

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.489 du 18 janvier 2011

G./A.198.651/VI-18.943

En cause : **la société anonyme ARTEMIS BENELUX,**

ayant élu domicile chez
Mes Véronique BERTRAND et
François MOISES, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

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

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Nathalie FRANÇOIS, 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 29 décembre 2010 par la société anonyme ARTEMIS BENELUX, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution "de la décision, de date inconnue, par laquelle la partie adverse a déclaré l'offre de la société ARTEMIS irrégulière et a attribué à un autre soumissionnaire, dont l'identité n'est pas non plus connue de la requérante, le marché ouvert pluriannuel relatif à l'acquisition de pistolets 9x19 mm au profit de la police fédérale et accessibles au zones de police locales, aux écoles de police à l'AIG et au Comité P, régi par le cahier spécial des charges n°DGS/DSA2010R312";

Vu l'ordonnance du 30 décembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 14 janvier 2011 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Véronique BERTRAND et François MOISES, avocats, comparaisant pour la partie requérante et Mes Bruno LOMBAERT et Nathalie FRANÇOIS, avocats, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur 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 requête sont les suivants :

1. Par un appel d'offre général publié au Journal officiel de l'Union européenne le 23 mars 2010 et au Bulletin des adjudications le 22 mars 2010, la partie adverse a lancé une procédure d'attribution d'un marché portant sur la fourniture de pistolets 9 x 19 mm au profit de la police intégrée, des écoles de police, de l'Inspection Générale (A.I.G.) et du Comité P, régi par le cahier spécial des charges n° DSA 2010 R3 112.

Le marché ouvert pluriannuel de fournitures porte sur dix postes :

- Poste 1 : Pistolet;
- Poste 2 (optionnel) : Porte pistolet;
- Poste 3 (optionnel) : Porte chargeur;
- Poste 4 : Pièces de rechange;
- Poste 5 : Pistolet pédagogique (inerte);
- Poste 6 : Pistolet didactique;
- Poste 7 : Pistolet à usage de la munition SIMUNITION FX 9 mm;
- Poste 8 : Matériel de contrôle du pistolet;
- Poste 9 : Formation des moniteurs;
- Poste 10 : Formation des armuriers.

Sa durée est de dix ans, sauf pour ce qui concerne les pièces de rechange (voir art. 1.2, page 2 du cahier spécial des charges).

Son montant estimé par la requérante pourrait atteindre 5.900.000 euros.

2. L'article 10.1, pages 14 à 18, du cahier spécial des charges prévoit trente-six critères d'attribution, intitulés "critères de RANG 1", et pour chacun de ces critères d'attribution de rang 1, des sous-critères, intitulés "critères de RANG 2".

Chaque critère de rang 1 est pondéré de même que chaque sous-critère de RANG 2.

L'article 10.2.2, page 18 du cahier spécial des charges prévoit que :

" Les produits présentés ne sont pris en considération pour l'attribution du marché que pour autant qu'ils répondent aux spécifications essentielles du présent cahier spécial des charges. Si l'évaluation montre que le produit présenté n'obtient pas la moitié des points pour les critères de rang 1 des points 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5 repris ci-dessus, le pouvoir adjudicateur n'examinera pas davantage le produit considéré".

Les critères 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5 sont présentés comme suit dans le cahier spécial des charges.

10.1.2 Fonctionnalité opérationnelle du poste 1	7%	Fonctionnalité avec les munitions de service d'entraînement	20 %
		Fonctionnalité dans toutes les circonstances météorologiques	5 %
		La conception	5 %
		Le chargeur, même vide, doit tomber de l'arme lorsque l'on actionne l'arrêtoir de chargeur	5 %
		Les lèvres du chargeur ne doivent pas blesser l'utilisateur lors de l'approvisionnement	5 %
		Le chargeur est difficilement déformable	5 %
		L'arme ne doit pas comporter d'arêtes vives ou de saillies susceptibles d'accrocher le corps du policier et/ou son uniforme	10 %
		Toutes les pièces constitutives doivent être interchangeables sans ajustage à la main ou à la machine	5 %
		Le système de visée doit être réglable/adaptable	5 %
		Le pontet est adapté au tir à deux mains	5 %
		La portée utile est supérieure à 50 mètres	5 %
		Le cran de mire et le guidon sont amovibles	5 %
		Le mécanisme d'éjection devra éjecter les douilles sans toucher le tireur	10 %
		Facilité de démontage et remontage	10 %

10.1.3 Utilisation opérationnelle du poste 1	6 %	Maniabilité/sécurité passive/fiabilité	20 %
		Le cran de mire doit paraître rectangulaire lors de la prise de visée/jour-nuit	10 %
		Le guidon et le cran de mire doivent être visibles même quand les rayons solaires sont intenses	10 %
		Maniabilité avec des gants	5 %
		Les éléments tactiques	5 %
		Test de fonctionnement/test après corrosion	15 %
		Tests de tir dans toutes les conditions opérationnelles	20 %
		La fiabilité de fonctionnement dans les conditions d'environnement préjudiciables	15 %
(...)	(...)	(...)	(...)
10.1.5 Qualité des matières premières du poste 1	7.5%	Résistance à l'usure (après test «tir à la main»)	30 %
		Résistance au choc (test de chute)	30 %
		Résistance à la corrosion	30 %
		La surface du pistolet doit être durable et résistante à l'usure	10 %
(...)	(...)	(...)	(...)

