

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.652 du 31 août 2016

G./A.219.908/VI-20.829

En cause : **la société anonyme BEDIMO,**

ayant élu domicile chez
Mes Michaël PILCER et
Benoît DE MONTPELLIER, avocats,
avenue Albert-Elisabeth, n° 46,
1200 Bruxelles,

contre :

l'Office régional de l'Emploi, en abrégé ACTIRIS,

ayant élu domicile chez
Mes Vincent OST et
Maxime VANDERSTRAETEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 120,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 2 août 2016, la société anonyme BEDIMO sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de "la décision d'attribution d'Actiris, à la société VITRA, du lot n° 1 (postes de travail) de l'accord-cadre pour la fourniture et le montage de mobilier durable (CSC n° 11/2016)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 3 août 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 août 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Michaël PILCER et Benoît DE MONTPELLIER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Vincent OST et Maxime VANDERSTRAETEN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les relate la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit:

" [...] Dans le cadre de l'aménagement de son nouveau siège central qui sera situé dans la Tour Astro, située avenue de l'Astronomie n°14 à 1210 Bruxelles, la partie adverse a souhaité acquérir du nouveau mobilier durable pour aménager ses locaux.

Le marché est divisé en 7 lots :

1. Lot 1 : Postes de travail
2. Lot 2 : Tables
3. Lot 3 : Armoires
4. Lot 4 : Sièges
5. Lot 5 : Zones d'attente
6. Lot 6 : Restaurant, coffee-Corners et zones communes
7. Lot 7 : Vestiaires, archives et accessoires

Chacun des lots est composé de plusieurs articles dont le descriptif technique est détaillé dans les clauses techniques du présent cahier des charges (...).

Il s'agit d'un accord-cadre de fournitures d'une durée de 4 ans, attribuée selon la procédure d'appel d'offres ouvert avec publicité européenne.

[...] Concernant la régularité des offres, le cahier spécial des charges précise notamment ce qui suit :

«Les offres des soumissionnaires sélectionnés seront examinées :

- du point de vue de leur régularité formelle (signature de l'offre; caractère complet de l'offre; etc.)
et
- du point de vue de leur régularité matérielle (réserves exprimées par le soumissionnaire; fournitures présentant des déviations majeures par rapport à ce qui est demandé dans les clauses techniques etc.). A cet égard, il est référé à ce qui est indiqué à l'article 1.18.B.

Seules les offres régulières seront prises en considération pour être évaluées au regard des critères d'attribution» (...).

[...] Les critères d'attribution sont les suivants (...):

Critère 1 : le prix (50/100 points)

Critère 2 : les qualités techniques (30/100 points)

On lit ce qui suit à ce sujet :

«Le pouvoir adjudicateur appréciera à cet égard, selon le type de mobilier concerné (certains éléments n'étant pas pertinents pour certains articles) :

- la qualité de fabrication (structure, solidité, stabilité, facilité d'entretien, qualité des finitions, ...);
- le confort et l'ergonomie;
- le degré de conformité de l'offre aux clauses techniques.

A cet égard, une dérogation mineure aux clauses techniques sera appréciée négativement au titre du présent critère d'attribution, mais n'emportera pas la nullité de l'offre. Une dérogation est considérée comme mineure si elle ne rend pas la fourniture concernée impropre à l'usage auquel elle est destinée et qu'elle ne porte pas substantiellement atteinte aux objectifs poursuivis par Actiris en terme de solidité, de confort, d'ergonomie et de respect de l'environnement. Constitue par exemple une dérogation technique mineure le fait pour le soumissionnaire de proposer un meuble aux dimensions légèrement différentes de celles demandées par Actiris, ou présentant des caractéristiques légèrement différentes.

Une dérogation majeure aux clauses techniques emportera la nullité de l'offre.

L'addition de dérogations mineures pourra être considérée comme une dérogation majeure aux clauses techniques» (...).

Critère 3 : les qualités esthétiques (20/100 points)

[...] Concernant les clauses techniques, on lit ce qui suit au sujet des postes de travail (lot n°1).

« Ce lot comprend :

- Poste de travail type bench
- Poste de travail individuel type "Client facing"
- Poste de travail individuel
- Cache-genoux / Voile de fond pour poste individuel
- Ecrans de séparation pour benches
- Cloison de séparation latérale, hyper acoustique
- Bras support écran
- Support Unité Centrale (CPU)
- Phone Box
- Caisson mobile
- Poste de travail "Dynamique" ».

On lit ce qui suit au sujet des écrans de séparation pour benches et des cloisons de séparation latérale, hyper acoustique (...).

- écrans de séparation pour benches :

«Les écrans (A+B) seront prévus avec une âme pleine, garnie de mousse acoustique absorbante et de tissu sur les deux faces.
L'indice d'absorption sera calculé suivant les méthodes de mesurages acoustiques SS-EN ISO 354 et suivant la norme EN ISO 11654.
Les écrans fournis devront répondre à la classe A (Attestation à joindre à l'offre)
Tissu 100 polyester, conforme à l'écolabel, disponible dans une large palette de couleurs, sans supplément de prix.
Poids : min 260 gr/m²
Résistance à l'abrasion : 50.000 tours Martindale
Résistance au feu : selon la norme BS EN 1021-1&2
Le système d'accrochage des écrans sera toujours assorti à la couleur choisie pour la structure des benches.
La hauteur finie des écrans est comprise entre 112 et 120 cm à partir du sol» (...).

