CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 247.805 du 16 juin 2020

A. 230.564/VI-21.744

En cause : **la société anonyme DANIEL DEKAISE**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Margot CELLI et
Jérôme SOHIER, avocats,
chaussée de la Hulpe 181/24
1070 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représentée par
le ministre de l'Intérieur,
ayant élu domicile chez
M^es^ Nicolas CARIAT et
Bruno LOMBAERT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 mai 2020, la société anonyme DANIEL DEKAISE sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise, au nom du Ministre de l'Intérieur, par la Police Fédérale le 20 avril 2020 de renoncer à l'attribution du marché public de fournitures "pour l'acquisition de sprays opérationnels individuels au poivre naturel OC, de sprays d'entrainement individuels inertes, de sprays d'entrainement individuels rechargeables, d'appareils de recharge, de sprays de décontamination, de sprays opérationnels collectifs au poivre naturel OC et de porte-sprays pour les sprays collectifs au profit de la Police Intégrée, structurée à deux niveaux, et des Ecoles de Police", en ce que cette décision déclare l'offre de la requérante pour le lot n° 2 "non conforme" ».

II. Procédure

Il est fait application de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite et des arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020 prorogeant certaines

mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite.

Une ordonnance du 7 mai 2020 a fixé les règles procédurales applicables à l'examen du présent recours.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Les parties ont déposé des notes complémentaires.

Les parties ont confirmé qu'elles n'avaient plus d'observations à formuler.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a émis un avis écrit, conforme au présent arrêt.

À la suite de la communication de cet avis aux parties, les débats ont été clos et l'affaire a été prise en délibéré.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. Un avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications en date du 19 juillet 2019 ayant pour objet la conclusion d'un accord-cadre pluriannuel de fournitures "pour l'acquisition de sprays opérationnels individuels au poivre naturel OC, de sprays d'entrainement individuels inertes, de sprays d'entrainement individuels rechargeables, d'appareils de recharge, de sprays de décontamination, de sprays opérationnels collectifs au poivre nature OC et de porte-sprays pour les sprays collectifs au profit de la Police Intégrée structurée à deux niveaux, et des Ecoles de Police".

Un Cahier spécial des charges a été érigé à cet effet fixant les conditions et critères d'octroi de ce marché et le divisant en deux lots distincts.

Le premier lot de ce marché concerne la fourniture :
- De sprays opérationnels individuels au poivre naturel OC ;
- De sprays d'entrainement individuels inertes ;
- De sprays d'entrainement individuels inertes rechargeables, d'appareils de recharge pour les sprays d'entrainement individuels inertes rechargeables ;
- De sprays individuels de décontamination ;
- De l'entretien et la réparation des appareils de recharge.

Le second lot vise, pour sa part, la fourniture :
- De sprays opérationnels collectifs au poivre naturel OC ;
- De porte-sprays pour les sprays collectifs.

Une offre a été déposée par la requérante pour chaque lot de ce marché.

2. Par un courrier du 20 avril 2020, la partie adverse a informé la requérante de ce que "votre offre est non conforme pour le lot 1 du dossier susmentionné" et que "les motifs de votre éviction font partie d'une décision motivée dont un extrait est joint en annexe".

Un recours a été introduit par la requérante à l'encontre de cette décision, en parallèle à la présente requête.

3. Par un second courrier du 20 avril 2020, la partie adverse a informé la requérante de ce que « la Police Fédérale a décidé de renoncer à passer le lot 2 de l'accord-cadre Procurement n° 2020 R3 110 et de recommencer la procédure pour le lot 2 en procédure négociée sans publicité » et que « la décision de non-attribution du lot 2 du dossier mentionné ci-dessus fait l'objet d'une décision motivée jointe en annexe ».

Cette décision est, en substance, motivée comme suit :

" (…) L'offre de la firme DANIEL DEKAISE SA est non conforme pour les motifs suivants :

(1) Concentration en capsaïcine trop élevée dans le spray opérationnel au poivre naturel OC (poste 1)

Une concentration correcte en Oleoresin Capsicum (OC) est une caractéristique essentielle d'un spray opérationnel au poivre naturel OC. Une concentration trop élevée ou trop faible du produit actif capsaïcine peut affecter l'effet recherché ou l'utilisation sans risque du spray. Par conséquent, le point 4.1.1.6. des spécifications techniques du cahier spécial des charges stipule explicitement que la concentration en capsaïcine soit comprise entre 0,18 et 0,22%. Cette exigence est suivie d'une astérisque (*) et, conformément au point 1 des mêmes spécifications techniques, est une "condition minimale pour laquelle aucune dérogation n'est permise sous peine de nullité de la soumission".

Les tests de laboratoire effectués sur l'échantillon présenté par la firme DANIEL DEKAISE SA montrent que la concentration en capsaïcine est de 0,222%. Ce chiffre est légèrement supérieur au maximum de 0,22% imposé par le cahier spécial des charges. Par conséquent, l'offre s'écarte d'une disposition essentielle des documents du marché concernant les spécifications techniques.

(2) Le système propulsif n'est pas régulier (poste 1)

La conformité aux exigences relatives au bon type de système propulsif est une caractéristique importante d'un spray afin de délivrer le produit actif à

l’endroit désiré. Le point 4.7.1.2 des spécifications techniques du cahier spécial des charges stipule que le système propulsif soit nde type 'brouillard'.

Les essais opérationnels de l’échantillon soumis par la firme DANIEL DEKAISE SA montrent que la propulsion du produit était parfois de type 'brouillard', parfois de type jet ('*stream*'). Le système propulsif n’est pas régulier et n’est donc pas conforme au type 'brouillard'. Cela constitue un sérieux inconvénient fonctionnel pour les fonctionnaires de police, qui ne peuvent pas se fier au bon fonctionnement de l’équipement.

