.126/XII-2102

En cause : WIKING HELIKOPTER SERVICE GmbH,
ayant élu domicile chez
Me C. DE WOLF, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
avenue de Tervueren, 268 A

contre :

la Région flamande, représentée par
le Gouvernement flamand,
ayant élu domicile chez
Me K. RONSE, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
avenue Louise, 523

partie intervenante :

la s.a. Noordzee Helikopters Vlaanderen,
établie à NIEUPOORT,
Watersportlaan 3.

LE PRÉSIDENT f.f. DE LA XII^e CHAMBRE DES VACATIONS,

Vu la requête introduite le 2 juillet 1999 par laquelle la GmbH WIKING HELIKOPTER SERVICE demande la suspension d'extrême urgence de l'exécution

- de la décision du 23 avril 1999 par laquelle le directeur général du Service du pilotage du Ministère de la Communauté flamande annule sa décision d'attribuer à la partie requérante le marché concernant l'embarquement et le débarquement de pilotes par hélicoptage,
- et de la décision, qui lui fut notifiée le 20 mai 1999, par laquelle le même service attribue le marché à la s.a. NOORDZEE HELIKOPTERS VLAANDEREN;

Vu la note de la partie défenderesse;

Vu l'ordonnance du 2 juillet 1999 fixant l'affaire à l'audience du 7 juillet 1999 à 9h30;

Entendu M. A. VANDENDRIESSCHE, conseiller d'État, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me C. DE WOLF, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, Me K. RONSE, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse, et Me D. MARTENS, avocat, loco Me L. J. MARTENS, avocat, qui comparaît pour la partie intervenante;

Entendu M. L. VERMEIRE, auditeur, en son avis conforme;

Vu les articles 17 et 18 et le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que, par une requête déposée à l'audience, la s.a. Noordzee Helikopters Vlaanderen a demandé à pouvoir intervenir dans le référé administratif;

1. Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit :

1.1. Sur l'ordre du Ministère de la Communauté flamande, Département de l'environnement et de l'infrastructure, Administration des voies hydrauliques et de la marine, Division pilotage, le Bulletin des adjudications du 11 septembre 1998 publie, dans la catégorie "services de transport aérien non régulier de passagers", un avis de marché public de services concernant la zone de pilotage "embouchure de l'Escaut occidental". Le marché concerne "l'héliportage de pilotes", qu'il faut interpréter comme "la technique par laquelle le pilote embarque sur le bateau à piloter ou en débarque par héliportage, le pilote étant déposé ou ramené au moyen d'un palan et d'un treuil alors que l'hélicoptère effectue un vol stationnaire à basse altitude au-dessus du pont du navire". Le marché porte sur neuf ans à partir de "la date fixée dans l'ordre de commencer l'héliportage de pilotes et qui suit en principe

le premier jour du mois suivant la date de la notification, sous pli recommandé, de l'approbation de l'offre"; dans un premier temps, l'hélicoptage sera effectué à partir de l'aéroport d'Ostende, ultérieurement à partir de l'héliport de Zeebrugge. L'hélicoptage de pilotes sera "instauré progressivement"; trois phases sont prévues (phase 1 : "hélicoptage de pilotes pour un montant de 50 millions par an, par priorité les jours où les conditions atmosphériques sont mauvaises et les jours où les services de pilotage ne sont pas assurés"; phase 2 : "hélicoptage de pilotes à raison de 6 pilotages en moyenne par jour"; phase 3 : "hélicoptage à raison de 9 pilotages en moyenne par jour"); il est précisé que le début d'une phase spécifique n'est pas lié à un délai particulier, mais que la "périodicité par phase sera déterminée de manière concertée".

1.2. Le cahier spécial des charges n/ 16EL/98/001 fixe les conditions d'octroi du marché selon la procédure de l'appel d'offres général.

En ce qui concerne la sélection qualitative du prestataire de services (article 71 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), ce cahier spécial des charges fixe un certain nombre de conditions auxquelles doivent satisfaire l'hélicoptère, d'une part, et l'équipage, d'autre part, "au moment de l'attribution du marché". L'hélicoptère est notamment soumis aux conditions suivantes :

"1. Configuration

1. Appareil bimoteur;
2. Dispositif d'atterrissage à roues;
3. Être équipé d'un treuil électrique d'une capacité de levage de 272 kg;
4. Disposer d'un système de secours permettant de maintenir l'hélicoptère droit lorsqu'il doit se poser sur l'eau;
5. Être équipé d'une porte coulissante qui, en position ouverte, doit avoir une hauteur minimale de 135 cm et une largeur minimale de 85 cm;
6. Le diamètre du rotor doit être de +/-13 m au maximum;
7. Être équipé d'un pilote automatique à trois ou quatre axes;
8. Disposer d'un canot de sauvetage d'une capacité minimale de 6 personnes;
9. Disposer de deux projecteurs, le premier pouvant être utilisé par les pilotes, le second par le treuilleur;
10. Pouvoir transporter l'équipage et trois passagers;
11. Avoir une autonomie d'1 heure 30 minutes à une vitesse de croisière minimale de 120 noeuds au niveau de la mer, aux conditions ISA et avec la configuration requise.

