

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 242.962 du 16 novembre 2018

A. 219.908/VI-20.829

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

ayant élu domicile chez
M^{es} Benoît DE MONTPELLIER et
Michaël PILCER, avocats,
avenue Albert-Elisabeth 46
1200 Bruxelles,

contre :

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

ayant élu domicile chez
M^{es} Vincent OST et
Maxime VANDERSTRAETEN, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 septembre 2016, la société anonyme BEDIMO demande l'annulation de "la décision d'attribution de marché 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. Procédure

Un arrêt n° 235.652 du 31 août 2016 a rejeté la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué. Il a été notifié aux parties.

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'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Eric THIBAUT, auditeur général adjoint au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 21 juin 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 septembre 2018 à 10 heures.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{es} Benoît DE MONTPELLIER et Michaël PILCER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Maxime VANDERSTRAETEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Eric THIBAUT, auditeur général adjoint, a été entendu en son avis.

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

Les faits utiles à l'examen du présent recours ont été exposés dans l'arrêt n° 235.652 du 31 août 2016 rendu dans le cadre de la demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence.

Il convient, en outre, de souligner que la partie adverse dépose au dossier administratif un rapport daté du 22 novembre 2016 qu'elle indique lui avoir été transmis par la société anonyme VITRA BELGIUM et émanant du laboratoire ACOUSTICAL INVESTIGATION & RESEARCH ORGANISATION LDT

(ci-après AIRO). Le mémoire en réponse indique qu'il s'agit "de nouveaux tests de laboratoire démontrant que les cloisons proposées satisfont à la classe A".

IV. Second moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un second moyen de l'erreur manifeste d'appréciation, 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), de la clause 1.5 des clauses techniques du cahier spécial des charges, 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^{er} 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 la violation des formes substantielles et de l'excès de pouvoir.

La requérante expose qu'il ressort de l'article 1.5. du cahier spécial des charges que la cloison latérale de séparation doit être emboîtée et fixée et non simplement posée.

Elle estime, dans une première branche, que les cloisons latérales "shhout", proposées par la société anonyme VITRA BELGIUM dans son offre, ne sont pas conformes à cette exigence du cahier spécial des charges de telle sorte que cette offre est affectée d'une "irrégularité majeure, au sens des articles 1.17 et 1.18 des clauses administratives du cahier spécial des charges, ou substantielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques". Elle explique que le fait que les cloisons soient simplement posées et non fixées a pour conséquence que lesdites cloisons vont bouger tout le temps au gré des mouvements des personnes travaillant autour du *bench* et empiéter sur leur espace de travail et qu'il en résultera une atteinte à l'ergonomie et un inconfort notoire pour les travailleurs. Elle en déduit qu'en considérant l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM comme régulière, la partie adverse a commis également une erreur manifeste d'appréciation. À supposer qu'il s'agisse d'une

irrégularité mineure ou non-substantielle, elle considère qu'il convenait de constater cette irrégularité et de justifier ensuite pourquoi cette irrégularité pouvait être couverte et constate que l'acte attaqué est totalement muet sur cette question et manque gravement aux obligations découlant des lois imposant la motivation de la décision d'attribution.

Dans une deuxième branche, la requérante expose que l'acte attaqué viole le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qu'elle a proposé dans son offre des cloisons latérales qui se fixent et qui sont conformes aux exigences du cahier spécial des charges, que ce n'est pas le cas de la société anonyme VITRA BELGIUM dont les cloisons latérales sont simplement posées et non fixées et ne répondent pas aux exigences du cahier spécial des charges, mais dont l'offre a malgré tout été considérée comme régulière par la partie adverse. Elle estime que 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 de la clause technique 1.5. du cahier spécial des charges, prescription qui est essentielle, et souligne que, 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. Elle expose que, dès lors que le pouvoir adjudicateur a estimé utile d'exiger, dans son cahier spécial des charges, des cloisons latérales qui se fixent, il doit appliquer cette exigence à tous les soumissionnaires sous peine de violer le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Elle observe que tel n'a pas été le cas dans le présent marché et note que proposer une cloison qui se pose simplement a clairement une incidence sur le prix de la cloison qui a un prix de revient inférieur à une cloison qui peut se fixer et en déduit qu'outre le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, les principes d'impartialité, de transparence et de bonne administration ont également été violés.

Dans une troisième branche, la requérante expose que la décision d'attribution est totalement muette sur la question de la fixation et relève que le fait que les cloisons latérales ne se fixent pas n'est même pas repris dans les points négatifs concernant l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM. Elle souligne que le cahier spécial des charges fait nettement la distinction entre dérogation mineure ou dérogation majeure aux clauses techniques, que cette distinction n'est pas anodine dès lors qu'une dérogation majeure a pour conséquence la nullité de l'offre et qu'il revenait à la partie adverse d'expliquer, dans la décision motivée d'attribution, en quoi l'offre qui n'était pas conforme aux spécifications techniques était régulière. Elle observe enfin qu'il était prévu qu'une dérogation mineure entraîne une décote dans

l'appréciation de l'offre, que la société anonyme VITRA BELGIUM 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 cloisons de séparation non-fixables proposées dans son offre alors qu'une telle décote était clairement annoncée dans le cahier spécial des charges pour le deuxième critère d'attribution.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que la critique de la requérante ne porte que sur les écrans de séparation pour *benches* latéraux. Elle explique que si la requérante soutient que les écrans de séparation "shhout" ne sont pas "fixés" sur les *benches*, mais simplement "posés", cette affirmation est erronée puisqu'il ressort de l'offre que ces cloisons sont fixées sur les *benches*. Elle note que, dans la présentation de son mobilier, la société anonyme VITRA BELGIUM écrit, à propos des cloisons "shhout", "Constructie : - wand type Shhout met een dikte van 50 mm en voorzien van bevestigingsklemmen voor montage op individuele werkpost en bench type werkpost", ce qui traduit librement donne "Construction : - cloison de type Shhout d'une épaisseur de 50 mm et munies d'étaux de fixation pour le montage sur poste de travail individuel et sur poste de travail type bench" et relève que la fiche technique comprend les mêmes indications. Elle en conclut que les cloisons proposées sont bien munies d'étaux en vue de leur fixation sur les *benches* et que le deuxième moyen, en ses trois branches, manque en fait.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique qu'elle prend bonne note des explications données au sujet des fixations, mais souligne que, sur la photo dont elle dispose, l'écran latéral qui se trouve à gauche est manifestement posé et non fixé, ce qui serait évidemment interpellant.

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante se réfère intégralement à ses écrits de procédure.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse renvoie à ses écrits de procédure ainsi qu'au rapport de Monsieur l'Auditeur général adjoint.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Les clauses techniques du cahier spécial des charges précisent ce qui suit concernant les écrans de séparation pour *benches* :

" a) Description

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.

Type A : position centrale

Les écrans de séparation seront de type hyper acoustique et placés sur la longueur dans l'axe des *benches*, afin de séparer deux utilisateurs positionnés en face à face.

Ils seront soit emboîtés dans un rail prévu à cet effet, soit fixés au moyen de pinces, soit vissés au moyen d'équerres sous le plateau.

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

L'écran de séparation pourra ultérieurement être pourvu d'un rail d'accrochage porte accessoires (hors présent marché).

Type B : position latérale

Les écrans de séparation seront placés latéralement, entre les utilisateurs contigus.

Ils s'emboîteront dans la tablette par l'encoche prévue à cet effet ou par tout autre système de fixation facilement amovible sans dégradation du *bench*. Ils seront stables et permettront d'être déplacés aisément (...)"

Si l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM telle qu'elle figure au dossier administratif ne comprend que des photographies des écrans de séparation en position centrale (type A) sur lesquelles le dispositif de fixation est apparent et ne comporte donc aucune photographie, ni aucun schéma des écrans de séparation en position latérale (type B), la fiche technique précise sans qu'il ne soit fait de distinction entre les écrans de type A ou de type B :

" Constructie:

- Wand type Shhout met een dikte van 50 mm en voorzien van bevestigingsklemmen voor montage op individuele werkpost en bench type werkpost (...)"

