

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 168.573 du 7 mars 2007

G./A.181.315/VI-17.381

En cause : **la société anonyme APPLIED LAW ENFORCEMENT
EXPERTISE, en abrégé A.L.E.X.,**

ayant élu domicile chez
Me Dominique LAGASSE, avocat,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Ministre
de l'Intérieur,

ayant élu domicile chez
Mes David D'HOOGHE et Léopold SCHELLEKENS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 26 février 2007 par la société anonyme APPLIED LAW ENFORCEMENT EXPERTISE, en abrégé A.L.E.X., qui sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la Police fédérale (Direction générale des moyens en matériel - Direction du service achats) du 5 février 2007 [...] selon laquelle l'offre de la requérante introduite le 15 janvier 2007 dans le cadre de l'appel d'offres général relatif à un marché pluriannuel de fournitures pour l'acquisition de menottes à charnières au profit de la police intégrée structurée à deux niveaux «a été considérée comme administrativement non-conforme»";

Vu l'ordonnance du 27 février 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 5 mars 2007 à 14.00 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Me Dominique LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Léopold SCHELLEKENS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

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

I. QUANT AUX FAITS

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

1. Dans le courant de l'année 2006, la partie adverse a décidé de lancer un marché de fournitures, à passer selon la procédure d'appel d'offres général, ayant pour objet "l'acquisition de menottes à charnière au profit de la police intégrée structurée à deux niveaux".

Il s'agit d'un marché ouvert pluriannuel prévu en principe pour une période de cinq ans.

Le cahier spécial des charges n/ DMA 2007 R3 075 prévoit ce qui suit à propos des variantes :

" 1.6. Variantes

1.6.1. Règle générale

En application de l'article 103 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une seule offre par marché.

L'offre qui satisfait à toutes les spécifications techniques du présent cahier spécial des charges (conditions minimales et autres) forme l'offre de base.

Le soumissionnaire doit, sous peine de nullité absolue de la soumission entière, clairement mentionner quelle offre forme son offre de base lorsqu'une offre de base est présentée.

1.6.2. Variantes libres avec restriction en nombre

L'introduction de variantes libres est autorisée.

Sans préjudice de l'offre présentée comme constituant l'offre de base, le nombre maximum de variantes libres par soumissionnaire est toutefois limité à deux (2). En cas de dépassement de ce nombre, il ne sera tenu compte que de l'offre de base éventuelle.

Les variantes libres régulières doivent, en application de l'article 16 de la Loi, répondre aux conditions minimales prescrites, sous peine de nullité absolue (désignées par un astérisque) dans l'annexe B contenant les spécifications techniques, mais doivent totalement ou partiellement déroger à la solution complètement conforme au cahier spécial des charges en ne répondant pas à au moins une spécification technique non prescrite comme constituant une condition minimale.

Le soumissionnaire indiquera ainsi clairement dans son offre les conditions techniques non minimales auxquelles dérogent la (les) variante(s) libre(s) éventuellement présentée(s).

L'objectif des variantes libres est de permettre au soumissionnaire de faire une proposition qui est, techniquement parlant, supérieure aux exigences formulées dans le cahier spécial des charges. De ce fait, les variantes doivent être d'une qualité au moins égale aux exigences fixées dans le cahier spécial des charges. Le soumissionnaire doit clairement préciser dans son offre pourquoi sa proposition est techniquement supérieure à ce qui est demandé.

Une variante libre proposée peut être considérée comme irrégulière si, pour des raisons opérationnelles-techniques, elle ne répond pas aux besoins réels fixés par le pouvoir adjudicateur."

Les spécifications techniques relatives au produit à fournir prévoient notamment que :

- " 1. Remarques
Tous les points suivis d'un astérisque (*) sont des conditions minimales pour lesquelles aucune dérogation n'est permise sous peine de nullité de la soumission."
- " 3.2 Les menottes se composeront de deux bracelets reliés l'un à l'autre par un système à charnière (*)."

2. L'avis de marché a été publié au Journal Officiel des Communautés européennes du 22 novembre 2006 et au Bulletin des adjudications du 23 novembre 2006.

