

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.982 du 1^{er} mars 2016

G./A.218.294/VI-20.706

En cause : **la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE**, en abrégé S.G.I. Security,

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

contre :

l'Etat belge, représenté par le Vice-premier Ministre
et Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé de
la Régie des Bâtiments, et par le Secrétaire d'Etat à
l'Asile et la Migration, chargé de la Simplification
administrative, adjoint au Ministre de la Sécurité et
de l'Intérieur,

ayant élu domicile chez
Me Bernard RENSON, avocat,
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 5 février 2016, la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE, en abrégé S.G.I. Security, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution des décisions :

- " - de date inconnue que l'Etat belge a prises pour attribuer à la s.p.r.l. H-SECURITE le marché portant sur le gardiennage statique au World Trade Center III (W.T.C. III) pour l'accueil des réfugiés, avec effet à partir du 1^{er} février".

Par la même requête, la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE demande :

- " - d'ordonner, au titre de mesure provisoire, à l'Etat belge d'attribuer le marché litigieux dans le respect de l'obligation de mise en concurrence, suivant l'une des procédures prescrites par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à

certaines marchés de travaux, de fournitures et de services, sous peine d'une astreinte de 10.000 euros par jour de retard, à compter du lendemain de la notification par voie électronique de l'arrêt à intervenir".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Des ordonnances des 8 et 17 février 2016, notifiées aux parties, convoquent celles-ci à comparaître le 26 février 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.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et des pièces annexées.

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

Mes Emmanuel VAN NUFFEL et Kevin MUNUNGU, avocats, comparaisant pour la partie requérante, et Me Bernard RENSON, avocat, comparaisant pour la 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-SECURITE 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 W.T.C. 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 14 janvier 2016, un document intitulé "avenant à l'adjudication ouverte ref.FED/0A/14/510/ bewakingsdiensten/PAE" est signé par le secrétaire d'Etat à l'Asile et à la Migration, d'une part, et par le directeur général de la société H-SECURITE d'autre part. Cet "avenant" est motivé par "la nécessité d'assurer la surveillance du bâtiment W.T.C. 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 W.T.C. III.
2. Ce contrat entre en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (à 00h01) et prend fin le 31 janvier 2016 (à 23h59)".

Saisi d'une requête en suspension d'extrême urgence, le Conseil d'Etat a jugé, dans son arrêt n° 233.677, du 1^{er} février 2016, que cet "avenant" concerne, en réalité, l'attribution d'un nouveau marché.

III. 4. Le 29 janvier 2016, la partie requérante interroge la partie adverse sur la poursuite de l'exécution de la mission de gardiennage et répète son intérêt à participer à la procédure d'attribution du marché.

III. 5. Le 1^{er} février 2016, l'arrêt n° 233.677 du Conseil d'Etat suspend l'exécution de la décision de date inconnue de l'Etat belge d'attribuer, à la société H-SECURITE, le marché portant sur la surveillance statique du bâtiment World Trade Center III (W.T.C. III) pour l'accueil des réfugiés.

III. 6. La partie requérante expose, sans être contredite, que la société H-SECURITE continue depuis lors à assurer le gardiennage du bâtiment W.T.C. III et que les moyens humains affectés à cette mission ainsi que leur mobilisation sont restés inchangés.

III. 7. La partie adverse expose pour sa part ce qui suit :

- " FEDASIL a décidé de recourir, avant d'autres initiatives éventuelles, à une procédure négociée sans publicité pour l'attribution du gardiennage (24/24 et 7/7)

dans les bâtiments du W.T.C. III, précisément dans le bâtiment site A et site B, suivant cahier spécial des charges FED/MPG/2016/080/SECURITY DVZ/NNS. [...].

Ce cahier des charges a été transmis à quatre firmes pour remise d'offres, par courriels du 22 février 2016 [...]. Parmi les firmes sollicitées, figure la requérante. Les firmes sollicitées ont jusqu'au 26 février, 10 heures, pour remettre une offre. Le contrat qui sera attribué aura une durée de un mois, qui pourra être prolongé tacitement pour un mois au maximum (article 3.5.). FEDASIL est en attente des offres qui lui seront adressées".