- cloisons de séparation latérale, hyper acoustique :

«Les cloisons de séparation latérales seront de type hyper acoustique et placées entre les postes de travail type Client Facing (art. 1.2).
Elles seront prévues avec une âme pleine, garnie de mousse acoustique absorbante et de tissu sur les deux faces.
L'indice d'absorption sera calculé suivant les méthodes de mesurages acoustiques SS-EN ISO 354 et suivant la norme EN ISO 11654.
Les écrans fournis devront répondre à la classe A (Attestation à joindre à l'offre)
Elles seront autoportantes, les pieds ne seront pas un obstacle aux sièges visiteurs et n'entraveront pas la libre circulation des personnes.
La cloison sera équipée d'un socle métallique ou surélevée de minimum 2 cm pour permettre un nettoyage aisé du sol.
Elles seront stables, rigides et ne présenteront pas d'arêtes vives.
Elles seront recouvertes de tissu sur les 2 côtés.
Tissu 100% polyester, conforme à l'écolabel, disponible dans une large palette de couleurs, sans supplément de prix. Poids : min 260 gr/m²
Résistance à l'abrasion : 50.000 tours Martindale
Résistance au feu : selon la norme BS EN 1021-1&2» (...).

[...] L'avis de marché est publié le 18 avril 2016 au Bulletin des adjudications et le 22 avril 2016 au Journal Officiel de l'Union Européenne.

Les offres devaient être remises pour le 6 juin 2016 au plus tard.

[...] La requérante a remis une offre pour plusieurs lots dont le lot n°1.

Dans son offre (...), pour le lot n°1, elle a joint, comme demandé, les attestations qui démontrent que les écrans et les cloisons correspondent à la classe A.

[...] Il ressort de l'examen des offres (...) que les soumissionnaires Beddeleem-Dromeas et Vitra n'ont pas déposé dans leur offre l'attestation exigée mais que chacun « garantit y correspondre » (...).

[...] L'offre de la requérante pour le lot n°1 est cotée comme suit sur les 3 critères d'attribution.

« Le prix : 29,02/50
Les qualités techniques : 24/30
Les qualités esthétiques : 17/20

L'offre de la société Vitra pour le lot n°1 est cotée comme suit sur les 3 critères d'attribution.

Le prix : 44,13/50
Les qualités techniques : 21/30
Les qualités esthétiques : 18/20»

La requérante obtient la cote finale de 70,02 points et est classée 3^{ème} derrière Mobelsa – dont l'offre a pourtant été déclarée irrégulière par la partie adverse – et la société Vitra qui est classée 1^{ère} avec 83,13 points (...). La requérante est donc, en droit, classée 2^{ème}.

La partie adverse décide donc d'attribuer le lot n°1 à la société Vitra (...).

Il s'agit de l'acte attaqué".

Il convient, en outre, de mentionner les faits suivants:

- Selon la partie adverse, celle-ci a, par un courrier du 2 août 2016, porté à la connaissance de la requérante l'attestation communiquée par la société VITRA le 14 juillet 2016, attestation dont elle souligne que c'est par erreur qu'elle n'a pas été prise en considération dans le rapport d'attribution.
- Le 23 août 2016, les conseils de la requérante communiquent au Conseil d'Etat, ainsi qu'aux conseils de la partie adverse, un rapport établi par le CARE-CEDIA (Université de Liège) duquel il ressort notamment que la classe d'absorption du produit SHHOUT proposé par la société VITRA est la classe C, et non la classe A exigée par les documents du marché. Ce rapport est fondé sur le document "Absorption ratings of Screen Solutions products", sur la fiche commerciale du produit SHHOUT, sur l'extrait pertinent du cahier spécial des charges du marché litigieux et sur le "Technical Report" référencé C/22810/T01, du 27 mai 2014, établi par le laboratoire SOUND RESEARCH LABORATORIES (S.R.L.) et portant sur différents produits de la firme SCREEN SOLUTIONS LTD, dont le produit SHHOUT.
- Le 23 août 2016, les conseils de la partie adverse communiquent au Conseil d'Etat, ainsi qu'aux conseils de la requérante, les réactions de l'attributaire du marché et de son fournisseur SCREEN SOLUTIONS LTD, aux termes desquelles ces sociétés contestent la teneur du rapport établi par le CARE-CEDIA et produit par la requérante.

IV. MOYEN UNIQUE

IV. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, pris "de la violation de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des clauses 1.17 et 1.18 du cahier spécial des charges, relatives à la régularité des offres et aux critères d'attribution (clauses administratives), des clauses 1.5 et 1.6 des clauses du cahier spécial des charges (clauses techniques) des articles 4 et 5, 8°, de la loi du 17 juin 2013, relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, des articles 1 à 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, des principes généraux du droit de transparence, d'impartialité et de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des formes substantielles et de l'excès de pouvoir".