Par ailleurs, l'annexe B/1, page 27 du cahier spécial des charges, intitulée "Norme minimale" indique en préliminaire "La norme est la description normative reprise ci-dessous et à laquelle aucune dérogation n'est permise. Toute dérogation à cette norme minimale est frappée d'une nullité absolue".

L'annexe B/2, page 30 du cahier spécial des charges intitulée "Spécifications techniques du matériel" prévoit en son article 1.2. : "Pour toute donnée manquante et NON marquée d'un astérisque (exigence technique minimale à laquelle il ne peut en aucun cas être dérogé) des renseignements complémentaires pourront être demandés. En cas d'absence de réponse et/ou de réponse incomplète, une cotation nulle pourra être attribuée pour la spécification non renseignée. Le cas échéant, et si le produit s'avère être non évaluable, la soumission peut être sanctionnée d'exclusion pour l'attribution".

Les modalités relatives aux tests d'évaluation sont prévues à l'article 3.4. de cette annexe B/2.

3. Par courrier daté du 13 décembre 2010, recommandé à la poste le 14 décembre 2010, la partie adverse a notifié, en vertu de l'article 65/8, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de

fournitures et de services, l'extrait de la décision d'attribution contenant les motifs pour lesquels l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière.

Les motifs sont résumés au point 3.8, page 10 de la décision, intitulé "Conclusions" :

- " En application du point 10 du cahier spécial des charges, les offres (...) 2, (...) [à savoir l'offre de la requérante] ayant obtenu moins de la moitié des points aux critères de rang 1 suivants :
- Fonctionnalité opérationnelle du poste 1 (7 %);
 - Utilisation opérationnelle du poste 1 (6 %);
 - Qualité des matières premières du poste 1 (7,5 %).
- sont exclues de la procédure de marché. En effet, en vertu de la disposition du cahier spécial des charges précité, les offres susmentionnées sont déclarées irrégulières et partant frappées de nullité absolue".

Cette décision est ainsi justifiée :

- " 3. Evaluation technique des offres
- Les échantillons conformes aux exigences du CSCh reçoivent la moitié des points, les échantillons dont la valeur est supérieure à ce qui a été demandé, reçoivent une cote supérieure à la moitié des points, les échantillons dont la valeur est inférieure à ce qui a été demandé, reçoivent moins de la moitié des points. Seules les cotations supérieures ou inférieures à la moitié des points sont commentées dans la présente décision motivée. Toutefois, quand le CSCh laissait un choix à poser par le soumissionnaire, ce choix est commenté. Tous les tests se sont déroulés de la façon décrite dans le CSCh.
- (...)
- 3.2 Offre n° 2
- 3.4.1. Fonctionnalité opérationnelle du poste 1 (7 %)
- 3.6.1.1 Fonctionnalité avec les munitions de service et d'entraînement
- Dans le calcul des défauts de percussion, il est tenu compte des défauts inhérents aux munitions tels qu'exprimés dans le cahier des charges DMA 2002R3 036 et DSA 2008R3 053 soit un total de 13 cartouches réparties comme suit : neuf (9) cartouches pour le marché 2008 R3 053 et quatre (4) cartouches pour le marché n° DSA 2002 R3 036. Le CSCh, quant à lui, mentionnait que les défauts de percussion acceptés étaient de cinq (5).
- Lors des tests opérationnels avec les munitions de services et d'entraînement, les mille (1000) cartouches du lot DMA 2002 R3 036 (munitions de service) ont été tirées mais seules 3464 des 4000 cartouches du lot 2008 R3 053 (munitions d'entraînement) ont pu être tirées.
- Le quota n'a pu être atteint en raison d'une défectuosité due au bris de la tige guide du ressort de rappel de la glissière et à la déformation de la carcasse.
- L'offre reçoit une cote de 0/10, le quota des 5000 cartouches n'ayant pu être atteint.
- 3.6.1.1. La conception
- La conception prend en compte la maintenance ultérieure de ces armes, en limitant le nombre de pièces, en simplifiant la cinématique, en renforçant les pièces soumises aux manipulations quotidiennes de sécurité et en optimisant les traitements d'anticorrosion (pt 3.2.4 du CSCh).
- La sécurité manuelle n'est pas située sur la détente (Pt 3.3.6 du CSCh). Le chargeur dispose d'un design compatible avec les procédures de désenrayage. Le chargeur ne provoque pas de dysfonctionnements ou d'enrayages lors du tir (Pt 3.3.14.6 du CSCh).

L'introduction d'un chargeur garni complètement ne peut se faire qu'en frappant sèchement sur le talon du chargeur, ce qui va à l'encontre des procédures enseignées au sein de la police intégrée.

L'offre reçoit 3/10.

3.6.1.1 L'arme ne doit pas comporter d'arêtes vives ou de saillies susceptibles d'accrocher le corps du policier et/ou son uniforme.

Des arêtes vives sont présentes au niveau de l'arrêtoir de chargeur, de l'arrêtoir de glissière et de la sécurité/susceptibles d'accrocher le corps.