Malgré le fait que l’exigence concernée ne soit pas explicitement mentionnée dans le cahier spécial des charges comme une condition minimale pour laquelle aucune dérogation n’est permise sous peine de nullité de la soumission, en raison de l’impact majeur de la non-conformité constatée sur la fonctionnalité dans le cadre d’opérations de police, le Pouvoir adjudicateur considère cette non-conformité comme inacceptable.

(3) Le spray produit un retour de gaz vers son utilisateur (poste 1)

La conformité aux exigences relatives au bon type de système propulsif est une caractéristique importante d’un spray afin de délivrer le produit actif à l’endroit désiré. Le point 4.7.1.2 des spécifications techniques du cahier spécial des charges stipule que le spray collectif ait une portée minimale de cinq (5) mètres dans des conditions opérationnelles.

Les essais opérationnels de l’échantillon présenté par la firme DANIEL DEKAISE SA montrent que, lorsque la bouteille est vide, il y a un retour de gaz vers l’utilisateur. Cela présente un risque de contamination pour l’utilisateur ainsi que pour ses collègues ou d’autres personnes à proximité. Il est donc constaté que le spray déroge, non seulement à la disposition du point 4.7.1.2 des spécifications techniques du cahier spécial des charges, mais aussi à la disposition stipulant que la fourniture doit être 'exempte de tout défaut ou de vice de fabrication pouvant nuire à son aspect et à son utilisation ainsi qu’à sa longévité' dans le point 2 ('Généralités') des mêmes spécifications techniques.

Malgré le fait que l’exigence concernée ne soit pas explicitement mentionnée dans le cahier spécial des charges comme une condition minimale pour laquelle aucune dérogation n’est permise sous peine de nullité de la soumission, en raison de l’impact majeur de la non-conformité constatée sur la fonctionnalité dans le cadre d’opérations de police, le Pouvoir adjudicateur considère cette non-conformité comme inacceptable.

(4) Le dispositif de sécurité est peu convaincant et sécurisant (poste 1)

La conformité aux exigences relatives au dispositif de sécurité est une caractéristique importante pour le fonctionnement du spray en sécurité. Le point 4.7.2.2 des spécifications techniques du cahier spécial des charges tipule que le spray collectif dispose d’un dispositif de sécurité durable empêchant toute décharge accidentelle du produit.

Les essais opérationnels de l’échantillon présenté par la firme DANIEL DEKAISE SA montrant que, en ce qui concerne le dispositif de sécurité mentionné, il s’agit d’un clapet qui revient au-dessus du bouton poussoir. Ce dispositif est peu convaincant et sécurisant : une pression (in)volontaire, notamment dans le combi lors de la préparation à une manifestation ou si un manifestant saisit la bouteille, pourrait contaminer tout un peloton. Cela présente un risque de contamination pour l’utilisateur ainsi que pour ses collègues ou d’autres personnes à proximité.

Malgré le fait que l'exigence concernée ne soit pas explicitement mentionnée dans le cahier spécial des charges comme une condition minimale pour laquelle aucune dérogation n'est permise sous peine de nullité de la soumission, en raison de l'impact majeur de la non-conformité constatée sur la fonctionnalité, et en particulier, sur la sécurité du spray dans le cadre d'opérations de police, le Pouvoir adjudicateur considère cette non-conformité comme inacceptable. En effet, elle rend l'utilisation du spray opérationnel totalement irresponsable du point de vue de la sécurité de l'utilisateur et de ses collègues ou d'autres personnes à proximité.

(5) Certaines zones de la cible ne sont pas atteintes par le produit (poste 1)

La capacité d'atteindre une cible à une distance appropriée est une caractéristique importante pour le fonctionnement efficace d'un spray. Le point 4.7.1.2 des spécifications techniques du cahier spécial des charges stipule que le spray collectif ait une portée minimale de cinq (5) mètres dans des conditions opérationnelles. Le point 4.7.2.5 des spécifications techniques du cahier spécial des charges stipule que lors de l'utilisation du spray sur une cible de 200cm sur 200cm, située à 5 mètres, la plus grande partie du produit propulsé soit concentré sur cette cible.

Les essais opérationnels de l'échantillon soumis par la firme DANIEL DEKAISE SA montrent que le produit propulsé atteint bien la cible mais de façon irrégulière. Certaines zones de la cible n'étaient pas atteintes par le produit. Cela constitue un sérieux inconvénient fonctionnel pour les fonctionnaires de police, qui ne peuvent pas se fier au bon fonctionnement de l'équipement.

Malgré le fait que l'exigence concernée ne soit pas explicitement mentionnée dans le cahier spécial des charges comme une condition minimale pour laquelle aucune dérogation n'est permise sous peine de nullité de la soumission, en raison de l'impact majeur de la non-conformité constatée sur la fonctionnalité dans le cadre d'opérations de police, le Pouvoir adjudicateur considère cette non-conformité comme inacceptable.

(6) Conclusion

En vertu des motifs susmentionnés, le Pouvoir adjudicateur estime l'offre de la firme DANIEL DEKAISE SA comme présentant plusieurs non-conformités inacceptables, parmi lesquelles une dérogation à une disposition essentielle des documents du marché concernant les spécifications techniques, et déclare l'offre en question non conforme aux exigences énoncées dans les documents du marché.

L'offre est donc non conforme et n'est plus prise en considération pour le reste de l'évaluation".

Il s'agit de l'acte attaqué en l'espèce (annexe n°2). ».

Le recours dirigé contre la décision d'attribution du lot n° 1 auquel se réfère la requérante dans le point 2 de son exposé des faits est enrôlé sous le n° A.230.563/VI-21.743.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la requérante

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation interne, des principes de bonne administration, particulièrement du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur dans les motifs, de l'erreur de fait, ainsi que de l'excès de pouvoir ».