3. Le 15 janvier 2007, lors de l'ouverture des offres, les soumissionnaires suivants ont introduit une offre :

- SECURITY SIGNS;
- UNIFORM DIFFUSION;
- BWC;
- CLEMEN & JUNG;
- GJ PRODUITS;

- VANDEPUTTE MEDICAL & SECURITY;
- LIPS NEDERLAND
- ALEX.

La demanderesse a indiqué, dans son formulaire de soumission, qu'elle déposait comme "Offre de base : (la) Menotte ASP Charnière mod 200" et comme "Variante libre n° 1 : (la) Menotte ASP Rigid mod 300 - dérogation au point 3.2 des spécifications techniques". Elle a précisé, lors de la présentation de ses modèles, sous le point 3.14 intitulé "Variante", que "par rapport au modèle 200, la menotte ASP 300 Rigid est munie d'un système de charnières bloquantes. L'avantage pour l'utilisateur est d'avoir une force de type bras de levier supplémentaire. Le système se débloque avec la clef de menotte standard."

4. Le 5 février 2007, la partie adverse a estimé que l'offre de la demanderesse était administrativement non-conforme et ne pouvait dès lors être prise en considération pour l'attribution du marché.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est motivée comme suit :

"1. Motivation de fait

Lors du contrôle concernant la conformité administrative de votre offre, le pouvoir adjudicateur a constaté que votre firme a fait deux propositions, c'est-à-dire une offre de base et une variante libre. L'offre de base et la variante libre répondent entièrement aux exigences techniques du cahier spécial des charges. Malgré le fait que vous mentionnez dans votre offre une dérogation «au point 3.2 des spécifications techniques», votre variante libre ne déroge d'aucune exigence technique mentionnée dans le cahier spécial des charges. Votre firme a donc remis deux (2) offres ce qui n'est pas conforme avec le point 1.6 du cahier spécial des charges. Par conséquent, l'entière de votre soumission ne sera plus prise en compte pour la suite de la procédure.

2. Motivation de droit

En vertu :

- de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ;
- l'article 103 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 ;
- de l'avis de marché n° 2006/S222-238374 publié le 22 novembre 2006 au Journal officiel des Communautés européennes et n° N 016522 le 23 novembre 2006 au Bulletin des Adjudications ;
- du cahier spécial des charges n° DMA 2007 R3075 relatif à l'achat de menottes à charnières au profit de la police intégrée structurée à deux niveaux."

5. Le 16 février 2007, la décision attaquée a été remise en mains propres à la demanderesse contre un accusé de réception avec la mention de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 précitée;

II. QUANT A L'EXTREME URGENCE

Considérant que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification à l'attributaire de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de dix jours prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que la partie adverse ne conteste pas l'extrême urgence;

Considérant, par ailleurs, que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

III. QUANT AUX MOYENS

Considérant que la demanderesse prend un moyen unique 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 fournitures et de services, de l'article 103 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 ainsi que de l'erreur dans les motifs de fait et de droit"; que le moyen est divisé en trois branches;

Considérant que, dans une première branche, la demanderesse soutient que les spécifications techniques du cahier spécial des charges exigeant que "les menottes se composeront de deux bracelets reliés l'un à l'autre par un système à charnières"

doivent être interprétées usuellement comme demandant des menottes à charnières non-bloquantes eu égard au fait que celles-ci sont les plus vendues sur le marché actuel, et ce depuis huit ans, alors que les menottes à charnières bloquantes n'existent sur le marché que depuis environ un an, que les menottes à charnières bloquantes proposées comme variante libre dérogent à une exigence technique non minimale mentionnée dans le cahier spécial des charges et constituent bien une variante libre régulière au sens de l'article 1.6. du cahier spécial des charges, et que ces dernières "présentent un avantage technique évident en raison de la facilité qu'elles procurent à leur utilisateur pour contraindre la personne menottée à obtempérer";

