

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 251.666 du 29 septembre 2021

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.

Parties intervenantes :

1. **la société anonyme VITRA BELGIUM**,
ayant élu domicile chez
M^e Philippe VANSTEENKISTE, avocat,
avenue Josse Goffin 158
1082 Bruxelles,
2. **la société anonyme ROBBERECHTS**,
ayant élu domicile chez
M^e Peter FLAMEY, avocat,
Jan Van Rijswijcklaan 16
2018 Anvers.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 septembre 2016, la SA 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 d'extrême urgence et liquidé les dépens.

Un arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018 a ordonné la réouverture des débats, désigné M. Didier Masson comme expert, ordonné que la provision exigée soit avancée par la partie requérante, sollicité le dépôt au greffe du Conseil d'État du rapport d'expertise dans les quatre mois de la consignation de la provision demandée, autorisé les parties à déposer un mémoire dans les trente jours de la notification du rapport de l'expert par le greffe, chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, de déposer un rapport complémentaire et accordé aux parties un délai de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Par une requête introduite le 18 décembre 2018, l'Office régional bruxellois de l'Emploi (ACTIRIS) a sollicité l'intervention forcée de la SA Vitra Belgium.

Cette requête en intervention forcée a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 21 décembre 2018.

Par une requête introduite le 22 janvier 2019, la SA Robberechts a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

Cette requête intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 18 février 2019.

Le rapport d'expertise a été déposé le 3 mai 2019.

La taxation de l'état d'honoraires a été établie le 7 mai 2019 au montant de 14.804 euros.

Par deux requêtes déposées respectivement les 23 et 27 mai 2019 la SA Robberechts et la partie requérante se sont opposées à la décision contenant taxation en application de l'article 76 du règlement général de procédure.

Par un courrier du 9 juillet 2019, Didier Masson (ENVIRONNEMENT ACOUSTICS), qui a réalisé le rapport d'expertise, a déposé un « mémoire en défense » aux oppositions formées par les sociétés Robberechts et Bedimo.

Les parties requérante et adverse ainsi que la SA Robberechts ont déposé un mémoire suite au rapport d'expertise.

M. Éric Thibaut, auditeur général adjoint au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 5 février 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 mars 2021.

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{es} Benoît De Montpellier et Michaël Pilcer, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Vincent Ost, avocat, comparaissant pour la partie adverse, M^e Maïte Vandevenne, *loco* M^e Philippe Vansteenkiste, avocat, comparaissant pour la première partie intervenante et M^e Glenn Declercq, *loco* M^e Peter Flamey, avocat, comparaissant pour la seconde partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Éric Thibaut, auditeur général adjoint, a été entendu en son avis conforme.

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

L'arrêt n° 235.652 du 31 août 2016, statuant sur la demande de suspension d'extrême urgence introduite en la présente cause, expose les faits comme suit :

« 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.

À 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 ».

L'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018, prononcé au cours de la procédure en annulation, apporte la précision suivante :

« 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 LTD (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. Requêtes en intervention

Par une requête introduite le 22 janvier 2019, la SA Robberechts demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans le cadre de la présente procédure.

Pour justifier de son intérêt à intervenir, elle invoque sa qualité de fournisseur de l'attributaire du marché litigieux, pour les produits dont la conformité aux prescriptions des documents du marché fait débat, en particulier dans le cadre de la mesure d'expertise ordonnée par l'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018. Elle fait, par ailleurs, valoir que la requête en annulation introduite en la présente cause n'avait pas été portée à sa connaissance.

Au vu des éléments dont fait état la requérante en intervention, son intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure est justifié à suffisance. Il n'apparaît, par ailleurs, pas que cette intervention soit de nature à retarder la procédure.

La requête en intervention introduite par la SA Robberechts doit, en conséquence, être accueillie.

Par une requête introduite le 18 décembre 2018, la partie adverse sollicite

l'intervention forcée de la SA Vitra Belgium dans le cadre de la présente procédure.

Elle justifie cette demande par la nécessité de mettre cette société, attributaire du marché litigieux, à la cause afin que celle-ci puisse remettre les documents, échantillons, attestations, rapports et autres tests en rapport avec les produits litigieux, et répondre aux questions de l'expert.

Compte tenu de l'intervention de la SA Robberechts, fournisseur des produits litigieux à la société Vitra Belgium, la mise à la cause de celle-ci n'est pas nécessaire, de sorte que la requête en intervention forcée n'est pas recevable et qu'il n'y a pas lieu, en conséquence, de l'accueillir.

V. Incidents relatifs à la mesure d'expertise

V.1. Griefs formulés par la SA Robberechts

A. Thèse de la SA Robberechts

Dans son mémoire déposé après la notification du rapport d'expertise, la SA Robberechts invoque la nullité de celui-ci en raison de la méconnaissance du contradictoire. À ce propos, elle fait valoir ce qui suit :

- « 3.1 Nietigheid van het deskundig verslag wegens schending van de tegenspraak: geen mededeling van voorverslag en dus geen mogelijkheid tot formuleren van opmerkingen op dat voorverslag.
25. Uw Raad heeft in het tussenarrest dd. 16 november 2018 met nr. 242.962 een deskundige aangesteld, met de opdracht om te antwoorden, “*dans le respect du contradictoire*” en dus met respect voor de tegenspraak, op de door Uw Raad gestelde vragen.
26. Er dient echter vastgesteld te worden dat de deskundige niet voldaan heeft aan de voorwaarden van de tegenspraak, spijs de uitdrukkelijke beslissing van Uw Raad in het tussenarrest en spijs het uitdrukkelijk voorbehoud dat tussenkomende partij opeenvolgend heeft geformuleerd ten aanzien van de deskundige met de volgende officiële protesten :
- een schrijven dd. 21 maart 2019 met uitdrukkelijke vraag om opmerkingen te kunnen formuleren op het te maken voorverslag (stuk 11.1);
 - een schrijven dd. 5 april 2019 met herhaalde vraag om rekening te houden met de mogelijkheid om opmerkingen te formuleren op het te maken voorverslag, alsmede om rekening te houden met de reeds in het schrijven dd. 5 april 2019 geformuleerde opmerkingen, in afwachting van het voorverslag (stuk 11.2);
 - een schrijven dd. 5 april 2019 van de deskundige – onmiddellijk na ontvangst van stuk 2 – waarbij louter en alleen en ruimschoots laattijdig de “preliminaire nota” werd overgemaakt, die niets meer of minder is dan een verslag van de installatievergadering, zonder reeds een voorverslag te bevatten met voorlopige technische bevindingen (stuk II.3)
 - een schrijven dd. 16 april 2019 met herhaald verzoek om alsnog rekening te houden met de opmerkingen van de tussenkomende partij, in afwachting van het voorverslag, met uitdrukkelijke precisering in randnummer 22 dat er akte wordt

genomen van het feit dat de preliminaire nota nog geen voorverslag is (stuk 11.4).

27. Ook uit de kennisgeving van de opgave van het detail van prestaties en kosten van de deskundige (stuk 11.5) blijkt niet dat er rekening werd gehouden met de opmerkingen van tussenkomenende partij : er werd immers geen voorverslag opgesteld met voorlopige bevindingen, waarop vervolgens had moeten kunnen gereageerd worden, zodat er niet voldaan is aan de vereiste van de tegenspraak.

28. In het schrijven van 21 maart 2019 van tussenkomenende partij werd erop gewezen dat een procespartij de verplichting heeft om tijdig tijdens het deskundig onderzoek melding te maken van de zwaarigheden op risico van laattijdigheid van het bezwaar (RvS 3 februari 1998, nr. 71.530).

Tussenkomenende partij heeft dat nadrukkelijk en meermaals gedaan (zie stukken 11.1, 11.2 en 11.4).

29. Desalniettemin heeft de deskundige niet alleen niet geantwoord op voormelde berichten, maar deze ook straal genegeerd, onder het voorwendsel dat de preliminaire nota zou moeten worden geacht te gelden als voorverslag, terwijl die nota in werkelijkheid niet meer of niet minder verslag impliceert van de installatievergadering (zie stuk 11.3).

30. Aangezien slechts voor het eerst in het neergelegd verslag een inzicht werd gegeven in de benadering, de werkwijze en de besluitvorming van de deskundige, werd tussenkomenende partij niet in de gelegenheid gesteld om tegenspraak te voeren omtrent het debat, ofschoon dat uitermate technisch is en tussenkomenende partij het recht heeft om dat technisch debat voor te leggen aan eigen deskundigen.

31. Het valt bovendien op uit het detail van prestaties en onkosten dat de deskundige reeds een heel onderzoek had gewijd aan sommige stukken, die reeds eenzijdig waren overgemaakt aan de deskundige, nog vooraleer de installatievergadering heeft plaatsgevonden (zie stuk 11.5).

32. Behoudens andersluidende, uitdrukkelijke bepaling in de gecoördineerde wetten op de Raad van State en/of het Procedurereglement, zijn de regels inzake deskundig onderzoek in het kader van het Gerechtelijk Wetboek suppletief van overeenkomstige toepassing.

Wanneer een (gerechts)deskundige reeds eenzijdig onderzoek doet vooraleer de installatievergadering zelfs maar heeft plaatsgevonden en bovendien elke tegenspraak verhindert, onmogelijk maakt of disproportioneel verhindert, schendt de deskundige het tegensprekelijk karakter van het deskundig onderzoek in strijd met art. 6 EVRM (zie Brussel 13 november 2018, inzake AR 2014/26/36 – zie stuk 11.6).

33. Tussenkomenende partij verwijst dienaangaande tevens naar een arrest van het Hof van Cassatie van 2 november 2012 (nr. C.11.0018.N), waarin het Hof heeft geoordeeld dat uit artikel 6 EVRM voortvloeit dat het deskundigenonderzoek op zulke wijze moet verlopen dat de partijen de mogelijkheid hebben voor de rechter op doeltreffende wijze hun opmerkingen te formuleren op het deskundigenverslag dat door de rechter als een essentieel bewijselement wordt aangemerkt.

34. Gelet op de suppletieve werking van het Gerechtelijk Wetboek en aangezien geen enkele andere tussenkomenende partij bekend zijnde regel op grond van de procedurewet Raad van State zich daartegen verzet, valt niet in te zien waarom voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de inhoudelijke invulling van het beginsel van de tegenspraak op deskundige onderzoeken niet mede toepasselijk zou zijn op de rechtspleging voor Uw Raad, *a fortiori* niet wanneer Uw Raad in zijn tussenarrest van 16 november 2018 reeds uitdrukkelijk had opgedragen aan de deskundige om het tegensprekelijk karakter van het verloop van het deskundig onderzoek na te leven; voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie sluit trouwens aan bij de rechtspraak van Uw Raad, in zoverre daarin aan de procespartij wordt opgedragen om zwaarigheden onmiddellijk kenbaar te maken in de loop van het deskundig onderzoek (RvS 3 februari 1998, nr. 71.530).

35. Bijgevolg kon tussenkomenende partij in geen geval akkoord gaan met de begroting van de staat van prestaties en onkosten van de deskundige en heeft zij inmiddels reeds een verzoekschrift op grond van artikel 76 Procedurereglement

ingediend, aangezien deze prestaties niet in overeenstemming zijn met de voorwaarden inzake tegensprekelijk karakter van het deskundig onderzoek.

36. Al evenmin kan tussenkomende partij bijgevolg akkoord gaan met de aanwending in het verder verloop van de procedure voor Uw Raad van een deskundig verslag, dat wegens een manifeste schending van het fundamenteel en door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op tegenspraak geen rechtmatig karakter kan hebben. De miskennis door de deskundige van het beginsel van de tegenspraak raakt immers aan een essentieel bestanddeel van het procesverloop en de daaraan ten grondslag liggende eis van een *fair* proces, d.w.z. met respect voor de tegenspraak.

37. De deskundige heeft geen voorverslag gemaakt, niettegenstaande daarop uitdrukkelijk werd aangedrongen tijdens de installatie van de deskundige en niettegenstaande daarna herhaaldelijk schriftelijk dit verzoek werd bevestigd. De zgn. “preliminaire nota” die tussenkomende partij heeft ontvangen, kan niet gelijkgesteld worden met een effectief voorverslag. Dit document bevat immers, in vergelijking met het eindverslag, geen bespreking van de wijze waarop de akoestische absorptie dient te worden gemeten (met oplijsting van de verschillende meeteenheden en normen), geen bespreking noch interpretatie van de in het lastenboek toegepaste normen ISO 354 en 11654, geen bespreking van de akoestische rapporten van SRL, AIRO en CEDIA, en geen zulke duidelijke conclusies.

Op grond van de preliminaire nota kon tussenkomende partij dan ook niet op doeltreffende wijze opmerkingen formuleren op de inzichten van de deskundige, derwijze dat desgevallend nog bijsturingen in het verder verloop van het deskundigenonderzoek zouden kunnen zijn doorgevoerd, zoals bijv. vergelijkende absorptietesten met inachtneming van de correcte normering (zie daaromtrent verder).

38. Teneinde een debat mogelijk te kunnen maken omtrent de technische aangelegenheid, waarover Uw Raad advies heeft gevraagd aan de deskundige, behoort het tot de evidentie dat er kan gereageerd worden op een voorverslag, zodat de partijen weten in welke richting de deskundige denkt en op welke wijze deze reeds vorm heeft gegeven aan zijn voorlopige besluitvorming; de opmerkingen op dat voorverslag moeten vervolgens de deskundige toelaten om na te gaan of zijn voorlopige besluitvorming al dan niet en in dezelfde mate kan worden behouden.

Dit alles is niet kunnen gebeuren, hetgeen des te meer klemmt gelet op de veelvuldige onderzoeken die reeds door partijen zijn uitgevoerd, de discussie in dat verband over en weer en de onzekerheid omtrent de normen die het lastenboek oplegde en die door de deskundige overigens als “dubbelzinnig”, “tegenstrijdig” en “misplaatst” werden beschouwd in diens verslag.

Het lag dan ook in de rede dat de procespartijen de gelegenheid zouden hebben gehad om daarover discussie te voeren, wat niet gebeurd is: de deskundige heeft dat debat bij voorbaat onmogelijk gemaakt en gedaan alsof hij als enige daarover te beslissen heeft.

Nochtans is het niet omdat Uw Raad technisch advies heeft ingewonnen bij een deskundige en dat de deskundige in principe meester is over zijn werkwijze, aanpak en methodologie, dat hij ook eigenmachtig tot besluitvorming zou kunnen komen, zonder rekening te moeten houden met de opmerkingen dienaangaande van partijen, wat precies behoort tot het wezen van het principe van de tegenspraak.

39. Aangezien de deskundige de terechte verzoeken/bezwaren van tussenkomende partij naast zich neer gelegd heeft zonder zich menen te moeten bekommeren om het principe van de tegenspraak, heeft hij zich niet gekweten van zijn taak en werden de rechten van partijen onherroepelijk geschonden, nu het verslag neerligt en er geen verdere tegenspraak op dat verslag meer mogelijk is.

40. Op de installatievergadering had de deskundige mondeling gerepliceerd dat hij deze opwerpingen niet begreep, want dat partijen “toch de mogelijkheid hadden om een memorie neer te leggen na deskundig verslag”, wat uiteraard volledig naast

de kwestie is, rekening houdend enerzijds met de rechtspraak van Uw Raad, die partijen verplicht tijdens het deskundig onderzoek zwaarigheden te melden op risico dat recht in het verder verloop van de procedure te verliezen en anderzijds met de vaststelling dat de memorie na deskundig verslag enkel bedoeld is om de consequenties van dat verslag op de aangevoerde middelen, die nog tot de beoordeling van Uw Raad behoren, te duiden.

41. Er is dus geen mogelijkheid om het euvel te herstellen, zodat het verzuim van de deskundige onherroepelijk tot gevolg heeft dat het verslag nietig, nul en van generlei waarde is.

42. Het is dan ook louter en alleen ten overvloede en ondergeschikt dat tussenkomende partij hierna inhoudelijk repliceert op het deskundig verslag, onder verwijzing naar wat tussenkomende partij had willen formuleren als opmerkingen aan de deskundige, maar daartoe niet de gelegenheid heeft gekregen van de deskundige in weerwil van het principe van de tegenspraak ».

Dans son dernier mémoire après rapport complémentaire, l'intervenante indique ce qui suit :

« Tussenkomende partij verwijst naar haar memorie na deskundig verslag. Tussenkomende partij neemt akte van het standpunt van het auditoraat dat het niet nodig is om toevlucht te nemen tot de suppletieve bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek ».

B. Appréciation du Conseil d'État

Il ressort de la lecture du rapport d'expertise que les parties ont reçu la possibilité de s'exprimer à propos de la note préliminaire du 5 avril 2019 de l'expert, et que la note du 16 avril 2019 de la société Robberechts a été prise en compte, de même que celle du 22 avril 2019 de la partie requérante, à l'occasion de la rédaction du rapport final, l'expert faisant suite aux observations formulées.

Par ailleurs, l'article 21 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux du Conseil d'État est rédigé comme suit :

« Les pièces nécessaires sont remises aux experts; les parties peuvent faire tels dires et réquisitions qu'elles jugent convenables; il en est fait mention dans le rapport, dont les préliminaires sont portés à la connaissance des parties ».

Dès lors que la note préliminaire a été portée à la connaissance de l'intervenante et que les parties ont pu faire valoir leurs observations et réquisitions, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi cette disposition, qui suffit à régler la question de la procédure d'expertise sans qu'il soit nécessaire de recourir aux dispositions du Code judiciaire, serait violée ou n'aurait pas permis une expertise contradictoire.

Dans le dernier mémoire qu'elle a déposé après le rapport complémentaire de M. l'auditeur général-adjoint, l'intervenante déclare prendre acte

de ce rapport et ne formule pas d'observations complémentaires.

La régularité de l'expertise effectuée en exécution de l'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018 ne peut être mise en cause sur la base des griefs formulés à ce sujet par l'intervenante, les griefs de fond exposés par ailleurs devant être – le cas échéant – rencontrés dans le cadre de l'examen du moyen pour lequel le Conseil d'État a ordonné la mesure d'expertise.

V.2. Griefs formulés par la requérante

A. Thèse de la requérante

Pour réfuter les constatations du rapport d'expertise desquelles il apparaît que le produit qu'elle avait proposé ne répondrait pas lui-même aux exigences fixées par les documents du marché (singulièrement celle d'avoir été testé conformément à la norme ISO 354), la requérante fait valoir, dans son mémoire déposé après la notification du rapport d'expertise, qu'aucune des questions posées par le Conseil d'État ne portait sur la conformité de l'écran de séparation « kalm43 » qu'elle avait proposé. À l'audience du 17 mars 2021, elle a ajouté que, en l'absence de telles questions posées par le Conseil d'État, la légitimité du rapport d'expertise sur ce point pose question; relevant, par ailleurs, que l'attestation qu'elle avait produite certifiait bien que l'écran qu'elle proposait relevait de la classe A exigée, elle s'est également demandée si l'analyse de l'expert devait prévaloir sur celle du laboratoire qui avait certifié cette appartenance à la classe A.

B. Appréciation du Conseil d'État

Parmi les considérations du rapport d'expertise qui éclairent le sens et la portée des réponses aux questions posées par le Conseil d'État, et doivent donc être tenues pour indissociables de ces réponses, l'expert affirme notamment ne pas connaître « d'écrans de séparation courants, dans des épaisseurs acceptables esthétiquement, qui atteignent des performances correspondant à la classe A conformément aux normes ISO 354 et ISO 11654 et à l'esprit du cahier des charges »; il relève également que « les tests AIRO et CEDIA certifiant l'appartenance à la classe A des produits Shhout et KALM43 proposés par les deux parties, n'ont donc pas été réalisés conformément aux exigences de la norme ISO 354 ». De telles considérations n'impliquent pas, en tant que telles, que l'expert aurait – en les émettant – excédé les limites de l'objet de la mission qui lui était confiée.

Ces éléments livrés par le rapport d'expertise et susceptibles de servir l'examen du moyen unique, pour lequel cette mission d'expertise avait précisément été ordonnée, ne peuvent être écartés des débats dès lors qu'ils ont été soumis à la contradiction des parties, celles-ci ayant reçu la possibilité de les contester après le dépôt du rapport d'expertise, puis dans leurs derniers mémoires ainsi qu'à l'audience. Force est de constater qu'à l'exception d'une interrogation générale sur la primauté qui doit être accordée au rapport d'expertise ou à l'attestation jointe à son offre, la requérante n'a pas mis en cause le bien fondé des affirmations de l'expert à propos tant de l'inexistence d'écrans de séparation courants relevant de la classe A que de ce qu'il a constaté à propos de l'écran offert par la requérante.