En termes de requête, elle le formule comme suit:

" Observations liminaires

[...] Pour pouvoir être prise en considération, l'offre remise par un soumissionnaire doit être conforme aux exigences du cahier spécial des charges. Le principe est clairement annoncé à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011:

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière» (...).

[...] En l'espèce, les clauses administratives 1.17 et 1.8 du cahier spécial des charges se lisent comme suit (...) :

Clause 1.17 :

«Les offres des soumissionnaires sélectionnés seront examinées :

- du point de vue de leur régularité formelle (signature de l'offre; caractère complet de l'offre; etc.)

et

- du point de vue de leur régularité matérielle (réserves exprimées par le soumissionnaire; fournitures présentant des déviations majeures par rapport à ce qui est demandé dans les clauses techniques etc.). A cet égard, il est référé à ce qui est indiqué à l'article 1.18.B.

Seules les offres régulières seront prises en considération pour être évaluées au regard des critères d'attribution» (...).

Clause 1.18 :

[...]

«Le pouvoir adjudicateur appréciera à cet égard, selon le type de mobilier concerné (certains éléments n'étant pas pertinents pour certains articles) :

- la qualité de fabrication (structure, solidité, stabilité, facilité d'entretien, qualité des finitions, ...);

- le confort et l'ergonomie;

- le degré de conformité de l'offre aux clauses techniques.

A cet égard, une dérogation mineure aux clauses techniques sera appréciée négativement au titre du présent critère d'attribution, mais n'emportera pas la nullité de l'offre. Une dérogation est considérée comme mineure si elle ne rend pas la fourniture concernée impropre à l'usage auquel elle est destinée et qu'elle ne porte pas substantiellement atteinte aux objectifs poursuivis par Actiris en terme de solidité, de confort, d'ergonomie et de respect de l'environnement.

Constitue par exemple une dérogation technique mineure le fait pour le soumissionnaire de proposer un meuble aux dimensions légèrement différentes de celles demandées par Actiris, ou présentant des caractéristiques légèrement différentes.

Une dérogation majeure aux clauses techniques emportera la nullité de l'offre.

L'addition de dérogations mineures pourra être considérée comme une dérogation majeure aux clauses techniques» (...).

[...] Les clauses techniques 1.5 et 1.6 du cahier spécial des charges se lisent comme suit (...) :

1.5. écrans de séparation pour benches :

«Les écrans (A+B) seront prévus avec une âme pleine, garnie de mousse acoustique absorbante et de tissu sur les deux faces.

L'indice d'absorption sera calculé suivant les méthodes de mesurages acoustiques SS-EN ISO 354 et suivant la norme EN ISO 11654.

Les écrans fournis devront répondre à la classe A (Attestation à joindre à l'offre) Tissu 100 polyester, conforme à l'écolabel, disponible dans une large palette de couleurs, sans supplément de prix.

Poids : min 260 gr/m²

Résistance à l'abrasion : 50.000 tours Martindale

Résistance au feu : selon la norme BS EN 1021-1&2.

Le système d'accrochage des écrans sera toujours assorti à la couleur choisie pour la structure des benches.

La hauteur finie des écrans est comprise entre 112 et 120 cm à partir du sol» (...).

1.6. cloisons de séparation latérale, hyper acoustique :

«Les cloisons de séparation latérales seront de type hyper acoustique et placées entre les postes de travail type Client Facing (art. 1.2).

Elles seront prévues avec une âme pleine, garnie de mousse acoustique absorbante et de tissu sur les deux faces.

L'indice d'absorption sera calculé suivant les méthodes de mesurages acoustiques SS-EN ISO 354 et suivant la norme EN ISO 11654.

Les écrans fournis devront répondre à la classe A (Attestation à joindre à l'offre)

Elles seront autoportantes, les pieds ne seront pas un obstacle aux sièges visiteurs et n'entraveront pas la libre circulation des personnes.

La cloison sera équipée d'un socle métallique ou surélevée de minimum 2 cm pour permettre un nettoyage aisé du sol.

Elles seront stables, rigides et ne présenteront pas d'arêtes vives.

Elles seront recouvertes de tissu sur les 2 côtés.

Tissu 100% polyester, conforme à l'écolabel, disponible dans une large palette de couleurs, sans supplément de prix. Poids : min 260 gr/m²

Résistance à l'abrasion : 50.000 tours Martindale

Résistance au feu : selon la norme BS EN 1021-1&2» (...).

[...] En l'espèce, la partie adverse a exigé, tant pour les écrans de séparation, que pour les cloisons de séparation latérale, un indice d'absorption élevé.

En effet, elle exige que le matériel fourni réponde à la classe A (soit la classe la plus élevée en termes d'absorption acoustique) et que cette attestation soit jointe à l'offre par chaque soumissionnaire.