2. Avionique

1. Équipement permettant d'effectuer des vols en régime de vol aux instruments;
2. Être équipé d'une radio VHF FM ayant une bande de fréquence de 156,025 à 157,425 Mhz (par 25 khz);
3. Disposer d'un GPS;
4. Disposer d'un radar, dont la plus petite échelle est de 0,50 mille marin et qui couvre un angle de 120° au minimum.

3. Puissance

L'hélicoptère doit avoir la puissance nécessaire lui permettant d'effectuer un vol stationnaire en utilisant un seul moteur, en dehors de l'effet de sol, avec la configuration mentionnée, et ce au niveau de la mer aux conditions ISA. Un vent de 12 noeuds peut être pris en compte. (...).".

En ce qui concerne le choix de l'adjudicataire (article 115 de l'arrêté royal précité du 8 janvier 1996), le cahier spécial des charges précise :

"L'évaluation des différentes offres et le choix de l'offre régulière la plus intéressante pour l'administration se fera sur la base des critères d'attribution suivants :

Rubrique	Nombre de points
1. Évaluation financière	Total 50 points
a. Montant de l'offre par héliportage de pilotes	50
Le calcul pour la rubrique du montant des offres se fait comme suit : nombre de points = $30 \frac{Am}{Ax}$, Am étant l'offre régulière la plus basse et Ax la soumission de l'offre concernée	
2. Évaluation technique	Total 50 points
a. Expérience en matière d'héliportage de pilotes	5
b. Sur la base de caractéristiques techniques de l'hélicoptère proposé	15
c. Sur la base de la qualification des pilotes et des treuilleurs	15
d. Sur la base de l'équipement de sécurité des hélicoptères	15

Chacun des critères susmentionnés se voit attribuer une note variant de 0 à la valeur figurant dans la colonne. En cas d'attribution d'un '0' (zéro), le jury exclut automatiquement le soumissionnaire pour tous les autres critères, et partant pour l'ensemble du marché.

Pour être retenu, le soumissionnaire doit au moins obtenir 35 points sur 50 pour les éléments de l'évaluation technique, la comparaison financière étant ensuite réalisée pour obtenir un classement global sur la base duquel le choix définitif sera opéré.".

1.3. La partie requérante soumissionne pour l'exécution du marché avec un hélicoptère Sikorsky S 76 B. La partie intervenante soumissionne également avec un hélicoptère Dauphin AS 365 N3. Le montant de la soumission de la partie requérante s'élève, par héliportage, à 50.000 francs en phase 1, 43.000 francs en phase 2 et 38.000 francs en phase 3. L'offre de la partie intervenante est scindée en fonction de deux secteurs de pilotage (Poste ouest : zone de pilotage "Wandelaar"; Poste nord : zone de pilotage "Steenbank") et en fonction de la base de départ : en phase 1, son offre s'élève à 75.000 francs et 95.000 francs, respectivement vers le poste ouest et vers le poste nord, au départ d'Ostende, et à 80.000 francs et 85.000 francs, respectivement vers le poste ouest et vers le poste nord, au départ de Zeebrugge; en phase 2, ces montants deviennent 55.000, 70.000, 60.000 et 65.000 francs et, en phase 3, 43.000, 53.000, 46.000 et 46.000 francs.

1.4. Dans son rapport d'évaluation des offres, rédigé le 4 décembre 1998, le jury relève que les deux soumissionnaires satisfont à la sélection qualitative. L'évaluation des soumissionnaires sur la base des critères d'attribution se conclut à l'avantage de la partie requérante (95 points contre 87,87 points pour la partie intervenante).

1.5. Le 30 novembre 1998, le Service du pilotage reçoit un courrier de la fédération des pilotes dans lequel celle-ci souligne que la partie requérante "ne remplit pas les conditions de l'adjudication sur des points importants", notamment en ce qui concerne la "puissance" requise de l'hélicoptère (le Sikorsky présente une surcharge de 550 kg) et les certificats d'aptitude des pilotes qui interviendront.

1.6. Par courrier du 2 février 1999, le chef de division du Service du pilotage demande à l'Administration de l'aéronautique du Ministère des Communications de vérifier la conformité des deux offres au cahier spécial des charges en ce qui concerne la configuration, l'avionique et la puissance.