Elle l'expose comme suit :

« Première branche :

En ce que la décision attaquée déclare l'offre de la requérante non conforme ;

Alors que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs imposent à toute autorité d'indiquer dans l'*instrumentum* d'un acte administratif les motifs de droit, c'est-à-dire les dispositions normatives dont l'auteur de l'acte fait application, et les motifs de fait, à savoir les circonstances de fait qui ont présidé à son adoption et qui constituent ainsi le fondement de cet acte ;

Que la motivation formelle doit être adéquate ; que le respect de cette exigence doit s'apprécier au regard du principal objectif poursuivi par la loi de 1991, à savoir permettre au destinataire d'un acte administratif de comprendre les raisons de fait et de droit qui ont conduit l'administration à adopter l'acte en question et, par voie de conséquence, lui permettre de mieux apprécier la légalité et la pertinence de cette décision et donc aussi l'opportunité de le contester en justice (C.E., 26 juin 1996, n°60.526, Messens ; 29 juin 2001, n°97.319, s.a. Rousseaux) ;

Que, de manière générale, plus la compétence de l'administration est discrétionnaire, plus la motivation devra en règle être précise et justifier les différentes étapes du raisonnement de l'autorité (C.E., 6 février 2006, n°154.549, s.a. C.N.I.M.) ;

Que les principes de bonne administration impliquent notamment le devoir de minutie ; que toute administration, dans le cadre de sa prise de décision, doit veiller à recueillir toutes les données utiles de l'espèce et les examiner soigneusement, afin de pouvoir prendre une décision en pleine et entière connaissance de cause (C.E., 23 février 1996, n°58.328, Hadad ; 16 février 2009, n°190.517, s.c.r.i.s. Elevage piscicole de la Strange) ; qu'en d'autres termes, le devoir de minutie requiert de l'administration qu'elle procède à un examen complet et particulier des données de l'espèce, avant de prendre une décision faisant grief à un administré (C.E., 31 mai 1979, n°19.671, s.a. Integan) ;

Qu'en l'espèce, la requérante serait bien en mal de comprendre les motifs de la prétendue non-conformité de son offre, dès lors qu'ils s'avèrent incorrects tant en fait qu'en droit, sur chacun des cinq éléments repris dans l'acte attaqué :

1°/S’agissant du premier motif relatif à la "concentration en capsaïcine trop élevée" des échantillons fournis, il ressort du rapport de test réalisé par la requérante que cette concentration s’élève à 0,213%, et non 0,222% comme indiqué par la partie adverse, laquelle a apparemment utilisé une méthode de *testing* qui n’est pas suffisamment précise. En l’occurrence, la requérante a utilisé la méthode de test "HLPC (*high performance liquid chromatography*)" permettant une séparation analytique et/ou préparatrice des molécules présentes dans un mélange avec un résultat indéniablement plus précis (cf. réponse du fabricant, en annexe n°3) ;

On insistera ici sur cette erreur de calcul qui est dirimante, puisque l’acte attaqué énonce que le chiffre de concentration du produit présenté par la requérante serait de "0,222%" qui est "supérieur au maximum de 0,22% imposé par le Cahier spécial des charges". Dès lors que ce chiffre est en réalité de 0,213%, la décision de non-conformité est affectée d’une erreur de fait manifeste sur ce point essentiel ;

2°/S’agissant du second motif relatif au modèle de pulvérisation, il faut constater que, contrairement à ce que prétend la partie adverse, les échantillons fournis sont bien de type "brouillard". En l’occurrence, il apparaît que tout spray forme un flux produisant une certaine quantité de gouttes de liquide ; afin de créer un flux de produit susceptible d’atteindre une cible à une distance de cinq mètres, il est nécessaire de disposer d’une haute pression ; en raison de cette pression élevée, la quantité de gouttes de liquide est également élevée en début d’utilisation ; à mesure que la pression diminue, les gouttes diminuent également et la pulvérisation s’opère sous forme de brouillard comme exigé par le Cahier spécial des charges ;

Plus particulièrement, le point 4.7.1.2. du Cahier spécial des charges indique que "le spray collectif au poivre naturel OC devra être de type 'brouillard' et devra avoir une portée minimale de cinq (5) mètres dans des conditions opérationnelles", sans préciser que l’effet de gouttes présent en début d’utilisation devrait être minimisé.

Il faut s’interroger, à cet égard, sur le type de spray souhaité par la partie adverse, dès lors qu’elle a non seulement rejeté celui de la requérante, mais également celui du soumissionnaire concurrent, la SA EDGARD GRIMARD qui proposait un autre système de pulvérisation, sous forme conique.

D’autre part, la partie adverse reconnaît elle-même, dans la motivation de l’acte attaqué, que "l’exigence concernée n’est pas explicitement mentionnée dans le Cahier spécial des charges comme une condition minimale (…)". Il n’est dès lors pas admissible qu’il lui ait été soudainement donné une importance telle qu’elle ait entraîné une décision de non-conformité. L’on peut également s’interroger sur "l’impact majeur de la non-conformité constatée sur la fonctionnalité dans le cadre d’opérations de police", dès lors que les échantillons proposés par la requérante sont de type "jet" comme prévu dans le Cahier spécial des charges et que le motif de non-conformité soulevé par la partie adverse ne résulte nullement d’une erreur technique qui serait imputable à la requérante elle-même.