IV. RECEVABILITE

IV. 1. Thèses des parties

A. Note d'observations

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité du recours, qu'elle développe comme suit :

" La partie requérante entend obtenir la suspension sous bénéfice de l'extrême d'urgence «des décisions de date inconnue que l'ETAT BELGE a prises pour attribuer à la s.p.r.l. H-SECURITE le marché portant sur la surveillance statique au World Trade Center III (W.T.C. III) pour l'accueil des réfugiés».

Force est de constater qu'en réalité, il n'y a pas eu, depuis l'arrêt de suspension du 1^{er} février 2016, d'autre décision d'attribution que celle ayant fait l'objet du premier recours en suspension, et à propos de laquelle Votre Conseil a statué.

Le fait qu'un marché, dont la suspension de son exécution a été ordonnée par Votre Conseil, se poursuive au-delà de l'arrêt de suspension, notamment pour des raisons précisées ci-après (cfr. la balance des intérêts), n'emporte pas naissance ou attribution d'un nouveau marché.

Ce que dénonce aujourd'hui la partie requérante concerne en réalité une problématique liée à l'exécution de l'arrêt de suspension du 1^{er} février 2016. Ce contentieux échappe à la compétence du Conseil d'Etat.

En tant que visant une nouvelle décision d'attribution, qui n'existe pas, le recours introduit par la requérante s'avère irrecevable".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'exception soulevée par la partie adverse repose, en substance, sur l'affirmation que la mission de gardiennage exercée depuis le 1^{er} février 2016 dans le bâtiment W.T.C. III ne reposerait pas sur un nouveau marché, mais bien sur le marché dont l'attribution a fait l'objet de l'arrêt n° 233.677 précité.

Sans même qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la possibilité d'entendre une partie qui tire argument de l'illégalité qu'elle déclare sciemment commettre en continuant à exécuter un marché en violation d'un arrêt du Conseil d'Etat, la partie adverse ne peut, en toute hypothèse, pas être suivie.

En effet, il ressort des termes mêmes du contrat signé le 14 janvier 2016 qu'il venait à expiration le 31 janvier 2016, en sorte qu'une décision a nécessairement dû être prise concernant la mission confiée à la société H-SECURITE à partir du 1^{er} février 2016. Cette décision ne figure toutefois pas parmi les pièces transmises au Conseil d'Etat. La partie adverse ne communique pas davantage les pièces relatives à la décision d'attribution du marché pour le mois de janvier 2016. En l'absence de ces pièces, le Conseil d'Etat est dans l'impossibilité de vérifier si ce qu'affirme la partie adverse est exact en fait et si, en droit, les conditions du marché prévoyaient la possibilité de le reconduire ou de le prolonger au-delà du 31 janvier 2016.

Dans ces circonstances, il s'impose de considérer que la partie adverse n'a pas transmis dans le délai fixé le dossier administratif au sens de l'article 21 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

Les informations permettant de vérifier la thèse soutenue par la partie adverse ne sont, par ailleurs, pas accessibles à la partie requérante et celle-ci ne prétend pas pouvoir éclairer le Conseil d'Etat quant aux modalités de l'adoption d'une décision qui ne lui a pas été notifiée. Le Conseil d'Etat ne peut, par conséquent, s'appuyer que sur la seule pièce qui lui est transmise par la partie adverse, à savoir le contrat du 14 janvier 2016. Or, comme indiqué plus haut, celui-ci indique que le marché de gardiennage attribué en janvier 2016 venait à expiration le 31 janvier 2016. Il ne contient, par ailleurs, aucune clause de reconduction. Il s'en déduit, sur le vu du seul élément pertinent communiqué au Conseil d'Etat et dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, que la mission de gardiennage effectuée à partir du 1^{er} février 2016 doit s'analyser comme la manifestation de l'existence d'un nouveau marché, quelles qu'aient été les modalités concrètes de son attribution. La décision d'attribuer ce marché à la société H-SECURITE, fût-elle tacite, constitue donc un acte susceptible d'être attaqué devant le Conseil d'Etat.