De plus, on notera, en ce qui concerne les cloisons latérales, que la partie adverse exige des cloisons hyper acoustiques et non, simplement, des cloisons acoustiques. Ceci témoigne du fait que la qualité du confort acoustique a particulièrement retenu l'attention de la partie adverse lors de l'établissement du cahier spécial des charges. Ceci n'est, du reste, pas étonnant dès lors que la qualité acoustique, sur des plateaux open space, est un élément particulièrement important. On peut notamment lire ce qui suit sur le site du SPF Emploi (...) :

«Dans ce type de locaux (bureau, open space...) et pour ce genre d'activité administrative, les problèmes rencontrés concernent essentiellement des problèmes d'inconfort acoustique... Peu importe ce niveau, il est de toute façon gênant pour l'activité du travailleur et le confort acoustique doit donc être recherché. Les conséquences liées à de l'inconfort acoustique peuvent jouer un rôle dans la présence de risques psychosociaux... Les travailleurs sur écran ne sont généralement pas exposés à des bruits excessifs de plus de 80 ou 85 dB(A), mais une voie de circulation très fréquentée, un collègue qui parle fort, des imprimantes bruyantes... peuvent également être sources de stress... L'acoustique est un autre élément important : elle fait en sorte que les bruits dérangeants soient absorbés tout en assurant la bonne compréhension de ce qui se dit...» (...).

Le matériel (écrans et cloisons) absorbe les ondes sonores. S'ils n'atteignent pas le niveau exigé, cela peut rendre les lieux impropres au travail. Il s'agit donc d'un élément essentiel, pour l'ergonomie, le confort et la qualité du travail.

[...] Il ressort du cahier spécial des charges qu'une dérogation est considérée comme mineure si elle ne rend pas la fourniture concernée impropre à l'usage auquel elle est destinée et qu'elle ne porte pas substantiellement atteinte aux objectifs poursuivis par la partie adverse en terme de solidité, de confort, d'ergonomie et de respect de l'environnement.

Il ressort du cahier spécial des charges, au regard des prescriptions 1.17 et 1.18 des clauses administratives, que seules des «dérogations mineures» sont acceptées et ne rendent pas nulles l'offre déposée (1.18).

En revanche, selon cette même disposition, une «dérogation majeure aux clauses techniques emportera la nullité de l'offre».

Première branche

[...] La partie adverse, lors de l'établissement des documents du marché, a exigé un matériel garantissant un haut niveau d'absorption acoustique. Le confort acoustique des lieux a été considéré comme un élément particulièrement important par la partie adverse.

Comme cela a été souligné ci-dessus, cela n'a rien d'étonnant. Un plateau open space trop bruyant est une source majeure d'inconfort pour les travailleurs. Maux de tête, troubles psycho-sociaux peuvent être la conséquence d'un environnement trop bruyant pour les travailleurs. Par conséquent, tous les employeurs sont particulièrement attentifs au confort acoustique des lieux.

[...] En l'espèce, la partie adverse a «placé la barre assez haut» en exigeant des cloisons hyper acoustique et des attestations de classe A, soit la classe la plus élevée en matière d'absorption acoustique.

Par conséquent, du matériel qui ne serait pas conforme aux exigences fixées par le cahier spécial des charges en matière d'absorption acoustique serait du matériel qui porterait substantiellement atteinte aux objectifs de confort et d'ergonomie fixés par la partie adverse. Il ne s'agirait donc pas d'une dérogation mineure mais d'une dérogation majeure.

[...] En l'espèce, à l'inverse de la requérante, la société Vitra, qui s'est vue attribuée le lot 1 du marché, n'a pas joint à son offre d'attestation attestant que le matériel proposé répondrait aux exigences de la classe A.

La décision d'attribution se lit comme suit sur ce point :

«Aucune attestation n'est produite concernant l'indice d'absorption mais Vitra garantit y correspondre» (...).

La décision est muette sur les éventuelles garanties que Vitra aurait pu donner. On notera surtout que le cahier spécial des charges avait clairement fixé que la preuve de la conformité du matériel proposé en fournissant une attestation de classe A sans laisser d'autres alternatives.

Dans son arrêt du 4 février 2015, Bedimo, n° 230.105, le Conseil d'Etat a dit pour droit que :

«En effet, si la preuve de la conformité n'est pas apportée, celle-ci ne peut être tenue pour établie. La sanction qui s'attache à l'absence de preuve ne peut alors être que le constat du défaut de conformité aux normes, qui entraîne celui de l'irrégularité de l'offre.

La question qui se pose est, en réalité, de savoir si le cahier spécial des charges autorise un autre mode de preuve que celui qu'il énonce. Or, l'article 5.1. ne cite que deux modes d'établissement de la preuve de la conformité aux caractéristiques normatives : la production d'un certificat de conformité aux normes délivré par un organisme de certification accrédité ou un procès-verbal délivré par un laboratoire d'essais indépendant. La formule utilisée est dénuée d'ambiguïté et n'ouvre pas la porte à des modalités alternatives. Il n'apparaît d'ailleurs nullement déraisonnable que le cahier des charges ait posé comme condition de validité de la preuve que la certification émane d'un organisme offrant soit la garantie d'une accréditation, soit celle de l'indépendance du laboratoire d'essais.