VI. Recevabilité du recours

VI. 1 Thèse de la partie adverse

Dans son « Mémoire après expertise », la partie adverse conteste la recevabilité du recours, à la faveur de l'argumentation suivante :

« 21. Dans son arrêt du 16 novembre 2018, Votre Conseil a d'ores et déjà rejeté le deuxième moyen de la partie requérante, celui-ci manquant en fait.

22. Par son premier moyen, la partie requérante soutient que les fournitures proposées par Vitra ne satisfont pas à la norme acoustique de classe A. Ce premier moyen porte également sur l'absence prétendue, dans l'offre de Vitra, de l'attestation de classe A requise par le cahier des charges.

23. Aux termes de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, le recours en annulation d'une décision d'un pouvoir adjudicateur est ouvert à toute personne "ayant ou ayant eu intérêt à obtenir un marché" et "ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée".

Il n'est pas contesté que la requérante a eu intérêt à obtenir le marché querellé. En revanche, la partie requérante ne saurait avoir été lésée par les irrégularités qu'elle invoque.

24. La partie requérante n'a à aucun moment mis en cause la pertinence, ni *a fortiori* la légalité, de l'exigence relative à la classe acoustique A.

Selon l'expert, la requérante ne rencontre pas cette exigence; son offre a néanmoins été déclarée régulière par la partie adverse, sur la base de l'attestation produite par la partie requérante.

La requérante n'a donc pas été lésée par l'irrégularité qu'elle invoque : au contraire, de la même manière que Vitra, son offre a été déclarée régulière nonobstant le fait qu'elle ne relève pas de la classe acoustique A.

Dans ces circonstances, la partie requérante a perdu tout intérêt à son recours.

25. Il est en va d'autant plus ainsi que la requérante n'aurait, dans les circonstances précitées, jamais pu obtenir le marché litigieux.

Si la partie avait été en mesure de détecter (*quod non*, cf. *infra*), au stade de l'examen des offres, que les offres de la requérante et de Vitra n'atteignaient pas la

classe acoustique A, elle aurait pu prendre l'une des décisions suivantes :

(i) soit considérer que l'irrégularité des offres de Vitra et de la requérante présente un caractère substantiel et attribuer le marché à un autre soumissionnaire qui, lui, rencontrerait l'exigence acoustique A. Monsieur l'expert a néanmoins relevé qu'à sa connaissance, aucun écran de séparation n'est en mesure de rencontrer effectivement la classe A;

(ii) soit considérer que toutes les offres déposées sont affectées d'une irrégularité substantielle, et les écarter. La partie adverse aurait alors dû entamer une procédure négociée sans publicité avec tous les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et qui ont remis une offre formellement régulière (art. 26, § 1^{er}, 1^o, e, de la loi du 15 juin 2016). Dans le contexte de cette procédure, l'exigence d'une classe acoustique A aurait logiquement été abandonnée (ou assouplie) et l'on ne perçoit pas pourquoi la requérante aurait eu une meilleure chance d'obtenir le marché. Il convient en effet de rappeler que le marché querellé a été attribué à Vitra qui avait obtenu un total de 83,13 points, contre seulement 70,02 points pour Bedimo;

(iii) soit considérer que l'irrégularité des offres de Vitra et de Bedimo ne présente pas un caractère substantiel. Cette décision serait la plus conforme au cahier des charges, l'article 1.18 des clauses administratives disposant qu'une dérogation mineure aux clauses techniques sera appréciée négativement au titre du critère d'attribution "qualités techniques", et n'emportera pas la nullité de l'offre. Une dérogation est qualifiée de 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". Or, l'expert a reconnu que "Les écrans proposés sont de haute qualité acoustique. L'attribution de la plus haute classe est prêtée aux écrans *a priori*. Pour conforter cette attente dans les chiffres, et certifier la classe A, il convient d'accommoder les résultats pour respecter les critères particulièrement sévères et inadaptés de la norme ISO 11654 dans les basses fréquences" (p. 7). Autrement dit, il n'est pas substantiellement porté atteinte aux objectifs acoustique d'Actiris, de sorte que la non-conformité des écrans de Vitra et de Bedimo doit être considérée comme mineure, et emporter seulement chez chacun d'eux une perte de points sur le critère "qualités techniques". A nouveau, vu l'écart de points entre Vitra (83,13) et Bedimo (70,02), l'on ne perçoit pas comment Bedimo aurait pu remporter le marché.

26. Il ressort de ce qui précède que la partie requérante n'a pas été lésée pas l'illégalité qu'elle invoque.

Son recours est par conséquent irrecevable ».

VI.2 Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse conteste la recevabilité du recours au regard des exigences fixées par l'article 14 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, libellé comme suit :

« Á la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1^o le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché

- concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
 - 3° les documents du marché ».

L'argumentation qu'elle expose au soutien de cette exception doit se comprendre en ce sens que le recours ne répondrait plus à la deuxième des exigences édictées par la disposition précitée, dès lors que la requérante ne pourrait se prévaloir d'une lésion, son offre ne rencontrant pas l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A.

Il ne peut être utilement répondu au motif factuel de rejet du recours ainsi allégué par la partie adverse que dans le cadre de l'examen de certains des griefs du premier moyen, à la lumière – notamment – des suites auxquelles a donné lieu la réouverture des débats décidée par l'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018. Dans cette mesure, la question d'une lésion causée, ou non, par l'illégalité reprochée à la partie adverse pour avoir admis l'appartenance des écrans proposés dans l'offre du soumissionnaire Vitra à la classe acoustique A est liée à l'examen du fond.

Par ailleurs, et selon le sort qui sera réservé aux critiques se rapportant à la mise en œuvre de l'exigence d'appartenance à la classe A, il ne peut être exclu – et la partie adverse ne fait d'ailleurs rien valoir en ce sens – que les illégalités invoquées à l'appui des critiques qui portent sur la mise en œuvre de l'exigence de production d'une attestation, n'ont pas lésé (ou risqué de léser) la requérante.

L'exception d'irrecevabilité soulevée dans le cadre de la réouverture des débats ne peut être accueillie à ce stade de l'examen du recours.

VII. Premier moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Ecrits de procédure déposés avant la réouverture des débats

L'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018 rend compte des thèses des parties dans les termes suivants :

« 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 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 [lire : 15 juillet] 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 mesure 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 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'un 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 [lire 22 novembre] 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 70 mm, 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'Etat 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 diffusés 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'eu 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 ».

B. Ecrits de procédure déposés dans le cadre de la réouverture des débats

B.1. Mémoire en intervention

La SA Robberechts réfute le premier moyen dans les termes suivants :

« 3.1.2 Gebrek aan belang in hoofde van verzoekende partij

32. De volledige argumentatie van verzoekende partij in het eerste middel is

gesteund op de enkele premisse dat de scheidingsschermen en wanden, voorgesteld door Vitra in diens offerte, in werkelijkheid geen klasse A maar klasse C producten betreffen.

33. In de eerste plaats wenst tussenkomende partij dienaangaande in herinnering te brengen dat het lastenboek voor de betrokken hyperakoestische schermen een klasse A heeft opgelegd, waarbij de metingen dienden te gebeuren aan de hand van de normen NBN EN ISO 354 en NBN EN ISO 11654, hetgeen impliceert dat de akoestische absorptiewaarde wordt uitgedrukt als een alfa-w waarde die groter dan of gelijk aan 0.9 diende te zijn.

34. De fabrikant Screen Solutions heeft met betrekking tot het type Shhout-wanden de geluidsklasse A, alfa-w 0.95 aangeboden; tussenkomende partij heeft als ISO 9001 gecertificeerd bedrijf gewaarborgd dat de wanden van deze kwaliteitscategorie zijn, zoals ondersteund door de productbrochure met grafiek en technische fiche, met uitdrukkelijke vermelding van klasse A en alfa-w 0.95 (zie stukken 6a en 6b administratief dossier).

35. In het gunningsverslag van Actiris wordt met betrekking tot de offerte van Vitra, aan wie de NV Robberechts het product heeft geleverd, vermeld dat de betrokken wanden effectief over de door het lastenboek gevraagde akoestische klasse A beschikken, onder verwijzing naar de garantie ter zake vanwege Vitra (zie stuk 7 administratief dossier, blz. 23).

36. In onderhavige procedure heeft de verzoekende partij voormelde kwaliteiten van de wanden in twijfel getrokken in het licht van de gevraagde technische specificaties van het lastenboek op het vlak van de geluidsabsorptie.

37. Tussenkomende partij heeft als ISO 9001 gecertificeerd bedrijf vervolgens andermaal navraag gedaan bij Screen Solutions en een extra test gevraagd aan een onafhankelijk akoestisch labo, wat geresulteerd heeft in het Airo-testrapport, dat op zijn beurt de akoestische performantie van de Shhout-wanden gemeten heeft volgens de hogervermelde normen NBN EN ISO 354 en NBN EN ISO 11654 (zie stuk 13 administratief dossier).

Het geaccrediteerd akoestische testlabo Airo heeft, op grond van de door het bestek opgelegde normen ISO 354 en ISO 11654, een alfa-w waarde berekend van 1 (zie stuk 13 administratief dossier, blz. 2/10), zijnde superieur aan de door het lastenboek geëiste minimale akoestische norm van klasse A (d.i. een alfa-w waarde van minstens 0.9).

38. Nazicht van het administratief dossier heeft uitgewezen dat het Cedia-meetrapport, zoals aangewend door de verzoekende partij, bevestigt dat ook de akoestische waarde van de wanden, zoals voorgesteld door verzoekende partij in haar offerte, destijds blijken berekend te zijn aan de hand van dezelfde alfa-w waarde als de Shhout-wanden in het Airo-rapport en slechts een waarde bereiken van 0.9 (zie stuk 15h administratief dossier), zijnde weliswaar de minimumnorm zoals vereist door het lastenboek, maar in elk geval lager dan de waarde die de Shhout-wanden bezitten (waarde 1 op grond van het Airo-rapport).

39. Het is dan ook te gek voor woorden te moeten vaststellen dat verzoekende partij de gegevens van het Airo-rapport heeft gemeend te moeten aanvechten, terwijl inmiddels de aap uit de mouw is gekomen en blijkt dat Cedia voor verzoekende partij de door haar voorgestelde wanden op exact dezelfde wijze heeft gemeten.

Het is onbegrijpelijk dat Cedia een argumentatie voor verzoekende partij heeft opgesteld waarin gesteld wordt dat de in het Airo-rapport aangewende meetmethode niet correct is, terwijl Cedia zelf in 2014 de door verzoekende partij voorgestelde wand KALM43 van ABV op exact dezelfde wijze getest heeft en dit testrapport ter documentatie bij de aanbesteding van Actiris gevoegd werd (zie stuk 15h administratief dossier).

40. Het spreekt voor zich dat de verzoekende partij bijgevolg niet beschikt over het rechtens vereist belang bij het middel, dat gesteund is op de onterechte aanname dat de aanbestedende overheid een manifeste beoordelingsfout zou begaan hebben betreffende de verenigbaarheid van de offerte van Vitra met de technische voorschriften van de opdrachtdocumenten, inzonderheid deze met betrekking tot

de akoestische kwaliteit van de aangeboden wanden, dit alles terwijl verzoekende partij bovendien de akoestische kwaliteit van de door haar aangeboden wanden op exact dezelfde wijze als Vitra heeft benaderd.

41. In de optiek van verzoekende partij zou haar eigen offerte dan zagezegd evenzeer onregelmatig zijn, met als gevolg dat zij zelf niet voor de gunning van de opdracht in aanmerking zou gekomen zijn. Een partij die niet voor de gunning van de opdracht in aanmerking komt of wiens argumentatie daarop neerkomt, heeft vanzelfsprekend geen belang bij enige wettigheidskritiek, dus ook niet bij enig middel en zelfs niet bij het beroep.

42. Het is immers vaste rechtspraak van Uw Raad dat een inschrijver, wiens offerte onregelmatig is, in principe geen belang heeft om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen (zie bijv. RyS 22 december 2016, nr. 236.888, NV Blue-Mobility).

In deze blijkt niet uit de middelen dat verzoekende partij beweert dat haar eigen offerte niet onregelmatig zou zijn, noch toont zij aan dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig had mogen zijn toegewezen. Dat laatste kan zij overigens niet aantonen, aangezien de middelen enkel gericht zijn tegen de offerte van Vitra, doch geen wettigheidsgrievens ontwikkelen ten aanzien van de offertes van de overige (regelmatige) inschrijvers voor lot 1 van de opdracht (Beddeleem-Dromeas, Gispén en Pami).

43. Het eerste middel – en bij uitbreiding het beroep tot nietigverklaring – is bijgevolg onontvankelijk wegens gebrek aan belang.

3.1.3 Weerlegging van het eerste middel

44. Zowel de ontvankelijkheid als de gegrondheid van het eerste middel worden integraal en met klem betwist door tussenkomende partij, net zoals ook de verwerende en gedwongen tussenkomende partijen dat doen, wiens standpunten tussenkomende partij overigens bijtreedt.

45. Gelet op het feit dat het deskundig onderzoek nog volop aan de gang is en de resultaten van dat deskundig onderzoek een invloed zullen hebben op de belangen van tussenkomende partij alsook op de oplossing die aan het ingestelde beroep zal gegeven worden, maakt tussenkomende partij alle voorbehoud om haar argumentatie ter weerlegging van het eerste middel nader te ontwikkelen in een aanvullende memorie, na kennisname van de resultaten van het deskundig onderzoek in het eindverslag van de deskundige.

46. Tussenkomende partij verzoekt Uw Raad dan ook met eerbied om haar de gelegenheid te geven om, vooreerst, een memorie neer te leggen binnen de dertig dagen na de notificatie door de Griffie van Uw Raad van het deskundig eindverslag aan de partijen conform artikel 6 van het tussenarrest van Uw Raad dd. 16 november 2018 met nr. 242.962, en vervolgens, een laatste memorie neer te leggen binnen de dertig dagen na de notificatie van het aanvullend Auditoraatsverslag conform artikel 7 van het tussenarrest van Uw Raad dd. 16 november 2018 met nr. 242.962.

47. Tussenkomende partij wenst er wel reeds op te wijzen dat de overeenstemming van de offertes van de inschrijvers met de technische voorschriften van de opdrachtdocumenten, inzonderheid deze met betrekking tot de akoestische kwaliteit van de aangeboden wanden, een gunningscriterium waren, waarbij de scores zouden bepaald worden al naargelang “de graad van overeenstemming van de offerte met de technische bepalingen”.

48. Volgens de bepalingen van het lastenboek heeft de aanbestedende overheid uitdrukkelijk voorgeschreven dat kleine afwijkingen in voorkomend geval negatief worden beoordeeld voor wat betreft het gunningscriterium inzake de technische waarden (artikel 1.18 ‘Gunningscriteria’ - B. ‘Criterium 2’), zonder te leiden tot nietigheid van de offerte.

49. Tevens werd in het lastenboek uitdrukkelijk voorgeschreven dat een afwijking

als klein wordt beschouwd indien deze afwijking het betrokken meubelstuk niet onbruikbaar maakt voor het gebruik waarvoor het bestemd is en voor zover de afwijking niet op substantiële wijze afbreuk doet aan de doelstellingen van Actiris in termen van stevigheid, comfort, ergonomie en milieuvriendelijkheid.

Welnu, de opdracht is reeds uitgevoerd en ter plaatse kan worden vastgesteld dat er sprake is van uitgesproken demping van het geluid, waaruit blijkt dat de effectief geleverde wanden de doelstelling hebben bereikt van het bestek. Het akoestische comfort is natuurlijk een samenspel van de absorptie en reflectie van geluidsgolven door alle zich in het lokaal bevindende materialen en objecten (tapijt, plafond, kasten, stoelen, gordijnen, kasten enz). Het totale resultaat is klaarblijkelijk uitstekend, zoals gebleken is uit de inmiddels sedert lang geleverde wanden en de praktijkervaring met het personeel, waaromtrent geen enkele klacht is geuit in het kader van de uitvoering van de opdracht.

50. Zo er in het onmogelijke geval al sprake zou zijn van enige afwijking in de offerte van Vitra, dan nog zou dit in redelijkheid nooit hebben kunnen leiden tot uitsluiting/nietigheid/substantiële onregelmatigheid, rekening houdend met voormelde voorschriften van het lastenboek inzake de beoordeling van de technische conformiteit, waarbij de aanbestedende overheid zich het recht heeft voorbehouden om een marge van beoordeling te behouden in het kader van de graad van overeenstemming van de offerte met de technische bepalingen.

51. De eindscores lagen overigens zodanig ver uit elkaar (Vitra 83,13% en Bedimo 70,02%) dat de thans door Bedimo gevoerde nutteloze discussie nooit van aard is kunnen zijn om dat grote verschil van meer dan 13% in de eindscores te kunnen overbruggen, *a fortiori* niet, wanneer de eigen wanden van Bedimo van een akoestische klasse zijn die lager is dan deze zoals voorgesteld door Vitra.

52. Het eerste middel is dan ook ongegrond ».

B.2. Mémoire de la requérante après notification du rapport d'expertise

À propos des éléments de réponse apportés dans le rapport d'expertise aux questions posées par le Conseil d'État dans l'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018, la requérante relève ce qui suit :

« Première question :

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 ?

A cette question, Monsieur l'Expert donne les éléments de réponse suivants :

Monsieur l'expert relève tout d'abord que "l'analyse de la propagation des erreurs permet de conclure qu'un coefficient d'absorption égal à 2 alpha sabine comme annoncé dans la brochure shhout requiert une imprécision de mesure de l'ordre de 25% ce qui serait inacceptable de la part d'un laboratoire d'essai digne de ce nom" (p.6, § 7 du rapport).

Il s'agit donc bien d'une imprécision qui n'est pas acceptable scientifiquement.

Monsieur l'expert ajoute encore, un peu plus loin (p.6, § 9), que les coefficients alpha sabine proches de 2 ne peuvent s'expliquer ni par les approximations, ni par l'imprécision de la méthode d'évaluation de la norme ISO 354.

Il n'y a donc pas d'explication possible à une valeur égale ou proche de 2, comme indiqué dans la fiche commerciale de SCREENS SOLUTIONS pour le produit shhout.

Monsieur l'Expert explique plus en détail son point de vue sur l'impossibilité d'atteindre un taux d'absorption égal à 2 : "Les corrections appliquées ici permettent d'expliquer les dépassements au-delà de l'unité tels qu'ils apparaissent le plus fréquemment dans les rapports d'essai en laboratoire, à savoir jusqu'autour

de 1.3 alpha Sabine. Elles ne permettent donc pas d'expliquer les valeurs autour de alpha sabine 2 reprises dans la brochure commerciale du produit shhout" (p. 35, 1^{er} encadré, du rapport).

Monsieur l'Expert affirme donc que si une valeur de 1,3 est acceptable, une valeur de 2 ne l'est pas, confirmant ainsi les explications données par la requérante à ce sujet dans ses précédents écrits de procédure.

Monsieur l'Expert conclut sur ce point : "(...) dans le cadre et dans les conditions des évaluations de la norme ISO 354, l'obtention d'un coefficient alpha sabine atteignant 2 est plus qu'improbable".

Deuxième question :

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 ?

Selon M. l'Expert, "l'utilisation de la seule surface projetée de l'écran, au lieu de la surface développée de l'objet, conduit à des coefficients alpha sabine abusifs et à la classification A. L'écran appartient à la classe C" (p. 7, §5 du rapport).

Troisième question :

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 ?

M. l'Expert affirme que le produit shhout appartient à la classe C (p. 7, §5 du rapport). Ce qui est encore confirmé à la p. 46 du rapport (voir l'encadré) ».

Elle formule les observations complémentaires qui suivent :

« 1. L'écran de séparation proposé par Bedimo dans son offre (ka1m43)

Monsieur l'Expert relève que l'écran de séparation Kalm43 n'aurait pas été testé conformément à la norme ISO 354.

Plusieurs observations doivent ici être formulées :

Premièrement, aucune des questions posées par le Conseil d'Etat, dans son arrêt n°242.062, ne concerne la conformité du produit kalm43 à la norme ISO354.

Deuxièmement, il est fondamental de retenir que le produit testé dans le rapport AIRO (comme le confirme le rapport acoustique) n'est pas le produit proposé par Vitra dans son offre mais un autre produit. En effet, comme le relève Monsieur l'Expert, et comme la requérante l'avait déjà relevé dans ses écrits de procédure précédents, le produit testé dans le rapport AIRO, a une épaisseur de 70 mm alors que le produit shhout, proposé par Vitra dans son offre, a une épaisseur de 50 mm (voir à ce sujet la fiche commerciale, pièce n°6.b. du dossier administratif). Il en résulte que le produit testé dans le rapport AIRO n'est pas le produit proposé par Vitra dans son offre. C'est pour cette raison fondamentale que le produit testé dans le rapport AIRO, qu'il relève de la classe A ou non, ne peut pas être pris en considération : il s'agit d'un autre produit, tout simplement.