La réponse est envoyée le 12 février 1999. Sur la base de calculs précis concernant la configuration, l'avionique et la puissance des deux hélicoptères, la conclusion est que la partie intervenante "remplit les conditions" alors que "Wiking, avec l'hélicoptère S76B, ne remplit pas simultanément les conditions suivantes :

- pouvoir accueillir trois pilotes à bord (configuration)

- avoir une autonomie d'une heure trente minutes (configuration)
- pouvoir effectuer un vol stationnaire en utilisant un seul moteur, en dehors de l'effet de sol, avec la configuration mentionnée (...) (puissance)".

1.7. Dans un nouveau rapport d'évaluation rédigé le 1^{er} mars 1999, après avoir pris connaissance du point de vue du Ministère des Communications, le jury relève que l'offre de la partie requérante "ne satisfait pas à la sélection qualitative" et que la partie intervenante - qui, elle en revanche, y satisfait - remplit les critères d'attribution.

1.8.1. Le 23 avril 1999, J. STRUBBE, directeur général du Service du pilotage, "annule" la décision non datée, qu'il a prise antérieurement, d'attribuer le marché à la partie requérante en se fondant sur le rapport d'évaluation du 4 décembre 1998 et compte tenu des critères d'attribution postulés.

Cette décision constitue le premier objet de la présente demande.

1.8.2. Le 26 avril 1999, le même directeur général décide d'attribuer le marché à la partie intervenante pour le motif qu'il ressort du rapport d'évaluation du 1^{er} mars 1999 et de la "note explicative" du jury qui y est jointe que la partie requérante "n'a pas justifié de son aptitude technique conformément aux exigences de l'article 71 du cahier spécial des charges" et qu'elle ne satisfait donc pas à ces conditions de sélection qualitatives, alors que la partie intervenante répond également aux critères d'attribution.

Cette décision constitue le second objet de la présente demande.

1.9.1. Par courrier du 20 mai 1999, il est notifié à la partie requérante que son offre "n'a pas été retenue".

1.9.2. Le 8 juin 1999, la partie requérante demande des éclaircissements. Par courrier du 16 juin 1999 qui lui est arrivé le 21 juin 1999, la partie requérante reçoit une copie de la décision du directeur général J. STRUBBE mentionnée au 1.8.1. ainsi que de la note explicative datée du 20 avril 1999 que le jury a rédigée pour justifier son nouveau rapport du 1^{er} mars 1999.

1.10. Par lettre du 23 juin 1999, l'administration adjudicatrice notifie à la partie intervenante que son offre est acceptée.

Les conseils de la partie défenderesse et de la partie intervenante ont confirmé à l'audience qu'il a été ordonné verbalement à la partie intervenante de commencer les activités et qu'en cas d'intempéries, elle sera chargée d'une mission d'hélicoptage;

2. Considérant qu'en vertu de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la suspension de l'exécution selon la procédure d'extrême urgence ne peut être décidée qu'à la triple condition que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de la décision attaquée soient invoqués, que l'exécution immédiate de la décision attaquée risque de causer un préjudice grave difficilement réparable et qu'il s'agisse d'un cas d'extrême urgence, ce qui signifie, d'une part, que le requérant prouve que l'instruction de la cause selon la procédure de suspension ordinaire interviendra trop tard puisque le préjudice grave difficilement réparable se sera déjà réalisé à ce moment-là et, d'autre part, qu'il n'apparaît pas qu'en n'ayant pas fait preuve de la diligence requise pour former son recours le requérant s'est forclo du droit de se prévaloir de la procédure d'extrême urgence;

3.1. Considérant qu'en ce qui concerne le préjudice grave difficilement réparable qu'elle subit, la partie requérante soutient ce qui suit : pour ses activités d'hélicoptage, elle est "largement" tributaire des marchés publics et elle voit maintenant un marché important - tant du point de vue du montant (1 milliard) que de la durée (9 ans) - lui échapper, ce qui la privera d'une importante référence lors d'adjudications futures au niveau européen; il faut également adresser un signal à la partie défenderesse pour qu'elle sache qu'à l'avenir elle ne pourra plus mener ses procédures d'attribution "de manière non transparente et arbitraire"; dans l'hypothèse où la décision attaquée serait suspendue d'extrême urgence, elle pourrait demander au juge civil la résiliation du contrat conclu qui, pour l'heure, n'a pas encore été mis à exécution, et elle aurait une nouvelle chance de se voir attribuer le marché, qui porte sur neuf ans, et ainsi d'obtenir une réparation en nature;

Considérant qu'en ce qui concerne l'extrême urgence, la partie requérante soutient ce qui suit : une suspension selon la procédure ordinaire "interviendra inévitablement trop tard pour réparer le préjudice grave difficilement

réparable" alors qu'une suspension immédiate pourrait faire obstacle à la passation du marché ou, à tout le moins, empêcher que le contrat ne commence à être mis à exécution, de sorte qu'une réparation en nature serait encore possible; elle a également fait preuve de la diligence nécessaire pour former son recours le plus tôt possible, notamment en demandant à la partie défenderesse de justifier son refus de lui attribuer le marché;