Traduction libre :

- " Construction:
- cloison de type Shhout d'une épaisseur de 50 mm et munies d'étaux de fixation pour le montage sur poste de travail individuel et sur poste de travail type bench (...)"

L'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM prévoit donc bien un système de fixation pour les écrans de séparation tant en position centrale qu'en position latérale.

La photographie reproduite par la requérante dans sa requête et dont l'origine n'est pas plus amplement détaillée ne peut remettre en cause la précision ainsi apportée par la fiche technique figurant dans l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM.

Le second moyen manque, dès lors, en fait en ses trois branches.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un premier moyen de l'erreur manifeste d'appréciation, 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 techniques du cahier spécial des charges, 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^{er} 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 la violation des formes substantielles et de l'excès de pouvoir.

La requérante expose que les clauses techniques 1.5 et 1.6 du cahier spécial des charges imposent que les écrans et cloisons de séparation répondent à la classe A et qu'une attestation démontrant cette conformité soit jointe à l'offre. Elle

‡BGLSPDJBC-BDFEIV‡

observe que la qualité du confort acoustique a particulièrement retenu l'attention de la partie adverse lors de l'établissement du cahier spécial des charges. Elle souligne également que le cahier spécial des charges précise 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 termes de solidité, de confort, d'ergonomie et de respect de l'environnement et que seules des "dérogations mineures" sont acceptées et ne rendent pas nulle l'offre déposée tandis qu'une dérogation majeure aux clauses techniques emportera la nullité de l'offre.

Dans une première branche, la requérante expose que la partie adverse considère que les fournitures proposées sont conformes aux exigences acoustiques fixées par le cahier spécial des charges et qu'elles répondent aux exigences de la classe A en matière d'absorption acoustique alors qu'une telle affirmation est totalement inexacte et est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Elle fait valoir, tout d'abord, que la société anonyme VITRA BELGIUM, à la demande du pouvoir adjudicateur, a communiqué, le 14 juillet 2016, les "attestations" qui démontreraient que les écrans et cloisons de séparation proposés dans son offre (produit "shhout") répondent aux caractéristiques de la classe A, mais que le graphique repris dans ces attestations n'est en rien identique à celui du laboratoire SRL, fourni ultérieurement par SCREEN SOLUTIONS (fabricant des cloisons et écrans de séparation) au pouvoir adjudicateur. Elle explique que les essais réalisés par le laboratoire SRL sont exprimés en surface d'absorption par fréquence alors que le document commercial de SCREEN SOLUTIONS reprend un graphique exprimé en Alpha Sabine par fréquence. Après une comparaison et une conversion des unités, elle constate que les graphiques repris sur les documents commerciaux SCREEN SOLUTIONS sont erronés et ne démontrent en rien que les produits fournis seraient conformes aux exigences de la classe A.

Elle explique ensuite qu'après l'introduction de la demande de suspension, SCREEN SOLUTIONS a adressé à la partie adverse les résultats des tests en laboratoire réalisés par SRL, mais qu'à la différence des autres produits testés par SRL pour lesquels le laboratoire atteste de la catégorie acoustique du produit, il n'est nulle part attesté par SRL que le produit "shhout" relèverait de la classe A. Elle note qu'il ressort, en tout état de cause, du rapport du CEDIA, qui a pu analyser les documents de SCREEN SOLUTIONS et les tests du laboratoire SRL remis par SCREEN SOLUTIONS, que le produit "shhout" ne relève pas de la classe A mais de la classe C

et que c'est donc à tort que la partie adverse a considéré que les cloisons et écrans de séparation répondaient aux exigences du cahier spécial des charges qui spécifiait que ce matériel devait être en classe A.

Dans une deuxième branche, la requérante expose que, pour pouvoir être prise en considération, l'offre remise par un soumissionnaire doit être conforme aux exigences du cahier spécial des charge. Elle souligne que comme les écrans et cloisons de séparation ne sont pas conformes à la classe A mais à la classe C, l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM, pour le lot 1, est irrégulière et qu'une telle irrégularité ne peut qu'être considérée comme majeure au regard des articles 1.17 et 1.18 du cahier spécial des charges, ce qui entraîne la nullité de l'offre puisque le produit est substantiellement en-dessous des exigences fixées en matière d'indice d'absorption acoustique. Elle soutient que cette irrégularité doit également être considérée comme substantielle au regard de l'article 95, §3, de l'arrêté royal du 15 juin 2011 précité de telle sorte que cette offre est affectée d'une irrégularité substantielle et devait être frappée de nullité absolue.

À titre subsidiaire, elle demande la désignation d'un expert afin de déterminer si les cloisons et écrans de séparation proposés par la société anonyme VITRA BELGIUM dans son offre répondent ou non aux exigences de la classe A et du cahier spécial des charges en ce qui concerne l'absorption acoustique.

Dans une troisième branche, la requérante expose que les articles 1.5. et 1.6. du cahier spécial des charges imposent que le matériel soit conforme aux exigences de la classe A, mais également que le soumissionnaire joigne la preuve de cette conformité. Elle note que la société anonyme VITRA BELGIUM n'a pas joint, pour le lot 1, d'attestation selon laquelle le matériel proposé répondait aux exigences de la classe A et qu'il s'agit donc d'une autre irrégularité. Se référant à un arrêt n° 230.105 du 4 février 2015, elle considère que dès lors que la preuve de la conformité n'est pas rapportée, la conformité ne peut être tenue pour établie. Elle estime que le fait de proposer un matériel sans l'attestation exigée, constitue une irrégularité substantielle, car il s'agit d'une disposition essentielle du marché avec comme sanction, la nullité absolue de l'offre. À supposer cette irrégularité comme non-substantielle, elle constate qu'il revenait alors au pouvoir adjudicateur de prendre la décision d'écarter ou non cette offre non-conforme et que ce choix doit être formellement motivé dans la décision d'attribution. Elle relève que cette décision mentionne qu'aucune attestation n'est produite concernant l'indice d'absorption, mais que la société anonyme VITRA BELGIUM garantit y correspondre et que la décision

est donc muette sur le constat de l'irrégularité et sur les raisons éventuelles qui auraient pu conduire la partie adverse à considérer l'irrégularité, concernant la non-conformité aux exigences de la classe A, comme pouvant être couverte. Elle souligne que la communication, à la demande du pouvoir adjudicateur, des fiches commerciales au titre d'attestation, le 14 juillet 2016, est tardive.

Dans une quatrième branche, la requérante expose que l'acte attaqué viole le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, car dès lors que le pouvoir adjudicateur a estimé utile d'exiger une attestation de classe A, cette exigence doit s'appliquer à tous les soumissionnaires. Elle remarque que proposer une cloison hyper acoustique a clairement une incidence sur le prix de la cloison dès lors que celle-ci contient plus de matière qu'une cloison moins performante et qu'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, ce qui a pour conséquence de désavantager, sur le critère du prix, les soumissionnaires qui se sont conformés aux exigences du cahier spécial des charges sur le plan acoustique.

Dans une cinquième branche, la requérante expose que la décision d'attribution se lit comme suit : "Aucune attestation n'est produite concernant l'indice d'absorption mais Vitra garantit y correspondre". Elle estime que la motivation de l'acte attaqué est particulièrement lacunaire et qu'il ne justifie en rien les raisons qui ont amené son auteur à considérer que les dérogations étaient mineures au regard des spécifications techniques fixées concernant le niveau de performance acoustique des cloisons et des écrans. Elle constate qu'il revenait à la partie adverse d'expliquer, dans la décision motivée d'attribution, en quoi cette offre, qui n'était pas conforme aux spécifications techniques fixées par le cahier spécial des charges, était régulière, mais que pas un mot n'est consacré à cette question essentielle. Elle relève enfin qu'il était prévu qu'une dérogation mineure entraîne une décote dans l'appréciation de l'offre et que la société anonyme VITRA BELGIUM 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.