Troisièmement, et en tout état de cause, la requérante a déposé, dans son dossier de pièces, un certificat que le produit kalm43 relevait de la classe A et, en ce sens, son offre est conforme et régulière au regard des exigences du cahier spécial des charges.

2. Les normes

Monsieur l'Expert critique, dans son rapport, les normes mentionnées dans le cahier spécial des charges.

La requérante ne partage pas cet avis : les normes mentionnées dans le cahier spécial des charges décrivent précisément la méthodologie pour mesurer l'absorption des matériaux et la manière de l'exprimer. Si cette méthodologie est peut-être perfectible d'un point de vue scientifique, elle a pour avantage de

permettre de comparer les produits sur une base objective ».

La requérante répond, par ailleurs, comme suit au mémoire en intervention :

« La requérante a également pu prendre connaissance des arguments que la NV Robberechts, partie intervenante, a formulées dans son mémoire en intervention. La requérante souhaite formuler les observations suivantes au sujet des arguments de la NV Robberechts. Tout d'abord, la partie intervenante estime que la requérante n'aurait pas intérêt au recours.

On observera simplement à ce stade que l'arrêt du Conseil d'Etat n° 242.962, qui a une autorité de chose jugée, considère que la requérante a bien intérêt au recours.

On soulignera à ce sujet que dès lors que la requérante a bien produit une attestation selon laquelle les écrans de séparation proposés par elle dans son offre relèvent de la classe A elle a intérêt à soutenir que les écrans de séparation proposés par Vitra dans son offre (produit shhout) ne sont pas de la classe A.

Le rapport acoustique confirme ce que la requérante soutient depuis le début : le produit shhout relève de la classe C et non de la classe A.

Il est donc faux de soutenir, comme le fait la partie intervenante que le produit shhout serait de la classe A (point n°34 du mémoire). Le rapport d'expertise confirme que ce produit relève de la classe C.

C'est, par ailleurs, en vain que la partie intervenante tente de se fonder sur le rapport AIRO (point n°37 du mémoire) : comme cela a déjà été souligné à maintes reprises le produit testé dans le rapport AIRO n'est pas le produit shhout. Les résultats de ce test sont donc sans aucune pertinence dans le cadre du présent litige. C'est également en vain que la partie intervenante se prévaut de l'attestation du CEDIA concernant les écrans de séparation proposés dans son offre par la requérante. On ne peut qu'insister ici sur le fait que l'offre de la requérante est régulière dès lors qu'elle s'est conformée aux exigences du cahier spécial des charges en matière de performance acoustique.

La requérante s'étonne plus encore de constater que, manifestement, la partie intervenante a eu accès à la pièce n°15 H du dossier administratif (testa du CEDIA) alors qu'il s'agissait d'une pièce de son offre qui était confidentielle et que la partie adverse a communiqué, en violation du secret des affaires, à un concurrent direct de la requérante !

On rappellera également qu'en application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013, la requérante a demandé au Conseil d'Etat de garantir la confidentialité des documents composant la pièce n° 3 à l'égard d'éventuelles parties intervenantes (la pièce n°3.b. étant la pièce n°15.H. du dossier administratif).

En conclusion, pour l'ensemble de ces raisons, la requérante a bien intérêt au recours.

La requérante souhaite ensuite revenir brièvement sur le rapport AIRO dont la partie intervenante fait grand cas dans son mémoire.

Il a en effet été démontré dans les écrits de procédure que le produit testé dans le rapport AIRO n'est pas le produit shhout décrit dans la fiche commerciale mais un autre produit. La requérante rappelle ainsi que le produit testé dans le rapport AIRO est de 7 cm d'épaisseur alors que le produit shhout décrit dans la fiche commerciale est de 5 cm d'épaisseur. De plus, le produit testé contient, comme matière isolante de la laine de roche (rockwool), qui n'est pas une matière "épinglable" alors que la fiche commerciale de shhout précise qu'il est "épinglable". ceci démontre encore une fois que le produit testé dans le rapport AIRO n'est pas le produit shhout mais un autre produit.

Enfin, la NV Robberechts tente de détourner le problème : ni le rapport AIRO, ni le rapport du CEDIA ne sont au centre des questions posées par le Conseil d'Etat à Monsieur l'Expert.

Il est encore très étonnant de lire que Monsieur l'Expert aurait pu constater, lors de

la réunion dans les locaux d'Actiris, qu'il y avait un amortissement du bruit ce qui démontrerait que les écrans de séparation présents dans les bureaux auraient atteint leurs objectifs et correspondaient aux spécifications demandées (point n°49 du mémoire).

On observera que ce constat n'a jamais été formulé sur les lieux, ni, ensuite dans le rapport acoustique, remis par Monsieur l'Expert. Ensuite, il est sidérant de lire que le résultat souhaité aurait été atteint alors qu'aucun mesurage acoustique n'a été fait sur les lieux. La NV Robberechts fait preuve ici d'une légèreté à toute épreuve. On observera encore, et en tout état de cause que, lors de la visite sur les lieux, les écrans de séparation ont été mesurés par Monsieur l'expert. L'épaisseur mesurée est de 7 cm alors que le produit shhout est annoncé, dans la fiche commerciale litigieuse, comme ayant une épaisseur de 5 cm (ce que confirme le rapport acoustique de Monsieur l'Expert).

Les questions posées par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'expertise ordonnée concernent les caractéristiques acoustiques du produit shhout en tant que tel et non dans un milieu donné. Les considérations relatives aux murs, à la moquette, aux armoires ect... sont donc sans aucune pertinence.

Enfin, il est surprenant de lire dans le mémoire de la partie intervenante (points 50 et 51) que l'écart de points entre Vitra et la requérante serait trop important pour que cette dernière puisse combler cet écart.

En effet, dès lors que les écrans de séparation proposés par Vitra ne sont pas conformes à la classe acoustique A (ce que le rapport acoustique confirme), son offre pourrait parfaitement être considérée comme frappée d'une irrégularité substantielle quand bien même le cahier spécial des charges prévoirait une marge d'appréciation. En présence d'une telle irrégularité, l'offre de Vitra devait être écartée de sorte que le montant total des points obtenus par chaque soumissionnaire n'a aucune pertinence.

La NV Robberechts préjuge ici de ce que pourrait décider le Conseil d'Etat dans son arrêt à venir en affirmant qu'il est exclu qu'il puisse y avoir une irrégularité substantielle ».

B.3. Mémoire de la partie adverse après notification du rapport d'expertise

À propos des réponses aux questions posées par l'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018, la partie adverse formule les observations suivantes :

« 2.1 Première question

2.1.1 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 ?

3. L'expert apporte une réponse nuancée à cette question.

4. Dans un premier temps, l'expert note que le coefficient alpha Sabine vaut "idéalement 0 pour un matériau totalement réfléchissant et 1 pour un matériau totalement absorbant (p. 8). Dans le même sens, l'expert observe qu'en principe 1 est "physiquement la valeur maximale possible" (p. 5).

5. Néanmoins, l'expert constate que "la norme ISO 354 permet la production de valeurs d'absorption qui dépassent l'unité et heurtent le sens physique" (p. 55).

L'expert cite à cet égard la norme elle-même, qui annonce que "le coefficient d'absorption acoustique déterminé d'après les mesurages de durée de réverbération peut prendre des valeurs plus grandes que 1" (p. 14).

La norme ne précise pas de limite aux valeurs plus grandes que 1 (p. 14), de sorte que "des valeurs excédant l'unité de manière importante peuvent être théoriquement justifiées" (p. 33, (...)). L'expert confirme qu'un "coefficient alpha Sabine largement supérieur à 1 est scientifiquement possible, sa définition ne recouvrant pas la notion physique d'absorption acoustique" (p. 35, (...)).

6. Par ailleurs, l'expert souligne à plusieurs reprises les "approximations (et) imprécisions de la méthode d'évaluation de la norme ISO 354" (p. 6) :

- "la norme ne le précise pas" (p. 18);
- "à noter une coquille dans le texte de la norme : la définition de m^2 a été recopiée sur celle de m^1 et fait donc référence à la salle vide au lieu de la salle après introduction de l'échantillon" (p. 22);
- "La norme est ambiguë sur la question" (p. 36);
- "Le point 8.1.4 renforce la confusion..." (p. 36);
- "Le terme 'objets' fait malencontreusement écho à 'objets discrets' et est ici également source de confusion" (p. 36);
- etc.

7. En outre, l'expert attire l'attention sur les limitations de la science et avertit que "les valeurs observées des paramètres physiques mesurés sont entachées d'une certaine incertitude ou erreur" (p. 24) :

- "les lois de la science reposent sur une série d'hypothèses, le plus souvent simplificatrices, qui permettent d'élaborer un modèle décrivant les phénomènes physiques de manière suffisamment pratique et correcte pour être utile et utilisé. Ce modèle ne sera cependant fiable que dans le champ de validité de ces hypothèses" (p. 10)
- "En pratique, toutes les grandeurs sont entachées d'une erreur" (p. 28);
- "la démarche suivie ci-dessus pourrait laisser penser que la valeur moyenne d'une grandeur est la valeur physique vraie, dont on pourrait s'écarter d'une certaine erreur. En réalité, chaque valeur utilisée ici comme moyenne n'est rien d'autre qu'un échantillonnage (le fruit d'un ou quelques tirages aléatoires) autour de la valeur vraie qui, elle, est inaccessible (inconnue) et dont elle diffère d'une certaine erreur (également inaccessible et inconnue). Elle représente l'estimation la plus probable à défaut de mieux" (p. 32);
- "Le chapitre 8.2 de la norme aborde la question de la fidélité des résultats. L'incertitude est aux yeux de la norme liée à deux facteurs. Le premier concerne l'incertitude sur la mesure de la durée de réverbération, le second concerne la reproductibilité. Ces deux notions ne sont que deux volets de la fiabilité des résultats, car elles ne touchent que la fiabilité de la mise en œuvre de la méthode, pas la fiabilité de la méthode elle-même" (p. 32);
- "Il est essentiel de comprendre que la définition du coefficient alpha Sabine α_s ne représente pas l'absorption au sens physique d'un matériau. Tout au plus s'en approche-t-il sous des conditions bien précises et restrictives". (p. 33);
- "Les limitations de la Loi de Sabine ont été pointées très rapidement après son établissement (dès les années 1930) et des méthodes alternatives d'évaluation de l'absorption ont été suggérées. Aucune d'entre elles n'a remplacé à ce jour la méthode par chambre réverbérante : pour y parvenir, il est en effet nécessaire de proposer une méthode plus précise, avec une robustesse, une facilité de mise en œuvre et une économie de moyens au moins égales. Des travaux sont toujours en cours actuellement". (p. 34).

Pour l'expert, ces mises en garde éclairent le présent litige "en permettant de mesurer la complexité de la question de l'évaluation de l'absorption d'un matériau, voire la question de sa définition même (...); en soulignant les limitations de la science (...); en expliquant pourquoi certains résultats hors du bon sens sont possibles, du fait d'une modélisation simplifiée basée sur des hypothèses qui ne traduisent pas (toute) la réalité; plus directement et concrètement, en donnant un ordre de grandeur des 'dérives' possibles lors de l'évaluation de l'absorption par la méthode en chambre réverbérante décrite dans la norme ISO 354" (pp. 34-35).

8. L'expert semble néanmoins considérer que cette incertitude et cette marge d'erreur ne sont pas illimitées.

Ainsi, des coefficients atteignant 1.2 ou 1.3 sont "observés fréquemment" (p. 6 et p. 35), tandis "qu'un coefficient d'absorption égal à 2 alpha Sabine, comme annoncé dans la brochure du produit Shhout, requiert une imprécision de mesure de l'ordre de 25 %, ce qui serait inacceptable de la part d'un laboratoire d'essai digne de ce nom" (p. 6).

L'expert ajoute que "le coefficient d'absorption alpha Sabine n'est pas l'absorption physique majorée à 1; il peut prendre des valeurs dépassant l'unité. Cependant, les coefficients alpha Sabine proches de 2, objets principaux du litige, ne peuvent s'expliquer ni par les approximations ni par l'imprécision de la méthode d'évaluation de la norme ISO 354" (p. 6).

Le rapport conclut qu'un coefficient atteignant 2 est "possible", mais est "plus qu'improbable" (p. 35).

9. Au regard de ce qui précède, il convient de répondre comme suit à la première partie de la première question : la courbe du taux d'absorption acoustique du produit "Shhout" indiquée dans le graphique repris sur la fiche commerciale de Screen Solutions est scientifiquement possible, mais peu probable en l'espèce.

2.1.2 Dans la négative, l'erreur est-elle scientifiquement évidente ?

10. À propos de cette sous-question, l'expert observe que "Les sous-questions des premier et deuxième points dépassent la simple application du texte normatif et l'interprétation des rapports d'essais et de la fiche commerciale. Y répondre nécessite un point de vue plus large qui touche à la difficulté d'évaluer précisément les performances des matériaux hautement absorbants, le contenu même des normes et les modèles sur lesquels elles s'appuient, les habitudes et les contraintes des différents acteurs du secteur (client, fournisseur, laboratoire d'essais, acousticiens, etc.)" (p. 5).

Vu les longs développements que le rapport consacre (i) à l'imprécision de la norme, (ii) à la "complexité de la question de l'évaluation de l'absorption d'un matériau, voire la question de sa définition même" (p. 34); (iii) aux limitations de la science, et (iv) à la marge d'erreur qui affecte les mesures, l'erreur dans la courbe du taux d'absorption du produit "Shhout", à la supposer établie (ce qui n'est certain, cf. supra), n'est en tous cas pas scientifiquement évidente.

11. L'expert souligne par ailleurs que la confusion à l'origine de l'erreur présumée est commune et compréhensible (...) :

- "Le chapitre 6.1 discute du caractère évident ou non de l'erreur dans la brochure commerciale Shhout ayant conduit aux coefficients d'absorption atteignant 2 alpha Sabine et à l'attribution abusive de la classe A. Une brochure d'un autre produit absorbant avec une erreur similaire montre que la confusion entre surface projetée et surface développée n'est pas exceptionnelle" (p. 7);
- "Les laboratoires d'essais sont tenus d'appliquer le texte des normes pour que les résultats qu'ils fournissent soient indiscutables et officiels pour tous. Ils n'ont pas pour vocation de commenter ou d'analyser la teneur des résultats. Ils propagent ainsi les dérives possibles : les coefficients d'absorption dépassant l'unité ne sont plus une éventualité évoquée dans la norme mais une réalité matérialisée et de plus en plus banalisée dans les procès-verbaux d'essais" (p. 55);
- "La confusion sur la surface de l'échantillon à considérer pour convertir une aire d'absorption en coefficient d'absorption n'est pas exceptionnelle. Une recherche sur internet a permis de trouver rapidement un autre exemple de brochure commerciale annonçant des coefficients alpha Sabine dépassant 2 (produit Acouver)" (p. 51);
- "Une incertitude de 100 %, donnant un alpha Sabine autour de 2 comme avancé dans la brochure commerciale du produit Shhout, est possible moyennant une incertitude relative sur toutes les grandeurs autour de 25 %" (p. 30)
- "Les mousses et laine de roche ou de verre utilisées dans les écrans de séparation, en particulier dans les éléments Shhout ou KALM 43 proposés, font partie des meilleurs matériaux absorbants disponibles sur le marché. Leur performance atteint rapidement un alpha Sabine proche de 1 dans les hautes fréquences à partir de quelques centimètres d'épaisseur. Il est donc naturel de présumer que les écrans intégrant ces matériaux seront également de la plus haute qualité acoustique. Et si la norme ISO 11654 définit plusieurs classes d'absorption, il est compréhensible de conjecturer que ces écrans appartiendront à la classe la plus haute. La classe A est donc attendue *a priori*" (p. 53);
- "Le quotient qui existe entre le critère de 0.6 alpha Sabine et le résultat 0.3

calculé à partir des deux faces vaut exactement 2, comme le rapport des surfaces développée et projetée. Cette coïncidence est de nature à supporter l'idée que la conversion de l'aire d'absorption équivalente en coefficient alpha Sabine ne prenant en compte que la surface d'une face de l'écran est bien licite, même si elle conduit à des coefficients dépassant largement 1, ce qui par ailleurs est courant et admis" (p. 53);

- "Le calcul avantageux est enfin conforté par d'autres tests en laboratoire sur des écrans comparables, comme AIRO ou CEDIA, dans lesquels la classification est menée et validée par le laboratoire lui-même. Il paraît difficilement acceptable qu'un même produit diffère de deux classes selon le test ou le laboratoire d'essai" (p. 53).

12. Dans ses écrits de procédures, la partie requérante a affirmé qu'un taux d'absorption de 2.0 est "évidemment" impossible à obtenir, et qu'une telle valeur est "fantaisiste". La partie requérante a argumenté que les chiffres concernant les valeurs maximales des taux d'absorption constituent le "b.a.-ba en matière de performance acoustique et ne requièrent pas des connaissances pointues d'un ingénieur acousticien".

Ce point de vue est contredit par Monsieur l'expert, selon qui "Des valeurs excédant l'unité de manière importante peuvent être théoriquement justifiées. Parler de valeurs 'aberrantes' [2] en référence à la valeur physique de l'absorption est donc incorrect en assimilant deux indices d'absorption de définition différente." (p. 33).

13. L'on ajoutera qu'il a fallu à un expert en acoustique, disposant de "près de 30 ans d'expérience" (p. 51), un total de 163 heures de travail (soit l'équivalent d'un temps plein pendant un mois) pour répondre aux questions posées par Votre Conseil.

Son analyse s'étend sur plus de 60 pages de rapport et souligne à maintes reprises la difficulté des questions qui lui ont été posées.

Il ne saurait dès lors être affirmé que l'erreur, à la supposer établie, présente un caractère "évident".

La réponse à la deuxième partie de la première question est donc négative.

2 L'adjectif "aberrant" est utilisé par Votre Conseil dans son arrêt du 16 novembre 2018.

2.2 Deuxième question

2.2.1 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 ?

14. La réponse de l'expert à cette question est négative.

Monsieur l'expert note en effet que "Les tests AIRO et CEDIA certifiant l'appartenance à la classe A des produits Shhout et KALM43 proposés par les deux parties, n'ont donc pas été réalisés conformément aux exigences de la norme ISO 354" (p. 50).

Ni les cloisons de Vitra, ni celles de la partie requérante, n'ont donc été testées conformément aux normes imposées par le cahier des charges.

2.2.2 Dans la négative, pour quelle raison n'ont-ils pas été calculés suivant ces méthodes et cette norme ?

15. S'agissant du produit Shhout, Monsieur l'expert estime que le non-respect de la norme s'explique par la constitution du panneau Shhout (70 mm au lieu des 50 mm proposé dans l'offre de Vitra) et par le fait qu'il a été évalué en position couchée dans le test AIRO (pp. 47 et 50). Une correcte application des normes ISO suppose, selon l'expert, de diviser l'aire d'absorption équivalente par la surface des deux faces de l'écran (p. 39).

Le produit KALM43 proposé par la requérante a également été évalué en position couchée, ce qui permet, selon l'expert, de gonfler artificiellement les performances (p. 47). L'expert note que "l'effet membrane et la perforation du panneau bois de l'écran KALM 43 (...) relèvent également par un artifice les performances d'absorption (...)" (p. 50).

16. Il convient néanmoins à nouveau de souligner la prudence avec laquelle Monsieur l'expert émet le jugement qui précède.

Comme en ce qui concerne la sous-question relative au caractère évident ou non de l'erreur apparemment commise, l'expert a rappelé que ses réponses "dépassent la simple application du texte normatif et l'interprétation des rapports d'essais et de la fiche commerciale. Y répondre nécessite un point de vue plus large qui touche à la difficulté d'évaluer précisément les performances des matériaux hautement absorbants, le contenu même des normes et les modèles sur lesquels elles s'appuient, les habitudes et les contraintes des différents acteurs du secteur (client, fournisseur, laboratoire d'essais, acousticiens, etc.)" (p. 5).

À propos plus particulièrement de l'évaluation des objets dits "discrets", l'expert reconnaît que la question de la surface de l'objet à prendre en considération est "sujet à discussion" (p. 7). Il note à cet égard l'ambiguïté de la norme (p. 36) et conclut, au terme d'une longue analyse, qu'il est "préférable" de diviser les aires équivalentes d'absorption par la surface des deux faces d'un écran pour évaluer ensuite la classe d'absorption à laquelle il appartient (p. 39).

À nouveau, le non-respect des normes ISO ne s'impose pas avec la force de l'évidence, contrairement à ce que la partie requérante a toujours prétendu.