Considérant que selon l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, "sauf si le cahier spécial des charges en dispose autrement, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les éventuelles variantes libres présentées par les soumissionnaires. Celles-ci doivent respecter les conditions minimales indiquées dans le cahier spécial des charges et les exigences requises pour leur soumission"; qu'en l'espèce, l'article 1.6.2. du cahier spécial des charges autorise les variantes libres en les limitant à deux maximum et pour autant que soient respectées certaines conditions, dont celle de devoir "totalement ou partiellement déroger à la solution complètement conforme au cahier spécial des charges en ne répondant pas à au moins une spécification technique non prescrite comme constituant une condition minimale"; qu'il est également prescrit que "le soumissionnaire indiquera ainsi clairement dans son offre les conditions techniques non minimales auxquelles dérogent la (les) variante(s) libre(s) éventuellement présentée(s)"; que, dans son offre, la demanderesse a indiqué qu'elle déposait, comme "variante libre" et en "dérogation au point 3.2 des spécifications techniques", des menottes à charnières bloquantes (modèle 300) en explicitant que "par rapport au modèle 200 la menotte ASP 300 Rigid est munie d'un système de charnières bloquantes. L'avantage pour l'utilisateur est d'avoir une force de type bras de levier supplémentaire. Le système se débloque avec la clé de menotte standard.";

Considérant que le cahier spécial des charges énonce à ce propos que "Les menottes se composeront de deux bracelets reliés l'un à l'autre par un système à charnière (*)" (point 3.2 des spécifications techniques); que, contrairement à ce que soutient la demanderesse, le cahier spécial de charges n'exige à première vue aucun type particulier de charnières de sorte que tous les systèmes de charnières - bloquantes ou non-bloquantes - semblent correspondre aux spécifications techniques du cahier spécial des charges; qu'il s'ensuit que le modèle présenté par la demanderesse en "variante libre" ne contient en réalité pas de dérogation aux exigences techniques du cahier spécial des charges; qu'en outre, le point 3.2. du cahier spécial des charges est

accompagné d'un astérisque et constitue une des conditions techniques minimales "pour lesquelles aucune dérogation n'est permise sous peine de nullité de la soumission" (point 1 des spécifications techniques), de sorte qu'il ne peut pas faire l'objet d'une variante libre; que la première branche n'est pas sérieuse;

Considérant que, dans une deuxième branche, la demanderesse soutient, à titre subsidiaire, que si le cahier spécial des charges doit être interprété comme demandant des menottes à charnières de tous types et donc comme recouvrant deux produits fort différents, il a induit les soumissionnaires en erreur par une définition à ce point imprécise de l'objet du marché qu'il aurait été impossible de savoir quel était le produit souhaité par la partie adverse;

Considérant que le point 3.2. des spécifications techniques du cahier spécial des charges vise spécifiquement et expressément le "système à charnière" sans pouvoir y déroger, excluant de ce fait les menottes à chaînes ou d'autres systèmes; que, pour le surplus, cette spécification admet sans ambiguïté tout type de menottes à charnières sans contenir à ce sujet d'autres exigences; qu'elle est suffisamment précise quant au type de menottes voulu par le pouvoir adjudicateur; que cette disposition permettant de présenter toutes les catégories de "menottes à charnières", il appartenait à la demanderesse d'estimer - de son propre point de vue - quel était le système le plus intéressant au sein du produit "menottes à charnières" en vue de le soumettre au pouvoir adjudicateur; que par ailleurs, il n'apparaît pas, à première vue, qu'il est impossible de présenter un produit qui constitue une amélioration technique au produit présenté en offre de base et qui déroge uniquement à des conditions minimales non prescrites à peine de nullité; que la deuxième branche n'est pas sérieuse;

Considérant que, dans la troisième branche, la demanderesse soutient, à titre infiniment subsidiaire, que s'il devait être admis que sa variante libre est irrégulière, la partie adverse a dans ce cas accordé à cette irrégularité une portée qu'elle n'a pas, que cette irrégularité n'affecte pas la régularité de son offre de base, de sorte que la partie adverse se serait trompée en estimant que l'ensemble de la soumission de la demanderesse devait être écartée;

Considérant que la partie adverse fait valoir que "la demanderesse fonde toute son argumentation sur l'hypothèse erronée qu'elle aurait introduit une variante libre, que cette prétendue variante libre aurait été déclarée irrégulière et que l'irrégularité de cette offre ne pouvait pas entraîner l'irrégularité de son offre de base", que, cependant, la "variante" proposée par la demanderesse est entièrement conforme

au cahier spécial des charges et que, par conséquent, elle ne doit pas être considérée comme une variante libre mais comme une offre de base, que "la demanderesse a, en d'autres termes, introduit deux offre de base, de sorte que sa soumission est dans son ensemble contraire à l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et à l'article 1.6.1 des dispositions administratives du cahier spécial des charges";