La conformité de l'offre aux caractéristiques normatives ne pouvait donc être tenue pour établie si l'une des preuves énumérées de manière stricte par le cahier des charges, n'était pas fournie» (...).

Les enseignements de cet arrêt d'annulation sont transposables mutatis mutandis au cas d'espèce. Dès lors que la preuve de la conformité n'est pas rapportée, la conformité ne peut être tenue pour établie.

Dans ces conditions, l'offre de Vitra, dont le matériel proposé ne peut être considéré comme conforme aux exigences acoustiques fixées par la partie adverse, est irrégulière.

Le matériel proposé par Vitra ne pouvait donc pas être tenu, par la partie adverse, comme conforme aux exigences acoustiques fixées par le cahier spécial des charges et cette non-conformité, eu égard à l'importance du confort acoustique sur les lieux du travail, doit être considérée comme une dérogation majeure entraînant la nullité de l'offre.

C'est donc à tort que l'acte attaqué, en l'absence de l'attestation exigée, a déclaré l'offre de la société Vitra régulière alors que celle-ci est affectée d'une irrégularité qui constitue une dérogation majeure.

[...] Concernant les soi-disant garanties que Vitra aurait apportée, on notera encore qu'il s'agit sans doute de garanties émanant de ses propres services et non d'un organisme extérieur, ce qui pose un problème d'impartialité et de crédibilité.

La partie adverse a donc défini de manière précise les normes de mesurage de manière précise et il n'est nulle part affirmé que les garanties qui auraient été apportées par VITRA se fonderaient sur ces normes de mesurage.

On se référera de nouveau à l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 février 2015, Bedimo, n° 230.105 sur ce point qui avait sanctionné un tel procédé dans le chef du soumissionnaire à qui le marché avait été attribué.

[...] Sur le plan technique, la requérante ne peut que souligner que, au-delà même de l'absence de production de l'attestation de classe A, le processus de mesurage de la performance acoustique ne peut se faire que suivant un processus précis.

Le cahier spécial des charges indique également que «l'indice d'absorption sera calculé suivant les méthodes de mesurages acoustiques SS-EN ISO 354 et suivant la norme EN ISO 11654» (Clauses techniques 1.5 et 1.6.).

On soulignera que les normes de mesurage ISO 354 et 11654 définissent les gammes de fréquence, les formules appliquées aux calculs de coefficients d'absorption, ainsi que les types de tests à effectuer et de documents à délivrer dans l'attestation afin que celle-ci soit valable et scientifiquement confirmée.

L'exigence dans le cahier des charges présent est un classement d'absorption «A» (coefficient d'absorption moyen de 0,9 et plus) selon ISO 354 et 11654. Ceci signifie que les dispositifs/produits finis assemblés ont été testés lors d'un test grandeur nature dans la chambre de réverbération de +/-200m³ d'un laboratoire accrédité.

Il existe peu de laboratoires accrédités équipés de ce type d'installations.

Pour ces raisons, beaucoup de fabricants font état d'attestations de matière selon ISO 354. Ces attestations ne sont pas conformes, puisqu'elles attestent qu'une matière (un élément de l'ensemble construit) placée dans un tube fermé a une capacité d'absorption acoustique.

Les fabricants qui utilisent ce certificat entretiennent la confusion entre deux certifications de nature différente, mais dont le résultat s'exprime de manière similaire (classes A, B, C... et facteurs d'absorption...).

La seule attestation qui certifie la capacité d'absorption d'un dispositif à placer dans un espace est la certification 354 + 11654 comprenant un test en chambre de réverbération tel qu'indiqué.

En l'espèce, on ne sait nullement si la société Vitra a fait usage des normes de mesurage ISO 354 et 11654 sur les dispositifs faisant notamment l'objet de la commande (écrans et cloisons) ou seulement sur la matière utilisée. Un mesurage selon la seule norme ISO 354, ou selon toute autre norme non-visée par le cahier spécial des charges, serait irrégulier.

[...] On aura également égard, pour autant que de besoin, à l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juin 2011. Celui-ci dispose que :

«Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99».

Une irrégularité est substantielle lorsqu'elle porte atteinte aux spécifications techniques dans la mesure où celles-ci sont essentielles. Dans cette hypothèse, l'offre est frappée de nullité absolue.

[...] La doctrine et la jurisprudence ont déterminé plusieurs critères qui permettent d'identifier une condition essentielle du marché.

Celles-ci sont notamment les suivantes :

- L'irrégularité est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?

Comme il le sera démontré ci-dessous, le principe d'égalité de traitement a été violé. Et il est clair que cela a eu une incidence sur le classement. La société Vitra est restée en défaut de démontrer que le matériel proposé était conforme aux normes acoustiques exigées dans le cahier spécial des charges, elle a donc été, selon toute vraisemblance, dispensé de faire attester par un laboratoire agréé que ses fournitures étaient conformes aux exigences émises par la partie adverse.

- L'irrégularité a-t-elle une incidence sur le classement ?

En attribuant le marché à une offre non-conforme aux spécifications techniques du cahier spécial des charges, il peut être soutenu que l'irrégularité a une incidence sur le classement dès lors qu'en principe le marché, en appel d'offres, ne peut être attribué qu'à une offre régulière. Ne pas avoir à faire certifier son matériel par un laboratoire agréé peut être une source d'économie et un gain de temps, ce qui peut constituer un avantage pour un soumissionnaire lorsqu'il établit son offre.

De plus, proposer une cloison hyper acoustique, comme le fait la requérante, a clairement une incidence sur le prix de la cloison dès lors que celle-ci contient plus de matière qu'une cloison moins performante. Dès lors, un soumissionnaire qui propose des cloisons moins performantes sur le plan acoustique (inférieures aux normes pour la classe A) peut proposer des prix plus attractifs.

- La prescription du cahier spécial des charges non-respectée est-elle fondamentale?

On a vu ci-dessous que la performance acoustiques des cloisons et écrans est fondamentale pour le confort acoustiques des travailleurs qui occupent les lieux. Il s'agit donc bien d'une prescription fondamentale, car essentielle au bien-être du personnel à qui ces fournitures sont destinées.

Il ressort également de la jurisprudence de la C.J.U.E. que les critères d'attribution relèvent des conditions essentielles. En l'espèce, le deuxième critère d'attribution concerne les qualités techniques du matériel proposé et la conformité de ce matériel aux clauses techniques.

Il en ressort que la condition relative à l'attestation en classe A et à la performance acoustiques des écrans et des cloisons est une condition technique essentielle.

Dans ces conditions, l'offre de la société Vitra est affectée d'une irrégularité substantielle et devait être frappée de nullité absolue.

[...] En méconnaissances des dispositions précitées, l'acte attaqué a considéré l'offre de la société Vitra comme régulière. De plus, en considérant comme régulière une offre qui portait clairement atteinte à une spécification technique essentielle, ou qui dérogeait de manière majeure à cette spécification, l'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.

Deuxième branche

[...] On notera encore que l'acte attaqué viole le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

En effet, la requérante a produit l'attestation de classe A demandée en la joignant à son offre, se conformant ainsi aux exigences du cahier spécial des charges (clauses techniques 1.5 et 1.6). Ce n'est pas le cas de la société Vitra qui s'est contenté de donner de simples garanties (dont on ignore tout de surcroît).

Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires a été violé par la partie adverse en permettant à l'un d'eux de ne pas respecter le prescrit des clauses techniques 1.5. et 1.6. du cahier spécial des charges, prescriptions qui, on l'a vu, sont essentielles.

De plus, s'il est vrai que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté dans la rédaction de son cahier spécial des charges, une fois les règles établies, il doit les respecter. Dès lors que le pouvoir adjudicateur a estimé utile d'exiger, dans son cahier spécial des charges, une attestation de classe A, celui-ci doit appliquer cette exigence à tous les soumissionnaires sous peine de violer le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Tel n'a pas été le cas dans le présent marché.

Or, ce principe est fondamental en matière de marchés public et est clairement rappelé par l'arrêt n°201.467, SA Trasys, du 2 mars 2010 :

«Le pouvoir adjudicateur ne peut donner à un des critères retenu pour l'attribution d'un marché public un sens qu'il n'avait pas dans le cahier spécial des charges dès lors qu'il dénaturerait celui-ci en procédant de la sorte. En effet, dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité, le pouvoir adjudicateur, qui dispose d'une marge de manœuvre plus large qu'en adjudication ou en appel d'offres quant au choix de l'adjudicataire, est néanmoins tenu de respecter les principes d'égalité et de transparence ainsi que les règles qu'il s'est lui-même fixées au travers de l'avis de marché et du cahier spécial des charges, dont les critères d'attribution» (...).

Outre le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, les principes d'impartialité, de transparence, de bonne administration ont également été violés.

Troisième branche

[...] La décision d'attribution se lit comme suit sur ce point :

«Aucune attestation n'est produite concernant l'indice d'absorption mais Vitra garantit y correspondre» (...).

Pour rappel, on peut lire ce qui suit dans la clause 1.18 du cahier spécial des charges :

«Le pouvoir adjudicateur appréciera à cet égard, selon le type de mobilier concerné (certains éléments n'étant pas pertinents pour certains articles) :

- la qualité de fabrication (structure, solidité, stabilité, facilité d'entretien, qualité des finitions, ...);
- le confort et l'ergonomie;
- le degré de conformité de l'offre aux clauses techniques.

A cet égard, une dérogation mineure aux clauses techniques sera appréciée négativement au titre du présent critère d'attribution, mais n'emportera pas la nullité de l'offre. Une dérogation est considérée comme mineure si elle ne rend pas la fourniture concernée impropre à l'usage auquel elle est destinée et qu'elle ne porte pas substantiellement atteinte aux objectifs poursuivis par Actiris en terme de solidité, de confort, d'ergonomie et de respect de l'environnement.