17. Dans son rapport, Monsieur l'expert met par ailleurs en doute la pertinence des deux normes imposées par le cahier des charges. Il juge cette référence "malheureuse", car elle "force un calcul impropre et sujet à discussion de par la question de la surface de l'objet à prendre en considération" (p. 7); l'exigence d'atteindre la classe d'absorption A serait elle aussi malencontreuse, "car elle signifie des performances d'absorption dans les basses fréquences qui ne sont accessibles qu'avec des épaisseurs très importantes (ou par des conditions de test favorables et non parfaitement conformes, comme étudié au chapitre suivant)" (p. 44).

La partie adverse tient à cet égard à souligner ce qui suit :

a) Comme le constate Monsieur l'expert lui-même (pp. 7, 41 et 45), aucun soumissionnaire n'a émis de remarque ou de réserve sur la référence aux deux normes précitées, et tant la partie requérante que Vitra ont produit une attestation de conformité à l'exigence posée par le cahier des charges.

Or, l'article 86 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 oblige le soumissionnaire qui découvre une erreur dans les documents du marché à la signaler immédiatement au pouvoir adjudicateur, au plus tard dix jours avant l'ouverture des offres.

b) Les fabricants annoncent dans leurs brochures que leurs produits respectent la classe A de la norme ISO 11654. Cette exigence est donc présentée comme accessible et la rédaction du cahier des charges "s'aligne donc sur le discours du marché et des fournisseurs" (p. 45; cf. aussi p. 56).

c) À supposer que les normes ISO 354 et ISO 11654 ne reflètent pas parfaitement la réalité physique, Monsieur l'expert reconnaît que la référence à ces normes est néanmoins légitime :

- ☐ "une traduction simple des attentes, en s'affranchissant éventuellement des normes, n'est pas évidente" (p. 7);
- ☐ "il est compréhensible que le pouvoir adjudicateur ait voulu pouvoir comparer les qualités intrinsèques des écrans proposés, c'est-à-dire en pratique les performances d'absorption propres des matériaux absorbants constitutifs (...). De plus, si l'aire d'absorption avait été retenue comme critère d'évaluation, il aurait été difficile sur base de cet unique paramètre de comparer l'apport d'écrans de différentes tailles. L'appel à une classe d'absorption facilite (avec tout ce que cela occulte) l'évaluation de la qualité acoustique d'un produit. La simple référence à la classe exigée suffit pour valider le produit proposé, sans devoir analyser les données sous-jacentes" (p. 44);
- ☐ "À défaut d'une approche meilleure, les normes ISO 354 et ISO 11654 restent d'application courante malgré leur limitation et les dérives qu'elles permettent et produisent. Les valeurs qu'elles fournissent, même si elles ne décrivent par le comportement physique vrai des produits, peuvent cependant être utilisées de manière satisfaisante dans la prédiction de la réverbération des projets concrets,

puisque cette modélisation se base sur les mêmes lois” (p. 55).

La partie adverse n’a donc commis aucune erreur manifeste d’appréciation en renvoyant aux normes ISO 354 et 11654 et en exigeant le respect de la classe d’absorption A.

2.3 Troisième question

2.3.1 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 ?

18. Moyennant les réserves et incertitudes rappelées par le rapport d’expertise, la réponse à cette question semble négative :

- “dans le calcul de la brochure commerciale du produit Shhout à partir des données du test SRL, l’utilisation de la seule surface projetée de l’écran, au lieu de la surface développée de l’objet, conduit à des coefficients alpha Sabine abusifs et à la classification A. L’écran appartient à la classe C” (p. 7);
- “Avec ces données réduites d’un facteur 2 par rapport aux données de la fiche technique, la classe A n’est plus atteinte par l’écran tel qu’évalué dans le test SRL. L’écran appartient à la classe C” (p. 46);

19. Monsieur l’expert relève par ailleurs qu’à sa connaissance, aucun écran de séparation n’est en mesure de rencontrer effectivement la classe A :

- “L’analyse des critères de la norme montre par ailleurs que la classe A impose des performances dans les basses fréquences qui ne peuvent être atteintes par les matériaux composant habituellement les écrans de séparation. En pratique, la classe A vise les matériaux absorbants en forte épaisseur ou les plafonds suspendus avec un plenum de plusieurs dizaines de centimètres” (p. 7);
- “Nous ne connaissons pas d’écrans de séparation courants, dans des épaisseurs acceptables esthétiquement, qui atteignent des performances correspondant à la classe A conformément aux normes ISO 354 et ISO 11654 et à l’esprit du cahier des charges” (p. 42).

2.3.2 Dans la négative, de quelle classe acoustique relèvent ces produits ?

20. L’écran Shhout relève de la classe C (pp. 7 et 46) ».

Des réponses apportées, à la faveur de la mesure d’expertise, aux questions posées par le Conseil d’État, la partie adverse estime devoir retenir les conséquences suivantes :

« 3 IRRECEVABILITÉ DU RECOURS

21. Dans son arrêt du 16 novembre 2018, Votre Conseil a d’ores et déjà rejeté le deuxième moyen de la partie requérante, celui-ci manquant en fait.

22. Par son premier moyen, la partie requérante soutient que les fournitures proposées par Vitra ne satisfont pas à la norme acoustique de classe A. Ce premier moyen porte également sur l’absence prétendue, dans l’offre de Vitra, de l’attestation de classe A requise par le cahier des charges.

23. Aux termes de l’article 14 de la loi du 17 juin 2013, le recours en annulation d’une décision d’un pouvoir adjudicateur est ouvert à toute personne “ayant ou ayant eu intérêt à obtenir un marché” et “ayant été ou risquant d’être lésée par la violation alléguée”.

Il n’est pas contesté que la requérante a eu intérêt à obtenir le marché querellé.

En revanche, la partie requérante ne saurait avoir été lésée par les irrégularités qu’elle invoque.

24. La partie requérante n’a à aucun moment mis en cause la pertinence, ni *a fortiori* la légalité, de l’exigence relative à la classe acoustique A.

Selon l’expert, la requérante ne rencontre pas cette exigence; son offre a néanmoins été déclarée régulière par la partie adverse, sur la base de l’attestation produite par la partie requérante.

La requérante n’a donc pas été lésée par l’irrégularité qu’elle invoque : au contraire, de la même manière que Vitra, son offre a été déclarée régulière

nonobstant le fait qu'elle ne relève pas de la classe acoustique A.

Dans ces circonstances, la partie requérante a perdu tout intérêt à son recours.

25. Il est en va d'autant plus ainsi que la requérante n'aurait, dans les circonstances précitées, jamais pu obtenir le marché litigieux.

Si la partie avait été en mesure de détecter (*quod non*, cf. *infra*), au stade de l'examen des offres, que les offres de la requérante et de Vitra n'atteignaient pas la classe acoustique A, elle aurait pu prendre l'une des décisions suivantes :

(i) soit considérer que l'irrégularité des offres de Vitra et de la requérante présente un caractère substantiel et attribuer le marché à un autre soumissionnaire qui, lui, rencontrerait l'exigence acoustique A. Monsieur l'expert a néanmoins relevé qu'à sa connaissance, aucun écran de séparation n'est en mesure de rencontrer effectivement la classe A;

(ii) soit considérer que toutes les offres déposées sont affectées d'une irrégularité substantielle, et les écarter. La partie adverse aurait alors dû entamer une procédure négociée sans publicité avec tous les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et qui ont remis une offre formellement régulière (art. 26, § 1^{er}, 1^o, e, de la loi du 15 juin 2016). Dans le contexte de cette procédure, l'exigence d'une classe acoustique A aurait logiquement été abandonnée (ou assouplie) et l'on ne perçoit pas pourquoi la requérante aurait eu une meilleure chance d'obtenir le marché. Il convient en effet de rappeler que le marché querellé a été attribué à Vitra qui avait obtenu un total de 83,13 points, contre seulement 70,02 points pour Bedimo;

(iii) soit considérer que l'irrégularité des offres de Vitra et de Bedimo ne présente pas un caractère substantiel. Cette décision serait la plus conforme au cahier des charges, l'article 1.18 des clauses administratives disposant qu'une dérogation mineure aux clauses techniques sera appréciée négativement au titre du critère d'attribution "qualités techniques", et n'emportera pas la nullité de l'offre. Une dérogation est qualifiée de 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". Or, l'expert a reconnu que "Les écrans proposés sont de haute qualité acoustique. L'attribution de la plus haute classe est prêtée aux écrans *a priori*. Pour conforter cette attente dans les chiffres, et certifier la classe A, il convient d'accommoder les résultats pour respecter les critères particulièrement sévères et inadaptés de la norme ISO 11654 dans les basses fréquences" (p. 7). Autrement dit, il n'est pas substantiellement porté atteinte aux objectifs acoustique d'Actiris, de sorte que la non-conformité des écrans de Vitra et de Bedimo doit être considérée comme mineure, et emporter seulement chez chacun d'eux une perte de points sur le critère "qualités techniques". À nouveau, vu l'écart de points entre Vitra (83,13) et Bedimo (70,02), l'on ne perçoit pas comment Bedimo aurait pu remporter le marché.

26. Il ressort de ce qui précède que la partie requérante n'a pas été lésée pas l'illégalité qu'elle invoque.

Son recours est par conséquent irrecevable.

4 ABSENCE DE FONDEMENT DU PREMIER MOYEN

27. Dans son arrêt du 16 novembre 2018, Votre Conseil a distingué deux volets au sein du premier moyen :

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

Ces deux volets sont abordés l'un après l'autre ci-après.

4.1 Première, deuxième et, dans une certaine mesure, quatrième branches du moyen

Absence d'erreur manifeste d'appréciation

28. Dans son arrêt du 16 novembre 2018, Votre Conseil a rappelé que 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 mesurage".

29. Dans le cadre de son rapport du 13 septembre 2017, Monsieur l'auditeur général adjoint avait déjà conclu que, sur la base des documents dont disposait Actiris au moment d'adopter la décision d'attribution, Actiris n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation, car il ne peut être exigé d'elle de procéder à une analyse d'ingénieur acousticien.

30. Le rapport d'expertise conforte cette conclusion en démontrant que :

- ☐ un coefficient d'absorption "largement supérieur à 1 est scientifiquement possible" (p. 35);
- ☐ l'application des normes ISO imposées par le cahier des charges est entourée d'incertitudes et s'accompagne d'une marge d'erreur;
- ☐ la confusion à l'origine de l'erreur affectant vraisemblablement la courbe d'absorption du produit Shhout est courante et banalisée par les laboratoires d'essai et par les brochures commerciales des fabricants.

L'expert en conclut, en faisant écho à la terminologie utilisée par Votre Conseil dans son arrêt du 16 novembre 2018, qu'il ne saurait être question de valeurs "aberrantes" (p. 33).

31. L'expert – qui rappelle disposer de près de 30 ans d'expérience en acoustique (p. 51) – est parvenu à cette conclusion au terme d'un rapport de plus de 60 pages et de 163 heures de travail. Soulignons que ce rapport examine la conformité à la norme des cloisons d'un seul soumissionnaire.

Par conséquent, l'erreur dont est le cas échéant affectée la courbe d'absorption du produit Shhout ne présente aucun caractère évident et la partie adverse, même entourée par un architecte, n'aurait pas raisonnablement pu l'identifier. Elle n'aurait *a fortiori* pas pu réaliser, pour tous les soumissionnaires, le travail qu'a accompli Monsieur l'expert.

32. La partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

Absence d'erreur de motivation interne

33. Il semble ressortir du rapport de Monsieur l'expert, moyennant les réserves et précautions que celui-ci a exprimées, que les cloisons Shhout proposées par Vitra ne relèvent pas de la classe acoustique A, mais de la classe C, contrairement à ce que Vitra a attesté dans son offre.

Cette contradiction entre ce qui a été offert, et ce qui a effectivement été livré à Actiris, relève du contentieux de l'exécution du marché public, et de la responsabilité civile et contractuelle des parties intervenantes.

34. Cette contradiction n'emporte en revanche aucune conséquence en ce qui concerne la légalité de la décision d'attribution elle-même, qui doit s'apprécier au moment de son adoption. Or, à ce moment, l'erreur dont était affectée la courbe d'absorption du produit Shhout n'aurait pas pu, ni dû, être relevée par la partie adverse.

Il aurait en effet été impossible pour la partie adverse de faire procéder, avant l'attribution, à une expertise des cloisons des soumissionnaires afin de vérifier que la classe acoustique vantée par ceux-ci correspond à la réalité.

C'est précisément pour cette raison que la partie adverse a fait référence à des normes et requis des soumissionnaires qu'ils soumettent une attestation.

L'expert reconnaît lui-même la légitimité de cette démarche. Il indique qu'une "traduction simple des attentes, en s'affranchissant éventuellement des normes, n'est pas évidente" (p. 7). Par conséquent, "la simple référence à la classe exigée suffit pour valider le produit proposé, sans devoir analyser les données sous-jacentes" (p. 44).

35. La référence à des normes, attestations ou labels n'emporte pas l'obligation pour le pouvoir adjudicateur (au-delà peut-être d'un contrôle marginal de la crédibilité de l'affirmation) de vérifier la réalité des affirmations des soumissionnaires, ce dont il n'aurait en toute hypothèse pas la compétence de faire. La partie adverse ne peut à cet égard se retrouver dans l'affirmation de Votre Conseil selon laquelle "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".

Une telle affirmation prive de son intérêt le recours à des normes techniques et à des labels. Ceux-ci ont précisément pour but de standardiser et de simplifier l'expression des besoins des pouvoirs adjudicateurs qui, précisément parce qu'ils ne sont pas en mesure de vérifier que les méthodes de mesurage ont bien été scientifiquement respectées, s'en réfèrent à des normes, et, à titre de preuve, demandent la production d'attestations que ces normes sont rencontrées. Le pouvoir adjudicateur ne commet pas d'erreur de motivation en se référant à une attestation produite par un candidat, même s'il n'est pas lui-même en mesure de procéder à la vérification des réalités physiques sous-jacentes à l'attestation produite.

Exiger du pouvoir adjudicateur qu'il dispose de cette compétence – outre que ce n'est en tout état de cause pas réaliste en pratique – emporterait des conséquences pratiques importantes et ouvrirait, au contentieux de la passation des marchés publics, une boîte de Pandore des disputes entre fabricants s'accusant les uns les autres d'avoir trompé le client (l'autorité) au moyen d'affirmations scientifiquement non exactes :

- ☐ un pouvoir adjudicateur ne pourrait pas exiger, dans le cadre de l'achat de véhicules, que ceux-ci émettent "moins de 120 g de CO2 par kilomètre", s'il ne dispose pas des compétences en vue de vérifier les affirmations des fabricants;
- ☐ un pouvoir adjudicateur ne pourrait pas exiger des écrans d'ordinateur répondant à la norme "Energy Star", à défaut de pouvoir vérifier que les écrans livrés ont bien la performance énergétique vantée;
- ☐ un pouvoir adjudicateur ne pourrait pas commander des fruits et légumes bio, à défaut de pouvoir vérifier que ceux-ci n'ont pas été aspergés de pesticides lors de leur production;
- ☐ etc.

36. Ceci ne signifie pas que les inexactitudes contenues dans les attestations remises doivent rester sans conséquence. Au contraire :

- ☐ dans la relation entre l'autorité et l'adjudicataire, ces inexactitudes relèvent du contentieux de l'exécution des marchés publics : un défaut de l'attributaire du marché peut donner lieu à des pénalités, des mesures d'office ou des dommages et intérêts;
- ☐ dans la relation entre l'adjudicataire et les soumissionnaires évincés, ces inexactitudes relèvent du contentieux des pratiques et des usages honnêtes en matière commerciale.

37. En réalité, il faut accepter que certaines normes servent de référentiels à propos desquels les soumissionnaires contractent un engagement vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Il est normal pour le pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sur la base de cet engagement – juridiquement contraignant – , sans avoir pu (ni dû) en vérifier la réalité.

En revanche, au contentieux objectif, un engagement contraire à la réalité n'emporte pas l'illégalité de la décision d'attribution, sauf dans l'hypothèse d'une erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire lorsque le pouvoir adjudicateur aurait dû, au stade de l'examen des offres, se rendre compte de l'irréalisme de l'engagement pris par le soumissionnaire. Ce n'est néanmoins pas le cas en l'espèce (cf. *supra*).

Absence de violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires

38. La partie requérante estime que les cloisons de Vitra correspondent à la classe

acoustique C, et pas A. Elle en déduit une violation de l'égalité entre les soumissionnaires, dès lors que le fait d'accepter des fournitures de classe inférieure à la classe A emporte des conséquences sur le prix.

Il ressort du rapport d'expertise que la classe A vantée par la partie requérante n'a pas été calculée conformément aux normes prescrites par le cahier des charges, et que la méthode de test de l'écran KALM 43 a eu pour effet de gonfler artificiellement ses performances acoustiques.

L'expert reconnaît par ailleurs que les cloisons de Vitra sont "de haute qualité acoustique" (p. 7).

Rien ne permet par conséquent d'affirmer que la différence de prix entre les cloisons de Vitra et de la partie requérante procède de la non-conformité des cloisons de Vitra à la classe acoustique A.

Dans ces circonstances, et à supposer que la requérante ait intérêt à son recours (cf. *supra*), elle n'établit aucune violation de l'égalité entre les soumissionnaires.

4.2 Troisième, cinquième et, pour le surplus, quatrième branches

39. Le rapport d'expertise n'est pas de nature à modifier la conclusion à laquelle Monsieur l'auditeur général adjoint était parvenu dans son avis du 13 septembre 2017 : le cahier des charges imposait de joindre à l'offre une "attestation", sans néanmoins préciser par qui cette attestation devait être émise. Cette circonstance distingue la présente affaire de celle ayant donné lieu à l'arrêt *Bedimo* mobilisé par la partie requérante. S'appuyant sur la définition usuelle du terme "attestation", Monsieur l'auditeur estime qu'il y avait bien dans l'offre de Vitra une attestation-déclaration émanant de Vitra, ainsi qu'un document de Screen Solutions. Ce dernier a été joint à l'offre de Vitra pour le lot n° 3, mais la partie adverse aurait pu voire dû en tenir compte dans le cadre du lot n° 1.

Avec Monsieur l'auditeur général adjoint, il convient donc de conclure au rejet des branches 3, 5 et, pour le surplus, 4 ».

B.4. Mémoire de la SA Robberechts après notification du rapport d'expertise

Sous un titre « 3.2. Repliek op het deskundig verslag », l'intervenante formule les observations suivantes :

« 43. In de eerste plaats dient vastgesteld te worden dat de deskundige heeft vastgesteld dat het bestek ambigu/dubbelzinnig is met betrekking tot de beschrijving van het verwachte scherm dat het bestek contradictoir is omwille van een ongepast gebruik van de norm ISO 11654 en dat het bestek ten slotte een criterium formuleert (klasse A), waaraan onmogelijk kan voldaan worden met een aanvaardbare dikte volgens de huidige esthetische voorschriften (eindverslag, blz. 44).

44. Ook de eigen deskundige van tussenkomende partij bevestigt dat de eis gesteld in het lastenboek in termen van een minimale alfa-w waarde is gesteld in ongeschikte grootheden (zie stuk 1.3).

45. Indien er bijgevolg al sprake zou zijn van enige onwettigheid, zoals ingeroepen door de verzoekende partij, wat niet het geval is, dan is deze onwettigheid louter en alleen verbonden aan het lastenboek als deel van de opdrachtdocumenten, wat tot de taak behoort van de aanbestedende overheid; deze laatste dient er immers over te waken dat in de opdrachtdocumenten een duidelijke, ondubbelzinnige en transparante beschrijving wordt gegeven van enerzijds welke de gewenste absorberende schermen zijn, van vervolgens welke normen in aanmerking moeten genomen worden om het absorberend karakter van deze schermen te kunnen nagaan en anderzijds welke klasse als criterium in aanmerking wordt genomen om het niveau te bepalen van dat absorberend karakter.

46. Wanneer volgens de deskundige het lastenboek niet voldoet aan wat redelijkerwijze mag worden verwacht aan beschrijving inzake absorberende

schermen, normen ter controle van dat absorberend karakter en ten slotte klasse als criterium voor het bepalen van het gewenste niveau van dat absorberend karakter, dan kan vanzelfsprekend niet aan tussenkomende partij enig verwijt geformuleerd worden als onderaannemer van de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund.