B. Mémoire en réponse

À la première branche, la partie adverse répond que la requérante s'efforce de démontrer que les cloisons ne répondraient pas, dans les faits, à la classe acoustique

A et qu'à supposer que cela soit le cas, et donc que l'attestation produite par la société anonyme VITRA BELGIUM ne correspondait pas aux caractéristiques acoustiques réelles des cloisons, l'acte attaqué reposerait le cas échéant sur une situation factuelle erronée. Elle constate que la requérante n'en démontrerait pas pour autant une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur et que la question qui se pose – au regard des principes et dispositions dont la requérante invoque la violation dans son moyen – est de savoir si ACTIRIS, au moment d'adopter l'acte attaqué, pouvait raisonnablement estimer que les cloisons relèvent de la classe acoustique A. Elle observe qu'au moment d'adopter l'acte attaqué, elle disposait de deux informations, étant, la première, que la société anonyme VITRA BELGIUM avait attesté, dans son offre, que le mobilier proposé répondait aux exigences acoustiques du cahier des charges, en précisant les valeurs d'absorption, indication qui peut être considérée comme une "attestation"; la seconde que, le 14 juillet 2016 (soit toujours avant l'adoption de l'acte attaqué), ce soumissionnaire a communiqué la fiche du produit "shhout" ainsi qu'une attestation du fabricant relative à la performance acoustique, attestation qui reprend dans un tableau et sur un diagramme les coefficients d'absorption de tous les produits de SCREEN SOLUTIONS, y compris le produit "shhout". Au regard de ces éléments, elle avance avoir raisonnablement pu décider, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que les cloisons répondent effectivement à la classe acoustique A. Elle considère qu'*a fortiori*, dès lors que le cahier des charges précisait le moyen de preuve des performances acoustiques (une "attestation") et que la société anonyme VITRA BELGIUM avait fourni une telle attestation, elle aurait violé le principe *patere legem* si elle avait considéré que les cloisons ne répondaient pas aux exigences acoustiques. À titre surabondant – dès lors que le moyen n'invoque pas la violation du principe de motivation interne –, elle expose que l'acte attaqué ne repose sur aucune erreur de fait, car les cloisons répondent effectivement à la classe acoustique A et que c'est à tort que la requérante affirme que l'interprétation par SCREEN SOLUTIONS des résultats des tests du laboratoire SRL conduit à des valeurs d'absorption deux fois supérieures. Elle se réfère à l'explication du fabricant des cloisons en réaction au rapport du CEDIA commandé par la requérante ainsi qu'à la réaction de la société anonyme VITRA BELGIUM en date du 23 août 2016 dont il ressort que les graphiques repris sur les documents fournis le 14 juillet 2016 par SCREEN SOLUTIONS ne sont pas erronés et qu'il est, en outre, normal que les tests du laboratoire SRL ne fassent pas mention de la classe acoustique du produit "shhout", alors qu'ils le font pour d'autres produits puisque, comme expliqué par SCREEN SOLUTIONS, les performances acoustiques des objets entiers (comme le produit "shhout"), ne s'expriment en principe pas au moyen de la classification A, B, C,... de telle sorte que SCREEN SOLUTIONS a

converti les valeurs obtenues par le laboratoire SRL en vue de s'inscrire dans cette classification. Elle souligne enfin que, depuis l'introduction de la présente affaire, le fabricant des cloisons a fait réaliser de nouveaux tests de ses cloisons et qu'il en ressort que contrairement aux conclusions du rapport du CEDIA produit par la requérante, le produit "shhout" répond bien à la classe acoustique A.

À la deuxième branche, la partie adverse répond que la critique de la requérante repose sur un postulat erroné, à savoir que le mobilier proposé ne rencontrerait pas les exigences acoustiques du cahier des charges alors que c'est bien le cas puisque tant l'offre que l'attestation acoustique transmise le 14 juillet 2016, établissent que les cloisons répondent à la classe acoustique A. Elle estime que sur la base de ces documents dont elle avait connaissance au moment de la rédaction de l'acte attaqué, elle a pu considérer que l'offre n'est affectée d'aucune non-conformité technique et souligne que les nouveaux tests que le constructeur des cloisons a fait réaliser après l'introduction de la présente affaire confirment, une nouvelle fois, que les cloisons rencontrent la norme acoustique A. Elle considère que le débat relatif au caractère mineur ou majeur d'une dérogation ou au caractère substantiel ou non d'une irrégularité n'a donc pas lieu d'être. Surabondamment, à supposer que les cloisons proposées appartiennent à la classe acoustique C et non A, elle avance qu'une telle dérogation ne pourrait pas être considérée comme majeure ou touchant à une disposition essentielle. En ce qui concerne la désignation d'un expert, elle juge que cette demande n'est pas pertinente, car le moyen n'est pas pris de l'erreur de fait, mais de l'erreur manifeste d'appréciation et qu'il ne s'agit donc pas de faire expertiser les cloisons litigieuses pour déterminer à quelle classe elles appartiennent, mais de déterminer si la partie adverse, au moment d'adopter l'acte attaqué, et sur la base des informations dont elle disposait, pouvait raisonnablement estimer que cette exigence acoustique était rencontrée. Elle soutient que la désignation d'un expert viderait de son sens la notion d'erreur manifeste d'appréciation conduisant le Conseil d'État à exercer un contrôle qui n'aurait plus rien de marginal.

À la troisième branche, la partie adverse répond que la branche est irrecevable à défaut d'intérêt et, en toute hypothèse, non fondée et souligne que, dans son arrêt sur la demande de suspension, le Conseil d'État a jugé qu'ACTIRIS avait pu considérer qu'une attestation acoustique était jointe à l'offre. A propos de l'absence d'intérêt, elle rappelle qu'un requérant n'est recevable à invoquer une irrégularité que lorsque celle-ci lèse ses intérêts et que l'illégalité invoquée par un requérant doit à la fois avoir une influence sur le sens de la décision prise et causer grief. Elle constate que l'offre est conforme aux normes acoustiques exigées par le cahier des charges,

comme il résulte de l'examen des première et deuxième branches du moyen et que, dès lors que cette offre n'emporte en fait aucune dérogation aux prescriptions acoustiques du cahier des charges, l'absence prétendue d'une "attestation" relative au respect de ces prescriptions ne cause aucun grief à la requérante. Elle observe également qu'en l'espèce, outre que le marché est déjà partiellement exécuté, la requérante ne retirerait aucun avantage d'une annulation fondée sur la troisième branche du moyen, car la partie adverse pourrait adopter une décision qui va dans le même sens que celle qui est présentement attaquée, mais en prenant cette fois en considération l'attestation communiquée le 14 juillet 2016 de telle sorte que la requérante ne retirerait aucun avantage de l'annulation qu'elle sollicite. Sur le fond de la branche, la partie adverse souligne que le cahier des charges du présent marché est rédigé différemment de celui qui était applicable au marché ayant donné lieu à l'arrêt n° 230.105 du 4 février 2015 puisque, d'une part, le cahier des charges laisse en l'espèce une marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur en vue de considérer une dérogation comme "mineure" ou "majeure" et que, d'autre part, le cahier des charges applicable au présent marché ne prévoit que la production d'une "attestation", sans autre précision, et que cette attestation doit porter sur des caractéristiques techniques qui n'ont pas été imposées sous peine d'irrégularité de l'offre. Elle soutient que l'indication dans l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM peut être qualifiée d'"attestation" au sens du cahier spécial des charges de sorte que cette offre n'est affectée d'aucune irrégularité. Elle en déduit que c'est par conséquent par erreur que le rapport d'attribution mentionne qu'"aucune attestation n'est produite concernant l'indice d'absorption". À supposer que les termes de l'offre ne suffisent pas, elle avance que cette indication est confirmée par les documents transmis le 14 juillet 2016 qui attestent bien que le fabricant des écrans de séparation pour *benches* et des cloisons de séparation latérale a procédé aux tests d'absorption acoustique suivant les méthodes de mesurage EN ISO 354 et EN ISO 11654, comme exigé par le cahier spécial des charges et que le produit "shhout" répond à la classe acoustique A. Elle se réfère à l'arrêt du Conseil d'État rendu dans le cadre de la demande de suspension dont il ressort que les documents communiqués le 14 juillet 2016 – c'est-à-dire après l'ouverture des offres en réponse à la demande d'ACTIRIS – auraient parfaitement pu et dû être pris en considération conformément à l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Elle explique que les conditions définies par la Cour de Justice de l'Union Européenne pour qu'un pouvoir adjudicateur puisse demander à un soumissionnaire une précision ou une clarification de son offre lorsque se pose une question de régularité sont rencontrées puisque :