Considérant qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu de considérer que la demanderesse a déposé deux offres de base; que, sans doute, elle s'est méprise sur le sens à donner au point 3.2. des spécifications techniques précitées; que, néanmoins, elle a, clairement et sans ambiguïté, présenté une offre de base et une variante libre qu'elle a explicitée et justifiée; que la partie adverse a commis une erreur en qualifiant la variante libre litigieuse de seconde offre de base eu égard au contenu de la soumission; que, par ailleurs, ni l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ni l'article 1.6.2. du cahier spécial des charges ne prévoient que l'irrégularité de la variante libre entraîne l'irrégularité de l'offre de base; que la troisième branche du moyen est sérieuse;

IV. QUANT AU RISQUE DE PRÉJUDICE GRAVE ET DIFFICILEMENT RÉPARABLE

Considérant que la demanderesse fait valoir ce qui suit :

- " 1. Premièrement, l'exécution de l'acte attaqué priverait la requérante de la possibilité d'exécuter un marché de référence. Votre Conseil a considéré qu'un marché relatif à l'acquisition par la Défense nationale de matériel spécifique à la recherche du renseignement «peut être considéré par sa nature et son ampleur, peu fréquentes en Belgique, par son imbrication dans un programme important d'investissements de la Défense nationale s'étendant sur plusieurs années, comme un marché de référence» (Conseil d'Etat, 16 février 2005, n/ 140.737, s.a. Thales communications Belgium);

En l'espèce, le marché en question répond à certains des critères distinctifs d'un marché de référence.

D'une part, le marché envisagé présente une certaine rareté puisque, seules les forces de l'ordre nationales peuvent utiliser des menottes sur des tiers, à l'exclusion des services de gardiennage. La police fédérale et la police locale constituent donc les uniques clients de la requérante pour le marché des menottes; or, le cahier spécial des charges prévoit (en son article 1.4.2., page 2 et en son article 3.2., page 3) que les zones de police locale peuvent bénéficier du marché litigieux, de sorte qu'il est fort peu probable qu'elles n'en profitent pas et décident de lancer séparément un appel aux fournisseurs de menottes. En outre, le marché en question est prévu pour une période de cinq ans de telle sorte que si la requérante n'obtient pas ce marché, elle ne peut plus vendre ce produit pendant cinq années (article 1.3. du cahier spécial des charges, page 2).

D'autre part, ce marché présente une certaine ampleur puisqu'il est prévu qu'il débouchera sur la livraison de 13.524 pièces uniquement au niveau fédéral! Ce marché pourrait donc rapporter à la requérante un chiffre d'affaires de 376.102 EUR (13.524 x 27,81 EUR) pour les menottes à charnières non bloquantes. Ce marché servira ensuite de référence pour les services de police locale, ce qui représenterait à nouveau un chiffre d'affaires de l'ordre de 350.000 euros. Or, le chiffre d'affaires pour l'année 2006 de la requérante est de 622.132 euros (pièce n/ 6).

Par son ampleur financière, sa rareté et son importance dans le secteur considéré, le marché litigieux constitue donc un marché de référence conférant à l'adjudicataire retenu une renommée commerciale et une position avantageuse par rapport à ses concurrents.

En outre, l'exiguïté du marché est telle que le refus de reconnaître la requérante en tant que soumissionnaire porte gravement atteinte à sa réputation et à son image. En effet, l'écartement de la requérante au stade de la procédure administrative avant même d'avoir effectué les tests de conformité nuit à son image, à savoir celle d'une société professionnelle et sérieuse.