47. Alwaar de deskundige vervolgens overweegt dat de gevolgen van de dubbelzinnigheid, tegenstrijdigheid en incorrectheid van het bestek zouden kunnen gemilderd worden door twee elementen, nl. enerzijds het feit dat geen van de inschrijvers geklaagd heeft binnen de in het bestek opgegeven termijn over de incoherentie van de akoestische vereisten van het bestek en anderzijds het feit dat fabrikanten de klasse A/ISO-norm 11654 zelf aanwenden, waaruit de deskundige afleidt dat de norm daardoor als geldig evaluatiekader van de schermen en de klasse A als toegankelijk criterium wordt voorgesteld, waardoor het bestek zich aldus conformeert met de markt (leveranciers) (eindverslag, blz. 45), dient te worden vastgesteld dat dit juridische overwegingen betreffen, waarvoor de deskundige niet bevoegd is.

Hetzelfde geldt voor de opmerking van de deskundige dat de problematiek van de afwezigheid van een duidelijke en correcte kwalificering van de akoestische absorptie van materialen en objecten neerkomt op de dialectiek van de kip en het ei, en dat de verschillende spelers op de markt, ondanks hun goede wil, actoren en slachtoffers zijn van uitlopers die de economie van de sector besmetten (eindverslag, blz. 55).

Immers, de deskundige werd op grond van het tussenarrest van Uw Raad dd. 16 november 2018 met nr. 242.962 aangesteld om een louter technisch advies te geven.

Wanneer dat technisch advies luidt dat het bestek een verkeerde normering heeft gehanteerd, en zodoende de inschrijvers – en diens onderaannemers en leveranciers – op het verkeerde been heeft geplaatst bij de voorbereiding van hun respectieve biedingen, dan komt het niet aan de deskundige toe om eveneens een argumentatie te ontwikkelen ter weerlegging van de onwettigheid die uit die verkeerde normering voortvloeit.

48. Afgezien van de vaststelling dat de deskundige zich niet heeft in te laten met juridische overwegingen m.b.t. de vraag waarom de aanbestedende overheid dat zo heeft voorzien in het lastenboek en m.b.t. de vraag wat de inschrijvers gebeurlijk hadden kunnen doen, wijst tussenkomende partij erop dat het betoog van de deskundige erop neerkomt dat de verzoekende partij dan maar tijdig had moeten reageren op risico zijn belang te verliezen om zich nog te beroepen op vermeende onwettigheden van het bestek (RvS 13 juli 2010, nr. 206.598, NV Neorec; RvS 30 november 2018, nr. 243.095, NV A; HvJ 12 maart 2015, nr. C-538/13, eVigilo).

49. Met betrekking tot de norm ISO 11654 wordt op blz. 42 van het deskundig verslag besloten dat, in de praktijk, klasse A gericht is op absorberende materialen met een grote dikte of in verlaagde plafonds met een plenum van enkele tientallen centimeters.

De deskundige geeft aan dat hij geen courante scheidingsschermen in de esthetisch aanvaardbare dikte kent, die prestaties van klasse A behalen in overeenstemming met ISO 354 en ISO 11654 en in het licht van het bestek (eindverslag, blz. 42).

Verderop in het deskundig verslag overweegt de deskundige dat de ISO-norm 11654 inadequaat is en “*injustement pénalisant*” voor het object, hetgeen de abusievelijke manipulaties van de cijfers zou verklaren (eindverslag, blz. 54).

50. Uit voormelde vaststellingen van de deskundige volgt dan ook dat het gewenste niveau onaangepast was om te kunnen voldoen aan het absorberend karakter van de schermen, wat opnieuw exclusief een zaak is van de aanbestedende overheid en waaraan de gekozen inschrijver door toedoen van tussenkomende partij niet heeft kunnen verhelpen.

51. De deskundige schrijft vervolgens dat, wanneer de norm ISO 11654 wordt toegepast op de technische fiche van Shhout en de gegevens op die technische fiche worden verminderd met een factor 2, klasse A niet langer bereikt wordt door het scherm zoals geëvalueerd in de SRL-test. Het scherm zou integendeel overeenstemmen met een klasse C (eindverslag, blz. 46, met verwijzing naar de

tabel en grafiek op blz. 39, doch bedoeld wordt blz. 41).

52. Voormelde afweging door de deskundige is vanzelfsprekend volledig zinloos en in elk geval zinledig, nadat hij eerst heeft uitgelegd dat en waarom de normen met inbegrip van de gewenste klasse voor het bereiken van het niveau van het absorberend karakter van de schermen niet van aard waren om de technische verenigbaarheid te verifiëren.

53. Met betrekking tot de rapporten van AIRO en CEDIA overweegt de deskundige dat de testen in die rapporten, die certifiëren dat de producten Shhout en KALM43 voldoen aan klasse A, niet zouden zijn gebeurd conform de vereisten van de ISO 354-norm (eindverslag, blz. 47).

Meer bepaald overweegt de deskundige dat de samenstelling van het Shhout-paneel van 70mm en de evaluatie daarvan in de AIRO-test in een liggende positie verklaren waarom het paneel in die test prestaties bereikt overeenstemmend met klasse A.

Het oorspronkelijk voorgesteld Shhout-paneel, van klasse C, heeft volgens de deskundige slechts een dikte van 50mm en geniet in de SRL-test niet van het gunstige effect als gevolg van de aanwezigheid op de grond.

Meer bepaald overweegt de deskundige dat het KALM43-paneel en de evaluatie daarvan in een liggende positie verklaren waarom het paneel prestaties bereikt overeenstemmend met klasse A met een totale dikte van slechts 45mm (eindverslag, blz. 50).

54. Ook deze vaststellingen zijn volledig zinloos en in elk geval zinledig, nadat de deskundige eerst heeft uitgelegd dat en waarom de normen met inbegrip van de gewenste klasse voor het bereiken van het niveau van het absorberend karakter van de schermen niet van aard waren om de technische verenigbaarheid te verifiëren.

55. Overigens is de vaststelling van de deskundige, met name dat de KALM43-wand toch prestaties levert van klasse A, lijnrecht in tegenspraak met de erkenning in hoofde van de deskundige dat hij zelf geen courante scheidingsschermen in de esthetisch aanvaardbare dikte kent, die prestaties van klasse A behalen in overeenstemming met ISO 354 en ISO 11654 en in het licht van het bestek (zie eindverslag, blz. 42).

Indien dat laatste het geval is, hoe hij dan tot de conclusie zou kunnen komen dat de KALM43-wand prestaties levert die overeenstemmen met een klasse A, is een volstrekt raadsel, waardoor het deskundig verslag gesteund is op interne tegenstrijdigheid.

56. Geheel ten overvloede dient gewezen te worden op het volgende. De deskundige lijkt daarenboven van oordeel te zijn dat de meetmethode om wanden op de vloer te meten voor de Shhout-wand niet geschikt zou zijn, doch voor de KALM43-wand wel geschikt zou zijn, en dit op grond van de samenstelling en materialen van de twee merken van wanden.

Die conclusie wordt door de eigen akoestische deskundige van tussenkomende partij, met name dhr. Lieven De Geetere, in het geheel niet gevolgd (zie stuk 1.3 (...)):

“2) Beide wanden werden getest in een labo-opstelling die niet representatief is voor hun bedoelde gebruik (ISO 354, montagewijze A). De reden waarom deze wanden op de vloer van de nagalmkamer gemeten werden, is net omdat dit de enige montage is die toelaat om een α_{w} waarde te berekenen (als antwoord op de eis in het lastenboek.

3) De eis in het lastenboek had moeten gesteld worden in termen van minimale hoeveelheden absorptie (in m^2) per scherm van een welbepaalde afmeting $I \times h$ (ISO 354, waarbij de schermen als vrijstaande objecten getest worden, of nog pertinenter, als minimale spectrale waarden voor α_{obj} volgens ISO 20189, een norm die weliswaar nog niet gepubliceerd was op het moment van de aanbesteding.

4) De gemeten waarde (α_{w}) correleert uiteraard wel met de verwachte absorberende capaciteit van de geluidsschermen bij vrijstaand gebruik, maar er is geen 1-op-1 relatie. Het feit dus dat de 45 mm dikke Kalm43 wand □ slechts □ een α_{w} van 0.9 haalt t.o.v. de 1.0 voor de 70mm dikke Shhoutwand, is grotendeels

toe te wijzen aan het verschil in dikte en betekent enkel dat het meer waarschijnlijk is dat de Kalm 43 wand in vrijstaand gebruik ook minder zal presteren dan de Shhout-wand. Meer zekerheid hierrond kan enkel bekomen worden door vergelijkende absorptietesten onder gelijke vrijstaande condities.

5) De methode waarbij de schermen op de grond gemeten worden, wordt onterecht als mogelijks benadelend voor een bepaald schermtype voorgesteld omdat bepaalde geluidsgolven de achterzijde van het proefmonster niet zouden kunnen bereiken (bijschrift onder de figuur op pag. 50). De geluidsgolven in de octaafband van 250 Hz (de kritieke octaafband voor de bepaling van de α_w waarden, golflengte rond 1,35 m) worden immers nauwelijks belemmerd door 3 mm dikke geperforeerde MDF-kern, noch door een 25 mm kern van hoge densiteits-rotswol. Zelfs als ze daardoor zouden gereflecteerd worden, dan zijn er andere effecten zoals Helmholtzresonantie of plaatsresonantie die deze mogelijke vermindering aan absorptiepotentieel kunnen compenseren (daar wordt terecht ook door de expert op gewezen). Deze resonanties zijn in elk geval niet zichtbaar in beide absorptiespectra door het ontbreken van absorptiepieken zowel bij Airo als bij Cedia. De methode is dus even ☐ onrechtvaardig ☐ voor beide wandsystemen.”

De eigen akoestisch WTCB-expert van tussenkomende partij bevestigt aldus dat de meetmethode eigenlijk voor beide wanden niet geschikt is, maar dat de akoestische resultaten van de Shhout-wand in vrijstaande opstelling – zoals voorgeschreven door normen ISO 354 en 11654 – waarschijnlijk beter zullen zijn dan deze van de KALM43-wand in dezelfde opstelling.

De enige manier om dat met zekerheid te weten te komen is door de KALM43-wand op exact dezelfde wijze te laten testen als hoe tussenkomende partij de Shhout-wanden bij het WTCB – vrijstaand – hebben laten testen.

57. Het is precies dit wat tussenkomende partij had willen meedelen aan de deskundige, mocht deze laatste eerst een voorverslag hebben opgesteld en meegedeeld aan partijen, zodat het debat op technisch vlak tegensprekelijk had kunnen verlopen en dan was het nog altijd aan de deskundige geweest om het standpunt van de eigen akoestische deskundige al dan niet dan wel in welbepaalde mate te volgen; die gelegenheid heeft tussenkomende partij niet gekregen, omdat de deskundige klaarblijkelijk geen tegenspraak wilde, hetgeen bedenkelijk is in het kader van een deskundig onderzoek.

58. Conclusie: het onderzoek in het deskundig verslag is bijgevolg niet alleen aangetast door miskenning van de tegenspraak (zie hoger sub 3.1), maar bovendien intern tegenstrijdig, zelfs zonder meer foutief en alleszins onvolledig, zodat geenszins op de resultaten van het onderzoek kan worden voortgegaan voor de beslechting van het geschil ».

À propos du moyen, elle fait valoir ce qui suit :

« 4.1.2 Gebrek aan belang in hoofde van verzoekende partij

66. De volledige argumentatie van verzoekende partij in het eerste middel is gesteund op de enkele premisse dat de scheidingsschermen en -wanden, voorgesteld door Vitra in diens offerte, in werkelijkheid geen klasse A maar klasse C producten betreffen.

67. In de eerste plaats wenst tussenkomende partij dienaangaande in herinnering te brengen dat het lastenboek voor de betrokken hyperakoestische schermen een klasse A heeft opgelegd, waarbij de metingen dienden te gebeuren aan de hand van de normen NBN EN ISO 354 en NBN EN ISO 11654, hetgeen impliceert dat de akoestische absorptiewaarde wordt uitgedrukt als een α_w waarde die groter dan of gelijk aan 0.9 diende te zijn.

68. De fabrikant Screen Solutions heeft met betrekking tot het type Shhout-wanden de geluidsklasse A, α_w 0.95 aangeboden; tussenkomende partij heeft als ISO 9001 gecertificeerd bedrijf gewaarborgd dat de wanden van deze kwaliteitscategorie zijn, zoals ondersteund door de productbrochure met grafiek en

technische fiche, met uitdrukkelijke vermelding van klasse A en alfa-w 0.95 (zie stukken 6a en 6b administratief dossier).

69. In het gunningsverslag van Actiris wordt met betrekking tot de offerte van Vitra, aan wie de NV Robberechts het product heeft geleverd, vermeld dat de betrokken wanden effectief over de door het lastenboek gevraagde akoestische klasse A beschikken, onder verwijzing naar de garantie ter zake vanwege Vitra (zie stuk 7 administratief dossier, blz. 23).

70. In onderhavige procedure heeft de verzoekende partij voormelde kwaliteiten van de wanden in twijfel getrokken in het licht van de gevraagde technische specificaties van het lastenboek op het vlak van de geluidsabsorptie.

71. Tussenkomen partij heeft als ISO 9001 gecertificeerd bedrijf vervolgens andermaal navraag gedaan bij Screen Solutions en een extra test gevraagd aan een onafhankelijk akoestisch labo, wat geresulteerd heeft in het Airo-testrapport, dat op zijn beurt de akoestische performantie van de Shhout-wanden gemeten heeft volgens de hogervermelde normen NBN EN ISO 354 en NBN EN ISO 11654 (zie stuk 13 administratief dossier).

Het geaccrediteerd akoestische testlabo Airo heeft, op grond van de door het bestek opgelegde normen ISO 354 en ISO 11654, een alfa-w waarde berekend van 1 (zie stuk 13 administratief dossier, blz. 2/10), zijnde superieur aan de door het lastenboek geëiste minimale akoestische norm van klasse A (d.i. een alfa-w waarde van minstens 0.9).

72. Nazicht van het administratief dossier heeft uitgewezen dat het Cedia-meetrapport, zoals aangewend door de verzoekende partij, bevestigt dat ook de akoestische waarde van de wanden, zoals voorgesteld door verzoekende partij in haar offerte, destijds blijken berekend te zijn aan de hand van dezelfde alfa-w waarde als de Shhout-wanden in het Airo-rapport en slechts een waarde bereiken van 0.9 (zie stuk 15h administratief dossier), zijnde weliswaar de minimumnorm zoals vereist door het lastenboek, maar in elk geval lager dan de waarde die de Shhout-wanden bezitten (waarde 1 op grond van het Airo-rapport).

73. Het is dan ook te gek voor woorden te moeten vaststellen dat verzoekende partij de gegevens van het Airo-rapport heeft gemeend te moeten aanvechten, terwijl inmiddels de aap uit de mouw is gekomen en blijkt dat Cedia voor verzoekende partij de door haar voorgestelde wanden op exact dezelfde wijze heeft gemeten.

Het is onbegrijpelijk dat Cedia een argumentatie voor verzoekende partij heeft opgesteld waarin gesteld wordt dat de in het Airo-rapport aangewende meetmethode niet correct is, terwijl Cedia zelf in 2014 de door verzoekende partij voorgestelde wand KALM43 van ABV op exact dezelfde wijze getest heeft en dit testrapport ter documentatie bij de aanbesteding van Actiris gevoegd werd (zie stuk 15h administratief dossier).

74. Het spreekt voor zich dat de verzoekende partij bijgevolg niet beschikt over het rechtens vereist belang bij het middel, dat gesteund is op de onterechte aanname dat de aanbestedende overheid een manifeste beoordelingsfout zou begaan hebben betreffende de verenigbaarheid van de offerte van Vitra met de technische voorschriften van de opdrachtdocumenten, inzonderheid deze met betrekking tot de akoestische kwaliteit van de aangeboden wanden, dit alles terwijl verzoekende partij bovendien de akoestische kwaliteit van de door haar aangeboden wanden op exact dezelfde wijze als Vitra heeft benaderd.

75. In de optiek van verzoekende partij zou haar eigen offerte dan zagezegd evenzeer onregelmatig zijn, met als gevolg dat zij zelf niet voor de gunning van de opdracht in aanmerking zou gekomen zijn. Een partij die niet voor de gunning van de opdracht in aanmerking komt of wiens argumentatie daarop neer komt, heeft vanzelfsprekend geen belang bij enige wettigheidskritiek, dus ook niet bij enig middel en zelfs niet bij het beroep.

76. Het is immers vaste rechtspraak van Uw Raad dat een inschrijver, wiens offerte onregelmatig is, in principe geen belang heeft om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de

opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen (zie bijv. RvS 22 december 2016, nr. 236.888, NV Blue-Mobility).

In deze blijkt niet uit de middelen dat verzoekende partij beweert dat haar eigen offerte niet onregelmatig zou zijn, noch toont zij aan dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig had mogen zijn toegewezen. Dat laatste kan zij overigens niet aantonen, aangezien de middelen enkel gericht zijn tegen de offerte van Vitra, doch geen wettigheidsgraven ontwikkelen ten aanzien van de offertes van de overige (regelmatige) inschrijvers voor lot 1 van de opdracht (Beddeleem-Dromeas, Gispén en Parni).

77. Weliswaar wordt in het deskundig verslag op vage wijze geponereerd dat de door de verzoekende partij aangeboden wanden wel zouden voldoen *nota bene* aan normen die hij ongeschikt heeft geacht – begrijpe wie kan – maar uit de technische bevindingen van de eigen akoestische deskundige van tussenkomende partij blijkt dat deze conclusie niet klopt en minstens voorbarig is.

78. Bijgevolg heeft verzoekende partij geen belang bij haar kritiek dat de gemotiveerde gunningsbeslissing zou gesteund zijn op de verkeerde premisse dat de gekozen offerte wel zou beantwoorden aan de vereiste norm, nu verzoekende partij zelf niet bij machte is geweest om een conforme offerte in te dienen.

79. Immers, wanneer de normen niet geschikt werden bevonden door de deskundige, kan er onmogelijk aangenomen worden dat de offerte van verzoekende partij beantwoordde aan de normering.

80. Volgens de vaste rechtspraak van Uw Raad ontbeert in die omstandigheden de verzoekende partij het rechtens vereiste belang, dat enkel nog in aanmerking kan worden genomen wanneer de opdracht aan niemand van de inschrijvers had mogen gegund zijn. Verzoekende partij heeft dat nooit ingeroepen in haar verzoekschrift, noch in het eerste middel, noch in het tweede, overigens reeds door Uw Raad als ongegrond verworpen middel, zonder dat verzoekende partij op regelmatige wijze haar eis zou mogen uitbreiden in de loop van de procedure.

81. Hoe dan ook en ten overvloede had verzoekende partij zelfs geen belang meer bij het indienen van het verzoekschrift tegen de gunningsbeslissing, aangezien zij niet heeft gereageerd na kennisname van het bestek (RvS 13 juli 2010, nr. 206.598, NV Neorec; RvS 30 november 2018, nr. 243.095, NV A; HvJ 12 maart 2015, nr. C-538/13, eVigilo).

82. Verzoekende partij heeft overigens evenmin op enig enkel moment een onwettigheid ingeroepen tegen het bestek naar aanleiding van het aanvechten van de gunningsbeslissing, zodat evenmin voldaan is aan de Labonorm-rechtspraak (RvS AV 2 december 2005, nr. 152.173), zonder dat verzoekende partij op regelmatige wijze haar eis zou mogen uitbreiden in de loop van de procedure.

83. Het eerste middel – en bij uitbreiding het beroep tot nietigverklaring – is bijgevolg onontvankelijk wegens gebrek aan belang.

4.1.3 Weerlegging van het eerste middel

84. In het onmogelijke geval dat het eerste middel desalniettemin ontvankelijk zou zijn, wenst tussenkomende partij te wijzen op het volgende.

85. Zowel de ontvankelijkheid als de gegrondheid van het eerste middel worden integraal en met klem betwist door tussenkomende partij, net zoals ook de verwerende en gedwongen tussenkomende partijen dat doen, wiens standpunten tussenkomende partij overigens bijtreedt.

86. Tussenkomende partij wenst er vooreerst op te wijzen dat de overeenstemming van de offertes van de inschrijvers met de technische voorschriften van de opdrachtdocumenten, inzonderheid deze met betrekking tot de akoestische kwaliteit van de aangeboden wanden, een gunningscriterium was, waarbij de scores zouden bepaald worden al naargelang “de graad van overeenstemming van de offerte met de technische bepalingen”.

87. Volgens de bepalingen van het lastenboek heeft de aanbestedende overheid uitdrukkelijk voorgeschreven dat kleine afwijkingen in voorkomend geval negatief worden beoordeeld voor wat betreft het gunningscriterium inzake de technische

waarden (artikel 1.18 □Gunningscriteria□ - B. □Criterium 2□), zonder te leiden tot nietigheid van de offerte.