- dans son offre, la société anonyme VITRA BELGIUM fait à deux reprises référence à un document intitulé "Absorption ratings for SCREEN

SOLUTIONS products" tout en attestant que le mobilier qu'elle propose répond aux exigences du cahier spécial des charges de telle sorte que c'est à l'évidence à la suite d'une erreur matérielle que ce document n'a pas été joint à l'offre pour le lot 1,

- les documents transmis le 14 juillet 2016 n'emportent aucune modification de l'offre de ce soumissionnaire : ni les caractéristiques du mobilier proposé, ni son prix n'ont changé,
- le cahier spécial des charges ne prévoit pas que l'attestation acoustique doit être jointe à l'offre à peine de nullité de celle-ci mais mentionne uniquement, entre parenthèses, "Attestation à joindre à l'offre",
- le complément d'information porte sur un élément qui existait objectivement déjà au jour du dépôt des offres dès lors que ce soumissionnaire avait déjà garanti, dans son offre, que le mobilier proposé répondait aux exigences acoustiques du cahier spécial des charges, en précisant par ailleurs les valeurs d'absorption et que ce document a bien été joint dans le cadre du lot 3 (armoires),
- la fiche du produit "shhout" communiquée le 14 juillet 2016 en même temps que l'attestation d'absorption mentionne également la courbe d'absorption de ce produit; cette fiche produit est librement accessible sur Internet; même si ce document n'avait pas été transmis, le pouvoir adjudicateur aurait donc pu le consulter par lui-même,
- il ressort des propriétés de l'attestation transmise le 14 juillet 2016 que ce fichier a été créé par SCREEN SOLUTIONS le 5 novembre 2014,
- à titre surabondant, suite à l'introduction du recours, la société anonyme VITRA BELGIUM a communiqué à ACTIRIS l'analyse complète obtenue par le fabricant des cloisons SCREEN SOLUTIONS auprès du laboratoire indépendant SOUND RESEARCH LABORATORIES (SRL), analyse datée du 27 mai 2014 et qui sous-tend les données mentionnées dans l'offre et détaillées dans l'attestation acoustique.

Elle en conclut qu'il est amplement démontré que les données acoustiques consignées dans ces documents sont antérieures à la remise des offres et constituent un fait objectif que la société anonyme VITRA BELGIUM n'a matériellement pas pu altérer ou influencer, ni avant, ni après l'ouverture des offres.

À la quatrième branche, la partie adverse répond que la critique manque, tout d'abord, en fait dès lors que le mobilier proposé rencontre effectivement les exigences des clauses techniques 1.5 et 1.6 du cahier des charges. Elle estime qu'il a

‡BGLSPDJBC-BDFEIFV‡

été démontré que les spécifications techniques concernées ne présentent pas un caractère essentiel et que la présence et le contenu de l'attestation acoustique ont été appréciés de la même manière chez tous les soumissionnaires. Elle souligne que la société anonyme VITRA BELGIUM n'a pas bénéficié d'une dispense dont n'auraient le cas échéant pas joui les autres soumissionnaires. Elle soutient, pour le surplus, qu'en tant que la requérante se prévaut d'une violation des principes d'impartialité, de transparence et de bonne administration, le moyen est irrecevable à défaut pour la requérante d'indiquer en quoi ces principes seraient méconnus.

À la cinquième branche, la partie adverse répond que l'acte attaqué mentionne que les cloisons "répondent à la classe acoustique A" mais précise qu' "aucune attestation n'est produite concernant l'indice d'absorption mais Vitra garantit y correspondre". Elle explique qu'il ressort de cette motivation qu'elle a estimé que l'offre ne comportait aucune dérogation aux exigences acoustiques du cahier des charges dès lors que le soumissionnaire garantissait dès son offre du 6 juin 2016 répondre à la classe acoustique A. Elle en déduit qu'il ne lui appartenait donc pas de justifier du caractère majeur ou mineur d'une quelconque non-conformité de l'offre et rappelle que les offres déposées dans le cadre d'une procédure de marché public sont présumées régulières sauf décision contraire et dûment motivée du pouvoir adjudicateur. Elle souligne que lorsque le pouvoir adjudicateur ne détecte pas de cause d'irrégularité d'une offre, il ne doit pas motiver explicitement dans la décision d'attribution les raisons pour lesquelles cette offre est régulière et qu'il ressort à suffisance de la décision d'attribution qu'elle a procédé au contrôle de la régularité matériel des offres puisqu'elle a effectivement vérifié si les offres répondaient aux exigences techniques (et notamment acoustiques) du cahier spécial des charges.

Pour le surplus, elle observe qu'elle a bel et bien tenu compte d'une décote pour l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM du fait de l'absence d'attestation acoustique, car cette offre obtient 21/30 pour le critère technique alors que l'absence d'attestation acoustique est le seul point faible relevé par la partie adverse, de sorte qu'il entraîne la perte des 9 points sur ce critère.

C. Mémoire en réplique

En ce qui concerne la première branche, la requérante réplique qu'il ressort du développement de la première branche du moyen que celle-ci vise l'inexactitude des motifs, en ce que l'acte attaqué affirme que le matériel serait conforme à la classe A et l'erreur manifeste d'appréciation. Elle souligne que cette

branche critique également la motivation de l'acte attaqué et l'exactitude de l'affirmation selon laquelle les cloisons répondraient à la classe acoustique A. Elle rappelle également que la motivation formelle impose deux exigences distinctes, étant que la motivation figure dans l'acte et que la motivation exprimée soit adéquate, qu'en invoquant la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dans son moyen et en affirmant, à deux reprises, au début et à la fin de la première branche du moyen, que l'affirmation, contenue dans l'acte attaqué, selon laquelle les cloisons répondent à la classe acoustique A est inexacte, elle a valablement critiqué et remis en cause la motivation interne de l'acte attaqué. Elle soutient qu'en affirmant que les écrans et cloisons litigieux répondent aux exigences acoustiques de la classe A, l'acte attaqué repose sur un motif inexact. Elle considère, en outre, que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, car le pouvoir adjudicateur disposait bien de la fiche commerciale du produit "shhout" qui montre une courbe qui atteint un taux d'absorption de 2 alors que 1,2 ou 1,3 est la valeur maximale des alpha sabine de telle sorte qu'une tel résultat est évidemment impossible à obtenir, ce que démontrera ensuite le test réalisé sur le même produit par le laboratoire SRL. Elle avance qu'il était ainsi évident, pour une personne normalement informée, que les coefficients d'absorption indiqués dans le graphique fourni étaient faux ou, en tout état de cause, que les résultats obtenus étaient non conformes à la norme ISO 354, conformité pourtant exigée par le cahier spécial des charges. Elle relève encore qu'il est singulier de la part de la partie adverse d'affirmer dans son mémoire en réponse que la performance acoustique des objets comme le produit "shhout" ne s'exprimeraient en principe pas au moyen de la classification A, B, C... alors que c'est la partie adverse qui a imposé dans son cahier spécial des charges aux soumissionnaires de démontrer que les écrans et cloisons proposés dans leur offre répondent aux exigences de la classe A et qu'il n'est pas crédible de venir soutenir ensuite dans les écrits de procédure, pour les besoins de la cause, que cette classification ne serait pas pertinente. Elle n'aperçoit pas pourquoi tous les objets testés par SRL ont bien fait l'objet d'une classification à l'exception des écrans et cloisons et juge qu'il est intéressant de constater que la partie adverse admet que les valeurs d'absorption renseignées dans le graphique de la fiche commerciale ne sont pas celles d'un test en laboratoire, mais celles "calculées" par SCREEN SOLUTIONS elle-même sur base des tests du laboratoire SRL "en vue de s'inscrire dans cette classification", ce qui en dit long sur l'absence totale de rigueur qui a présidé à la conception de la fiche commerciale et du graphique représenté.