3.2. Considérant que la partie défenderesse estime que l'extrême urgence de l'affaire n'a pas été démontrée dès lors que le contrat porte sur 9 ans et que la partie requérante, qui a bien suivi l'évolution du dossier, savait déjà le 20 mai 1999 qu'elle n'avait pas obtenu le marché mais qu'elle a quand même attendu jusqu'au 1^{er} juillet 1999 pour introduire la requête; qu'elle soutient en ce qui concerne le préjudice grave difficilement réparable qu'un préjudice financier est réparable, qu'un petit marché en Flandre ne peut avoir que peu d'incidence sur les références internationales d'une société qui soutient s'être positionnée sur le marché international et que l'objectif consistant à éviter les précédents constitue une action populaire;

Considérant que la partie intervenante estime également que la demande n'est pas extrêmement urgente et que l'existence du préjudice grave difficilement réparable n'est pas démontrée;

3.3.1. Considérant que, dès lors qu'elle est attribuée au processus décisionnel prétendument contraire au principe de prudence et non pas à l'exécution des décisions attaquées, la valeur de précédent que craint la partie requérante ne peut être considérée comme un préjudice grave difficilement réparable, ni justifier par conséquent que le litige soit tranché d'extrême urgence;

3.3.2.1. Considérant que la réparation en nature visée par la partie requérante peut justifier une suspension en ce qu'un réexamen de l'affaire lui offrira une nouvelle chance de se voir attribuer le marché;

Considérant que la circonstance que le contrat a été passé entre-temps n'empêche pas la réparation en nature; qu'en effet la suspension de l'acte administratif détachable peut constituer un motif, soit pour résilier ou rompre volontairement le contrat conclu, soit pour demander cette résiliation au juge, de

manière à pouvoir lancer ensuite une nouvelle procédure d'attribution; que, dans ce raisonnement, la constatation que le contrat porte sur neuf ans est déterminante;

Considérant qu'en l'occurrence, l'exécution qui a déjà été donnée au contrat et qui lui est encore donnée actuellement ne peut faire obstacle à la suspension des décisions attaquées dès lors que le marché concerne la fourniture répétitive de services toujours identiques qui n'ont aucun lien juridique entre eux; que, dès lors, dans l'hypothèse où le contrat conclu serait retiré des relations juridiques pour le motif qu'il serait irrégulier en raison d'une décision d'attribution apparemment illégale, rien ne s'opposerait à ce que la partie requérante prenne part à la procédure d'attribution dans le cadre des prestations futures des neuf prochaines années et puisse donc obtenir une réparation en nature, à savoir exécuter elle-même des marchés; que, si elle est fondée à le faire, elle disposera également des références nécessaires pour encore se positionner sur le marché pour ce qui reste à courir d'une période de neuf ans;

3.3.2.2. Considérant qu'une suspension d'extrême urgence requiert non seulement l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable - qui consiste en l'occurrence en la perte de la possibilité d'exécuter soi-même le marché - mais également la démonstration du fait qu'une décision du Conseil d'État selon la procédure de suspension ordinaire interviendra trop tard pour empêcher la réalisation de ce préjudice, ce qui signifie en l'espèce que la suspension selon la procédure ordinaire interviendra trop tard pour permettre une réparation en nature;

Considérant que le Conseil d'État constate à cet égard que la partie requérante ne produit pas de preuves spécifiques sur ce point; qu'elle ne démontre pas, notamment, que ce qu'elle estime encore possible pour l'heure ne le sera plus si la suspension des décisions attaquées est ordonnée sous peu, à savoir dans le délai nécessaire pour statuer sur l'affaire selon la procédure de suspension ordinaire; que la partie requérante ne soutient pas non plus que la perte de marchés entre le moment présent et la date présumée d'une décision selon la procédure ordinaire lui causera un quelconque problème;

3.4. Considérant que la partie requérante ne démontre pas que l'affaire doit être examinée d'extrême urgence; que, dès lors, la demande est rejetée,

D É C I D E :

Article 1er.

La demande d'intervention de la S.A. Noordzee Helikopters Vlaanderen dans la demande de suspension est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée.

Article 3.

Les dépens de la demande de suspension, liquidés à la somme de sept mille francs, sont mis à la charge de la partie requérante.

Les dépens de l'intervention dans la procédure de suspension, liquidés à la somme de cinq mille francs, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le douze juillet 1900 nonante-neuf, par :

M.	A. VANDENDRIESSCHE,	président de chambre f.f.,
		conseiller d'État,
Mme	S. DOMS,	greffier.

Le greffier,

Le président,

S. DOMS

A. VANDENDRIESSCHE

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1er, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.