88. Tevens werd in het lastenboek uitdrukkelijk voorgeschreven dat een afwijking als klein wordt beschouwd indien deze afwijking het betrokken meubelstuk niet onbruikbaar maakt voor het gebruik waarvoor het bestemd is en voor zover de afwijking niet op substantiële wijze afbreuk doet aan de doelstellingen van Actiris in termen van stevigheid, comfort, ergonomie en milieuvriendelijkheid.

Welnu, de opdracht is reeds uitgevoerd en ter plaatse kan worden vastgesteld dat er sprake is van uitgesproken demping van het geluid, waaruit blijkt dat de effectief geleverde wanden de doelstelling hebben bereikt van het bestek. Het akoestische comfort is natuurlijk een samenspel van de absorptie en reflectie van geluidsgolven door alle zich in het lokaal bevindende materialen en objecten (tapijt, plafond, kasten, stoelen, gordijnen, kasten enz). Het totale resultaat is klaarblijkelijk uitstekend, zoals gebleken is uit de inmiddels sedert lang geleverde wanden en de praktijkervaring met het personeel, waaromtrent geen enkele klacht is geuit in het kader van de uitvoering van de opdracht.

89. Zo er in het onmogelijke geval al sprake zou zijn van enige afwijking in de offerte van Vitra, dan nog zou dit in redelijkheid nooit hebben kunnen leiden tot uitsluitingnietigheid/substantiële onregelmatigheid, rekening houdend met voormelde voorschriften van het lastenboek inzake de beoordeling van de technische conformiteit, waarbij de aanbestedende overheid zich het recht heeft voorbehouden om een marge van beoordeling te behouden in het kader van de graad van overeenstemming van de offerte met de technische bepalingen.

90. De eindscores lagen overigens zodanig ver uit elkaar (Vitra 83,13% en Bedimo 70,02%) dat de thans door Bedimo gevoerde nutteloze discussie nooit van aard is kunnen zijn om dat grote verschil van meer dan 13% in de eindscores te kunnen overbruggen, *a fortiori* niet, wanneer de eigen wanden van Bedimo van een akoestische klasse zijn die lager is dan deze zoals voorgesteld door Vitra.

91. Afgezien van de vaststelling dat op geen enkele wijze rekening kan worden gehouden met de overwegingen, beschouwingen en ontwikkelingen van de deskundige omtrent zijn onderzoek naar de bieding van de gekozen inschrijver, nadat hij eerst heeft vastgesteld dat de normen niet deugen, omwille van zijn miskenning van de tegenspraak, dient benadrukt te worden dat ook deze gevolgtrekkingen door de deskundige uit het gebrekkig karakter van de normering kant noch wal raken.

Immers is het vanzelfsprekend een luchtledige oefening om na te gaan of er enige conformiteit te bevestigen of te ontkennen valt van enige bieding, wanneer er geen adequate normen werden gehanteerd, zodat er geen conformiteit kon worden nagegaan.

92. Bijgevolg bewijst de verzoekende partij niet dat de gunningsbeslissing aangetast is door gebrekkige motieven op het vlak van de beoordeling van de verenigbaarheid: de aanbestedende overheid heeft uiteraard rekening gehouden met de normen die zij zelf heeft vooropgesteld en volgens de eigen akoestische deskundige van tussenkomende partij luidt de conclusie integendeel dat naar alle waarschijnlijkheid de door de verzoekende partij aangeboden wanden minder performant zijn dan deze aangeboden door de gekozen inschrijver (stuk 1.3).

93. Bijgevolg valt niet in te zien waarom er iets mis zou zijn met de scores die de aanbestedende overheid heeft toegekend, respectievelijk aan de gekozen inschrijver (Vitra – 21/30) en aan de verzoekende partij (Bedimo – 24/30) voor wat betreft het criterium van de technische kwaliteiten, rekening houdend met de omschrijving van het tweede gunningscriterium van de technische kwaliteiten in het lastenboek, op grond waarvan deze zouden worden beoordeeld op grond van de technische documentatie, de monsters en de globale beoordeling van de intrinsieke kwaliteiten inzake fabricagekwaliteit, comfort, ergonomie en graad van conformiteit ten aanzien van de technische voorschriften, waarbij werd gepreciseerd dat een kleine afwijking niet zou leiden tot nietigheid van de offerte, maar enkel tot een gebeurlijke lagere score.

94. Volgens de omschrijving van datzelfde gunningscriterium heeft de

aanbestedende overheid zelf gedefinieerd wat zij zou beschouwen als een kleine afwijking, met name wanneer deze afwijking het geleverde niet ongeschikt maakt voor het gewenste gebruik.

95. Uit het plaatsbezoek van de deskundige is gebleken dat de inmiddels geleverde wanden ruimschoots voldoen aan de gewenste objectieven inzake geluidsabsorptie; immers werd ter gelegenheid van de installatievergadering een rondgang gedaan in de bureaus, waar de schermen, voorwerp van betwisting, aanwezig waren in de bureaus. In deze bureaus heerste een opmerkelijke stilte en werd door alle aanwezigen, de deskundige inclusief, beaamd dat deze schermen deden wat zij werden verondersteld te doen: met name het geluid opmerkelijk absorberen.

96. De hele discussie in het deskundig verslag is dan ook een maat voor niets: de deskundige heeft zich niet de moeite getroost om de wanden zelf te onderwerpen aan enige analyse; de wanden zijn dus niet onderworpen geweest aan labo-onderzoek, en dat had precies kunnen uitwijzen dat er geen sprake is van enig probleem inzake absorberend vermogen van de schermen, zowel op grond van de normen die de deskundige ongeschikt heeft geacht als op grond van de normen die dan wel hadden moeten toegepast zijn.

97. Dit laatste is precies wat de eigen akoestische deskundige van tussenkomende partij aan de kaak heeft gesteld; had de deskundige het technisch debat toegelaten, dan zou dat ook tot uiting gekomen zijn in het deskundig verslag: deskundige Lieven De Geetere zegt uitdrukkelijk dat de enige mogelijkheid om zekerheid te kunnen hebben, zou gelegen zijn in het testen van de door de gekozen inschrijver geleverde wanden en de door de verzoekende partij aangeboden wanden (stuk 1.3 littera 4) *in fine*). Uitgerekend dat heeft de deskundige niet gedaan, zodat het niet bewezen is dat de aanbestedende overheid een onoordeelkundige vergelijking heeft gemaakt tussen de beide biedingen.

98. Het middel gaat dan ook uit van een totaal verkeerde premisse, met name dat de aanbestedende overheid zich zou vergist hebben in haar scores om de technische kwaliteiten te beoordelen; het middel is dan ook ongegrond.

99. Tussenkomende partij maakt voorbehoud om verder te repliceren op het eerste middel na kennisname van het standpunt van de andere partijen inzake het deskundig verslag ».

B.5. Dernier mémoire de la requérante après rapport complémentaire

La requérante formule ses dernières observations dans les termes suivants :

« 1. Dans son rapport, Monsieur l'Auditeur général adjoint affirme que “il n'est pas contesté que la partie requérante et l'attributaire du marché ont proposé des produits pour lesquels des attestations d'appartenance à la classe acoustique A avaient été délivrées par des laboratoires certificateurs, reprenant les normes visées au cahier spécial des charges” (p. 5 du rapport).

Ceci est inexact.

En effet, s'il est vrai que la requérante a bien produit, dans son offre, une attestation de laboratoire, tel n'est pas le cas de l'attributaire du marché. Comme cela a déjà été souligné à de nombreuses reprises, l'attributaire du marché a joint, dans son offre, une fiche commerciale (D.A., pièce n°6.b.) et non une attestation de laboratoire.

Ce n'est qu'après le dépôt de l'offre et l'introduction de la demande de suspension de la requérante que la partie adverse a déposé, dans son dossier administratif, une attestation du laboratoire SRL qui ne spécifiait cependant pas la classe du produit testé (datasheet n°14).

Quant au rapport AIRO (D.A., pièce n°13), on rappellera simplement à ce stade, que le produit testé dans ce rapport n'est pas le produit proposé par l'attributaire du

marché dans son offre.

En conclusion sur ce point, la requérante souhaite souligner qu'elle seule, à l'inverse de l'attributaire de marché, a remis dans son offre une attestation de laboratoire.

Dans ces conditions, et eu égard aux valeurs inexplicables et improbables de la fiche commerciale remise par VITRA dans son offre, comme souligné clairement dans le rapport d'expertise (p. 35 du rapport, les deux "encadrés") la requérante estime que si elle peut en effet être présumée de bonne foi, sa situation est cependant beaucoup plus claire que celle de l'attributaire du marché.

2. Monsieur l'Auditeur général adjoint affirme que également que "selon le rapport -page 42, l'expert n'a pas connaissance d'écran de séparation courants (...) qui atteignent des performances correspondants à la classe A mesurée conformément aux normes ISO 354 et ISO 11654 ainsi qu'à l'esprit du cahier spécial des charges". De ceci, il découlerait, selon Monsieur l'Auditeur général adjoint, "que ni la partie requérante, ni l'attributaire n'ont pu proposer un produit □ parfait □ au sens des dispositions du cahier spécial des charges" (p. 5 du rapport).

Monsieur l'Auditeur général adjoint ajoute, en outre, que la différence entre les notations des offres ne se serait pas faite en se fondant sur le respect de la classe A ou non et que ce serait, dès lors, sur les autres critères d'attribution que la différence entre les offres a emporté l'attribution à VITRA.

Monsieur l'Auditeur général adjoint conclut que "dans ces circonstances (attestation de classe A incompatibles avec les dispositions visées par le cahier spécial des charges, impossibilité décrite par l'expert d'obtenir des panneaux de classe A, erreur commune des soumissionnaires de bonne foi et défaut d'influence sur la notation des offres), la partie requérante n'a pas intérêt au moyen (...)" (pp. 5-6 du rapport).

3. La requérante ne peut pas marquer son accord sur ce raisonnement. La requérante souhaite tout d'abord rappeler les éléments suivants :

Premièrement, l'attributaire du marché n'a pas remis l'attestation exigée dans son offre pour le lot n°1 (lot litigieux) mais seulement pour le lot n°3. On soulignera donc ici que l'offre pour le lot litigieux ne comprenait pas l'attestation exigée par le cahier spécial des charges.

Deuxièmement, à supposer que l'on puisse tenir compte, pour le lot n°1, de l'attestation remise par l'attributaire du marché dans son offre pour le lot n°3, il y a lieu de souligner encore une fois qu'il ne s'agissait pas, à l'inverse de la requérante, d'une attestation d'un laboratoire mais d'une simple fiche commerciale (D.A., pièce n°6.b.). Ceci s'explique aisément par le fait qu'au moment où l'attributaire dépose son offre pour le lot n°1, elle ne dispose pas d'attestation de laboratoire qui certifie que le produit qu'elle propose (Shhout) relève de la classe A. En effet, comme cela a déjà été souligné ci-dessus, SRL, lors du test du produit Shhout n'a jamais certifié que celui-ci relevait de la classe A (datasheet n°14), ce qui explique sans doute pourquoi l'attributaire du marché n'a pas produit le test SRL dans son offre mais une simple fiche commerciale.

Il existe déjà, à ce stade, une différence majeure entre l'offre de la requérante et celle de l'attributaire du marché : la requérante peut se prévaloir d'une attestation de laboratoire certifiant que le produit proposé relève bien de la classe A. Tel n'est pas le cas de l'attributaire du marché qui ne produit pas une attestation produite par un tiers qualifié (laboratoire) mais une fiche commerciale produite par les services du fabricant. On verra ci-dessous que cette fiche est particulièrement critiquable.

Troisièmement, et c'est là un élément d'une importance fondamentale, les valeurs contenues dans cette fiche commerciale sont totalement irréalistes et ne démontrent pas que le produit shhout relèverait de la classe A.

L'expert l'a souligné dans son rapport d'expertise :

Monsieur l'expert relève tout d'abord que "l'analyse de la propagation des erreurs permet de conclure qu'un coefficient d'absorption égal à 2 alpha sabine comme annoncé dans la brochure shhout requiert une imprécision de mesure de l'ordre de 25% ce qui serait inacceptable de la part d'un laboratoire d'essai digne de ce nom" (p.6, §7 du rapport).

Il s'agit donc bien d'une imprécision qui n'est pas acceptable scientifiquement. Monsieur l'expert ajoute encore, un peu plus loin (p.6, §9), que les coefficients alpha sabine proches de 2 ne peuvent s'expliquer ni par les approximations, ni par l'imprécision de la méthode d'évaluation de la norme ISO 354. Il n'y a donc pas d'explication possible à une valeur égale ou proche de 2, comme indiqué dans la fiche commerciale de SCREENS SOLUTIONS pour le produit shhout.

Monsieur l'Expert explique plus en détail son point de vue sur l'impossibilité d'atteindre un taux d'absorption égal à 2 : "Les corrections appliquées ici permettent d'expliquer les dépassements au-delà de l'unité tels qu'ils apparaissent le plus fréquemment dans les rapports d'essai en laboratoire, à savoir jusqu'autour de 1.3 alpha Sabine. Elles ne permettent donc pas d'expliquer les valeurs autour de alpha sabine 2 reprises dans la brochure commerciale du produit shhout" (p. 35, 1^{er} encadré, du rapport).

Monsieur l'Expert affirme donc que si une valeur de 1,3 est acceptable, une valeur de 2 ne l'est pas, confirmant ainsi les explications données par la requérante à ce sujet dans ses précédents écrits de procédure.

Monsieur l'Expert conclut sur ce point : "(...) dans le cadre et dans les conditions des évaluations de la norme ISO 354, l'obtention d'un coefficient alpha sabine atteignant 2 est plus qu'improbable".

Encore ici, on constate la différence, en terme de sérieux et de crédibilité, avec l'offre de la requérante dont les valeurs annoncées dans le certificat remis n'encourent pas les mêmes critiques.

En conclusion sur ce point, la requérante estime que le produit qu'elle a proposé dans son offre (Kalm43) ne peut pas être mis sur un pied d'égalité avec celui proposé l'attributaire du marché (Shhout).

On ne peut en effet que rappeler ici que le rapport d'expertise a considéré que le produit Shhout relevait de la classe C et non de la classe A (voir p.7, §5 du rapport).

De manière plus fondamentale encore, les écrans de séparation shhout proposés par l'attributaire dans son offre, parce que non-conformes aux exigences du cahier spécial des charges, ne sont pas les écrans de séparation qui ont été livrés à la partie adverse dans le cadre de l'exécution du marché. En effet, comme l'a relevé l'expert lors de sa visite sur les lieux, les écrans de séparation présents sur place sont d'une épaisseur de 70 mm et non de 50 mm comme précisé dans la fiche commerciale litigieuse (D.A., pièce n°6.b.) :

"Dans le teste SRL, le panneau de séparation Shhout fait 50 mm d'épaisseur, dans le test AIRO, il fait 70 mm d'épaisseur et est constitué de couches de densité différente". (p. 47 du rapport).

Or, c'est le produit testé par SRL qui était proposé dans l'offre de VITRA et c'est, au final, le produit faisant l'objet du rapport AIRO qui a été livré à la partie adverse I

Ceci témoigne de l'absence totale de conformité du produit shhout proposé par l'attributaire du marché dans son offre.

4. Au regard des éléments rappelés ci-dessus, il n'est pas sans importance de souligner qu'il y a lieu d'avoir égard, pour apprécier la légalité de la décision d'attribution, uniquement aux documents joints par les soumissionnaires dans leur offre et qui ont été portés à la connaissance du pouvoir adjudicateur.

On ne peut que souligner une nouvelle fois que, la requérante a joint, dans son offre, comme exigé par le cahier spécial des charges, une attestation de laboratoire certifiant que le produit proposé relevait bien de la classe A. La partie adverse n'a d'ailleurs jamais considéré l'offre de la requérante comme irrégulière ou l'attestation remise erronée.

L'attributaire du marché, en revanche, n'a pas remis, dans son offre, d'attestation d'un laboratoire mais une simple fiche commerciale réalisée par le fabricant et mentionnant des valeurs irréalistes..., que la partie adverse n'a pas voulu voir alors qu'elle aurait dû le faire.

On rappellera que dans son arrêt n°242.962, du 16 novembre 2018, le Conseil d'Etat a relevé à ce sujet que :

“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”.

Le Conseil d'Etat poursuit ensuite en identifiant clairement ce qui pourrait être une erreur manifeste d'appréciation :

“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 mesurage. 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'Etat soit éclairé par l'avis technique d'un expert ”.

A la suite de cet arrêt, le rapport d'expertise a confirmé que les valeurs indiquées dans la fiche commerciale remise dans l'offre (S.A. [lire D.A.], pièce n°6.b.) étaient manifestement irréalistes (p.35). A l'inverse, tel n'est pas le cas de l'attestation remise par la requérante et des valeurs qui y sont renseignées.

Par conséquent, au regard des offres et attestations remises par la requérante et l'attributaire du marché, et des éléments portés à la connaissance de la partie adverse au moment d'adopter l'acte attaqué, cette dernière a commis une erreur manifeste d'appréciation en attribuant le marché à VITRA alors que l'attestation remise par celle-ci contenait des valeurs manifestement inexactes qu'elle aurait dû apercevoir.

Comme la requérante l'a démontré dans son mémoire en réplique (points n°40 et 41), 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 proposés par Vitra répondaient bien aux exigences acoustiques de la classe A.

5. La requérante estime également qu'il ne pourrait pas être soutenu que la différence entre les notations des offres ne se serait pas faite en se fondant sur le respect de la classe A ou non et que ce serait, dès lors, sur les autres critères d'attribution que la différence entre les offres a emporté l'attribution à VITRA.

En effet, l'offre de VITRA est entachée d'une irrégularité substantielle dès lors que le produit shhout, proposé dans son offre, relève de la classe C et non de la classe A comme exigé. L'offre de VITRA devait donc être écartée par la partie adverse.

Le rapport d'expertise confirme bien que le produit shhout relève de la classe C.

Des écrans de séparation qui relèvent de la classe C, soit 2 classes en dessous de la classe exigée, doivent être considérés comme entachant l'offre de VITRA d'une irrégularité substantielle.

La meilleure démonstration qu'il s'agit bien d'une irrégularité substantielle est que ce ne sont pas les écrans de séparations de 50 mm d'épaisseur, décrits dans la fiche commerciale litigieuse et proposés par VITRA dans son offre mais d'autres écrans de séparation d'une épaisseur de 70 mm et avec un garnissage différent : ce n'est pas le produit proposé dans l'offre qui a été livré mais une autre produit.

Dès lors, si la partie adverse n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation,

elle aurait déclaré l'offre de VITRA entachée d'une irrégularité substantielle et elle l'aurait écarté.

De plus, la question du prix est directement liée à la question de la qualité du matériel proposé. Ainsi, si l'attributaire du marché a pu proposer un prix plus compétitif c'est notamment parce qu'il a proposé, dans son offre, des écrans de séparation plus fins avec moins de rembourrage, en violation des exigences du cahier spécial des charges. Il ne peut donc certainement pas être soutenu que ce serait sur le critère du prix que l'attributaire du marché aurait fait la différence. En effet, si les écrans de séparation Shhout ont pu être proposés à un meilleur prix c'est parce qu'ils ne respectent pas les exigences du cahier spécial des charges en matière de performance acoustique. Il y a là une atteinte claire au principe de concurrence.

6. Dans son mémoire après expertise, la partie adverse suggère que l'offre de la requérante était irrégulière (bien qu'elle l'a considéré comme régulière dans l'acte attaqué) et qu'elle n'a donc pas été lésée par l'acte attaqué attribuant le marché à VITRA.

Un tel raisonnement n'est pas acceptable.

En effet, une irrégularité doit être nécessairement soulevée par le pouvoir adjudicateur lors de l'examen des offres, sinon elle ne pourra plus l'être ultérieurement, en particulier en cas de recours devant le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat a rappelé ce principe dans sa jurisprudence à de nombreuses reprises:

“Considérant que, dans la décision attaquée, la partie adverse n'a pas considéré l'offre de la requérante irrégulière pour les motifs qu'elle soulève aujourd'hui; qu'elle n'est pas recevable à s'en prévaloir à l'encontre du présent recours, dès lors qu'elle a estimé ne pas devoir s'y arrêter dans l'appréciation des offres; que l'exception doit être rejetée” (CE, n°186.922, SA Société de travaux Galère, du 8 octobre 2008).