L'exception est rejetée.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un premier moyen "de la violation de : la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de

fournitures et de services, en particulier articles 5, 19, 23 et 26 ; les principes de transparence et d'égalité ; de l'erreur manifeste d'appréciation; de l'excès de pouvoir".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir attribué à la société H-SECURITE le marché litigieux sans mise en concurrence préalable, alors que : " i) l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 soumet l'attribution d'un marché public au respect des principes d'égalité et de transparence, ii) son article 19 prescrit l'obligation de publicité (principe de transparence), iii) son article 23 décline ces principes en identifiant l'adjudication et l'appel d'offres, et iv) son article 26, § 1^{er}, soumet l'attribution d'un marché public par procédure négociée sans publicité à l'obligation de consulter plusieurs opérateurs économiques («il ne peut être traité par procédure négociée sans publicité, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, que dans les cas suivants [...]»)".

Elle estime, que "l'Etat belge ne pouvait, donc, pas attribuer le marché sans mise en concurrence préalable, à supposer même qu'il se fût trouvé dans l'une des hypothèses légales d'application de la procédure négociée sans publicité".

Elle rappelle, par ailleurs, que la procédure négociée sans publicité est "dérogatoire aux procédures ordinaires, avec publication préalable, [...] exceptionnelle et [que] ses conditions d'application [sont] d'interprétation stricte". Citant la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle précise que "l'impossibilité de consulter plusieurs opérateurs économiques doit être démontrée" et que "le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération la demande de participation ou l'offre d'un opérateur économique qui a manifesté son intérêt".

Elle fait valoir "qu'en tout état de cause, l'Etat belge devait prendre en considération [sa] demande de participation [...] à la procédure d'attribution du marché".

B. Note d'observations

La partie adverse ne répond pas au moyen.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de l'examen de l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse que celle-ci ne conteste pas l'illégalité de la décision d'attribution du marché, bien qu'elle soutienne que cette décision d'attribution illégale soit, en réalité, celle

dont la suspension a déjà été ordonnée par l'arrêt n° 233.677 et non une nouvelle décision.

Dès lors qu'il découle de l'examen de cette exception que la mission de gardiennage litigieuse s'analyse comme la manifestation de l'existence d'un nouveau marché, son attribution devait se faire en conformité avec les dispositions dont la violation est alléguée. Or, il ressort des développements qui précèdent que la partie adverse ne cherche même pas à soutenir que ce marché aurait été attribué en conformité avec ces dispositions ou avec une quelconque règle de procédure conforme au droit belge et européen applicable en la matière.

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

VI. MESURES PROVISOIRES

La partie requérante déclare à l'audience se désister de sa demande de mesures provisoires, en sorte qu'il n'y a plus lieu de se prononcer au sujet de celle-ci.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Thèse de la partie adverse

La 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 étrangers 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 expose 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 le bâtiment du W.T.C. III, là où les demandeurs d'asile viennent pour l'enregistrement de leurs demandes, s'avère indispensable".

Elle ajoute, par ailleurs, qu'"il convient d'admettre qu'un certain temps soit nécessaire pour attribuer un nouveau marché après l'arrêt du 1^{er} février 2016 : les démarches administratives prennent nécessairement du temps" et soutient qu'"il est démontré, par les pièces du dossier administratif, que la partie adverse agit avec diligence dans le but de prendre une décision la plus rapide possible". Elle explique que "dans l'intervalle, et notamment durant ce mois de février, il est apparu nécessaire de maintenir le service de gardiennage tel qu'organisé antérieurement". Selon elle, "l'absence de tout service de gardiennage mettrait en péril le fonctionnement de

l'Office des étrangers et la sécurité des demandeurs d'asile et de tous ceux qui travaillent dans le bâtiment".