2. Deuxièmement et en tout état de cause, l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993 (précitée) lu en combinaison avec l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en tant qu'ils exigent la preuve par la requérante d'un risque de préjudice grave difficilement réparable qu'elle risque de subir si la décision qui lui fait grief n'était pas suspendue constitue une transposition insuffisante en droit belge et donc une violation des directives n/ 89/665 du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, et n/ 92/13 du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

L'article 1^{er}, § 3, des directives n/ 89/665 et 92/13 pose clairement que «Les Etats membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les Etats membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésés par une violation alléguée». L'intérêt du candidat ou du soumissionnaire est d'obtenir le marché mis en concurrence et son éviction à la suite d'une décision irrégulière du pouvoir adjudicateur lèse cet intérêt. Cette constatation seule suffit, dans l'esprit des directives, à lui ouvrir le recours en suspension contre la décision qui le lèse.

L'exigence de la preuve du préjudice grave difficilement réparable que la requérante doit apporter a pour conséquence qu'un soumissionnaire ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésé par une violation alléguée, au sens des directives précitées, n'a aucune chance d'introduire avec succès une requête en suspension contre une décision relative à un marché public s'il ne se trouve pas confronté à un risque de préjudice grave et difficilement réparable tel qu'interprété par une partie de la jurisprudence de votre Conseil; cette exigence viole donc ces directives.

L'on ne peut pas nier l'effet direct qui s'attache aux directives n/ 89/655 et 92/13 et, dès lors, si votre Conseil devait estimer que la preuve alléguée du préjudice grave difficilement réparable ci-avant n'est pas suffisante, il doit écarter l'application de la législation nationale qui lui interdirait de suspendre l'exécution de la décision attaquée, en l'occurrence l'article 17, § 2, des lois coordonnées du Conseil d'Etat,

pour contrariété auxdites directives ou à tout le moins refuser de lui donner une interprétation restrictive.

Refuser d'écarter l'article 17 précité ou interpréter de manière restrictive la notion de «risque de préjudice grave difficilement réparable» en matière de marchés publics reviendrait à «énervé l'effet préventif qui est de l'essence de la suspension de l'exécution d'un acte administratif, celui-ci consistant à empêcher que des situations irréversibles ou auxquelles il est difficile de remédier se créent. Il s'agit par cette procédure d'éviter la politique du fait accompli et un effet platonique à l'arrêt d'annulation. Or, la non-suspension de la décision d'attribution du marché risque d'entraîner, avant l'arrêt sur le fond, la conclusion du contrat, voire son exécution, empêchant de ce fait les entreprises d'exercer leur droit à une réparation en nature, à savoir retrouver la possibilité d'obtenir le marché et de l'exécuter. Comme je l'ai déjà soutenu dans d'autres affaires, le préjudice, c'est-à-dire la perte de la possibilité d'obtenir le marché, m'apparaît donc difficilement réparable» (Entreprise et Droit, 2001, p.285).";

Considérant que la partie adverse répond ce qui suit :

- " La requérante considère à tort, en faisant référence aux directives n/ 89/665 du 21 décembre 1989 et n/ 92/13 du 25 février 1992, qu'il ne lui appartiendrait pas, dans le cadre d'un recours en suspension d'extrême urgence sur la base de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, de démontrer l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable.

Il ressort en effet clairement d'une jurisprudence constante de votre Conseil que ces directives ne sont pas directement applicables en droit interne et que l'article 21bis précité n'a pas pour effet de faire présumer l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable. Il appartient donc à la requérante d'établir le risque de préjudice grave et difficilement réparable que lui causerait l'exécution de l'acte attaqué, conformément à la jurisprudence habituelle du Conseil d'Etat (voy not. C.E., arrêts n/ 143.609, n/ 143.611 et n/ 143.629 du 25 avril 2005; n/ 144.174 du 4 mai 2005; n/ 166.184 du 20 décembre 2006).

Il n'y donc pas lieu d'écarter l'application de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, le requérant doit, dans sa demande de suspension, démontrer in concreto que l'exécution de la décision attaquée risque, si elle n'est pas suspendue, d'entraîner pendant l'instance en annulation des conséquences importantes se révélant, dans les faits, irréversibles ou difficilement réversibles au regard des effets qui pourraient s'attacher à l'annulation poursuivie au principal.

Cette règle implique, notamment, que la charge de la preuve incombe au requérant à qui il appartient d'apporter la preuve suffisante de la gravité et du caractère difficilement réparable du préjudice qu'il allègue. Par conséquent, la demande de suspension doit contenir les éléments de fait précis permettant d'apprécier les risques concrets que l'exécution immédiate de la décision attaquée pourrait entraîner et le préjudice allégué doit être étayé par des documents probants (voy. not. C.E., arrêts n/133.588 du 6 juillet 2004 et n/109.465 du 17 juillet 2002).

La requérante considère à tort que l'acte attaqué la priverait de la possibilité d'exécuter un marché de référence.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, «la perte d'une référence telle que celles exigées en vue de la sélection qualitative, ne peut être confondue avec celle d'un marché de référence, dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception, la mise

en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière» et «la perte d'une référence banale ne saurait justifier un risque de préjudice grave et difficilement réparable» (C.E., arrêts n° 143.609, n° 143.611 et n° 143.629 du 25 avril 2005)

En l'espèce, le marché ne constitue pas un marché répondant aux caractéristiques particulières d'un marché de référence.

L'objet du marché ne présente aucune complexité de conception ni n'exige la mise en œuvre de techniques particulières ou nouvelles, les spécifications techniques du cahier spécial des charges ayant été au contraire rédigées de façon suffisamment générale de sorte à autoriser la plus large concurrence possible.

Par ailleurs, l'objet du marché ne présente aucune rareté, plusieurs marchés relatifs à l'achat de menottes ayant même été organisés ces dernières années par différentes entités publiques (p.ex. polices locales, SFP Justice, SPF Intérieur).

A ce sujet, la demanderesse insinue à tort que le présent marché aurait pour effet de «clôturer» le marché des menottes. Le marché litigieux est en effet un marché ouvert, sans obligation pour les zones de police locale de joindre ce marché. Ainsi, si les zones de police locales peuvent profiter de ce marché, le cahier spécial des charges ne le leur impose pas (cf. les points 1.2. et 1.4.2. du cahier spécial des charges). Rien ne permet dès lors de conclure qu'il n'y aura pas d'autres marchés de ce type organisés dans le futur dans la mesure où les zones de police locales restent libres d'organiser leurs propres marchés en vue d'acquérir des menottes.

De plus, si le marché est en principe prévu pour une durée de cinq ans en vertu du point 1.3. du cahier spécial des charges, le même article prévoit également qu'il est résiliable annuellement, de sorte que la non obtention du marché par un soumissionnaire évincé ne signifie pas nécessairement que celui-ci ne pourra pas vendre ses menottes pendant cinq ans.

En ce qui concerne l'ampleur financière du marché, qui découle selon la demanderesse, de ce que le plan d'acquisition projeté prévoit l'acquisition d'un total de 13.524 pièces, l'article 1.4.1 du cahier spécial des charges précise que «ce plan n'est donné qu'à titre indicatif et n'engage pas le pouvoir adjudicateur»; ce dernier s'engage uniquement «à commander, sur toute la durée du marché, au moins cinquante (50) pourcent de la quantité estimée». L'ampleur financière du marché n'a donc pas l'importance que lui prête la requérante puisque l'engagement du pouvoir adjudicateur ne porte de manière certaine que sur la moitié des 13.524 pièces mentionnées dans le cahier spécial des charges. La requérante ne démontre d'ailleurs nullement que la perte du marché litigieux risque de compromettre lourdement sa situation financière ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activité.

En ce qui concerne le préjudice moral allégué, la décision attaquée ne comporte aucun jugement péjoratif quant à l'offre formulée par la requérante, de sorte que celle-ci ne peut sérieusement prétendre qu'elle porte atteinte à sa réputation.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la requérante ne justifie pas l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable en raison de l'exécution immédiate de la décision attaquée.