Constitue par exemple une dérogation technique mineure le fait pour le soumissionnaire de proposer un meuble aux dimensions légèrement différentes

de celles demandées par Actiris, ou présentant des caractéristiques légèrement différentes.

Une dérogation majeure aux clauses techniques emportera la nullité de l'offre.

L'addition de dérogations mineures pourra être considérée comme une dérogation majeure aux clauses techniques» (...).

[...] La motivation de l'acte attaqué est particulièrement lacunaire.

Tout d'abord, l'acte attaqué est muet sur les garanties données par Vitra : quelles sont ces garanties ? Le mesurage a-t-il été effectué conformément aux normes ISO 354 et 11654 comme exigé par le cahier spécial des charges ? Qui a effectué le mesurage ? Vitra ou un laboratoire agréé ? Le test a-t-il porté sur le dispositif à fournir (écran et cloison) ou seulement sur le matériau ?

Ensuite, le cahier spécial des charges fait nettement la distinction entre dérogation mineure ou dérogation majeure aux clauses techniques (clause administrative 1.18).

Cette distinction n'est pas anodine dès lors qu'une dérogation majeure a pour conséquence la nullité de l'offre.

L'acte attaqué ne justifie en rien les raisons qui l'ont amenées à considérer que les dérogations du matériel fourni par la société Vitra étaient mineures au regard des spécifications techniques fixées concernant le niveau de performance acoustique des cloisons et des écrans.

Il revenait à la partie adverse d'expliquer en quoi l'offre de la société Vitra, qui n'était pas conforme aux spécifications techniques fixées par le cahier spécial des charges, était régulière. Pas un mot n'est pourtant consacré à cette question essentielle.

Enfin, il était prévu qu'une dérogation mineure entraîne une décote dans l'appréciation de l'offre. Vitra obtient pour le 2^{ème} critère une cote de 21/30 sans qu'il ne soit expliqué s'il a été tenu compte d'une décote pour la non-conformité des écrans et cloisons proposés dans son offre alors qu'une telle décote était clairement annoncée dans le cahier spécial des charges pour le deuxième critère d'attribution (clause administrative 1.18.).

Partant, les lois en matière de motivation, visées au moyen, ont été violées par l'acte attaqué".

A l'audience du 24 août 2016, la requérante a fait état des considérations suivantes, à propos du moyen unique:

- Si le défaut de production de l'attestation affectait l'offre de la société Vitra d'une irrégularité substantielle, cette offre ne pouvait être régularisée et la production de l'attestation, le 14 juillet 2016, est tardive. Par ailleurs, si la production de l'attestation ne représentait pas un aspect essentiel, il n'y avait pas lieu d'inviter la société Vitra à régulariser son offre, mais bien d'attribuer à celle-ci une cote moins favorable.

- Si l'offre devait être considérée comme entachée d'une nullité relative, la décision de ne pas l'écarter devait faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle fait défaut.
- En tout état de cause, le document produit le 14 juillet est une fiche commerciale, et non une attestation, c'est-à-dire un document établi par un tiers qui a la capacité d'attester. La fiche produite apparaît en réalité comme une simple déclaration sur l'honneur.
- Si la partie adverse demande une attestation de classement dans la classe A, cette attestation ne peut venir que d'un laboratoire. La partie adverse ne peut prétendre qu'il ne fallait pas de rapport et, dans le même temps, se prévaloir du "Technical Report" établi par le laboratoire S.R.L..
- Si le produit SHHOUT doit être inscrit en classe C, son prix de revient est nettement moins élevé que pour les produits relevant de la classe A, de sorte que les soumissionnaires qui proposent ceux-ci s'en trouvent gravement pénalisés.
- Si les documents requis avaient déjà été produits à l'appui de l'offre déposée par la société VITRA pour le lot 3, la requérante n'aperçoit pas pourquoi la partie adverse a estimé devoir les demander.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

IV. 2. 1. Considération commune aux trois branches du moyen

Dès lors qu'à l'audience du 24 août 2016, la requérante n'a pas déclaré soulever de nouveaux moyens, c'est au regard du moyen unique, tel qu'il a été formulé en termes de requête, qu'il y a lieu de considérer les arguments exposés dans le cadre des plaidoiries.

Par ailleurs, et précisément en termes de requête, le moyen infère le défaut de conformité de l'offre de la société VITRA à l'exigence de classification, en classe A, des écrans et cloisons proposés, du fait que la preuve de cette conformité n'est pas rapportée.

Il est établi qu'à la date d'adoption de l'acte attaqué, la partie adverse disposait des documents qu'elle estime suffisants pour apporter la preuve exigée. Ce fait n'est pas, en soi, contesté, nonobstant les divergences d'appréciation qu'il peut, par ailleurs, susciter – ainsi qu'en ont témoigné les échanges survenus en cours de procédure – en ce qui concerne tant le caractère approprié de ces documents que l'exactitude des informations qu'ils contiennent.