L'offre reçoit 1/10.

(...)

3.4.2 Utilisation opérationnelle du poste 1 (6 %)

3.6.2.1 Maniabilité/sécurité passive/fiabilité

La fiabilité n'est pas assurée étant donné qu'il était impossible d'arriver aux 5000 coups suite à un bris de pièce aux quatre mille quatre cents soixante-quatrième (4464^{ème}) cartouches. La tige guide s'est cassée. Par ailleurs, la carcasse s'est fortement déformée. L'offre reçoit 0/10.

3.6.2.1 Maniabilité avec des gants

La sécurité manuelle de l'arme présente deux encoches dans lesquelles les gants restent parfois accrochés.

L'offre reçoit 3/10.

3.6.2.1 Test de tir dans toutes les conditions opérationnelles

Les tests de tirs dans toutes les conditions opérationnelles avaient pour objet d'analyser l'arme sous son aspect opérationnel c'est-à-dire dans des conditions d'environnement et de stress propres à la formation du fonctionnaire de police. Pour ce faire, différents testeurs ont manipulé l'arme. Le résultat exprimé est une moyenne de leurs évaluations.

La course de la détente, dans la perception qu'en a le fonctionnaire de police, est longue et assez dure.

Un problème qui survient fréquemment en tir dynamique est que le tireur ne relâche pas suffisamment sa détente et essaye de tirer à nouveau sans succès toutefois. Ceci entraîne une impossibilité de tir rapide instinctif. Dans le dvd de présentation fourni avec l'offre, on voit que le tireur en phase de tir rapide n'a pas, à un certain moment, relâché suffisamment la détente. Il lui est donc impossible de percuter à nouveau. Sa solution consiste à relâcher complètement la détente pour pouvoir effectuer un nouveau tir. Ceci peut avoir de graves conséquences lors d'une intervention de police.

L'arme reçoit 4.6/10.

(...)

3.4.4. Qualité des matières premières du poste 1 (7.5 %)

3.6.4.1. Résistance à l'usure (après test «tir à la main»)

La carcasse présente 5 endroits où la matière a fondu : 1 à hauteur de la rampe d'alimentation, 2 à la hauteur des tenons métalliques de guidage de la glissière et 2 à la hauteur de la plaquette d'identification de la carcasse.

La tige guide du ressort récupérateur est cintrée et son extrémité est brisée.

Ces problèmes nécessitent le remplacement de la carcasse ainsi qu'un remplacement de la tige guide et du ressort récupérateur. La matière synthétique ne semble pas résister suffisamment à la température engendrée lors des tirs.

L'offre reçoit 0/10.

(...)"

L'appendice 2 de l'extrait de la décision récapitule les notes attribuées à la requérante comme suit :

2010 R3 112 : Pistolet 9 mm	Pondération	Maximale quota	2
Poste 1 Pistolet		27	11,22
Fonctionnalité opérationnelle		7	2,52
	20		7,2
Fonctionnalité avec les munitions de service et d'entraînement	4	10	0
Fonctionnalité dans toutes les circonstances météorologiques	1	10	5
La conception	1	10	3
Le chargeur, même vide, doit tomber de l'arme lorsque l'on actionne l'arrêtoir de chargeur	1	10	5
Les lèvres du chargeur ne doivent pas blesser l'utilisateur lors de l'approvisionnement	1	10	5
Le chargeur est difficilement déformable	1	10	5
L'arme ne doit pas comporter d'arêtes vives ou de saillies susceptibles d'accrocher le corps du policier et/ou son uniforme	2	10	1
Toutes les pièces constitutives doivent être interchangeables sans ajustage à la main ou à la machine	1	10	5
Le système de visée doit être réglable/adaptable	1	10	7
Le pontet est adapté au tir à deux mains	1	10	5
La portée utile est supérieure à 50 mètres	1	10	5
Le cran de mire et le guidon sont amovibles	1	10	5
Le mécanisme d'éjection devra éjecter les douilles sans toucher le tireur	2	10	5
Facilité de démontage et remontage	2	10	5
Utilisation opérationnelle		6	2,29
	20		7,64
Maniabilité/ sécurité passive/fiabilité	4	10	0
Le cran de mire doit paraître rectangulaire lors de la prise de visée/ jour-nuit	2	10	5
Le guidon et le cran de mire doivent être visibles même quand les rayons solaires sont intenses	2	10	5
Maniabilité avec des gants	1	10	3
Les éléments tactiques	1	10	5
Test de fonctionnement/test après corrosion	3	10	5
Test de tir dans toutes les conditions opérationnelles	4	10	4,60
La fiabilité de fonctionnement dans des conditions d'environnement préjudiciables	3	10	5
(...)	(...)	(...)	(...)
Qualité des matières premières		7,5	3,75
	10		5
Résistance à l'usure (après test «tir à la	3	10	0

main»))			
Résistance au choc (test de chute)	3	10	10
Résistance à la corrosion	3	10	5
La surface doit être durable et résistante à l'usure	1	10	5
(...)	(...)	(...)	(...)