“Considérant que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, les offres déposées sont présumées régulières, sauf décision contraire et dûment motivée de l'autorité adjudicatrice; que le contrôle de cette régularité oblige ladite autorité à vérifier, lors de l'analyse des offres, leur conformité à l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges; que, dans la décision attaquée, la partie adverse n'a pas considéré l'offre de la demanderesse irrégulière; qu'elle ne serait pas recevable à s'en prévaloir à l'encontre du présent recours, dès lors qu'elle a estimé ne pas devoir s'y arrêter dans l'appréciation des offres; que, ce faisant, le Conseil d'Etat ne porte aucune appréciation sur les mérites de cette offre, mais se borne à tirer les conséquences juridiques des appréciations portées par le pouvoir adjudicateur; que l'exception est rejetée” (CE, n°176.434, SA Véolia Es Gamatrans, du 5 novembre 2007; voir également, dans le même sens, CE, n°159.604, SA Close, du 6 juin 2006, CE, n°175.263, SARL de droit congolais Afrique-Editions (III), du 2 octobre 2007, CE, n°183.530, NV Vansteenbrugge Electriciteit, du 29 mai 2008).

Par conséquent, la partie adverse ne peut aucunement se prévaloir d'une éventuelle irrégularité de l'offre de la requérante afin d'évoquer l'irrecevabilité de son recours. Cet argument ne peut donc pas être suivi.

En outre, l'offre de la requérante était bien régulière dès lors qu'elle a joint à son offre un document attestant que le produit proposé relevait de la classe A.

7. Si on fait une synthèse, on peut relever que :

- L'attestation exigée pour le lot n°1 n'était pas jointe à l'offre de l'attributaire du marché.
- La fiche commerciale jointe pour le lot n°3, mais dont il a été tenu compte pour le lot n°1, n'est pas une attestation mais une simple fiche commerciale établie par les propres services de l'attributaire du marché.
- Cette fiche commerciale indique des valeurs de performances acoustiques totalement irréalistes.
- Les écrans de séparation proposés par l'attributaire du marché relève de la classe C et non de la classe A comme exigé par le cahier spécial des charges
- Ce classement en classe C, 2 classes en dessous de la classe exigée, constitue

une irrégularité substantielle.

A l'inverse de l'attributaire du marché, la requérante produit une attestation d'un laboratoire dont le sérieux et la crédibilité ne sont pas contestés. Cette attestation affirme que le produit proposé est conforme aux exigences de la classe A.

A supposer que le produit proposé par la requérante ne relèverait pas de la classe A (*quod non*) et que son offre ne serait pas régulière, il n'est pas démontré pour autant que son offre serait entachée d'une irrégularité substantielle ».

B.6. Dernier mémoire de la partie adverse après rapport complémentaire

La partie adverse formule ses dernières observations dans les termes suivants :

« 2. Dans son dernier mémoire, la partie requérante revient d'abord sur la circonstance que Vitra n'a pas produit, dans son offre, une attestation émanant d'un laboratoire.

Il est sur ce point renvoyé à votre arrêt du 31 août 2016 sur la demande de suspension, qui a jugé 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'attributaire du marché a déposé une "attestation" au sens du cahier des charges et se trouve de ce point de vue dans la même situation que la requérante. C'est en ce sens que doit être compris l'extrait du rapport de Monsieur l'auditeur cité par la requérante au point 1 de son dernier mémoire.

3. La requérante fait valoir que l'attributaire du marché n'a pas remis l'attestation exigée dans son offre pour le lot n° 1, mais seulement pour le lot n° 3.

Dans son rapport du 13 septembre 2017, Monsieur l'auditeur a à juste titre écarté cette critique et considéré que "le document de Screen Solutions joint pour le lot n° 3 aurait pu voire dû être utilisé pour le lot n°1 (ne pas le faire aurait pu, le cas échéant, constituer une éventuelle exagération dans le chef du pouvoir adjudicateur)".

4. La requérante revient longuement sur la non-conformité des cloisons proposées par Vitra et cite à cet égard des extraits du rapport d'expertise.

Sur ce point, il est renvoyé au mémoire de la partie adverse du 29 mai 2019. En bref, l'expert a conclu qu'un coefficient d'absorption atteignant 2 est possible, mais improbable. Il est en revanche clair, au vu du rapport d'expertise, que l'erreur affectant l'attestation de Vitra n'est pas scientifiquement évidente.

5. Au point 4 de son dernier mémoire, la requérante invite à n'avoir égard, pour apprécier la légalité de la décision, qu'aux documents joints par les soumissionnaires et portés à la connaissance du pouvoir adjudicateur.

Dans ce contexte, il convient de constater que :

- ☐ la fiche commerciale produite par Vitra doit être considérée comme une "attestation" au sens du cahier des charges;
- ☐ cette fiche commerciale renseigne la classe d'absorption A et les normes exigées par le cahier des charges;
- ☐ les coefficients d'absorption mentionnés sur cette fiche n'ont rien d'évidemment irréaliste, de sorte que la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en s'y fiant (cf. le mémoire de la partie adverse du 29 mai 2019, points 28 et s.).

6. La partie requérante conteste ensuite que son offre serait elle aussi affectée d'une irrégularité substantielle. Elle rappelle que toute irrégularité doit être soulevée par le pouvoir adjudicateur lors de l'examen des offres, et non ultérieurement dans le cadre d'un recours.

La jurisprudence citée par la requérante sur ce point doit être distinguée de la présente affaire. En l'espèce, c'est l'expert désigné par votre Conseil – à la demande de la requérante – qui a considéré qu'aucun écran de séparation n'est en mesure de rencontrer effectivement la classe A.

Force est de constater, dans ce contexte, que la requérante n'aurait jamais pu obtenir le marché litigieux (cf. mémoire de la partie adverse du 29 mai 2019, point 25).

7. La requérante prétend que son offre était bien régulière “dès lors qu'elle a joint à son offre un document attestant que le produit proposé relevait de la classe A” (point 6 du dernier mémoire).

Or, Vitra a également joint à son offre un tel document, de sorte que la requérante et l'attributaire sont à cet égard dans la même situation.

En outre, dans son dernier mémoire, la partie requérante ne produit aucun élément de nature à contredire l'expert, selon qui aucun soumissionnaire n'était en mesure de répondre à la classe exigée.

Dans ces circonstances, la partie requérante ne démontre pas avoir intérêt à son moyen.

8. La partie adverse renvoie pour le surplus à ses précédents écrits de procédure et aux rapports de Monsieur l'auditeur ».

B.7. Dernier mémoire de la SA Robberechts après rapport complémentaire

La SA Robberechts formule ses dernières observations dans les termes suivants :

« 7. Tussenkomen de partij verwijst tevens naar het auditoraatsverslag, waarin reeds werd geconcludeerd tot de verwerping van het derde, het vijfde en een deel van vierde onderdeel van het eerste middel.

8. Wat betreft het eerste, het tweede en het andere deel van het vierde onderdeel van het eerste middel verwijst tussenkomen de partij ten slotte naar het aanvullend auditoraatsverslag na deskundig verslag, alwaar het auditoraat op oordeelkundige wijze tot de conclusie komt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij voormelde gegroepeerde middelonderdelen op het motief dat uit het deskundig verslag is gebleken dat de gerechtsdeskundige geen kennis heeft van courante scheidingswanden die de performantie-eisen behalen die verbonden zijn aan de klasse A volgens de normen ISO 354 en ISO 11654 en in het licht van het bestek, precies zoals de tussenkomen de partij in nr. 49 van haar memorie na deskundig verslag heeft opgeworpen.

9. Het auditoraat concludeert uit deze technische vaststelling van het deskundig verslag dan ook zeer terecht dat geen van de inschrijvers een perfect product heeft kunnen leveren rekening houdend met de bepalingen van het bijzonder bestek, rekening houdend met het feit dat de inschrijvers leveranciers zijn van akoestische scheidingswanden en geen producenten.

10. Volgens het auditoraat konden de verschillen in puntenscores dan ook niet verklaard worden door de technische kwaliteit van de scheidingswanden, maar wel door de in de gunningsmotieven tot uiting gebracht andere verschillen op grond van de andere gunningscriteria zoals de prijs, aldus volledig aansluitend bij het verweer dat de tussenkomen de partij in nr. 90 van haar memorie na deskundig verslag heeft opgeworpen.

11. De conclusie van het auditoraat is dan ook dat in de gegeven omstandigheden na de bevindingen van de deskundige in diens verslag – inzonderheid de onmogelijkheid om de gewenste klasse A te kunnen behalen, de gemeenschappelijke vergissing van de inschrijvers die te goeder trouw de te leveren producten hebben aangeboden, alsmede ten slotte het gebrek aan invloed op de eindscores – de beweerde onregelmatigheden zonder invloed zijn op de

wettigheid van de bestreden gunningsbeslissing.

12. Tussenkomen de partij sluit zich integraal aan bij voormelde analyse en conclusies van het aanvullend auditoraatsverslag.

13. De verzoekende partij probeert in diens laatste memorie met verzoek tot voortzetting van de procedure vruchteloos in te gaan tegen het aanvullend auditoraatsverslag en impliciet maar ondubbelzinnig ook tegen de conclusies van het deskundig onderzoek, door bepaalde uitgangspunten ter discussie te stellen.

14. In zoverre de verzoekende partij alsnog tracht de resultaten van het deskundig onderzoek in twijfel te trekken, is het discours in dat verband onontvankelijk, want laattijdig bij gebreke van debat tijdens het verloop van het deskundig onderzoek.

15. In zoverre de verzoekende partij het niet eens blijkt te zijn met de analyse en de conclusies van het aanvullend auditoraatsverslag, volstaat het vast te stellen dat de verzoekende partij tevergeefs tracht te verwijzen naar de omstandigheid dat zij wel een laboratoriumattest zou hebben gevoegd bij haar offerte, terwijl dat voor Vitra volgens het gunningsverslag niet het geval was.

16. Ook dergelijke opwerping mist elke pertinentie, om de eenvoudige reden dat de deskundige bevestigd heeft dat naar zijn weten er geen courante scheidingswanden bestaan die zouden beantwoorden aan de klasse A volgens de normen ISO 354 en ISO 11654, zodat het al dan niet bestaan van conformiteitsattesten zonder invloed is op de rangschikking.

17. In zoverre de verzoekende partij op blz. 4 medio en blz. 5 *in fine* van haar laatste memorie beweert dat zij bij haar offerte een attest zou hebben gevoegd dat de conformiteit aan de klasse A zou hebben bevestigd, is deze aanname zonder meer in strijd met de vaststellingen en conclusies van het deskundig verslag, zoals tussenkomen de partij reeds in nr. 53 van haar memorie na deskundig verslag heeft opgeworpen.

18. Op blz. 47 van het eindverslag heeft de deskundige immers bevestigd dat de testen in het Cedia-rapport met betrekking tot het door de verzoekende partij aangeboden product niet zijn gebeurd conform de vereisten van de ISO 354-norm, wat volstaat om vast te stellen dat het door de verzoekende partij aangeboden in de offerte niet in overeenstemming is met de technische vereisten van het bestek.

19. In zoverre de verzoekende partij verwijst naar de omstandigheid dat de verwerende partij de onregelmatigheid van haar offerte niet had opgeworpen in het gunningsverslag, in welk geval daarop niet zou kunnen teruggekomen worden, onder verwijzing naar sommige arresten van Uw Raad (zie blz. 8, laatste memorie verzoekende partij), dient er vooreerst op gewezen te worden dat Uw Raad in zijn recentere rechtspraak wel degelijk bevestigd heeft dat het gegeven dat de aanbestedende overheid de onregelmatigheid niet in de bestreden beslissing heeft vastgesteld geen afbreuk doet aan de vaststelling die de Raad zelf kan doen met betrekking tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij bij de beoordeling van het belang bij haar vordering (RvS 22 december 2016, nr. 236.888, NV Blue-Mobility).

Ten tweede dient erop gewezen te worden dat de bepaling van artikel 95 KB Plaatsing 2011, na wijziging door het Reparatiebesluit 2014, enkel de hypothese betreft van niet-substantiële onregelmatigheden, in welk geval de aanbestedende overheid die een offerte niet nietig heeft verklaard, wordt geacht regelmatig te zijn. In deze betreft de conformiteit met betrekking tot de technische vereisten inzake absorptievermogen uit de aard der zaak een substantiële eis, in welk geval de substantiële onregelmatigheid nog steeds door Uw Raad kan aangenomen worden om het belang van de verzoekende partij te ontfeggen.

Ten derde is uit het deskundig verslag gebleken dat geen van de inschrijvers bij machte is geweest om te voldoen aan de door het bijzonder bestek vereiste normen inzake absorptievermogen, wat volgens het aanvullend auditoraatsverslag noodzakelijkerwijze heeft geleid tot een “*erreur commune des soumissionnaires de bonne foi*”.

De verzoekende partij heeft in het eerste middel in geen enkel van de onderdelen ingeroepen dat de opdracht aan niemand had mogen gegund geweest zijn; integendeel: zij heeft steeds in haar discours beweerd dat de opdracht aan haar

toekwam.

Zoals reeds opgeworpen in de memorie na deskundig verslag is het vaste rechtspraak van Uw Raad dat een verzoekende partij, die zelf een substantieel onregelmatige offerte heeft ingediend, slechts belang heeft bij de zaak voor zover zij kan aantonen dat zij toch regelmatig was, ofwel, dat niemand een regelmatige offerte heeft ingediend, in welk geval de opdracht aan geen van de inschrijvers had kunnen gegund zijn. Deze bewijzen worden door de verzoekende partij niet geleverd en zelfs niet eens aangevoerd.

20. Het eerste middel is bijgevolg in alle onderdelen onontvankelijk en ongegrond.

21. Bij gebreke van enig ontvankelijk en gegrond middel is het beroep te verwerpen ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Bien que l'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018 identifie deux séries de griefs en fonction desquels plusieurs branches peuvent être traitées simultanément, il apparaît plus indiqué, à la suite de la réouverture des débats, d'examiner distinctement chacune des cinq branches de ce premier moyen.

A. Troisième branche

Au vu des points 29 et 30 de la requête, le moyen doit se comprendre, d'une part, comme soutenant que l'offre du soumissionnaire Vitra ne produisait pas d'attestation relative à l'appartenance des produits litigieux à la classe acoustique A et, d'autre part, comme reprochant en conséquence à la partie adverse de n'avoir pas considéré cette lacune comme affectant l'offre de ce soumissionnaire d'irrégularité. Il en est conclu que l'acte attaqué est, pour cette raison, illégal.

À la lecture des développements de cette branche du moyen (particulièrement des points 31 à 33 de la requête et des considérations du point 2.3. du dernier mémoire de la requérante avant la réouverture des débats), il apparaît que la requérante mêle des critiques concernant ce qu'elle identifie comme étant deux motifs d'irrégularité de l'offre de la société Vita, à savoir, d'une part, sa non-conformité à l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A et, d'autre part, l'absence de production de l'attestation requise. En tant qu'ils portent sur la non-conformité alléguée des produits de Vitra à l'obligation d'appartenance à la classe acoustique A, ces développements doivent être considérés comme examinés par le présent arrêt au titre des réponses apportées aux première et deuxième branches de ce premier moyen.

S'agissant de l'obligation de production d'une attestation d'appartenance des produits proposés par les soumissionnaires à la classe acoustique A, il doit être observé que, dans le cahier spécial des charges, l'exigence que les écrans fournis

répondent à la classe A était assortie de la mention « Attestation à joindre à l'offre », sans autre précision. En revanche, les documents du marché ne prescrivaient pas d'exigence de recours à un laboratoire pour établir l'attestation d'appartenance des produits offerts à la classe acoustique A et n'imposaient pas que l'attestation émane d'un tiers.

Tel que cela apparaît à la lecture de la pièce 14.e. du dossier administratif, la partie de l'offre du soumissionnaire Vitra relative aux propriétés acoustiques contenait la mention suivante : « De aangeboden scheidingswanden zijn getest volgens de normen EN ISO 354 en EN ISO 11654 en voldoen aan geluidsklasse A ». La fiche technique identifiée comme pièce 14.i. du dossier administratif contenait des mentions similaires d'appartenance des écrans proposés à la classe acoustique A.

Au vu de ces mentions, la partie adverse a pu, sans méconnaître la prescription précitée des documents du marché, considérer que l'offre du soumissionnaire Vitra satisfaisait à l'exigence de présentation d'attestation d'appartenance à la classe acoustique A et, par conséquent, admettre la régularité de cette offre au regard de cette exigence.

Dès lors que la non-conformité postulée par le moyen, en cette troisième branche, ne peut être tenue pour établie, il ne peut être reproché à la partie adverse de n'avoir pas considéré l'offre du soumissionnaire Vitra comme affectée d'une irrégularité substantielle en raison d'un prétendu manquement à l'exigence précitée de production de ladite attestation.

Il doit également être observé que, même s'ils mettent en évidence les risques inhérents à une prescription qui paraîtra, le cas échéant, peu satisfaisante en termes de garantie, les développements du point 2.1. du dernier mémoire de la requérante avant la réouverture des débats prenant appui sur l'hypothèse d'un produit qui – à l'instar de celui proposé par Vitra, selon ce que soutient la requérante – n'appartiendrait pas à la classe exigée, en dépit de la déclaration faite par le soumissionnaire concerné, ne peuvent remettre en cause ni la légalité – du reste non critiquée au titre d'un des moyens de la requête – de la prescription des documents du marché ni l'application qui en a été faite par la partie adverse.

S'agissant, par ailleurs, du grief de manquement à l'obligation de motivation formelle, il doit être rappelé qu'une décision admettant la régularité d'une offre sans que le pouvoir adjudicateur ait été confronté à quelque difficulté à ce sujet peut faire l'objet d'une motivation plus succincte. Sans préjudice de la réponse

qu'appelle la cinquième branche du moyen, il est constaté que la partie adverse mentionne ce qui suit dans l'acte attaqué : « Aucune attestation n'est produite concernant l'indice d'absorption mais Vitra garantit y correspondre ». Cette mention permet de comprendre la raison pour laquelle, nonobstant ce qu'elle estimait alors être l'absence d'attestation relative à l'indice d'absorption, la partie adverse n'a pas considéré ce fait comme établissant l'irrégularité de l'offre du soumissionnaire Vitra (à savoir que celui-ci garantit répondre à l'exigence, ce qui – comme précédemment relevé – est un mode d'attestation admissible au regard de la prescription des documents du marché, telle qu'elle a été libellée sans être critiquée). Eu égard à ces éléments, il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas motiver plus longuement sa décision quant au caractère éventuellement substantiel d'une irrégularité et aux effets qui devraient s'y attacher, puisqu'elle ne considérait pas l'offre non conforme aux exigences du marché.

Enfin, dès lors que la partie adverse a estimé pouvoir s'en tenir à la garantie de conformité que donnait le soumissionnaire Vitra et est vainement critiquée sur ce point, il n'est pas requis de déterminer – en réponse à l'argumentation développée au point 53 du mémoire en réplique – si la communication de fiches commerciales après la date d'ouverture des offres constituait la régularisation d'une offre non conforme et si une telle régularisation était admissible, ce que conteste la requérante.

Le moyen n'est pas fondé en sa troisième branche.

B. Première branche

En sa première branche, le moyen entend mettre en cause une erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise la partie adverse en admettant la conformité de l'offre de Vitra aux prescriptions des documents du marché, alors que les résultats et mentions dont rendent compte les attestations communiquées par Vitra le 14 juillet 2016 seraient impossibles ou erronés et ne permettraient donc pas d'établir la conformité des produits offerts par ce soumissionnaire à l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A. Par ailleurs, et selon ce que laisse entendre la requérante par les précisions apportées dans son mémoire en réplique, ce même moyen dénoncerait également une méconnaissance du principe de motivation interne.

À suivre la requérante, l'erreur d'appréciation consisterait dans le fait, pour la partie adverse, d'avoir admis la conformité des écrans proposés par le soumissionnaire Vitra à l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A, alors que

cette conformité ne pouvait être établie au vu des résultats et mentions dont rendaient compte les attestations communiquées par ce soumissionnaire le 14 juillet 2016. Dès lors qu'est ainsi dénoncée une erreur commise dans l'adoption de l'acte attaqué, son caractère manifeste doit être vérifié au regard de la situation dans laquelle se trouvait la partie adverse en statuant, ce qui exclut d'avoir égard aux éléments produits par les parties postérieurement à l'adoption de l'acte attaqué, et dont la requérante estime pouvoir tirer argument.

Le rapport d'expertise commande de relativiser sensiblement, d'une part, le caractère prétendument « impossible » des mentions des attestations communiquées le 14 juillet 2016, et, d'autre part, le caractère manifestement déraisonnable de leur utilisation par la partie adverse aux fins d'admettre la conformité de l'offre du soumissionnaire Vitra à l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A. Il en ressort notamment qu'en raison de la complexité de l'évaluation de l'absorption acoustique, des « dérives » ou « résultats hors du bon sens » sont possibles; que l'identification d'un coefficient d'absorption largement supérieur à 1 est scientifiquement possible; que des marges d'erreurs ou d'incertitudes peuvent entacher des valeurs mesurées; que la méthode d'évaluation de la norme ISO 354 peut expliquer certaines imprécisions ou approximations; que sont fréquents et banalisés des dépassements considérables de l'unité par les coefficients d'absorption, dépassements expliqués par une confusion entre surface projetée et surface développée et impliquant des conjectures sur l'appartenance des écrans à la classe d'absorption la plus haute, à savoir la classe A.