Si votre Conseil devait estimer que la décision attaquée cause un tel préjudice (quod non), force est alors de constater que la requérante est elle-même responsable de ce préjudice. La requérante a en effet choisi elle-même d'introduire une prétendue «variante libre» entièrement conforme au cahier spécial des charges, alors que celui-ci n'imposait nullement aux soumissionnaires l'obligation d'introduire une variante libre.";

Considérant, tout d'abord, que l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, inséré par l'article 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004, est applicable au marché litigieux, dont le montant est supérieur aux seuils européens; que, pour autant, cet article 21bis n'a pas pour effet de faire présumer l'existence d'un risque de préjudice grave difficilement réparable; que, certes, les directives européennes n° 89/665 du 21 décembre 1989 et n° 92/13 du 25 février 1992, dites "directives recours", requièrent "qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit" et que "les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les Etats membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésés par une violation alléguée"; que, toutefois, ces directives ne sont pas directement applicables en droit interne et que le soin a été laissé aux Etats membres de les transposer dans leur législation nationale (cf. notamment l'article 5 de la directive n° 89/665), ce qu'a tenté de faire la loi-programme du 9 juillet 2004 en insérant un article 21bis dans la loi du 24 décembre 1993 précitée;

Considérant que cette loi-programme du 9 juillet 2004 n'a pas modifié les lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, et en particulier leur article 17, § 2, qui persiste à exiger, pour que la suspension de l'exécution notamment d'une décision d'attribution d'un marché public puisse être ordonnée, que soit établi le risque d'un préjudice grave difficilement réparable qu'entraînerait l'exécution immédiate de la décision attaquée;

Considérant, ensuite, en ce qui concerne le préjudice invoqué par la demanderesse, qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'en effet, la perte d'une commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré, est inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'elle ne le peut que si elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant concrètement, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la demanderesse, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activité; qu'à cet égard, la demanderesse se contente de comparer son chiffre d'affaires annuel avec le montant quinquennal du marché litigieux sans en tirer de conséquences; qu'elle n'établit dès lors pas que cette condition est remplie dans son chef;

Considérant, en ce qui concerne la perte d'un marché de références, que constitue un tel marché celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; qu'en l'espèce, la demanderesse n'allègue pas que l'objet du marché présente une complexité de conception ou exige la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles; que, par contre, le marché litigieux présente les traits de rareté et d'ampleur requis; que l'ampleur et la rareté d'un marché public sont à apprécier, non pas par rapport à la situation particulière du soumissionnaire évincé dans ce secteur d'activités, mais eu égard à l'existence de marchés similaires, à leur importance et à leur répétition, soit à des critères objectifs en rapport avec le marché et non des critères subjectifs; qu'en l'espèce, il ressort des débats que le marché litigieux a trait à un produit spécifique, les menottes à charnière, dont l'utilisation légale est exclusivement réservée en Belgique aux forces de l'ordre qui constituent dès lors le seul débouché possible pour ce produit; que par le marché litigieux, la partie adverse "s'engage à commander, sur toute la durée du marché, au moins cinquante (50) pourcent de la quantité estimée totale", soit au minimum 6.762 pièces; qu'aucun autre marché n'a porté jusqu'ici sur des commandes fermes d'une telle ampleur, les avis de marché produits par la partie adverse portant sur des commandes respectives de 320 et 235 paires de menottes; qu'au demeurant, la partie adverse s'est réservé la possibilité de commander l'autre moitié des quantités envisagées; que, par ailleurs, le marché querellé est un marché ouvert pluriannuel en ce qu'il est accessible, pour les commandes de ce produit, aux zones de police locales; que l'effet attractif dudit marché pour les zones de police locale, dès lors que la police fédérale sera équipée d'un type de menottes, n'est pas purement hypothétique mais constitue, pour la demanderesse, un risque tout à fait plausible; qu'enfin, la durée de vie du produit concerné est de 15 à 20 ans; qu'il s'ensuit que la décision attaquée est susceptible de manière suffisamment plausible de fermer pour de longues années le segment de produits concernés et, dès lors, de comporter pour la demanderesse des conséquences graves difficilement réparables;

Considérant que les deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 étant remplies, la demande de suspension est accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision de la Police fédérale (Direction générale des moyens en matériel - Direction du service achats) du 5 février 2007 de considérer comme administrativement non-conforme l'offre de la société anonyme APPLIED LAW ENFORCEMENT EXPERTISE, en abrégé A.L.E.X., introduite le 15 janvier 2007 dans le cadre de l'appel d'offres général relatif à un marché pluriannuel de fournitures pour l'acquisition de menottes à charnières au profit de la police intégrée structurée à deux niveaux.

Article 2.

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.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

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

M.	NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
M ^{me}	SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

P. NIHOUL.