Elle observe que la partie adverse dépose un nouveau rapport daté du 22 novembre 2016, qu'il s'agit du troisième document relatif à la performance

acoustique du produit "shhout", après le graphique de la fiche commerciale du produit et le test par le laboratoire SRL et que ce document indique des valeurs d'absorption acoustique différentes des deux autres documents précités, ce qui en dit encore long sur les incertitudes qui pèsent sur les réelles performances acoustiques des cloisons et écrans litigieux mais surtout démontre que le graphique de la fiche commerciale du produit "shhout", dont les valeurs n'ont jamais pu être reproduites dans les autres tests, renseigne des valeurs d'absorption acoustiques erronées.

Elle observe que le produit testé dans le rapport du 22 avril 2016 n'est pas le même que celui ayant fait l'objet de l'offre puisqu'il ressort de la fiche commerciale et de l'offre, que le produit "shhout" a une épaisseur de 50 mm alors que le produit testé a une épaisseur de 70mm, ce qui est de nature à remettre fondamentalement en cause les résultats obtenus lors de ce dernier test dès lors qu'il concerne un autre produit que celui proposé à la partie adverse et que le produit testé, faisant l'objet du rapport du 22 novembre 2016, étant plus épais, est évidemment plus performant sur le plan de l'absorption acoustique que celui proposé dans l'offre. Elle formule trois autres remarques mettant sérieusement en doute ce dernier rapport :

- le produit testé faisant l'objet du rapport du 22 novembre 2016 contient, comme matière isolante de la laine de roche (*rockwool*) alors que le cahier spécial des charges imposait de la "mousse acoustique absorbante"; il appartient, selon elle, au Conseil d'État de vérifier si le produit proposé dans l'offre était ou non identique au produit testé le 22 novembre 2016 et s'il contenait de la laine de roche ou de la mousse absorbante; dans la fiche commerciale, il est affirmé que les cloisons sont "épinglables" alors que la laine de roche n'est pas un matériau qui permet d'être épinglé;
- il ressort de l'examen du rapport du 22 novembre 2016 que les produits testés l'ont été en position couchée, à même le sol; cette méthode de test est contestable, car, dans cette configuration, l'onde sonore est atténuée deux fois par la mousse acoustique, ce qui donne un coefficient d'absorption acoustique plus performant;
- il ressort du cahier spécial des charges que celui-ci impose, pour les écrans et cloisons, "une âme pleine" alors qu'il ressort de l'examen du rapport du 22 novembre 2016 que les produits testés n'ont pas une âme pleine comme exigée par le cahier spécial des charges : il s'agit d'un simple cadre de bois sur les extrémités de la surface de la cloison avec de la laine de roche à l'intérieur.

Elle en déduit que ce rapport ne démontre donc en rien que le produit "shhout" relèverait de la classe A et constate d'ailleurs que le site internet de SCREEN

SOLUTIONS mentionne qu'il relève de la classe B.

En ce qui concerne la deuxième branche, la requérante réplique que, dès lors qu'il n'est absolument pas établi que le produit "shhout" relève de la classe A, c'est à tort que la partie adverse affirme dans son mémoire en réponse que la critique reposerait sur un postulat erroné. Elle souligne que le produit proposé est substantiellement en-dessous des exigences fixées par le cahier spécial des charges en matière d'indice d'absorption acoustique et qu'il s'agit d'une irrégularité substantielle. Elle estime surprenant de voir la partie adverse minimiser l'importance du confort acoustique des écrans et cloisons de séparation alors que le cahier spécial des charges, en exigeant des cloisons hyper acoustiques et qui relèvent de la classe A, montre toute l'attention qui a été portée par le pouvoir adjudicateur à ces éléments. Elle indique que si le cahier spécial des charges n'impose pas une certification en laboratoire, il est clair que la détermination de la performance acoustique et de la classe acoustique ne peut être renseignée qu'après un tel test, qu'un fabricant ou un soumissionnaire n'est pas en mesure de le déterminer et que la partie adverse n'a toujours pas démontré que le produit "shhout" a été testé par un laboratoire et que celui-ci a considéré qu'il répondait aux caractéristiques de la classe A. Enfin, elle explique que c'est à tort que la partie adverse affirme que la demande de désignation d'un expert ne serait pas pertinente car la première branche du moyen est prise de l'inexactitude des motifs en ce que l'acte attaqué affirme que les écrans et produits proposés seraient conformes à la classe A et de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle constate, en tout état de cause, que la deuxième branche du moyen, en ce qu'elle postule que l'irrégularité commise est majeure et/ou substantielle, peut justifier à elle seule la demande de désignation d'un expert dès lors qu'il est évident que si le produit "shhout" relève bien de la classe C, et non de la classe A, il y aurait une dérogation majeure aux exigences du cahier spécial des charges.

À la troisième branche, la requérante réplique que tant la société anonyme VITRA BELGIUM que la partie adverse n'ont pas encore réussi à démontrer que les écrans et cloisons répondaient aux exigences de la classe A et qu'il ne peut donc certainement pas être soutenu que l'offre n'emporterait aucune dérogation aux prescriptions acoustiques du cahier spécial des charges et que l'absence de l'attestation relative au respect de ces prescriptions ne lui causerait aucun grief. Elle rappelle que l'attestation exigée par le cahier spécial des charges n'était pas jointe à l'offre et qu'elle a été fournie ultérieurement et tardivement. Elle précise que c'est sans pertinence que la partie adverse se réfère à l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, car cette disposition

concerne la rectification des erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles, ce qui est une hypothèse étrangère au cas d'espèce. Elle rappelle que le paragraphe 4 de cette disposition vise à apporter des explications sur ce qui figure déjà dans l'offre et que joindre cette attestation ultérieurement, ce n'est pas donner des explications ou lever une ambiguïté, c'est régulariser une irrégularité. Elle avance qu'à supposer que des documents manquants puissent être communiqués, ceux-ci doivent être déposés avant la comparaison des offres, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En tout état de cause et à supposer cette irrégularité comme non-substantielle, elle expose qu'il revenait alors au pouvoir adjudicateur de prendre la décision d'écarter ou non cette offre non-conforme et de motiver formellement ce choix dans la décision d'attribution.

À la quatrième branche, la requérante réplique que le graphique communiqué le 14 juillet 2016 contient des coefficients d'absorption totalement faux, avec des valeurs maximum qui ne peuvent pas être atteintes et que la fiche des tests réalisés par le laboratoire SRL démontre que le produit "shhout" n'a pas été certifié comme relevant de la classe A. Elle observe que le rapport du 22 novembre 2016 concerne un autre produit, avec d'autres caractéristiques, que celui proposé dans l'offre. Elle estime que, dans ces conditions, c'est à juste titre qu'elle affirme que 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 et souligne qu'elle a produit l'attestation de classe A demandée en la joignant à son offre et en proposant des écrans et cloisons qui répondent aux exigences de cette classe, se conformant ainsi aux exigences du cahier spécial des charges alors que ce n'est pas le cas de la société VITRA BELGIUM dont le matériel ne répond pas aux exigences de la classe A mais dont l'offre a malgré tout été considérée comme régulière.