Dans la mesure où, en ses différentes branches, le moyen tient pour acquis ce défaut de preuve de production de la conformité exigée, il repose sur un postulat erroné en fait.

IV. 2. 2. Quant à la première branche

Les développements par lesquels – en termes tant de requête que de plaidoiries – la requérante reproche le sort réservé à une offre qu'elle tient pour irrégulière – et ce quel que soit le caractère de cette irrégularité – procèdent de la prétendue dérogation de cette offre au cahier spécial des charges, dérogation résultant de l'absence de preuve de conformité des fournitures proposées aux exigences édictées par ledit cahier spécial des charges. Cette absence de dépôt de preuve étant contredite dans le cadre de la précédente procédure, il n'y a pas lieu d'avoir égard à ce postulat pour retenir le caractère sérieux du moyen.

Outre qu'au regard des documents dont disposait la partie adverse lors de l'adoption de l'acte attaqué, il ne peut être considéré – contrairement à ce que le laisse entendre le moyen – que les garanties vantées par la société VITRA émanaient de ses seuls services, il s'impose de relever que les termes en lesquels a été définie l'exigence d'attestation édictée par le cahier spécial des charges ne permettent pas de s'en tenir à une conception de la notion d' "attestation" imposant à celle-ci de répondre à certaines exigences particulières, relatives notamment aux qualité et compétence de son auteur. L'argument exposé à l'audience, faisant état du fait que la "fiche commerciale" produite par la société VITRA ne constituerait qu'une "déclaration sur l'honneur" ne répondant pas à l'exigence d'"attestation", ne peut, *prima facie* et pour cette raison, être accueilli.

Par ailleurs, les conséquences que la requérante entend attacher au fait que les écrans et cloisons proposés par la société VITRA relèveraient de la classe C, et non de la classe A requise, ne peuvent être prises en considération dans le cadre de la présente procédure. Les arguments exposés à cet égard reposent sur le rapport déposé par la requérante depuis l'introduction de sa requête, rapport établi par le CARE-CEDIA et dont les conclusions sont d'ailleurs contestées – fût-ce sommairement, ce qu'autorise à comprendre la chronologie de la procédure – par la partie adverse. Les questions suscitées, dans ces circonstances, ne permettent pas de révéler une illégalité manifeste, susceptible de justifier – au terme d'un examen effectué en extrême urgence – que le moyen soit déclaré sérieux.

Pour le surplus, la requérante ne démontre pas sérieusement en quoi, au regard des dispositions et principes dont la violation est invoquée par le moyen, il pourrait être reproché à la partie adverse d'avoir pris la précaution de solliciter de la

société VITRA la production de pièces dont elle pouvait, le cas échéant, disposer par ailleurs.

De l'ensemble de ces considérations, il suit qu'en sa première branche, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

IV. 2. 3. Quant à la deuxième branche

Dès lors qu'il est établi qu'à la date d'adoption de l'acte attaqué, la partie adverse disposait des documents qu'elle estime suffisants pour apporter la preuve exigée, il ne peut être soutenu que la partie adverse a permis à l'un des soumissionnaires (la société VITRA, en l'occurrence) de ne pas respecter le prescrit des clauses techniques 1.5 et 1.6 du cahier spécial des charges.

En tant qu'il invoque une violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires fondée sur la prétendue faveur dont aurait bénéficié la société VITRA, au détriment de la requérante, le moyen ne peut être déclaré sérieux en cette branche.

IV. 2. 4. Quant à la troisième branche

En sa troisième branche, le moyen fait grief à l'acte attaqué, d'une part, de ne pas exposer à suffisance les raisons pour lesquelles les dérogations que révélait l'offre de la société VITRA à l'égard des spécifications définies par les documents du marché étaient mineures au point que cette offre ne fût pas écartée, et, d'autre part, de ne pas expliquer s'il a été tenu compte d'une décote résultant de cette dérogation mineure.

Dès lors que n'est pas vérifié le défaut de preuve de production de la conformité exigée, sur lequel la requérante fonde son moyen en cette branche, celui-ci ne peut être déclaré sérieux.

V. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite que soit maintenue la confidentialité des ensembles de pièces du dossier administratif identifiés sous les numéros 13, 14, 15 et 16, pièces parmi lesquelles figurent notamment les offres de la requérante et de la société VITRA.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité, sauf

pour ce qui concerne la pièce 16.b., qui est le rapport du laboratoire S.R.L. dont la requérante a parfaitement connaissance.

Conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il y a également lieu d'ordonner la confidentialité des pièces 3.A (offre) et 3.B (attestation de classe A) du dossier de la requérante.

VI. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement du montant de 700 euros au titre d'indemnité de procédure.

A l'audience du 24 août 2016, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande de la partie adverse, en fixant l'indemnité de procédure au montant de base de 700 euros.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 13, 14, 15 et 16.a, 16.c. et 16.d. du dossier administratif, ainsi que les pièces portant les numéros 3.A et 3.B annexées à la requête, sont tenues pour confidentielles.

Article 3.

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 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente et un août deux mille seize par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.