Considérant, quant à la recevabilité ratione temporis du recours, que, dans ses télécopie et courrier du 13 décembre 2010, la partie adverse a précisé que :

- " En vertu de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, cette décision peut faire l'objet d'une demande de suspension devant le Conseil d'Etat.
La demande de suspension doit être introduite selon une procédure d'extrême urgence devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat (...) dans un délai de quinze (15) jours à compter de la présente communication (...)" ;

que la requérante fait valoir que ce courrier a été recommandé à la poste le 14 décembre 2010;

Considérant que l'article 65/11, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit que :

- " La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés conformément à l'article 65/8, § 1, alinéa 3. A défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi";

que, selon l'article 65/23, § 1^{er} et § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, la demande de suspension visée à l'article 65/15 devait être introduite dans un délai de quinze jours à compter de cette communication; que celle-ci datant du 13 décembre 2010, le délai de quinze jours a commencé à courir le 14 décembre 2010 pour expirer le 29 décembre 2010 en application de l'article 3, alinéa 2, du Règlement CEE n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit communautaire, rendu applicable par l'article 65/35 de la loi du 24 décembre 1993; que le recours, introduit à cette date, est, prima facie, recevable ratione temporis;

Considérant, quant à l'intérêt de la requérante, que celle-ci critique, dans son second moyen, les motifs invoqués par la partie adverse dans son courrier du 13 décembre 2010 pour écarter son offre comme irrégulière; qu'elle critique également la décision d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire; qu'elle paraît justifier ainsi d'un intérêt suffisant à agir;

Considérant, en ce qui concerne le recours à la procédure d'extrême urgence, que la requérante entend la justifier par l'imminence de la notification de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze jours prévu par l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993, ainsi que par les articles 65/15 et 65/24 de la même loi qui imposent d'agir selon une telle procédure; qu'elle ajoute qu'une procédure au fond ne pourrait aboutir qu'à un moment où le marché aurait été définitivement attribué, voire exécuté, de sorte qu'une telle procédure ne pourrait lui permettre d'avoir une chance de se voir attribuer le marché;

Considérant que, compte tenu de son montant estimé, le marché de fournitures considéré dépasse le seuil européen de 193.000 euros hors T.V.A. fixé par l'article 27, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; que, dès lors, la requérante a pu se réclamer du délai d'attente prévu par l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993; qu'elle a pris soin d'introduire une requête en suspension dans ce délai, en respectant celui que prévoit l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 pour ce qui concerne la demande de suspension; qu'il peut être admis qu'ainsi, l'extrême urgence est suffisamment établie;

Considérant que la requérante prend un premier moyen "de la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux et de fournitures et de services, de l'article 110, § 2 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 et du principe «patere legem quam ipse fecisti», des articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 65/4, 5° et 65/5, de la loi précitée du 24 décembre 1993, ainsi que des principes de transparence et de bonne administration"; qu'elle soutient que, pour apprécier la régularité de son offre, l'Etat belge a, conformément au point 10.2.2 du cahier spécial des charges, appliqué les critères et sous-critères mentionnés aux points 10.1.2, 10.1.3, 10.1.5, pages 14 et 15 du même cahier spécial des charges, selon la méthode expliquée au point 3 de la décision motivée; que, selon cette méthode, "Les échantillons conformes aux exigences du C.S.C. reçoivent la moitié des points, les échantillons dont la valeur est supérieure à ce qui a été demandé, reçoivent une cote supérieure à la moitié des points, les échantillons dont la valeur est inférieure à ce qui a été demandé, reçoivent moins de la moitié des points [...]", que "Cette façon de procéder est irrégulière pour de multiples raisons", qu'elle entraîne la "confusion entre l'étape de la vérification de la conformité des offres et celle de la comparaison des offres au regard des critères d'attribution", qu'il ressort des articles 16 et 110, § 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 que l'attribution d'un marché comporte deux étapes distinctes, celle de la sélection et celle de l'attribution, que cette seconde étape

se divise elle-même en deux phases, la vérification de la régularité des offres, d'un point de vue administratif et technique, et la comparaison des offres sur la base des critères d'attribution, que la vérification de la régularité d'une offre d'un point de vue technique dans un marché de fournitures consiste à contrôler que le produit proposé par un soumissionnaire est conforme aux exigences imposées par le cahier spécial des charges, que le résultat doit être soit positif, soit négatif, mais ne peut dépendre, comme en l'espèce, d'une note globale minimale sur un ensemble de critères, que la méthode utilisée par la partie adverse ne permet pas de contrôler la conformité de l'offre à chacune des caractéristiques énoncées aux points 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5 puisqu'il est seulement exigé que l'offre obtienne, pour l'ensemble de ces caractéristiques, une note globale équivalant à la moitié de la note maximale, qu'une offre peut donc être déclarée recevable alors qu'elle ne présente pas une caractéristique technique essentielle simplement parce que, sur l'ensemble des sous-critères énoncés aux points 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5, elle obtient plus de la moitié des points, qu'en l'espèce, les annexes B/1 et B/2 du cahier spécial des charges, énoncent les caractéristiques techniques que doivent présenter les produits proposés, que, pour la plupart d'entre elles, ces caractéristiques ne coïncident pas avec celles mentionnées dans les critères d'attribution 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5, qu'il n'apparaît pas de l'extrait de la décision motivée communiqué à la société ARTEMIS que le pouvoir adjudicateur a vérifié que les pistolets proposés répondaient aux exigences techniques énoncées dans les annexes B/1 et B/2 du cahier spécial des charges, qu'en ne procédant pas à cette vérification, l'Etat belge a violé les dispositions invoquées au moyen, qu'à tout le moins, il n'a pas motivé sa décision sur ce point, que le système de notation prévu au point 3 de la décision motivée ne respecte pas celui prévu par le cahier spécial des charges, qu'il est en contradiction avec celui décrit au point 10.3.1, page 18 et à l'annexe C, pages 46 et 47 de ce cahier spécial des charges, qui implique l'utilisation du logiciel "DECISION LAB 2000 commercialisé par VISUAL DECISION Inc - 401, Saint-Claude - MONTREAL - QUEBEC - CANADA", qu'en introduisant le système de notation décrit au point 3 de la décision motivée d'attribution, l'Etat belge s'est placé en porte à faux par rapport aux prescriptions énoncées dans les annexes B/1 et B/2, que du préliminaire de l'annexe B/1, page 27 du cahier spécial des charges et des points 1.1, 2.1 et 2.2 de l'annexe B/2, page 30 du cahier spécial des charges, il résulte que le pouvoir adjudicateur a clairement défini ce qui constitue une irrégularité substantielle et une irrégularité non substantielle, que, conduisant à la nullité absolue de l'offre, les infractions aux exigences techniques énoncées dans l'annexe B/1 sont des irrégularités substantielles de sorte que le pouvoir adjudicateur est tenu d'écarter les offres qui en sont entachées, qu'il en va de même des prescriptions minimales marquées d'un astérisque figurant dans l'annexe B/2, que les infractions aux exigences techniques figurant dans l'annexe B/2 non marquées d'un astérisque ne peuvent en revanche conduire à l'écartement de l'offre

concernée mais seulement à une note nulle quant au critère en cause, que le point 1.2 prévoit en effet que :

" 1.2. pour toute donnée manquante et NON marquée d'un astérisque (exigence technique minimale à laquelle il ne peut en aucun cas être dérogé) des renseignements complémentaires pourront être demandés. En cas d'absence de réponse et/ou de réponse incomplète, une cotation nulle pourra être attribuée pour la spécification non renseignée. Le cas échéant et si le produit s'avère être non-évaluable, la soumission peut être sanctionnée d'exclusion pour l'attribution",

que ces omissions ne présentent donc pas un caractère substantiel, que cependant en décidant de la conformité d'une offre sur la base d'une note globale attribuée pour les critères 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5, le pouvoir adjudicateur remet en cause cette distinction puisqu'une offre qui ne répond pas à un critère essentiel au sens des annexes B/1 et B/2 ne sera pas écartée si elle obtient plus de la moitié des points pour les trois critères en question et puisque le pouvoir adjudicateur aboutit à sanctionner comme irrégularités substantielles des exigences décrites comme non essentielles dans les annexes telles que, par exemple, celles prévues par l'article 3.3.5 de l'annexe B/2 "le pistolet doit pouvoir être manié lorsque l'on porte des gants, aussi bien en été qu'en hiver" ou à l'article 3.3.2 "la portée utile est supérieure à 50 mètres"; qu'elle conclut qu'en évaluant l'offre de la société ARTEMIS en vue de se prononcer sur sa régularité, sur la base d'une méthode qui ne respecte pas la distinction entre irrégularité substantielle et irrégularité non substantielle, établie par ailleurs par le cahier spécial des charges, l'Etat belge a violé l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le cahier spécial des charges et le principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que les principes de transparence et de bonne administration;

Considérant qu'à l'audience, les conseils de la requérante ont admis qu'ils avaient formulé ce premier moyen alors qu'ils n'avaient pas connaissance du rapport d'évaluation et qu'ayant pu consulter cette pièce, ils renonçaient à soutenir que la partie adverse n'avait pas procédé à la vérification de la conformité du poste 1 "Pistolet" avec la norme technique minimale mentionnée en annexe B/1 du cahier spécial des charges et avec les conditions minimales mentionnées par un astérisque dans l'annexe B/2 du même cahier;

Considérant que, dans sa note d'observations, la partie adverse affirme que l'ensemble des irrégularités reprochées à la partie adverse repose sur des spécifications techniques imposées par le cahier spécial des charges dans ses annexes B, que la procédure suivie pour procéder aux vérifications était celle que prévoyait ce même cahier spécial, que les testeurs ont utilisé la grille prévue par celui-ci, que le lien entre ces critères et les exigences techniques du cahier spécial des charges ressort du rapport de test, que le système de notation ne revient pas à confondre l'examen de la régularité et la comparaison des offres, qu'il n'est pas interdit que des critères

d'attribution correspondent à des exigences techniques au sujet desquelles les offres peuvent se départager et que si une offre n'est pas conforme à une exigence de régularité technique prescrite à peine de nullité par les annexes B/1 et B/2, elle est déclarée irrégulière sans que les points qu'elle obtiendrait pour les critères d'attribution 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5 du cahier spécial des charges puissent couvrir cette irrégularité, ainsi qu'il ressort du rapport de test;

Considérant que le moyen est, *prima facie*, étranger aux règles de sélection qualitative des offres qui, en matière de marché de fournitures conclu, comme en l'espèce, sur appel d'offres général, est régie par l'article 42 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que, pour autant qu'un examen en extrême urgence des termes de la requête permette d'en décider, le moyen porte au principal sur "la méthode utilisée" par la partie adverse pour apprécier la conformité des offres aux multiples caractéristiques du pistolet 9 x 19mm requises par le cahier spécial des charges, plus particulièrement aux points 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5 de celui-ci; que la requérante reproche à la partie adverse d'exiger ou de permettre, par cette méthode, pour qu'une offre soit déclarée conforme, qu'elle obtienne, pour l'ensemble de ces caractéristiques, une note globale équivalente à la moitié de la note maximale, ce qui ne permettrait pas de contrôler point par point la conformité de l'offre à chacune de ces caractéristiques; qu'elle ajoute que le cahier spécial des charges énonce les caractéristiques techniques que doivent présenter les produits proposés mais que la plupart d'entre elles ne coïncident pas avec celles mentionnées dans les critères d'attribution;

Considérant que, contrairement à ce que soutient la requérante, la partie adverse ne paraît pas avoir confondu, par la méthode choisie, l'examen de la régularité des offres et la comparaison du contenu de celles-ci; qu'il ressort de la décision motivée et du rapport d'évaluation que chaque arme a été examinée au regard des prescriptions techniques imposées par le cahier spécial des charges et que la méthode d'examen de cette régularité technique a conduit la partie adverse à considérer comme techniquement non conformes les armes qui n'atteignaient pas les minima requis par groupe de spécifications techniques; qu'il ne paraît pas, *prima facie*, contraire aux dispositions visées au moyen de noter la conformité technique d'une fourniture telle qu'une arme sur une échelle de différentes valeurs selon qu'elle ne satisfait pas à la prescription (valeur : 0), qu'elle y satisfait (5/10) ou va au-delà de la prescription en présentant des caractéristiques particulièrement appréciables (notation supérieure à 5/10); qu'il est loisible à un pouvoir adjudicateur d'indiquer quels éléments des spécifications techniques sont prescrits à peine d'irrégularité substantielle ou non; qu'il dispose également de la possibilité d'évaluer, sur une échelle de plusieurs degrés, la manière dont une fourniture satisfait aux prescriptions techniques du marché;

Considérant que par la méthode d'analyse et d'évaluation des offres qu'elle a choisie, sur l'opportunité de laquelle il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer, la partie adverse ne paraît pas, *prima facie*, avoir méconnu les dispositions législatives et réglementaires invoquées au moyen; que celui-ci ne peut être qualifié de sérieux ;

Considérant que la requérante prend un second moyen "de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation du cahier des charges et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que du principe de bonne administration"; qu'elle affirme que le point 3 de la décision motivée fait apparaître que, lors de l'appréciation de la régularité de l'offre de la société ARTEMIS sur la base des critères et sous-critères énoncés aux points 10.1.2, 10.1.3 et 10.1.5 du cahier spécial des charges, l'Etat belge a commis plusieurs erreurs manifestes d'appréciation et qu'il a violé les dispositions citées au moyen, que, quant aux sous-critères "fonctionnalité avec les munitions de service et d'entraînement", "maniabilité/sécurité passive/fiabilité" et "résistance à l'usure", les points 3.4.1. et 3.4.1.3, page 33 du cahier spécial des charges prévoient que l'arme fixée sur un banc devait effectuer un tir de 5.000 cartouches sans enrayage inhérent à l'usure ou au bris de pièces et qu'un nettoyage devait avoir lieu tous les 750 coups, que l'extrait de la décision motivée fait apparaître que :

- pour le critère 10.1.2 - fonctionnalité opérationnelle du poste 1 -, premier sous-critère - fonctionnalité avec les munitions de service et d'entraînement,
- pour le critère 10.1.3 - Utilisation opérationnelle du poste 1 -, premier sous-critère - maniabilité/sécurité passive/fiabilité,
- pour le critère 10.1.5 - qualité des matières premières du poste 1 -, premier sous-critère - résistance à l'usure,

la société ARTEMIS a obtenu 0/10 pour le motif identique que seules 3.464 des 4.000 cartouches du lot 2008 R3 053 (munitions d'entraînement) ont pu être tirées et que le quota n'a pu être atteint en raison d'une défectuosité due au bris de la tige guide du ressort de rappel de la glissière et à la déformation de la carcasse, alors que les échantillons utilisés pour les tests ont été récupérés auprès de la police fédérale par la société ARTEMIS conformément à l'article 5.7.3, page 9 du cahier spécial des charges et analysés par le fabricant BERETTA, qu'il est apparu de cette analyse que la tige guide du pistolet utilisé lors des tests avait fondu, que dans un rapport technique, BERETTA démontre que cette fusion du pistolet ne peut se produire si les conditions du test prévues par le cahier spécial des charges sont respectées, à savoir un nettoyage prévu tous les 750 coups entraînant un refroidissement du pistolet (article 3.4.1 de l'annexe B, page 33 du cahier spécial des charges), que les points de fusion n'apparaissent que lors d'un tir continu de 825 coups sans refroidissement en huit

minutes, ces points de fusion n'empêchant pas l'usage du pistolet, que ces conditions ne correspondent en rien à l'utilisation, même extrême, du produit ni à aucune norme prévue par le cahier spécial des charges, que les tests effectués par BERETTA apparaissent tout à fait vraisemblables puisque le pistolet a reçu l'agrément du banc d'essai italien et est similaire au pistolet vendu à l'armée américaine, qu'en attribuant 0 point à l'offre de la société ARTEMIS pour les sous-critères "fonctionnalité avec les munitions de service et d'entraînement", "maniabilité/sécurité passive/fiabilité" et "résistance à l'usure", l'Etat belge a commis une erreur manifeste d'appréciation, a violé le cahier spécial des charges et le principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que le principe de bonne administration; que la requérante poursuit en affirmant :

- que, quant au critère 10.1.2 - fonctionnalité opérationnelle du poste 1 -, troisième sous-critère - la conception -, la société ARTEMIS a obtenu 3/10 pour le motif que, quoique la conception réponde à toutes les exigences énoncées par les points 3.2.4, 3.3.6 et 3.3.14.6 du cahier spécial des charges, "l'introduction d'un chargeur garni complètement ne peut se faire qu'en frappant sèchement sur le talon du chargeur, ce qui va à l'encontre des procédures enseignées au sein de la police intégrée", alors que l'exigence que l'arme réponde aux procédures enseignées au sein de la police intégrée et la description de ces procédures ne figurent pas dans le cahier spécial des charges de sorte que l'Etat belge ne peut attribuer moins de cinq points à la société ARTEMIS pour ce sous-critère en se fondant sur le motif invoqué, qu'il est inexact que "l'introduction d'un chargeur garni complètement ne peut se faire qu'en frappant sèchement sur le talon du chargeur", qu'une manipulation simple du pistolet démontre que l'introduction du chargeur s'opère sans aucune difficulté, ce qu'elle a proposé de démontrer à l'audience;

qu'en attribuant 3/10 à la société ARTEMIS pour le sous-critère de la conception, le pouvoir adjudicateur a violé le cahier spécial des charges, le principe *patere legem quam ipse fecisti* et commis une erreur manifeste d'appréciation;

- que, quant au critère 10.1.2 - fonctionnalité opérationnelle du poste 1 -, septième sous-critère - l'arme ne doit pas comporter d'arêtes vives ou de saillies susceptibles d'accrocher le corps du policier et/ou son uniforme -, la société ARTEMIS a obtenu 1/10 au motif que "des arêtes vives sont présentes au niveau de l'arrêtoir de chargeur, de l'arrêtoir de glissière et de la sécurité", alors que l'arrêtoir de chargeur permet de tenir le chargeur de l'arme, l'arrêtoir de glissière permet de libérer la culasse vers l'avant tandis que la sécurité permet de mettre l'arme hors service, que si ces éléments ne ressortent pas un tant soit peu du pistolet, les fonctions auxquelles ils correspondent sont tout simplement impossibles à utiliser, spécialement avec des gants, ce qu'elle a proposé de démontrer à l'audience;

qu'en attribuant la note de 1/10 à la société ARTEMIS parce que "des arêtes vives sont présentes au niveau de l'arrêtoir de chargeur, de l'arrêtoir de glissière et de la sécurité", l'Etat belge a commis une erreur manifeste d'appréciation;

- que, quant au critère 10.1.3 - utilisation opérationnelle du poste 1 -, quatrième sous-critère - maniabilité avec des gants -, la société ARTEMIS a obtenu la note de 3/10 au motif que "La sécurité manuelle de l'arme présente deux encoches dans lesquelles les gants restent parfois accrochés", alors que ce motif est inexact, que des essais ont été réalisés par la société ARTEMIS avec plusieurs sortes de gants et qu'aucun n'est resté accroché au pistolet; ce qu'elle a proposé de démontrer à l'audience;

qu'en attribuant la note de 3/10 à la société ARTEMIS pour le sous-critère de la maniabilité avec des gants au motif que "La sécurité manuelle de l'arme présente deux encoches dans lesquelles les gants restent parfois accrochés", l'Etat belge a commis une erreur manifeste d'appréciation;

que la requérante conclut que si les erreurs et violations ainsi relevées n'avaient pas été commises, elle pourrait obtenir plus que le minimum, voire 10/10, pour les différents sous-critères des trois critères de rang 1 susmentionnés et donc atteindre le niveau de non-exclusion de l'offre prévu à l'article 10.2.2. du cahier spécial des charges;

Considérant que, dans ses observations, la partie adverse fait valoir que les tests ont été effectués sur les échantillons remis par le soumissionnaire, conformément au cahier spécial des charges, lesquels ne sont plus à sa disposition, qu'ils ont été rendus à la requérante, qu'il est impossible de répéter ces tests, que les contestations ne peuvent être tranchées que sur la base des mentions du dossier administratif, qui est clair et complet; qu'elle soutient, pour l'essentiel, quant aux défauts reprochés :

1° qu'un carnet de bord a été tenu à jour tout au long du tir des 5.000 cartouches, qu'un premier nettoyage a eu lieu à 714 cartouches, puis à 1.464, à 2.214, à 2.964 et à 3.714 cartouches et un dernier à 4.464 cartouches, le test ayant dû être arrêté à ce stade à cause des dégâts que présentait alors l'échantillon testé; que les tests internes réalisés par la société BERETTA à partir de cartouches de même calibre mais dotées d'un autre type de poudre ne peuvent en aucun cas se substituer à ceux de la partie adverse; que cette seule irrégularité suffit à justifier que l'offre de la requérante ait été qualifiée d'irrégulière;

2° que le cahier spécial des charges précise en son point 3.4.3.1 de l'annexe B/2 que l'arme serait testée selon les méthodes enseignées à la police intégrée, que tout professionnel de vente d'armes doit savoir que le fait de devoir forcer et frapper sur le bas du chargeur pour le faire rentrer dans l'arme risque de l'endommager, qu'il s'agit d'une qualité essentielle de l'arme proposée, à défaut de laquelle le chargeur risque de n'être pas verrouillé, ce qui empêcherait l'utilisation de l'arme et qu'il serait inutile de procéder à une démonstration à l'audience dans des conditions non conformes au cahier spécial des charges;

3° que les arrêtes vives présentes sur l'échantillon déposé par la requérante ne sont pas nécessaires au fonctionnement de l'arrêtoir du chargeur et de la glissière ainsi qu'à la sécurité, que le modèle précédent de la même firme ne se présentait pas avec la même configuration de telles arrêtes vives et qu'il n'est pas obligatoire que la sécurité se situe à l'endroit où elle se trouve sur le pistolet proposé par la requérante;

4° que c'est en vain que la requérante offre de démontrer à l'audience que le reproche suivant lequel "La sécurité manuelle de l'arme présente deux encoches dans lesquelles les gants restent parfois accrochés" est inexact, que remettre en cause les éléments établis par le dossier administratif est impossible via des démonstrations réalisées dans des conditions différentes de celles prévues par le cahier spécial des charges et sur une arme dont rien ne garantit la conformité aux échantillons proposés en même temps que l'offre;

Considérant que, par le second moyen, la requérante critique, à chaque fois, la note que lui a attribuée la partie adverse sur la base de motifs de fait dont elle conteste l'exactitude matérielle et l'appréciation;

Considérant que la requérante n'a d'intérêt à ce moyen que dans la mesure où, à le supposer fondé, elle aurait dû obtenir au moins la moitié des points attribués au critère de la fonctionnalité opérationnelle; qu'elle se borne à alléguer, sans l'établir autrement, que si les erreurs et violations relevées n'avaient pas été commises, elle aurait pu obtenir plus que le minimum, voire 10/10, pour les différents sous-critères des trois critères de rang 1 et atteindre le niveau de non-exclusion de l'offre; que la recevabilité du moyen demeure douteuse;

Considérant que, sur la base de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation qui lui permet de déterminer quelle est l'offre la plus intéressante et de la choisir en tenant compte des critères d'attribution qui doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges ou, le cas échéant, dans l'avis de marché; qu'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'opportunité de l'appréciation émise par le pouvoir adjudicateur,

mais sa seule légalité; que, quant aux motifs retenus par le pouvoir adjudicateur dans l'évaluation du pistolet objet de l'offre de la requérante, ne pourrait être censurée que l'inexactitude matérielle des faits ou l'erreur manifeste d'appréciation;

Considérant que, s'agissant du choix d'une fourniture, en l'espèce une arme destinée à la police intégrée, tant la vérification de l'exactitude matérielle des faits mis en cause par la requérante que celle de l'appréciation même de ceux-ci par la partie adverse et, partant, le contrôle de la légalité de la note attribuée par la partie adverse sur la base des critères déterminés par le cahier spécial des charges, exigeraient des investigations de caractère technique qui paraissent incompatibles avec la procédure d'extrême urgence; qu'il est possible, tout au plus, d'admettre comme plausibles, *prima facie*, les précisions apportées par la partie adverse dans sa note d'observations quant aux éléments de fait et, plus particulièrement, quant aux points reprochés à l'arme offerte par la requérante; que la pièce 9 du dossier administratif déposé par la partie adverse fait mention de l'incident provoqué le 22 octobre 2010 par l'arme présentée par la requérante lorsque, après un tir appelé test de fonctionnement de 750 cartouches, à l'occasion du ramassage des douilles, "un morceau de plastique" a été découvert devant la position de tir, et qu'après inspection de l'arme, ce fragment a été identifié comme un segment de la tige guide du pistolet qui s'est brisée, d'autres dégâts étant constatés à l'arme; que la pièce 10 du dossier administratif contient encore des évaluations par des membres de la police intégrée de nature à établir la matérialité des moins-values attribuées à l'arme proposée par la requérante; que la présentation à l'audience d'une arme similaire à celle soumise aux tests n'a pas permis à la requérante d'établir l'évidence du mal-fondé des reproches faits à son offre quant à la remise en place du chargeur lorsqu'il est pourvu de dix-sept balles et à la présence d'arêtes vives; que cette "démonstration" n'a pu prévaloir sur le rapport de test versé aux pièces de la procédure; que le moyen ne peut être qualifié de sérieux;

Considérant qu'aucun des moyens de la requête ne pouvant être retenu comme sérieux, il est inutile d'examiner l'argumentation des parties relativement à la balance des intérêts,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

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.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-huit janvier deux mille onze par :

MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.