Les motifs d'incertitude et d'imprécision dont fait ainsi état, à plusieurs reprises, le rapport, notamment dans l'application des normes évoquées, attestent le caractère très délicat non seulement du mesurage de la capacité d'absorption acoustique de produits tels que ceux qui sont en cause en l'espèce, mais également de l'utilisation des résultats de ce mesurage aux fins de la classification de ces produits conformément à la nomenclature retenue. Il ne peut – en conséquence et quoi que prétende avec insistance la requérante – être question, en la matière, d'évidences face auxquelles une autorité administrative agissant dans des conditions identiques à celles qu'a connues la partie adverse aurait adopté un comportement différent de celui qui est mis en cause. Doit également, à la lecture du rapport d'expertise, être considérée sans incidence la circonstance que la partie adverse ait pu – comme le retient l'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018 – être assistée d'un architecte : dès lors qu'il n'est, en toute hypothèse, pas allégué que celui-ci disposerait de compétences particulières en matière d'acoustique, la collaboration dont se serait ainsi assurée la partie adverse ne peut être invoquée contre celle-ci pour établir le caractère « manifeste » d'une

erreur qu'elle aurait commise en admettant la conformité de l'offre du soumissionnaire Vitra à l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A, et ce d'autant plus que le rapport fait état de confusions fréquemment observées dans les pratiques qui ont cours au sein même des milieux spécialisés dans le mesurage acoustique, milieux dont ne relève pas la partie adverse; il doit également être observé à ce sujet que les considérations de la page 6 du rapport d'expertise relatives au fait que la détermination d'un coefficient d'absorption égal à 2 alpha Sabine requiert une imprécision de mesure de l'ordre de 25 % attirent l'attention sur ce qui serait inacceptable de la part d'un laboratoire spécialisé dans les mesurages en cause, mais n'indiquent pas que l'évidence ainsi suggérée devrait être considérée comme telle à l'égard d'une autorité agissant dans les mêmes conditions que la partie adverse; en d'autres termes, et quand bien même ces considérations du rapport d'expertise suffiraient à établir le caractère irréaliste du mesurage effectué et des résultats annoncés, ce caractère n'établirait pas, en soi, l'erreur manifeste qu'aurait commise la partie adverse en acceptant ces résultats comme preuve de l'appartenance à la classe A. Enfin – et compte tenu de la réponse qu'appelle l'invocation d'une erreur manifeste d'appréciation, et sans préjudice de l'examen de la critique portant sur une méconnaissance du principe de motivation interne – il n'appartient pas au Conseil d'État – au regard des griefs qui peuvent être déclarés recevables dans le cadre du contentieux objectif de la légalité des actes administratifs – de juger globalement de la responsabilité d'un pouvoir adjudicateur en raison de ce qu'il n'aurait – selon ce qu'il lui est reproché – pas été en mesure de mettre en œuvre les prescriptions qu'il a lui-même fixées et annoncées.

La requérante fait, par ailleurs, valoir que son moyen doit également être lu, en cette première branche, comme invoquant une violation du principe de motivation interne, en vertu duquel tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit. À supposer que le moyen puisse être compris dans le sens que lui prête la requérante dans son mémoire en réplique, alors que la violation du principe de motivation interne n'est pas expressément visé en termes de requête au titre de principe violé, l'examen du caractère fondé de cette critique suppose avant tout que soit admise la recevabilité de celle-ci au regard de l'intérêt de la requérante à son moyen, ce qui requiert notamment que l'illégalité invoquée par cette critique ait pu léser la requérante. Deux observations doivent être formulées à ce sujet :

- d'une part, le rapport d'expertise met en évidence ce que son auteur estime être l'impossibilité pour des écrans de séparation courants d'atteindre des performances correspondant à la classe acoustique A exigée; il relève également que « les tests AIRO et CEDIA certifiant l'appartenance à la classe A des produits

Shhout et KALM⁴³ proposés par les deux parties, n'ont donc pas été réalisés conformément aux exigences de la norme ISO 354 » . Dans son mémoire après expertise, la requérante – qui se borne à relever que ses produits n'étaient pas soumis à la mesure d'expertise ordonnée et qu'elle avait produit un certificat duquel elle se prévaut pour faire valoir la régularité de son offre – ne soutient pas et n'entreprend pas de démontrer que les observation et constat précités seraient inexacts. Elle ne le fait pas davantage dans son dernier mémoire après rapport complémentaire de M. l'auditeur général-adjoint, où elle insiste sur ce que son offre présente une différence majeure à l'égard de celle du soumissionnaire Vitra, celui-ci n'ayant produit pour attestation qu'une simple fiche commerciale et non une attestation émanant d'un laboratoire; cet argument n'est toutefois pas de nature à ébranler l'observation générale quant à l'incidence de l'impossibilité, pour des écrans de séparation ordinaires, d'atteindre le niveau de performance requis. Dans ces circonstances, il peut être tenu pour vraisemblable que, si la partie adverse n'avait pas admis la régularité de l'offre du soumissionnaire Vitra en commettant l'illégalité qui lui est reprochée, elle n'aurait probablement pas pu davantage considérer comme régulière l'offre de la requérante au regard de l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A, ce qui exclut que l'illégalité dénoncée ait pu léser la requérante. En tout état de cause, celle-ci ne peut être suivie lorsque, pour réfuter l'exception d'irrecevabilité de son moyen pour défaut d'intérêt, elle se prévaut d'enseignements jurisprudentiels relatifs à la condition d'intérêt au recours, en arguant de ce que la partie adverse n'a pas relevé, lors de l'examen des offres, l'irrégularité dont elle se prévaut à présent dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'État. Il convient de rappeler que l'exigence d'intérêt au moyen est vérifiée et, le cas échéant, susceptible d'être contestée d'office par le Conseil d'État et de relever que, pour ce faire en l'espèce, le Conseil d'État ne se substitue pas à la partie adverse en se prononçant, à la place de celle-ci, sur la régularité de l'offre de la requérante : il se borne à constater qu'un élément du rapport d'expertise soumis à la contradiction des parties est de nature à démentir une lésion qu'aurait causée à la requérante l'illégalité dénoncée par celle-ci et prise de la méconnaissance du principe de motivation interne;

- d'autre part, si la critique du moyen doit être examinée en considération d'une influence éventuelle de l'illégalité dénoncée sur la comparaison et l'évaluation des offres, il doit être relevé, à la lecture des notes respectivement attribuées à la requérante et au soumissionnaire Vitra pour le critère de la qualité technique au titre duquel étaient pris en considération les aspects relatifs aux écrans de séparation proposés, que c'est sur les autres critères d'attribution que la différence entre les offres a emporté l'attribution à Vitra, de sorte que – à la supposer vérifiée

– l’illégalité alléguée par le moyen n’a pas davantage pu léser la requérante, qui n’a donc pas intérêt à la critique considérée sous cet angle. L’argumentation développée à ce sujet par la requérante au point 5 de son dernier mémoire après rapport complémentaire de M. l’auditeur général-adjoint apparaît nécessairement vaine si est critiqué sans succès l’acte attaqué en tant qu’il admet la régularité de l’offre du soumissionnaire Vitra.

Il suit de ces deux observations que, quel que soit celui des deux aspects de l’acte attaqué sous lequel l’illégalité dénoncée pourrait être considérée, la requérante n’a pas intérêt à son moyen, en tant que celui-ci devrait se comprendre comme invoquant une violation du principe de motivation interne.

Les différents éléments de réponse qu’appelle ainsi le moyen, en sa première branche, imposent de décider que celui-ci ne peut être accueilli.

C. Deuxième branche

En substance, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir considéré l’offre du soumissionnaire Vitra comme entachée d’une irrégularité 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, alors qu’en raison des écrans de séparation offerts par ce soumissionnaire et qui n’appartenaient pas à la classe d’absorption acoustique A, cette offre contenait une dérogation « majeure » aux prescriptions techniques des documents du marché, au sens des articles 1.17 et 1.18 du cahier spécial des charges.

Il ressort de la réponse à la première branche du moyen que la requérante n’a pas intérêt à dénoncer une erreur qu’aurait commise en fait la partie adverse, en admettant la conformité des produits proposés par le soumissionnaire Vitra à l’exigence d’appartenance à la classe acoustique A. Dans ces circonstances, elle n’a, par identité de motifs, pas davantage intérêt à dénoncer une erreur de qualification, au regard des dispositions de l’article 95 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, de l’irrégularité dont serait affectée l’offre de ce soumissionnaire en raison de la même non-conformité alléguée. La requérante n’a donc pas intérêt au moyen, en sa deuxième branche.

D. Quatrième branche

En sa quatrième branche, le moyen invoque une violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, que la partie adverse aurait méconnu dans l'examen de régularité des offres, au regard des obligations de proposer des produits appartenant à la classe acoustique A, d'une part, et de produire – à l'appui de l'offre – une attestation d'appartenance des produits proposés à cette classe, d'autre part. À la lecture du point 34 de la requête, il apparaît que la requérante mêle des considérations portant sur ces deux obligations.

Pour les mêmes motifs que ceux qui fondent la réponse à la première branche du moyen en tant que celle-ci se comprend comme invoquant une erreur de motivation interne, il doit être constaté que la requérante n'a pas intérêt à dénoncer une méconnaissance du principe d'égalité entre les soumissionnaires, en admettant la conformité des produits proposés par le soumissionnaire Vitra à l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A, puisqu'il ressort du rapport d'expertise que l'offre de la requérante ne satisfaisait et ne pouvait – à l'instar de toute offre proposant des écrans de séparation courants – pas davantage satisfaire à cette obligation.

S'agissant d'une méconnaissance du principe d'égalité dans le traitement des offres au regard de l'exigence de production de l'attestation d'appartenance à la classe A, le moyen procède, à ce sujet, de la conception selon laquelle l'attestation requise devait nécessairement être établie par un tiers habilité à la certification, étant entendu que la requérante se prévaut d'avoir, à la différence du soumissionnaire Vitra, produit une attestation répondant à cette caractéristique. Il ressort toutefois de l'examen de la troisième branche du moyen que cette conception ne peut être suivie. En tant qu'il formule ce grief, le moyen repose, en cette branche, sur un postulat erroné. En toute hypothèse, et quand bien même il s'agirait d'admettre qu'une attestation établie par un laboratoire offre plus de garantie qu'une déclaration déposée par le soumissionnaire lui-même, l'attestation produite par la requérante ne permet pas d'occulter les considérations du rapport d'expertise, d'une part, sur ce qu'aucune offre ne pouvait satisfaire à l'exigence de conformité à la classe acoustique requise, et, d'autre part, sur le fait que « les tests AIRO et CEDIA certifiant l'appartenance à la classe A des produits Shhout et KALM43 proposés par les deux parties, n'ont donc pas été réalisés conformément aux exigences de la norme ISO 354 ». Ceci rend vains les griefs formulés par le moyen en cette branche.

Le moyen ne peut être accueilli en sa quatrième branche.

E. Cinquième branche

En sa cinquième branche, le moyen dénonce le caractère lacunaire de la motivation formelle de l'acte attaqué, en tant qu'elle ne fait pas apparaître les raisons pour lesquelles la partie adverse a estimé que la dérogation de l'offre du soumissionnaire Vitra aux prescriptions techniques était mineure, pour admettre la régularité de cette offre.

Ainsi que cela a déjà été rappelé en réponse à la troisième branche du moyen, une décision admettant la régularité d'une offre sans que le pouvoir adjudicateur ait été confronté à quelque difficulté à ce sujet peut faire l'objet d'une motivation plus succincte sur cet aspect de l'examen des offres.

En l'espèce, l'exigence d'appartenance des produits offerts par le soumissionnaire Vitra à la classe acoustique A n'a pas suscité de difficulté aux yeux de la partie adverse qui n'a pas estimé que l'offre de ce soumissionnaire n'était pas conforme à cette prescription.

En l'absence de dérogation constatée par la partie adverse aux clauses techniques, il ne peut être reproché à celle-ci de n'avoir pas eu égard, dans la motivation de l'acte attaqué, à la distinction, annoncée par la clause 1.18 du cahier spécial des charges, entre les dérogations, selon qu'elles doivent être qualifiées de majeures ou mineures. Il ne peut, en d'autres termes, lui être fait grief de ne pas motiver plus longuement sa décision quant au caractère éventuellement substantiel d'une irrégularité et aux effets qui devraient s'y attacher, puisqu'elle ne considérait pas l'offre non conforme aux exigences des documents du marché. À ce sujet, au point 57 de son mémoire en réplique, la requérante ne peut, sans verser dans la contradiction, reprocher à la partie adverse d'avoir considéré l'offre de Vitra comme comportant une dérogation mineure aux prescriptions techniques et, dans la première branche, dénoncer une erreur de motivation interne résultant de ce que la non-conformité de cette offre n'a pas été relevée. La requérante ne peut être davantage suivie au point 58 de ce même mémoire en réplique lorsqu'elle prétend déduire de l'affirmation du mémoire en réponse relative à la décote de l'offre de Vitra une reconnaissance, par la partie adverse, d'une non-conformité – ignorée par ailleurs – à l'exigence d'appartenance à la classe acoustique A, alors que la partie adverse lie la décote à une absence d'attestation acoustique, et non à une dérogation à la prescription relative à l'appartenance à la classe A, ce qui ne révèle donc pas la contradiction que lui reproche la requérante.

Le moyen n'est pas fondé en sa cinquième branche.

VIII. Confidentialité

Différentes demandes de maintien de confidentialité sont formulées par les parties.

Pour celles à propos desquelles l'arrêt n° 235.652 du 31 août 2016 n'a pas statué, ces demandes sont devenues sans objet, dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État.

IX. Indemnité de procédure et autres dépens

Il est de règle, en cas de rejet du recours en annulation, de condamner aux dépens la partie requérante, dépens dont les différentes catégories sont énumérées à l'article 66 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Tel est précisément le cas en l'espèce, où le présent arrêt rejette le recours en annulation et où aucun élément n'apparaît justifier qu'il s'indique de statuer autrement à ce sujet.

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros. La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée. Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Par ailleurs, l'état des honoraires de l'expert désigné par l'arrêt n° 242.962 du 16 novembre 2018 a été taxé au montant de 14.804 euros, sur la base du « Décompte des prestations et coûts » que cet expert avait déposé conformément à l'article 75 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité. Ainsi que la possibilité leur en était offerte par l'article 76 du même arrêté, la requérante et la SA Robberechts ont formé opposition contre la décision contenant taxation. L'expert a été invité à formuler ses observations et a donné suite à cette invitation en déposant un « Mémoire en défense », dans lequel – outre les arguments développés en réponse aux requêtes en opposition – il demande que soit porté en compte, au titre de supplément de la taxation, un montant de 360 euros en considération des quatre heures de travail qu'ont nécessitées la lecture de ces requêtes et la rédaction de son mémoire.

Dans sa requête en opposition, la requérante conteste le décompte établi

par l'expert, dans les termes suivants :

« A la suite de l'acceptation de sa mission, à aucun moment, Monsieur l'expert n'a informé les parties de la manière dont il allait in fine tarifier ses honoraires et ses frais...

Une note préliminaire, datée du 5 avril 2019, permet à l'Expert dans un préambule, de rappeler les questions posées par le Conseil d'Etat...

Dans ce même document, l'Expert détaille :

1. Procédure de la norme.
2. Le cas de la fiche technique SHHOUT.
3. Les raisons de la situation litigieuse.

Le rapport d'expertise appelé "Rapport acoustique" est daté du 30 avril 2019.

On soulignera que 3 questions principales sont posées par le Conseil d'Etat. Si les réponses à apporter sont techniques, elles sont relativement simples et il peut y être répondu de manière succincte.

Le rapport est un cours d'acoustique dont l'essentiel du propos est sans rapport avec les 3 questions posées.

Force est de constater que ce n'est pas cela qui avait été demandé par le Conseil d'Etat.

Non seulement le rapport contient des éléments, des informations et des appréciations sur des aspects dont Monsieur l'expert n'a pas été saisi mais en plus, le rapport ne répond pas de manière complète, précise et claire au 3 questions qui lui ont été posées.

Il ressort du décompte transmis que Monsieur l'expert a passé 168 heures pour accomplir sa mission. Un tel nombre d'heures semble manifestement déraisonnable.

Il y a lieu, dès lors, d'inviter Monsieur l'expert à venir s'expliquer lors d'une audience et, pour le Conseil d'Etat, d'apprécier l'état réel des frais et honoraires justifiés par une réponse raisonnable aux questions posées par l'arrêt ».

Les considérations émises par la requérante appellent les observations suivantes :

- *Primo*, la requérante reproche à l'expert de n'avoir pas préalablement informé les parties de la manière dont il allait tarifier ses honoraires, mais n'en tire pas argument pour contester le décompte tel qu'il a été établi.
- *Secundo*, la requérante critique la manière dont l'expert s'est acquitté de sa mission, soutenant notamment que le rapport est, pour l'essentiel, sans lien avec les questions posées par le Conseil d'Etat et qu'il n'est, du reste, pas répondu à celles-ci de manière précise, complète et claire. Comme l'a déjà relevé le présent arrêt, différentes considérations du rapport d'expertise éclairent le sens et la portée des réponses aux questions posées par le Conseil d'Etat et doivent donc être tenues pour indissociables de ces réponses; elles ne peuvent donc – sur la seule base des affirmations péremptoires de la requête en opposition – être jugées hors de propos. Par ailleurs, le rapport d'expertise et les débats auxquels il a donné lieu ultérieurement permettent au Conseil d'Etat de trancher les questions suscitées par le premier moyen et la contradiction à laquelle celui-ci a donné lieu. Le Conseil

d'État ne peut donc avoir égard, pour remettre en cause le décompte établi par l'expert, à la critique qui revient à mettre en cause l'utilité finale du rapport d'expertise.

- *Tertio*, la requérante énonce le caractère « manifestement déraisonnable » du nombre d'heures que l'expert déclare avoir consacrées à sa mission, mais n'avance pas le moindre élément qui permettrait de juger de ce caractère et de statuer sur le bien-fondé de sa critique, ce qu'il lui incombait de faire dans sa requête en opposition.

Pour ces raisons, la requête en opposition introduite par la requérante ne peut être accueillie.

La SA Robberechts fait reposer intégralement sa requête en opposition sur une argumentation développée à propos du grief de la méconnaissance du principe du contradictoire dans la conduite de la mission d'expertise. Sous son titre « V. Incidents relatifs à la mesure d'expertise », le présent arrêt expose les raisons pour lesquelles les griefs se rapportant à une prétendue méconnaissance du principe du contradictoire ne peuvent être accueillis. Dans ces circonstances, la requête en opposition introduite par la SA Robberechts, qui ne fait pas valoir d'autre argument, ne peut être accueillie.

Dès lors qu'aucune des deux requêtes en opposition ne peut être accueillie, le montant des honoraires et débours de l'expert taxés doit être arrêté à 14.804 euros, le Conseil d'État n'apercevant pas de raison de mettre en cause le décompte produit par l'expert, étant toutefois entendu qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de majoration formulée dans le « Mémoire en défense », laquelle porte sur un montant que l'expert justifie par des prestations qui ne peuvent être considérées comme relevant de la mission d'expertise.

Le rejet du recours justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante, à l'exception des dépens liés aux interventions, les dépens de l'intervention forcée devant être mis à charge de la partie adverse et les dépens de l'intervention volontaire à charge de la SA Robberechts.

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

Article 1^{er}

La requête en intervention introduite par la SA Robberechts est accueillie.

Article 2

La requête en intervention forcée de la SA Vitra Belgium introduite par ACTIRIS est rejetée.

Article 3

La requête en annulation est rejetée.

Article 4

Les requêtes en opposition de la SA Robberechts et de la SA Bedimo, formées les 23 et 27 mai 2019 à l'encontre de la taxation de l'état d'honoraires de Didier Masson établie le 7 mai 2019, sont rejetées.

Article 5

L'état d'honoraires, déboursés et frais, de Didier Masson (ENVIRONNEMENT ACOUSTICS) est définitivement taxé à 14.804 euros.

Article 6

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse et le montant des frais et honoraires de l'expert, soit 14.804 euros.

La SA Robberechts supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

La partie adverse supporte le droit de 150 euros lié à l'intervention forcée de la SA Vitra Belgium.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 29 septembre 2021 par :

Imre Kovalovszky,

président de chambre,

David De Roy,
Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky