

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.677 du 1^{er} février 2016

G./A.217.991/VI-20.681

En cause : **la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE,**

ayant élu domicile chez
Mes Emmanuel VAN NUFFEL et
Kévin MUNUNGU, avocats,
avenue Louise, n° 81,
1050 Bruxelles,

contre :

1. l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile,
en abrégé FEDASIL,

ayant élu domicile chez
Mes Peter TEERLINCK et
Louise GALOT, avocats,
avenue de l'Yser, n° 19,
1040 Bruxelles,

2. l'Etat belge, représenté par le Vice-Premier ministre et
ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé de la Régie
des bâtiments,

ayant élu domicile chez
Me Bernard RENSON, avocats,
rue Père Eudore Devroye, n° 47,
1040 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 31 décembre 2015, la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution des actes de date inconnue par lesquelles l'agence FEDASIL :

- " - décide d'appliquer la procédure négociée sans publicité pour attribuer le marché portant sur le gardiennage statique au World Trade Center III (WTCIII) pour l'accueil des réfugiés;
- décide d'attribuer le marché à la s.p.r.l. H-SÉCURITY".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 4 janvier 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 29 janvier 2016 à 10 heures.

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

Les parties adverses ont fait parvenir des notes d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Mes Emmanuel VAN NUFFEL et Kévin MUNUNGU, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Louise GALOT, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, et Me Bernard RENSON, avocats, comparaissant pour la seconde partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Au terme d'une procédure d'adjudication publique, l'agence FEDASIL a attribué, le 7 mai 2015, à la société privée à responsabilité limitée H-SECURITY le marché public portant la référence FED/0A/14/510/bewakingsdiensten/PAE, ayant pour objet les services de gardiennage pour le Service Dispatching et pour les centres gérés par FEDASIL en cas de crise. Ce marché a pris cours le 1^{er} juin 2015 et se terminera le 30 mai 2019. Le montant total de ce marché est de 236.400 euros hors T.V.A.

III.2. La partie requérante s'est, par ailleurs, vu attribuer le 13 octobre 2015, par la Régie des bâtiments, un marché portant sur le "gardiennage statique 24/24h pour l'accueil des réfugiés au WTC III, boulevard Simon Bolivar 30 à 1210 Bruxelles". Ce

marché d'une durée d'un mois, a été prorogé deux fois et venait, selon la requérante, à expiration le 31 décembre.

III.3. Le 28 décembre 2015, un responsable du S.P.F. Intérieur, direction générale "Office des étrangers", service comptabilité et budget – service achats, a envoyé à la requérante le courriel suivant :

" Bonjour Mr. [...],
On a bien reçu votre courrier du 23/12/15 (votre réf: PS/PS/150302). Je suis la personne du contact pour ce dossier (voir mes coordonnées en bas) pour toutes vos questions administratives.
Je vous informe que l'Office des Etrangers n'a pas l'intention pour le moment de lancer une nouvelle procédure marché public pour le gardiennage au bâtiment WTC III vu qu'on fait appel à un contrat existant sur base de l'Art. 26, § 1, 2°, b), attribué via une procédure adjudication ouverte via le cahier des charges avec référence FED/OA/14/510/Bewakingsdiensten/PAE attribué à la société H-Security.
[...]".

Ce courriel était adressé également en copie à divers responsables de l'administration de l'Office des étrangers, dont son directeur général, Freddy ROOSEMONT, ainsi qu'à un membre du cabinet du secrétaire d'Etat à l'Asile et à la Migration.

III.4. La seconde partie adverse expose toutefois que ce courriel n'a pas reçu de concrétisation et que le gardiennage du bâtiment WTC III s'effectue "dans le cadre de l'exécution pure et simple du marché qui [...] a été attribué [à la société H-SECURITY] en mai 2015".

III.5. Pour sa part, la première partie adverse expose qu'elle a attribué le marché public FED/OA/14/510/bewakingsdiensten/PAE à la société H-SECURITY, mais qu'elle n'a pas pris de décision relative au gardiennage du WTC III. Elle précise que ce bâtiment "ne fait pas partie des bâtiments visés par le marché public susmentionné". A l'audience, elle précise qu'elle n'occupe aucun bureau dans ce bâtiment et n'y intervient à aucun égard.

III.6. Lors de l'audience du 29 janvier 2016, la seconde partie adverse dépose la copie d'un document intitulé "avenant à l'adjudication ouverte ref.FED/OA/14/510/bewakingsdiensten/PAE" et signé le 14 janvier 2016 par le secrétaire d'Etat à l'Asile et à la Migration, d'une part, et par le directeur général de la société H-SECURITY d'autre part. Cet avenant est motivé par "la nécessité d'assurer la surveillance du bâtiment WTC III à Bruxelles, dans le cadre du pré-accueil des candidats-réfugiés, dans l'attente de l'enregistrement de leur demande d'asile à l'Office des étrangers".

L'article 1^{er} de l'avenant est intitulé "Objet du contrat". Il se lit comme suit :

- " 1. Surveillance 24h/24 du site A (dans lequel la Croix-Rouge de Belgique gère l'organisation du pré-accueil) et du site B (dans lequel Rode Kruis België gère l'organisation du pré-accueil) du bâtiment WTC III.
2. Ce contrat entre en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (à 00h01) et prend fin le 31 janvier 2016 (à 23h59)".

L'article 2 indique notamment que la société H-SECURITY doit prévoir "de 1/1/2016 00h00 au 5/1/2016 12h00 un total de 7 agents" et "de 05/01/2016 12h00 jusqu'à 31/01/2016 23h59 un total de 14 agents".

L'article 3 indique que l'adresse de facturation est le service de Comptabilité et Budget de l'Office des étrangers et indique les tarifs d'application qui varient de 25,30 euros en tarif de jour durant la semaine à 43,64 euros en tarif de nuit pour les "dimanches fériés".

IV. OBJET DU RECOURS

IV. 1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante définit comme suit l'objet du recours:

- " la décision de date inconnue de la partie adverse d'appliquer la procédure négociée sans publicité pour attribuer le marché portant sur la surveillance statique au World Trade Center III (WTC III) pour l'accueil des réfugiés";
et
" la décision de date inconnue de la partie adverse d'attribuer le marché à la s.p.r.l. H-SECURITE".

A l'audience, elle expose qu'à la suite de son recours, les parties adverses ont apporté, en ce compris à l'audience, des éléments d'information dont elle ne pouvait pas avoir connaissance lors de l'introduction de son recours. A la lumière de ces informations, elle demande que le dispositif de sa requête soit lu comme suit:

- " Suspendre l'exécution de la décision de date inconnue de la partie adverse d'attribuer à la s.p.r.l. H-SECURITY le marché portant sur la surveillance statique au World Trade Center III (WTC III) pour l'accueil des réfugiés".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de l'exposé des faits que les deux parties adverses contestent, pour des motifs différents, avoir pris une décision d'appliquer la procédure négociée sans publicité pour attribuer le marché litigieux.

La seconde partie adverse ne conteste pas, en revanche, qu'elle a confié le gardiennage du bâtiment WTC III à la société H-SECURITY. Il ressort de ses explications et du contrat déposé à l'audience qu'elle a estimé pouvoir confier cette mission à ladite société sans recourir à la procédure prévue par l'article 26, § 1^{er}, 2^o, b, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et donc sans appliquer la procédure négociée sans publicité.

Ces informations, qui contredisent notamment le courrier électronique adressé à la requérante le 28 décembre 2015, ne pouvaient être connues de cette dernière à la date de l'introduction de son recours, le 31 décembre 2015.

Il y a dès lors lieu de considérer que le recours vise la décision de date inconnue de la seconde partie adverse d'attribuer à la société H-SECURITY le marché portant sur la surveillance statique du bâtiment World Trade Center III (WTC III) pour l'accueil des réfugiés.

V. MISE HORS CAUSE DE LA PREMIÈRE PARTIE ADVERSE

Il ressort des faits de la cause que la première partie adverse n'a pas pris la décision litigieuse, dont elle considère qu'elle ne relève pas du marché public FED/0A/14/510/bewakingsdiensten/PAE.

Il s'indique en conséquence de mettre hors cause la première partie adverse pour la suite de la procédure.

Dans sa note d'observations, la première partie adverse demande de condamner la partie requérante au paiement d'une indemnité de procédure liquidée au montant de base de 700 euros. Conformément à l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, une indemnité de procédure peut être accordée à la partie ayant obtenu gain de cause. La première partie adverse ayant été mise hors cause, elle ne peut pas être considérée comme ayant obtenu gain de cause et ne peut, par conséquent, pas prétendre à une indemnité de procédure.

VI. RECEVABILITE DU RECOURS

VI.1. Thèse de la seconde partie adverse

La seconde partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité du recours en ce qu'il vise des décisions inexistantes. Elle expose, en substance, qu'elle n'a pas fait application de l'article 26, § 1^{er}, 2^o, b, de la loi du 15 juin 2006 précitée et

qu'elle n'a pas pris de décision d'attribution d'un marché, le contrat litigieux s'inscrivant dans l'exécution du marché public FED/0A/14/510/bewakingsdiensten/PAE.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

La circonstance qu'un contrat soit présenté par ses signataires comme s'inscrivant dans l'exécution d'un marché public antérieur ne suffit pas à établir qu'il ne s'agit pas, en réalité, d'un nouveau marché. A cet égard, un avenant qui modifie les conditions essentielles du marché qu'il prétend exécuter constitue un nouveau marché, quelle que soit la qualification que leur donnent les cocontractants.

En l'espèce, le contrat signé le 14 janvier 2016 par le secrétaire d'Etat à l'Asile et à la Migration se présente comme un "avenant à l'adjudication ouverte REF. FED/0A/14/510/bewakingsdiensten/PAE". L'avis de marché concernant cette adjudication décrivait comme suit son objet : "Service de gardiennage pour FEDASIL".

Le cahier spécial des charges précise, en outre, ce qui suit :

" Les prestations doivent être effectuées à l'adresse suivante :
Service Dispatching, WTCII, Chaussée d'Anvers 59b, 1000 Bruxelles.
Dans les centres gérés par Fédasil dans le cas d'une situation de crise. Vous trouvez les adresses en annexe."

Le cahier spécial des charges indique également que le pouvoir adjudicateur est le directeur général de FEDASIL, lequel est "le seul interlocuteur responsable et donc la seule autorité compétente pour modifier le marché et pour trancher les problèmes éventuels qui se posent lors de l'exécution".

Il ressort, par ailleurs, des faits de la cause que ce marché a été attribué pour un montant total de 236.400 euros hors T.V.A., sur toute la durée du marché, soit un montant mensuel de 4.965 euros hors T.V.A.

Quant à la mission de gardiennage litigieuse, il ressort des faits de la cause, et en particulier du contrat produit à l'audience, que contrairement à ce qu'indique la seconde partie adverse dans sa note d'observations, elle ne porte pas sur "le service de gardiennage dans la salle d'attente alternative située au rez-de-chaussée du WTC III (là où sont les bureaux de l'Office des étrangers)", mais bien sur la surveillance statique 24 heures sur 24 des sites A et B du bâtiment, sites dans lesquels la Croix-Rouge et la Rode Kruis gèrent le pré-accueil, c'est-à-dire principalement l'hébergement, des demandeurs d'asile.

La mission a, par ailleurs, été confiée à la société H-SECURITY par le secrétaire d'Etat à l'Asile et à la Migration et non par le pouvoir adjudicateur du marché initial, à savoir le directeur général de FEDASIL.

Enfin, une estimation du coût des prestations à fournir au départ des tarifs horaires, du nombre d'agents concernés et du nombre de jours à prester, tels qu'ils sont indiqués dans le contrat litigieux, fait apparaître que le montant mensuel du marché avoisine les 270.000 euros hors T.V.A.

Les développements qui précèdent font apparaître que le contrat litigieux, qui ne concerne ni le service de dispatching de l'agence FEDASIL, ni les centres qu'elle gère, est étranger à l'objet initial du marché FED/0A/14/510/bewakingsdiensten/PAE, qu'il n'est pas passé par le pouvoir adjudicateur désigné dans ce marché et que son montant est sans commune mesure avec celui de ce marché, étant plus de cinquante fois supérieur à son montant mensuel.

Il s'ensuit que, dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, la mission litigieuse ne peut à aucun égard être définie comme une exécution du marché FED/0A/14/510/bewakingsdiensten/PAE. Il s'agit donc, à première vue, d'un nouveau marché.

Le recours porte donc bien sur l'attribution d'un nouveau marché public.

L'exception est rejetée.

VII. EXTREME URGENCE

VII.1. Thèse de la seconde partie adverse

La seconde partie adverse soutient que la condition de l'extrême urgence n'est pas rencontrée en l'espèce. Elle expose à cet égard que "la situation dénoncée par la partie requérante découle de l'exécution d'un marché public attribué en mai 2015, qui n'a pas en son temps été attaqué par la partie requérante (qui participait à la soumission)" et qu'il "ne peut être fait état d'une quelconque extrême urgence, s'agissant d'un contrat intervenu avant la saisine du Conseil d'Etat et exécuté depuis plusieurs mois". Elle ajoute que "la partie requérante ne peut pas davantage invoquer les dispositions 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 puisque ces dispositions ne trouvent pas à s'appliquer à la situation présente". La seconde partie adverse estime, en effet, qu'en l'espèce "nous ne

sommes [...] pas dans le cadre d'un délai d'attente obligatoire ou volontaire («standstill»)".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de l'examen de la recevabilité du recours que la requête porte bien sur un nouveau marché public. L'extrême urgence ne doit dès lors pas être démontrée en l'espèce.

VIII. SECOND MOYEN

VIII.1. Thèses des parties

La partie requérante prend un second moyen "de la violation 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, article 4, 1^o et 8^o".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse de ne "pas avoir formellement établi de décision motivée d'application de l'article 26, § 1^{er}, 2^o, b, de la loi du 15 juin 2006 pour l'attribution du marché ni de décision motivée d'attribution de ce marché à la société H-SÉCURITY" en violation de l'article 4, 1^o et 8^o de la loi du 17 juin 2013 précitée.

La seconde partie adverse, qui se borne à contester la recevabilité du recours, ne répond pas au moyen.

VIII.2. Décision du Conseil d'Etat

Il découle de l'examen de la recevabilité du recours que la mission confiée à la société H-SECURITY constitue un nouveau marché public. Or, il ressort du dossier administratif et des explications données par la seconde partie adverse que ce marché n'a fait l'objet d'aucune décision motivée et n'a respecté aucune des règles de procédure applicable.

Ce constat suffit à établir le caractère sérieux du moyen et à constater l'apparente illégalité de la décision attaquée.

IX. BALANCE DES INTERETS

IX.1. Thèse de la seconde partie adverse

La seconde partie adverse demande de rejeter la requête en suspension, au vu de la balance des intérêts. Elle fait valoir dans sa note d'observations que l'Office des Etrangers doit pouvoir "répondre aux demandes d'asile dans des conditions garantissant, tant pour les fonctionnaires que pour les demandeurs d'asile eux-mêmes, un traitement serein et sécurisé de chaque dossier et de chaque demandeur d'asile". Elle ajoute que "l'enregistrement, l'identification, la prise des empreintes digitales, toutes ces opérations doivent être réalisées correctement et sans heurt" et que "la tenue d'un service de gardiennage dans la salle d'attente alternative ou dans celle du rez-de-chaussée du WTC III, là où les demandeurs d'asile viennent pour l'enregistrement de leurs demandes, s'avérerait et s'avère indispensable". Elle estime, toujours dans sa note d'observations, qu'"un tel service, s'il était suspendu d'une quelconque manière, mettrait en péril le fonctionnement de l'Office des Etrangers" et conclut qu'"au regard des enjeux en présence, comparés aux intérêts finalement purement économiques de la partie requérante, la balance des intérêts doit aboutir à rejeter la demande de suspension, à supposer celle-ci recevable".

A l'audience, elle maintient sa demande, en la motivant cette fois par la nécessité de maintenir la sécurité dans le bâtiment où s'effectue le pré-accueil des demandeurs d'asile.

IX.2. Décision du Conseil d'Etat

L'instruction d'audience et le contrat du 14 janvier 2016 produit lors de celle-ci font apparaître que le marché litigieux ne porte pas sur "la tenue d'un service de gardiennage dans la salle d'attente alternative ou dans celle du rez-de-chaussée du WTC III, là où les demandeurs d'asile viennent pour l'enregistrement de leurs demandes", comme l'indiquait la seconde partie adverse dans sa note d'observations. L'argumentation développée dans cette note est par conséquent sans pertinence.

En revanche, dès lors que le marché litigieux porte sur la sécurité du bâtiment où sont hébergés de nombreux demandeurs d'asile dans l'attente de leur enregistrement, la suspension de l'exécution de ce marché serait de nature à léser l'intérêt public et, encore davantage, celui des personnes hébergées provisoirement dans ce bâtiment si elle avait pour conséquence d'entraîner sa fermeture. Tel n'apparaît toutefois pas être le cas en l'occurrence. En effet, il est apparu à l'audience que le marché litigieux expirait le 31 janvier 2016, en sorte qu'il a été exécuté; sa

suspension n'est dès lors plus susceptible de léser les intérêts des demandeurs d'asile hébergés dans le bâtiment WTC III.

Pour le surplus, la seconde partie adverse n'a pas pu éclairer le Conseil d'Etat sur une éventuelle prorogation du marché ou sur les modalités de l'organisation du service de gardiennage du Bâtiment WTC III après le 31 janvier 2016, en sorte que toute autre considération à ce stade serait prématurée.

Il n'y a pas lieu d'appliquer la balance des intérêts.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

L'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile est mise hors cause.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision de date inconnue de la seconde partie adverse d'attribuer, à la société H-SECURITY, le marché portant sur la surveillance statique du bâtiment World Trade Center III (WTC III) pour l'accueil des réfugiés.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens, en ce compris les indemnités de procédure demandées par la partie requérante et la seconde partie adverse, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le premier février deux mille seize par :

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.