3°/En ce qui concerne le troisième motif invoqué relatif à un "retour de gaz vers son utilisateur", il faut relever que, suite aux tests réalisés par la requérante sur ses propres échantillons, il est apparu que demeure, à la fin du temps de pulvérisation, une certaine pression à l’intérieur du contenant produisant un nuage de produit, comme pour tout système d’aérosol ; que ce nuage ne revient néanmoins pas vers l’utilisateur ; qu’un tel effet se produit également pour les aérosols de type "jet" ou dont le modèle de pulvérisation "brouillard" est conique, tel que celui proposé par le soumissionnaire concurrent et qui a également été jugé non conforme ; qu’un tel effet est, en l’occurrence, inévitable pour tout modèle de pulvérisateur, de sorte qu’il ne résulte pas d’une erreur technique qui

serait imputable à la requérante, mais bien du modèle de produit sollicité par la partie adverse elle-même ;

4°/En ce qui concerne le quatrième motif invoqué relatif au "dispositif de sécurité" rabattable "peu convaincant et sécurisant", il faut souligner que le point 4.7.2.1 du Cahier spécial des charges indique que "le spray collectif est manipulable d'une seule main" ; que les échantillons proposés ont été pourvus d'un mécanisme de sécurité rabattable, comme exigé par le Cahier spécial des charges, en son point 4.7.2.2 ; que les échantillons pouvaient également être équipés d'une goupille de sécurité supplémentaire ; qu'un tel système de sécurité nécessitait néanmoins une opération à deux mains, ce qui n'aurait pas été conforme aux spécifications du Cahier spécial des charges ; qu'aucune des dispositions du marché ne définit un système de sécurité en particulier, ni n'indique qu'un système de rabat automatique ne serait pas suffisant ;

Pour ce motif également, la partie adverse reconnaît elle-même, dans la motivation de l'acte attaqué, que "l'exigence concernée n'est pas explicitement mentionnée dans le Cahier spécial des charges comme une condition minimale (…)". Il n'est dès lors pas admissible qu'il lui ait été soudainement donné une importance telle qu'elle ait entraîné une décision de non-conformité. L'on peut également s'interroger sur "l'impact majeur de la non-conformité constatée sur la fonctionnalité dans le cadre d'opérations de police", dès lors que les échantillons proposés par la requérante se conforment au Cahier spécial des charges qui ne précisait rien quant au modèle du système de sécurité souhaité ;

5°/Enfin, en ce qui concerne le cinquième motif de non-conformité relatif à l'absence de dispersion uniforme du produit sur la cible, il faut constater que celle-ci est inhérente à un tel produit à réaction ; qu'il faut souligner que les exigences techniques reprises dans le Cahier spécial des charges, ainsi que les ingrédients imposés pour la fabrication des échantillons impliquent nécessairement la confection d'un produit à réaction, lequel permet une dispersion plus ou moins uniforme sur une cible située à cinq mètres ; que si la requérante avait ignoré les exigences concernant la formulation du produit et avait proposé des échantillons dont le jet serait de forme conique, elle aurait non seulement violé certaines dispositions du Cahier spécial des charges, ce qui lui aurait probablement été reproché, mais n'aurait, en tout état de cause, pas pu créer un pulvérisateur susceptible d'atteindre uniformément une cible à cinq mètres ; que c'est précisément ce qui a été fait par le soumissionnaire concurrent, la SA EDGARD GRIMARD et qui a également été jugé non conforme par la partie adverse ; qu'il apparaît, à la lumière de ces éléments, que la partie adverse recherche en réalité un produit pulvérisant qui n'existe pas…

Qu'eu égard à tous ces éléments, la motivation de l'acte attaqué s'avère inadéquate et témoigne d'un défaut de minutie flagrant, si bien que le moyen mérite d'être jugé sérieux ;

Seconde branche :

En ce que la décision attaquée déclare l'offre de la requérante non conforme ;

Alors que tout acte doit reposer sur des motifs de droit et de fait, exacts, pertinents et légalement admissibles ;

Que ce principe de motivation interne des actes administratifs est la conséquence de ce que l'administration ne peut agir selon son bon vouloir, mais doit toujours veiller à agir conformément à l'intérêt général et dans le respect des lois et principes généraux de droit que lui donnent le pouvoir d'agir, conformément au principe de légalité ;

Qu'en l'espèce, il ressort des explications techniques exposées ci-avant, à l'appui de la première branche du moyen, que la décision attaquée ne repose sur aucun motif de fait exact et pertinent, puisqu'il s'avère que les cinq griefs justifiant, aux yeux de la partie adverse, la non-conformité de la soumission présentée par la partie requérante, sont manifestement incorrects ;

Qu'il s'ensuit que la décision attaquée est affectée d'une erreur manifeste d'appréciation, si bien que le moyen mérite, sur ce point également, d'être jugé sérieux en l'espèce. ».

B. Note complémentaire

Dans sa note complémentaire, la requérante fait valoir ce qui suit :

« 1. Pour rappel, le moyen unique, invoqué à l'appui du recours se base, pour l'essentiel, sur une violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ce que la décision attaquée n'est pas motivée suffisamment et correctement, et du principe de motivation interne, ainsi que d'une erreur manifeste d'appréciation, en ce que les cinq griefs justifiant, aux yeux du pouvoir adjudicateur, la non-conformité de la soumission présentée par la partie requérante sont manifestement incorrects en l'espèce.

Plus particulièrement, pour chacun de ces cinq motifs, la requérante a exposé, en sa requête, les raisons pour lesquelles ils s'avèrent incorrects et l'écartement de son offre incompréhensible, l'évaluation, par la partie adverse, des produits présentés à l'appui de son offre paraissant affectée d'erreurs de fait ou, à tout le moins, de suspicions quant à son adéquation. Sur ce point, la requérante se prévaut également d'une violation, par la partie adverse, du principe général du devoir de minutie.

2. La note d'observations établie au nom de la partie adverse soutient, en premier lieu, que le moyen serait irrecevable "en ce qu'il est pris du devoir de minutie et des principes de bonne administration", en ce que le principe de minutie "ne constitue pas par lui-même une règle de droit positif et dont la prétendue violation ne peut en conséquence être invoquée de manière recevable devant le Conseil d'Etat" (op. cit., p. 18).

Si certains arrêts de Votre Conseil d'Etat considèrent effectivement que le devoir de minutie n'est pas, comme tel, un principe général de droit et si, comme l'énonce le Professeur P. GOFFAUX, "nul n'est besoin d'élever le devoir de minutie au rang de principe général de droit ; il suffit d'y voir une composante de celui de l'exercice effectif du pouvoir d'appréciation" (P. GOFFAUX, Dictionnaire de droit administratif, 2e éd., Bruylant 2016, p. 385), il est également admis qu'il existe bien un tel devoir de minutie, défini comme une "obligation de procéder à un examen particulier et complet de l'espèce" qui s'impose à l'autorité administrative lorsqu'elle est amenée à exercer son pouvoir d'appréciation (P. GOFFAUX, op. cit., p. 385).

Il a, par ailleurs, déjà été jugé, à de multiples reprises, que "le devoir de minutie, qui ressortit aux principes généraux de bonne administration, oblige l'autorité à procéder à une recherche minutieuse des faits, à récolter les renseignements nécessaires à la prise de décision et à tenir compte de tous les éléments du dossier pour prendre sa décision en pleine connaissance de cause et après avoir raisonnablement apprécié tous les éléments utiles à la résolution du cas" (C.E. 29 décembre 2016, n° 236.824, Kisalu).

En l'espèce, la partie requérante ne s'est pas limitée à invoquer une violation des principes généraux de bonne administration de manière abstraite et sans aucune

indication d'autres règles qui auraient été violées, dont le devoir de minutie, de telle manière que le moyen mérite d'être jugé parfaitement recevable sur ce point. En l'occurrence, c'est bien un défaut d'examen minutieux dans le chef de la partie adverse qui a abouti aux erreurs manifestes quant aux motifs dénoncées ci-après. Il a déjà été jugé, par Votre Conseil d'Etat, à propos d'un moyen pris de la violation du devoir de minutie, qu' "il ressort à suffisance du moyen unique que le requérant invoque la violation du devoir de minutie qui ressortit aux principes généraux de bonne administration et qui oblige notamment l'autorité à prendre en considération tous les éléments pertinents du dossier afin de statuer" (C.E. 11 octobre 2011, n° 215.685, Remels).

3. Quant au moyen, la partie adverse se réfère, pour l'essentiel, au rapport d'analyse technique des offres établi par sa commission d'évaluation qui constitue la pièce n ° 8 du dossier administratif.

En ce qui concerne la première branche du moyen, il faut constater que la note d'observations reprend, de manière abstraite, les conditions imposées par la législation sur la motivation formelle des actes administratifs et considère que, puisque l'acte attaqué, "dont les extraits pertinents ont été notifiés à la partie requérante", décriraient "de manière claire, précise et exhaustive" les motifs sur la base desquels l'offre de la requérante a été écartée car non conforme aux exigences techniques du Cahier des charges.

La partie adverse ne répond cependant en rien aux éléments plus précis qui ont justifié ces motifs et qui font l'objet de toutes les contestations en l'espèce. En d'autres termes, s'il est exact que la décision attaquée se base sur une motivation formelle bien présente – et dont la longueur parfois excessive est indiscutable –, la question qui se pose ici est de savoir si cette motivation est bien adéquate au sens de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée.

Par exemple, à partir du moment où la requérante ne peut pas comprendre, pourquoi la concentration en capsaïcine de ses échantillons a fait l'objet de mesures différentes (0,226 pour le lot 1 et 0,222 pour le lot 2), alors qu'il s'agit d'échantillons identiques (cf. requête p.6 et développements infra point 4, 1°), il faut convenir que, contrairement aux affirmations de la partie adverse, la requérante n'est nullement "en mesure de comprendre le sens de l'acte attaqué et de contester en pleine connaissance de cause les motifs retenus (note d'observations précitée, p. 19).

Les mêmes interrogations valent pour les autres motifs qui font l'objet des contestations en l'espèce, la requérante étant dans l'impossibilité de comprendre les raisons précises pour lesquelles son offre ne respecterait pas les prescriptions du Cahier spécial des charges, alors que dans son esprit, il n'y avait aucun motif d'écartement en l'espèce (cf. plus particulièrement à ce sujet requête, pp. 6-7).

4. Les mêmes critiques méritent d'être formulées au regard de l'obligation de motivation matérielle de l'acte attaqué.

La note d'observations de la partie adverse reprend également ici les mentions figurant dans le rapport comparatif des offres qui figurent au dossier administratif, mais sans répondre précisément aux interrogations et suspicions formulées par la partie requérante à l'appui de son moyen, à propos de chacun des cinq griefs qui ont justifié l'acte attaqué et qui méritent les observations complémentaires suivantes (cf. observations de la requérante DEKAISE du 27 mai 2020 sur les cinq points du lot 2, en annexe 1 à la présente note) :

1°/S'agissant du premier grief de non-conformité relatif, pour rappel, à la "concentration en capsaïcine trop élevée" des échantillons fournis, la partie adverse fait valoir qu'elle a confié la réalisation des tests à l'Ecole royale militaire (ERM) ce qui impliquerait apparemment dans son esprit qu'elle serait

bien motivée. La partie adverse considère, de manière pour le moins laconique, qu' "aucune valeur probante ne peut être donnée aux allégations de la partie requérante concernant les concentrations des produits proposés, quant au fait que les échantillons proviennent de la même production et devraient présenter la même concentration (…)" (note d'observations précitée, p. 25).

L'on explique encore qu'il s'agirait ici de "déclarations unilatérales qui ne sont étayées ou soutenues par le moindre élément" et que "ces allégations gratuites n'établissent aucunement l'irrégularité des analyses réalisées par un laboratoire indépendant ou des constats posés sur leur fondement" (op. cit., p. 25).

La partie adverse ne peut cependant pas s'expliquer sur un élément qui est objectivement suspect, tenant, comme déjà exposé ci-avant, dans le fait que deux échantillons provenant de la même production (*batch* de production n° 5026, cf. attestation "*Production Records* lot 190910-190911 du producteur allemand", en annexe 2 à la présente note) ont fait l'objet, par le "laboratoire indépendant" de la partie adverse, d'une mesure de concentration différente pour le lot 1 et le lot 2, ce qui est proprement inexplicable. La partie adverse ne fournit en tout cas aucune explication un tant soit peu précise ou convaincante sur une telle anomalie.

Comme déjà exposé à l'appui de la requête introductive d'instance, cette différence de mesure de concentration, qui peut paraître insignifiante de prime abord (mesure de 0,226 pour le lot 1 et 0,222 pour le lot 2) est tout à fait essentielle en l'espèce, puisque le motif d'écartement de l'offre de la requérante est justifié par le fait que le chiffre de concentration du produit est "supérieur au maximum de 0,22 % imposé par le Cahier spécial des charges" alors que, suivant les calculs effectués par la partie requérante, c'est une mesure de 0,213 qui constitue la réalité ici… Il faut convenir que, si la partie adverse cafouille manifestement dans ses propres mesures, à tout le moins pour 4 millièmes, il est bien probable que ces flottements s'étendent encore sur 2 millièmes, ce qui suffirait à conclure que le seuil maximum n'était pas dépassé et ce premier grief n'aurait pas pu être retenu en l'espèce (voir à ce sujet le courriel émanant de la firme HOERNECKE fabricante des produits de ce 27 mai 2020, en annexe n° 3 à la présente note).

S'agissant de la mesure de 0,213 indiquée par la partie requérante, elle est attestée par un rapport de tests de tous les batch de produits fabriqués (cf. document "*Analysis Data Sheet*" de la firme HOERNECKE de ce 27 mai 2020, cf. annexe n° 4 à la présente note), confirmant ainsi que l'offre de la requérante était parfaitement conforme aux spécifications techniques du Cahier spécial des charges en l'espèce.

2°/En ce qui concerne le deuxième grief de non-conformité (relatif, pour rappel, au modèle de pulvérisation) la partie adverse se réfère ici aussi au rapport d'évaluation des offres qui aurait valablement constaté "que le spray proposé par la partie requérante était irrégulier, alternant les propulsions de gaz en brouillard (comme exigé) et les propulsions en jet (non souhaitées pour le spray collectif)" (note d'observations précitée, p. 26). Il s'agirait ici d'un motif de non-conformité à une exigence technique du Cahier des charges qui "était inacceptable aux regards des besoins exprimés par le Cahier des charges et des exigences opérationnelles des agents en intervention" (op. cit., p. 27). Il est également fait référence, photo à l'appui, aux sprays collectifs "actuellement utilisés par la Police fédérale qui produisent la propulsion 'brouillard' exigée et attendue" (op. cit., p. 28).

Sur ce point également, le rapport d'évaluation figurant au dossier administratif mentionne lui-même que l'offre déposée par la partie requérante "répond aux conditions minimales des spécifications techniques reprises dans le Cahier spécial des charges" et que "le produit propulsé atteint bien la cible" (pièce n° 8 du

dossier administratif, p. 21), tout en ajoutant que "lors de l'utilisation opérationnelle, il s'est avéré que le jet n'était pas régulier : parfois il était de type 'brouillard', parfois de type 'jet'" et que la propulsion serait "irrégulière. Certaines zones de la cible n'étaient pas atteintes par le produit" (pièce n° 8 du dossier administratif, op. cit., p. 21).

En l'occurrence, le Cahier spécial des charges n'indiquait rien quant au caractère plus ou moins "brumeux" du jet, en se limitant simplement à imposer un spray de type "brouillard" sans autre précision et sans imposer explicitement de minimiser l'excès de gouttes en début d'utilisation et que la partie adverse semble aujourd'hui identifier comme un spray de type "jet". Le motif d'écartement de l'offre de la requérante ne consiste donc pas ici en une non-conformité par rapport aux stipulations du Cahier spécial des charges, mais bien en un critère ajouté lors de l'évaluation des offres et qui ne pouvait donc conduire à une décision d'écartement pure et simple en l'espèce.

Il faut encore ajouter que le fait d'augmenter un effet "brouillard" comme souhaité par la partie adverse, par rapport aux stipulations du Cahier spécial des charges, aurait pour résultat de diminuer les chances d'atteindre une cible située à 5 mètres, en se dispersant en dehors des dimensions d'une zone de 2m sur 2 telle que figurant au Cahier spécial des charges (cf. observations de la requérante DEKAISE sur le lot 2, en annexe n° 1 à la présente note).

Quelles que soient les polémiques que l'on peut entretenir à ce sujet, il suffit de constater ici que les échantillons fournis par la partie requérante atteignent bien une cible de 200cm sur 200cm à 5 mètres, comme stipulé par le Cahier spécial des charges, ce que la partie adverse ne conteste pas.

De même, s'agissant de la dispersion du produit, les spécifications du Cahier spéciale des charges imposaient que "la plus grande partie du produit" se concentre sur la cible, sans qu'il ne soit exigé que l'ensemble des zones de cette cible soient toutes uniformément touchées. Sur ce point également, l'offre de la partie requérante était bien conforme au Cahier spécial des charges, et les motifs fournis par la partie adverse pour justifier la décision attaquée constituent en réalité des éléments qui ont été ajoutés par la suite.

3°/En ce qui concerne le troisième grief de non-conformité (lié à un "retour de gaz vers son utilisateur"), la partie adverse soutient que "la partie requérante ne conteste pas la réalité des constats posés, mais tente de les présenter comme des conséquences inévitables de phénomènes physiques et/ou des exigences techniques définies par la partie adverse", si bien que "les appréciations factuelles posées par la partie adverse sont donc établies ou doivent être considérées comme telles" (note d'observations précitée, p. 29).

Ces considérations doivent être fortement nuancées, dès lors que, comme invoqué par la partie requérante, il est acquis que le spray ne peut propulser le produit que dans une seule direction, en sens contraire à l'utilisateur, s'il est tenu correctement. Ainsi, une propulsion ne pourrait s'accompagner d'un retour de gaz qu'en présence d'un souffle de vent supérieur à la pression du spray qui aurait alors pour effet de repousser le gaz en sens inverse.

Il faut bien convenir qu'un tel phénomène ne résulte nullement d'un défaut technique du produit proposé par la partie requérante, mais simplement d'un principe physique incontournable… En tout état de cause, il n'est pas raisonnable d'écarter purement et simplement une offre (en l'occurrence, ce sont toutes les offres qui ont ainsi été rejetées !) sur la base d'un tel élément, lequel ne porte en réalité que sur le modèle de produit sollicité par la partie adverse elle-même.

4°/Enfin, en ce qui concerne les quatrième et cinquième griefs de non-conformité, la note d'observations de la partie adverse ne porte aucune explication ou

contestation par rapport aux éléments qui étaient brièvement invoqués par la partie requérante à l'appui de son moyen, de telle manière que la partie requérante ne peut que se référer aux développements de sa requête. ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Le moyen critique la décision de la partie adverse écartant l'offre de la requérante en raison de plusieurs non-conformités dont elle était affectée, selon l'acte attaqué. Les cinq non-conformités identifiées par la partie adverse ont respectivement trait à la concentration en capsaïcine dans le spray opérationnel au poivre naturel OC, au système propulsif, à un retour de gaz vers l'utilisateur, au dispositif de sécurité et à l'exigence de capacité d'atteindre une cible une distance appropriée. Le moyen met en cause les motivations tant formelle que matérielle de la décision litigieuse. Ses deux branches sont examinées simultanément.

S'agissant du volet de la décision contestée relatif à la concentration en capsaïcine dans le spray opérationnel au poivre naturel OC et des conséquences que la partie adverse attache à ce constat de non-conformité, il y a lieu de se référer à l'extrait suivant de l'acte attaqué:

« L'offre de la firme DANIEL DEKAISE SA est non conforme pour les motifs suivants :

(1)Concentration en capsaïcine trop élevée dans le spray opérationnel au poivre naturel OC (poste 1)

Une concentration correcte en Oleoresin Capsicum (OC) est une caractéristique essentielle d'un spray opérationnel au poivre naturel OC. Une concentration trop élevée ou trop faible du produit actif capsaïcine peut affecter l'effet recherché ou l'utilisation sans risque du spray. Par conséquent, le point 4.7.1.6 des spécifications techniques du cahier spécial des charges stipule explicitement que la concentration en capsaïcine doit être comprise entre 0,18 et 0,22 %. Cette exigence est suivie d'un astérisque (*) et, conformément au point 1 des mêmes spécifications techniques, est une "condition minimale pour laquelle aucune dérogation n'est permise sous peine de nullité de la soumission".

Les tests de laboratoire effectués sur l'échantillon présenté par la firme DANIEL DEKAISE SA montrent que la concentration en capsaïcine est de 0,222 %. Ce chiffre est légèrement supérieur au maximum de 0,22 % imposé par le cahier spécial des charges. Par conséquent, l'offre s'écarte d'une disposition essentielle des documents du marché concernant les spécifications techniques.

(2)Le système propulsif n'est pas régulier (poste 1)

[…]

(3)Le spray produit un retour de gaz vers son utilisateur (poste 1)

[…]

(4)Le dispositif de sécurité est peu convaincant et sécurisant (poste 1)

[…]

(5)Certaines zones de la cible ne sont pas atteintes par le produit (poste 1)

[…]

(6)Conclusion

En vertu des motifs susmentionnés, le Pouvoir adjudicateur estime l'offre de la firme DANIEL DEKAISE SA comme présentant plusieurs non-conformités inacceptables, parmi lesquelles une dérogation à une disposition essentielle des documents du marché concernant les spécifications techniques, et déclare l'offre en question non conforme aux exigences énoncées dans les documents du marché.

L'offre est donc non conforme et n'est plus prise en considération pour le reste de l'évaluation ».

Il ressort de cet extrait que, prenant appui sur le résultat des tests de laboratoire portant sur la mesure de la concentration en capsaïcine de l'échantillon proposé par la requérante, la partie adverse a constaté que cette concentration était trop élevée au regard du seuil admis par une prescription des documents du marché, disposition que ceux-ci faisaient expressément apparaître comme essentielle, par la mention que « aucune dérogation n'est permise sous peine de nullité de la soumission ». Elle en a conclu que cette offre s'écartait « d'une disposition essentielle des documents du marché concernant les spécifications techniques ».

Pour ce qui est du reproche portant sur le respect, par la partie adverse, de ses obligations de motivation formelle, la requérante ne peut raisonnablement soutenir, au vu de cet extrait, qu'elle ne comprend pas les raisons qui ont déterminé la partie adverse à agir en ce sens. L'exposé de son moyen démontre, au contraire, qu'elle a parfaitement compris le raisonnement développé par la partie adverse, quitte à ne pas admettre l'un ou plusieurs des éléments de ce raisonnement et à élever une contestation à ce propos, ainsi qu'elle le fait, par ailleurs, en dénonçant ce qu'elle estime être une erreur dans les motifs pour ce qui a trait au taux de capsaïcine pris en considération par la partie adverse. L'erreur que dénonce la requérante dans le cas d'espèce, paraît, *prima facie*, mettre en cause la motivation matérielle de l'acte attaqué, mais non sa motivation formelle.

S'agissant précisément du grief pris du motif erroné de l'acte attaqué en tant que la partie adverse retient la non-conformité de l'offre de la requérante pour ce qui a trait à la concentration en capsaïcine, la requérante identifie l'erreur qu'elle dénonce, comme étant attestée par la différence entre la concentration qu'elle revendique et celle dont le laboratoire désigné par la partie adverse a pris la mesure.

De manière générale, le seul fait d'une différence entre ce que la requérante prétend être la concentration en capsaïcine de l'échantillon proposé, d'une

part, et la concentration relevée dans cet échantillon par le laboratoire qu'a désigné, aux fins de cette analyse, la partie adverse, d'autre part, ne suffit pas, en soi, à établir le caractère erroné du résultat de l'analyse contestée, ni l'erreur manifeste qu'aurait commise la partie adverse, en se fondant sur ce résultat pour décider que l'offre de la requérante n'était pas conforme à la prescription des documents du marché relative à la concentration admissible.

À défaut d'éléments particuliers, permettant de tirer quelque enseignement du seul fait de cette différence, l' « erreur manifeste sur ce point essentiel » que dénonce le moyen, en termes de requête, ne peut se déduire de la seule affirmation unilatérale de la requérante, fût-elle appuyée par une déclaration du fabricant du produit concerné. *A fortiori* en va-t-il ainsi lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur entend s'assurer du respect des spécifications techniques, par la réalisation de tests réalisés par ses soins ou – comme en l'espèce – par un prestataire qu'il a désigné : admettre, en pareil cas, que les seules affirmations d'un soumissionnaire quant aux caractéristiques des produits qu'il propose puissent suffire à primer les constatations résultant des tests ainsi effectués reviendrait à priver de sens la vérification mise en place par le pouvoir adjudicateur.

Pour démontrer l'erreur reprochée, la requérante fait état de deux éléments.

D'une part, elle émet des doutes sur la méthode mise en œuvre pour la réalisation des tests, en soupçonnant cette méthode de n'être pas la plus précise, à la différence de la méthode « HLPC » qu'elle utilise elle-même. Ce fait est toutefois démenti par la partie adverse, qui n'est pas ultérieurement contredite sur ce point.

D'autre part, elle met en évidence une autre différence, à savoir celle que révéleraient les mesures de concentrations prises lors des tests effectués à la demande de la partie adverse, sur les échantillons (d'un produit identique, selon la requérante, sauf pour ce qui concerne le format et la quantité du produit) respectivement déposés pour le lot 1 (0,226%) et le lot 2 (0,222 %).

Lier, comme le fait le moyen, le caractère « objectivement suspect » et « inexplicable » de la différence ainsi mise en évidence au postulat de l'identité rigoureuse des échantillons unilatéralement posé par la requérante, sans avoir égard à d'éventuels éléments ou circonstances qui pourraient – autrement que par une erreur – expliquer cette différence et que révélerait précisément l'analyse effectuée par la partie adverse reviendrait une fois encore à priver de sens la vérification mise en place par la partie adverse et que la requérante ne critique d'ailleurs pas en son principe.

Par ailleurs, et même dans l'hypothèse où les résultats des analyses effectuées seraient entachés de l'erreur que la requérante estime pouvoir relever, encore faudrait-il établir l'erreur manifeste que la partie adverse aurait, à son tour, commise en s'appropriant ces résultats pour en faire l'un des motifs de sa décision. La requérante ne formule pas de grief particulier à ce sujet, sauf à comprendre le moyen en ce sens que la requérante reprocherait à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en admettant sans réserve ou examen complémentaire le résultat du test de mesure de concentration effectué par le laboratoire, et ce nonobstant la différence entre ce résultat et celui de la mesure de concentration prise pour l'échantillon se rapportant au lot 1. Telle qu'elle se présente en l'espèce, la différence identifiée entre ces résultats (faisant tous deux apparaître un dépassement de la concentration autorisée) n'imposait pas, à elle seule, une remise en cause de ceux-ci par la partie adverse, et ce, en particulier, dès lors qu'elle ne portait précisément pas sur deux taux dont l'un aurait méconnu les limites fixées par les documents du marché, tandis que l'autre les aurait respectées, hypothèse dans laquelle l'apparente discordance aurait, le cas échéant, pu appeler une réaction différente de la partie adverse.

Au vu de ces considérations, l'erreur dénoncée par la requérante à l'appui du grief visant la première non-conformité de son offre ne paraît, *prima facie*, pas établie. Ce grief ne peut, pas davantage que celui qui met en cause la motivation formelle de la décision attaquée, être considéré comme sérieux.

Dès lors qu'est vainement critiqué le motif de la décision attaquée tiré de la non-conformité de l'offre de la requérante aux prescriptions relatives à la concentration en capsaïcine dans le spray opérationnel au poivre naturel OC et que cette irrégularité suffit à justifier l'éviction de cette offre, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs, dirigés contre les autres non-conformités retenues par la partie adverse.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux.

V. Confidentialité

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel huit pièces identifiées de A à D.1. et regroupées sous le titre d' « Inventaire du dossier administratif confidentiel ».

Dès lors que cette demande n'a pas été contestée, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée

.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A à D.1. regroupées sous le titre d' « Inventaire du dossier administratif confidentiel » sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre siégeant en référé, le 16 juin 2020, par :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	David De Roy