En ce qui concerne la cinquième branche du moyen, la requérante réplique que c'est évidemment à tort que la partie adverse se défend en affirmant qu'elle a examiné la régularité des offres et que, celles-ci étant toutes régulières, elle pouvait se contenter d'une motivation sommaire. Elle souligne que la partie adverse n'a nullement démontré que les écrans et cloisons répondaient aux exigences de la classe A et que c'est donc en se basant sur un postulat erroné que la partie adverse tente de défendre la légalité de l'acte attaqué. Elle fait valoir que dès lors que les écrans et cloisons n'étaient pas conformes aux exigences du cahier spécial des charges mais que ces dérogations étaient considérées comme mineures par la partie adverse, il lui incombait d'expliquer en quoi l'offre qui n'était pas conforme aux spécifications

techniques était régulière. Concernant la décote, si la partie adverse affirme qu'elle en a bien tenu compte, cela signifie qu'elle admet que les écrans et cloisons n'étaient pas conformes alors que, dans le cadre des autres branches du moyen, elle soutient, pour sa défense, que les écrans et cloisons relèvent de la classe A et sont parfaitement conformes aux exigences du cahier spécial des charges. Elle remarque ensuite que les explications concernant la décote fournies dans le mémoire en réponse sont des explications *a posteriori* dont il n'est pas possible de vérifier le bien-fondé dans le dossier administratif et que ces explications, dès lors qu'elles ne sont pas dans l'acte attaqué mais seulement dans le mémoire en réponse, doivent être écartées conformément à une jurisprudence constante sur ce point.

D. Dernier mémoire de la requérante

En ce qui concerne les troisième, quatrième et cinquième branches du moyen, la requérante observe que si le cahier spécial des charges n'impose pas des tests effectués dans un ou des laboratoires ou que l'attestation émane d'un tiers, il est certain que la détermination de la performance acoustique et de la classe acoustique ne peut être renseignée qu'après un test en laboratoire, car un fabricant ou un soumissionnaire n'est pas en mesure de le déterminer, ce qui signifie que le recours à un laboratoire est, sur le plan technique, implicitement obligé. Elle remarque qu'il est douteux que le graphique reproduit par SCREEN SOLUTIONS sur sa fiche commerciale résulte d'un test en laboratoire, les valeurs atteintes étant tout à fait impossibles et constate que c'est sur cette fiche et ce graphique erroné que la partie adverse s'est basée pour prendre sa décision. Elle insiste également sur le fait que cette fiche et ce graphique sont basés, selon SCREEN SOLUTIONS, sur les résultats des tests en laboratoire réalisés par SRL et qu'il n'est pas attesté sur la *data-sheet* relative au produit "shhout" que ce produit relèverait de la classe A. Elle note que si une attestation est un acte par lequel une personne atteste l'existence, la réalité d'un fait, cela signifie que le contenu de ladite attestation doit correspondre à une réalité et être exacte, mais que tel n'est pas le cas en l'espèce : le graphique reproduit par SCREEN SOLUTIONS sur sa fiche commerciale comporte des valeurs fantaisistes puisque les valeurs atteignent un coefficient d'absorption de 2 alors que les valeurs maximum sont de 1,2. Elle en conclut que l'attestation remise, en ce qu'elle affirme que le produit "shhout" relève de la classe A, est inexacte. Elle relève que les enseignements de l'arrêt n° 230.105 du 4 février 2015 sont transposables au cas d'espèce en ce qu'il affirme que si la preuve de la conformité n'est pas apportée, celle-ci ne peut être établie, ce qui signifie qu'à défaut d'avoir joint l'attestation, il ne peut être tenu pour établi que le produit "shhout" relèverait de la classe A. Enfin, elle insiste sur le fait que

quand bien même il faudrait conclure qu'il y avait bien dans l'offre une attestation-déclaration et un document de SCREEN SOLUTIONS relatif à la classification du "shhout" en classe A, en tenant compte des documents joints à l'offre pour le lot n° 3, cette attestation, qui comprend un graphique aux valeurs fantaisistes, n'atteste en rien que le produit "shhout" relèverait de la classe A de telle sorte que l'offre pour le lot n°1 est bien irrégulière et ce d'autant plus que, selon le rapport du CEDIA, le produit relève de la classe C et non de la classe A.

En ce qui concerne les deux premières branches du moyen, la requérante soutient que la partie adverse a bien commis une erreur manifeste d'appréciation sur base des documents en sa possession au moment d'adopter l'acte attaqué en affirmant que les écrans et cloisons répondaient bien aux exigences acoustiques de la classe A puisque la partie adverse disposait de la fiche commerciale du produit "shhout" communiquée le 14 juillet 2016 qui comporte un graphique avec les coefficients d'absorption montrant une courbe qui atteint un taux d'absorption de 2 alors que 1,2 ou 1,3 est la valeur maximale des alpha sabine, soit un résultat impossible à obtenir. Elle relève que ces chiffres, concernant les valeurs maximales des taux d'absorption, constituent le "b.a.-ba" en matière de performance acoustique et ne requièrent pas les connaissances pointues d'un ingénieur acousticien et que ces données sont largement diffusées dans des ouvrages de base sur l'acoustique ou sur Internet dont elle cite des extraits. Elle expose que le fait que la partie adverse avait connaissance de ce diagramme et de ses valeurs fantaisistes au moment d'adopter sa décision démontre que celle-ci a bien commis une erreur manifeste d'appréciation en affirmant que les écrans et cloisons étaient conformes alors que tout pouvoir adjudicateur normalement prudent et avisé aurait, à tous le moins, face à un graphique annonçant de telles valeurs impossibles à atteindre, demandé des informations complémentaires au soumissionnaire ou au fabricant. Elle avance qu'il était ainsi évident pour toute personne ayant un minimum de connaissance sur le sujet que les indices d'absorption indiqués dans le graphique étaient deux fois plus élevés que les indices réels parce qu'ils n'avaient pas été divisés par deux comme l'impose pourtant la norme ISO 354 et qu'une personne normalement informée pouvait aisément s'apercevoir, sans être un spécialiste en acoustique, que les coefficients d'absorption indiqués dans le graphique fourni étaient faux ou, en tout état de cause, que les résultats obtenus étaient non conformes à la norme ISO 354, conformité pourtant exigée par le cahier spécial des charges. Elle ajoute qu'à partir du moment où le pouvoir adjudicateur exige dans son cahier spécial des charges que les fournitures proposées relèvent de la classe acoustique A, cela démontre un minimum de connaissances en matière de performance acoustique dans le chef du pouvoir adjudicateur mais, surtout, cela

implique, dans le chef du pouvoir adjudicateur, l'obligation d'être en mesure de comprendre les attestations et graphiques remis par les soumissionnaires dans le cadre de leurs offres et expose qu'à défaut, le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'examiner valablement les offres et de vérifier si le matériel proposé est conforme ou non aux exigences du cahier spécial des charges.

S'agissant de l'inexactitude de la motivation formelle, la requérante souhaite la désignation d'un expert et propose, comme elle l'y a été invité par le rapport de Monsieur l'Auditeur général adjoint, le nom de trois experts. Elle propose également le descriptif de la mission qui devrait lui être confiée.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

En ce qui concerne les troisième, quatrième et cinquième branches du moyen, la partie adverse observe ce qui suit :

- " (...) La partie requérante reconnaît qu'aucune forme particulière d'attestation n'était imposée par les documents du marché. Elle semble également reconnaître qu'une attestation était jointe à l'offre de VITRA (cf. p. 3 de son dernier mémoire, point 2.1, où elle se réfère à l'"attestation remise"), mais que cette attestation est inexacte.
- (...) Ce faisant, la partie requérante confond les deux volets que Monsieur l'auditeur a invité à distinguer :
- a) dans le cadre des branches 3 à 5 du moyen, l'on s'interroge sur le mode de preuve des performances acoustiques. Il n'est à cet égard pas contestable – ni sérieusement contesté – que le cahier des charges imposait uniquement de joindre une "attestation", de sorte qu'une "attestation-déclaration" du soumissionnaire était suffisante, laquelle a en l'espèce été doublée d'une attestation d'un tiers, SCREEN SOLUTIONS. La circonstance que les attestations produites ne reposeraient le cas échéant pas sur une analyse de laboratoire, ou reproduiraient des données prétendument erronées, n'est pas pertinente en vue de juger de la régularité formelle du mode de preuve mobilisé par VITRA;
 - b) dans le cadre des branches 1 et 2 du moyen, l'on s'interroge sur l'existence d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation ou d'une erreur de fait liées à l'*exactitude* des attestations produites par VITRA. Les arguments soulevés par la partie requérante dans son dernier mémoire (graphique prétendument irréaliste, validité des tests de laboratoire, etc.) ont en réalité trait à cet aspect, de sorte qu'il est renvoyé à la discussion des branches 1 et 2 ci-dessous".

En ce qui concerne les première et deuxième branches du moyen, la partie adverse estime qu'on ne peut pas sérieusement affirmer que les arguments techniques que la requérante avance auraient pu être anticipés par tout pouvoir adjudicateur normalement informé. Elle souligne que son argumentaire est d'ailleurs contradictoire puisque, d'une part, elle affirme que la détermination de la performance acoustique et de la classe acoustique ne peut être renseignée qu'après un test en laboratoire et que,

d'autre part, elle soutient que la partie adverse aurait, quant à elle, dû s'apercevoir que les cloisons ne rencontrent pas la norme d'absorption de classe A, et que les graphiques et les déclarations sont incorrects. Elle observe que si la requérante prétend que la valeur maximale des alpha sabine est une information largement diffusée dans des ouvrages de base sur l'acoustique et publiquement disponible sur internet, les deux sources qu'elle cite font état de coefficients d'absorption compris entre 0 et 1, tandis que la requérante présente comme une évidence le fait que la valeur maximale des alpha sabine est de 1,2 ou 1,3. Elle en déduit que, dans ces conditions, on peut difficilement qualifier les informations disponibles sur internet de "b.a.-ba" de la performance acoustique et lui reprocher de ne pas avoir tiré profit de ces informations dans le cadre de l'examen des offres.

Elle avance qu'en réalité, les arguments discutés dans le cadre de la présente affaire, appuyés ou contredits par pas moins de 3 rapports d'expertise, illustrent des "flottements" qui doivent conduire à reconnaître une marge d'appréciation dans l'examen de la régularité technique d'un des multiples aspects du matériel proposé et soutient qu'en égard à ce pouvoir d'appréciation – encadré par le cahier des charges et par les pièces jointes à leur offre par les soumissionnaires – aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être décelée et ce d'autant plus que, contrairement à ce que prétend la requérante, elle n'avait aucune obligation d'être capable de vérifier elle-même la conformité du matériel à l'exigence d'une classe acoustique A. Elle observe que c'est précisément parce que le pouvoir adjudicateur est dans l'incapacité de procéder lui-même à ce genre d'analyses qu'il peut valablement imposer la fourniture d'attestations aux soumissionnaires et qu'il ne commet pas d'erreur manifeste en fondant sa décision sur les attestations produites. Elle explique qu'imposer au pouvoir adjudicateur d'être capable de vérifier (et le cas échéant de contredire) le contenu des attestations fournies (avec tous les risques de recours de la part du soumissionnaire qui verrait son offre ainsi écartée), reviendrait à contraindre les autorités à acquérir une expertise technique dans les innombrables domaines concernés par les marchés publics et à faire procéder à des analyses de laboratoire avant l'attribution des marchés, ce qui n'est à l'évidence ni raisonnable, ni possible, ni même souhaitable. Elle en conclut que sur la base des éléments dont elle disposait au moment d'adopter l'acte attaqué, elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que les cloisons proposées répondent à la classe d'absorption A.

S'agissant ensuite de la motivation matérielle de l'acte, la partie adverse rappelle que l'acte attaqué, comme tout acte administratif, bénéficie d'une

présomption de légalité (présomption sans doute renforcée par le rejet du recours dirigé contre cet acte pendant la période de *standstill*) et que lorsque, comme en l'espèce, un dossier administratif complet a été déposé par la partie adverse, c'est à la partie requérante qu'il revient de démontrer l'existence d'une erreur de fait. Elle considère qu'en l'espèce, la requérante n'apporte pas cette preuve puisqu'elle se contente de mettre en doute les performances acoustiques des cloisons, et comme cette accusation est invérifiable, de solliciter une expertise. Elle estime que ce faisant, la requérante n'a pas renversé la présomption de légalité qui s'attache à l'acte attaqué, ce qui suffit à rejeter le moyen.

Par ailleurs, la partie adverse note que, dans le contexte du contentieux objectif, l'appréciation d'une éventuelle erreur de fait doit être réalisée à la lumière des éléments dont l'autorité administrative disposait effectivement et des éléments dont l'autorité aurait dû disposer au moment d'adopter l'acte attaqué et souligne qu'à partir du moment où il serait jugé qu'ACTIRIS n'avait pas l'obligation de vérifier la réalité technique des attestations fournies par les soumissionnaires, il serait inconcevable que les conclusions d'un expert emportent l'annulation rétroactive de l'acte administratif. Elle expose qu'en réalité, l'appréciation de l'existence d'une erreur de fait doit être réalisée en fonction des faits contenus dans le dossier administratif, complétés par les faits qui auraient matériellement pu et qui auraient raisonnablement dû se trouver dans ce dossier, au moment où l'acte administratif a été adopté, et dont l'autorité aurait dû tenir compte et remarque que l'expertise sollicitée par la requérante ne fait pas partie de ces éléments factuels à l'aune desquels doit être jugée la légalité de l'acte administratif, pas plus que des expertises sur les multiples autres aspects techniques de tous les composants de tous les meubles de tous les lots de ce marché. Elle relève que le débat et la mesure d'expertise sollicitée par la requérante relèvent du contentieux des pratiques commerciales déloyales et non du contentieux objectif.

Elle fait également valoir que l'existence de flottements sur des points techniques dans les rapports fournis par la société anonyme VITRA BELGIUM, la requérante et leurs experts acoustiques respectifs, à propos desquels une marge d'appréciation doit être reconnue, emporte que, dans le contexte du contentieux objectif, la problématique ne peut pas être abordée sous l'angle de l'erreur de fait (laquelle suppose l'existence d'une réalité factuelle univoque), mais bien sous l'angle de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle constate qu'aucune erreur manifeste n'a été commise par la partie adverse de telle sorte que la désignation d'un expert conduirait le Conseil d'État à exercer un contrôle qui, non seulement n'aurait plus rien de marginal, mais irait en réalité au-delà de l'examen que l'autorité elle-même aurait dû

effectuer puisqu'il en viendrait à analyser les aspects les plus techniques des offres de manière plus approfondie que ce que l'autorité elle-même aurait pu ou aurait dû le faire. Elle en conclut que l'expertise sollicitée est inutile et ne peut donc pas être ordonnée.

À titre subsidiaire, si le Conseil d'État estimait devoir s'engager dans la voie de l'expertise, la partie adverse formule, sous toutes réserves, les observations suivantes :

" (...) Au point de 8.5 de son dernier mémoire (...), la partie requérante constate que les valeurs d'absorption mentionnées dans le rapport d'AIRO ne sont pas identiques aux valeurs calculées par le laboratoire SRL. La partie requérante croit y voir la preuve que la fiche commerciale du produit Shhout renseigne des valeurs d'absorption erronées.

Au contraire, les éventuelles disparités entre les deux rapports ne font qu'illustrer l'absence de consensus scientifique sur la méthode de test à utiliser. Au regard de cette incertitude, l'acte attaqué ne procède pas d'une erreur manifeste d'appréciation (...).

La partie requérante prétend en outre que le produit testé par AIRO n'est pas le même que le produit Shhout ayant fait l'objet de l'offre de VITRA. La partie adverse ne dispose pas de la compétence technique en vue de répondre à cet argument. Il n'est cependant pas nécessaire d'y répondre, vu le rapport du laboratoire SRL du 27 mai 2014 dont il découle que les cloisons satisfont à la norme acoustique de classe A.

(...) Au regard de ce qui précède, la partie adverse suggère que la mission de l'expert éventuellement désigné soit circonscrite aux questions suivantes :

«1. Le rapport du laboratoire SRL du 27 mai 2014 (pièce n° 17.b d'ACTIRIS) fait-il application d'une méthode de mesurage acoustique de l'indice d'absorption qui est conforme aux normes exigées par les clauses techniques du cahier des charges (pièce n° 3.b d'ACTIRIS), à savoir les normes EN ISO 354 et EN ISO 11654 ?

2. Compte tenu (i) de l'éventuelle marge de manœuvre dont un laboratoire dispose, en vertu des normes précitées, en vue d'établir sa procédure de test, (ii) de l'éventuelle marge d'interprétation des résultats permise par les normes précitées, et (iii) du degré d'adéquation de la classification acoustique A/B/C/D/E aux objets entiers tels que les cloisons concernées, SCREEN SOLUTIONS pouvait-il raisonnablement déduire des résultats du rapport du laboratoire SRL du 27 mai 2014 que le produit Shhout répond à la classe acoustique A exigée par les clauses techniques du cahier des charges (cf. fiche commerciale du produit, pièce n° 6.b d'ACTIRIS) ?

3. En cas de réponse négative à la deuxième question, de quelle classe acoustique relèvent les cloisons concernées ?»

(...) S'agissant du nom de l'expert à désigner, la partie adverse s'en remet à la sagesse de Votre Conseil.

(...) Si, par impossible, Votre Conseil devait s'engager dans la voie de l'expertise, la partie adverse se réserve le droit de formuler une requête en intervention forcée de l'adjudicataire du marché, la société anonyme VITRA BELGIUM. La partie

adverse ne dispose en effet d'aucune compétence et d'aucun moyen pour assurer le suivi d'une expertise qui concerne au premier chef deux sociétés commerciales concurrentes l'une de l'autre."

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les cinq branches du moyen peuvent s'analyser en deux volets distincts.

Les première, deuxième et, dans une certaine mesure, quatrième branches du moyen soutiennent que les fournitures proposées par la société anonyme VITRA BELGIUM ne satisfont pas à la norme acoustique de classe A. Les troisième, cinquième et, pour le surplus, quatrième branches portent sur l'absence, dans l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM, de l'attestation de classe A requise par le cahier spécial des charges.

En ce qui concerne le premier volet comprenant les première, deuxième et, pour partie, quatrième branches du moyen, la requérante invoque une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse dès lors que celle-ci a estimé que les écrans et cloisons répondaient aux exigences acoustiques de la classe A alors que la partie adverse disposait bien de la fiche commerciale du produit "shhout" qui comporte un graphique avec les coefficients d'absorption montrant une courbe qui atteint un résultat, selon elle, impossible à obtenir. Si l'énoncé du moyen ne vise pas telle quelle la violation du principe général du droit de la motivation interne des actes administratifs, le développement de ces branches permet aisément de comprendre que la partie requérante conteste également le fait que les cloisons et écrans de séparation acceptés par la partie adverse satisfont à la classe acoustique A. Elle explique ainsi que l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM est irrégulière, car les écrans et cloisons qu'elle propose ne sont pas conformes à la classe A, mais relèvent, en réalité, de la classe C. Elle en déduit enfin une violation de l'égalité entre les soumissionnaires puisque le fait d'accepter des fournitures de classe inférieure à la classe A emporte inévitablement des conséquences sur le prix.

Les clauses techniques du cahier spécial des charges prévoient notamment ce qui suit :

- " 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 (...)" (clause 1.5 - Description).

" 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 (...)" (clause 1.6 - Description).

En imposant, dans les clauses techniques du cahier spécial des charges, les méthodes de mesurages acoustiques de l'indice d'absorption, le pouvoir adjudicateur se place face à une obligation de vérifier que ces méthodes ont bien été respectées par les soumissionnaires, ce qui implique qu'il dispose bien de la compétence pour ce faire. Il ressort, par ailleurs, des documents du marché que la personne de contact dans le cadre du présent marché et coordinatrice de la relocalisation du siège central de la partie adverse est un architecte ainsi qu'il l'est mentionné sur l'attestation de présence à la visite obligatoire des lieux.

L'erreur manifeste d'appréciation est celle qui est incompréhensible et qu'aucune autre autorité administrative normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise. En l'espèce et compte tenu des articles 1.5 et 1.6 des clauses techniques et du fait que la partie adverse était assistée d'un architecte dans le cadre du présent marché, cela implique une erreur que n'aurait pas commise une autre autorité administrative disposant des mêmes capacités pour examiner la cohérence d'un indice d'absorption acoustique dont elle a elle-même imposé les méthodes de mesure.

La requérante produit plusieurs éléments expliquant qu'un coefficient

d'absorption acoustique est calculé par référence à l'échelle alpha sabine et que sa valeur est comprise entre 0 et 1. La partie adverse ne conteste pas que le graphique produit par la société anonyme VITRA BELGIUM comporte une courbe qui atteint un taux d'absorption de 2. Au regard de ces éléments, il n'est pas exclu, à ce stade, que le coefficient d'absorption du produit "shhout" tel qu'il figure sur la fiche technique déposée au dossier administratif présente un caractère "aberrant". L'examen de cette question requiert, toutefois, que le Conseil d'État soit éclairé par l'avis technique d'un expert

Par ailleurs, les rapports techniques produits par les parties divergent sur la classe à laquelle appartiennent les produits "shhout" proposés dans l'offre de la société anonyme VITRA BELGIUM. Ces rapports présentent des aspects hautement techniques qui ne permettent pas, à ce stade, au Conseil d'État de se prononcer sur l'existence d'une erreur de motivation interne ou d'une violation de l'égalité entre les soumissionnaires.

L'aspect technique de ce dossier requiert, dès lors, la désignation d'un expert ayant la mission décrite au dispositif du présent arrêt.

La requérante a, sur invitation de Monsieur l'Auditeur général adjoint, proposé les noms de trois experts. La partie adverse indique s'en remettre sur ce point à la sagesse du Conseil d'État.

Compte tenu des circonstances de l'espèce, il appartient à la partie requérante d'avancer les frais de l'expertise.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Est désigné comme expert Monsieur Didier MASSON (société ENVIRONNEMENT ACOUSTICS), avenue des quatre-vingts Hêtres 1, à 1083 Bruxelles, lequel aura pour mission de répondre, dans le respect du contradictoire et au terme d'un avis d'ordre technique circonstancié tenant compte des documents, échantillons, attestations, rapports et tests de laboratoire qui lui seront fournis, et de tout autre élément, information ou document qu'il estimerait utile, aux questions suivantes :

- la courbe du taux d'absorption acoustique du produit "shhout" indiquée dans le graphique repris sur la fiche commerciale de SCREEN SOLUTIONS (pièce n° 6.b. du dossier administratif), est-elle scientifiquement possible ou non ? Dans la négative, l'erreur est-elle scientifiquement évidente ?
- les indices d'absorption acoustique, indiqués dans le graphique repris sur la fiche commerciale de SCREEN SOLUTIONS (pièce n°6.b. du dossier administratif), ont-ils été calculés en respectant les méthodes de mesurages acoustiques SS-EN ISO 354 et suivant la norme EN ISO 11654 ? Dans la négative, pour quelle raison n'ont-ils pas été calculés suivant ces méthodes et cette norme?
- les cloisons et écrans de séparation proposés par la société anonyme VITRA BELGIUM dans son offre relèvent-ils de la classe acoustique A imposée par le cahier spécial des charges. Dans la négative, de quelle classe acoustique relèvent ces produits ?

Article 3.

La provision exigée sera avancée par la partie requérante.

Article 4.

Un membre de l'auditorat sera désigné par Monsieur l'Auditeur général pour suivre l'expertise et veiller à son bon déroulement.

Article 5.

Le rapport d'expertise sera déposé au greffe du Conseil d'État dans les quatre mois de la consignation de la provision demandée.

Article 6.

Les parties pourront déposer un mémoire dans les trente jours de la notification du rapport de l'expert par le greffe.

Article 7.

Le membre de l'auditorat désigné par Monsieur l'Auditeur général est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Les parties disposeront chacune d'un délai de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 8.

Le Président de la chambre statuera, par voie d'ordonnance, sur toutes difficultés liées au déroulement de l'expertise.

Article 9.

Les dépens sont réservés.

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

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
M ^{me} Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État,
M. Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.