La partie adverse conclut en ces termes: "Au regard des enjeux en présence, comparé aux intérêts finalement purement économiques de la partie requérante, la balance des intérêts permet de comprendre l'attitude adoptée par la partie adverse".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 15, alinéa 3, 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 est rédigé comme suit :

" L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages".

En l'espèce, la partie adverse fait valoir deux types de conséquences négatives probables de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué : un risque pour le bon fonctionnement de l'Office des étrangers et un risque pour "la sécurité des demandeurs d'asile et de tous ceux qui travaillent dans le bâtiment".

Concernant le premier risque, contrairement à ce qu'indique la partie adverse dans sa note d'observations, le marché litigieux ne porte pas sur la tenue d'un service de gardiennage "dans la salle d'attente alternative ou dans une salle d'attente au rez-de-chaussée" du W.T.C. III, "là où les demandeurs d'asile viennent pour l'enregistrement de leurs demandes". Il n'est, en effet, plus contesté à ce stade que le marché litigieux porte sur le gardiennage du bâtiment où sont hébergés des étrangers souhaitant introduire une demande d'asile, mais dont la demande n'a pas encore été enregistrée, et non pas sur la sécurisation des locaux où sont effectuées des missions administratives, dont l'enregistrement des demandes d'asile. Il s'ensuit que le risque de conséquences négatives allégué par la partie adverse est inexistant en ce qu'il porte sur la mise en péril du fonctionnement de l'Office des étrangers.

Concernant le second risque invoqué, à savoir la sécurité des occupants du bâtiment, s'il paraît évident que la présence d'un service de gardiennage est de nature à contribuer à sécuriser les locaux concernés, la partie adverse ne fournit toutefois aucune indication précise sur la gravité des conséquences négatives que pourrait entraîner la suspension de l'exécution de la décision d'attribution litigieuse.

En outre, dès lors qu'elle ne communique pas, comme indiqué plus haut, le dossier administratif au sens de l'article 21 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, elle place celui-ci dans l'impossibilité d'apprécier les conséquences exactes de la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

Il s'impose ainsi de relever, en premier lieu, qu'en l'absence de toute pièce permettant d'identifier la nature et la durée du marché litigieux, il est impossible de savoir quand celui-ci prend fin. La partie adverse ne semble d'ailleurs pas même être en mesure d'informer le Conseil d'Etat sur ce point à l'audience. Or, il va de soi que les conséquences dommageables d'une suspension de la décision d'attribution du marché diffèrent fortement si le marché vient prochainement à échéance, voire s'il est déjà échu, ou si son exécution est appelée à se poursuivre sur une longue période.

La partie adverse se borne, par ailleurs, à affirmer l'existence d'un risque pour la sécurité des personnes sans étayer aucunement ses dires. Or, en l'absence de dossier administratif complet, il est impossible, sur la base de cette seule affirmation, d'évaluer l'importance exacte que revêt la mission de gardiennage au regard de la sécurité des personnes hébergées dans le bâtiment W.T.C. III.

Force est de constater, enfin, que la partie adverse, qui ne fournit même pas une estimation du nombre de personnes concernées et de la durée de leur hébergement, ne produit aucun élément concret de nature à démontrer qu'il n'existerait, en cas de suspension de l'exécution de la décision attaquée, pas de possibilité de recourir à d'autres solutions d'hébergement ou de gardiennage.

Il découle de ce qui précède que la partie adverse invoque, au titre des conséquences dommageables d'une suspension de la décision attaquée, d'une part, un risque pour le fonctionnement de l'Office des étrangers qui est contredit par les faits de la cause et, d'autre part, un risque pour la sécurité des personnes dont elle rend, elle-même, l'évaluation impossible faute d'étayer ses allégations et de fournir un dossier administratif permettant au Conseil d'Etat de procéder, *in concreto*, à la balance des intérêts en présence. Il ne peut, dans ces conditions, pas être conclu que les éventuelles conséquences négatives de la suspension de la décision attaquée pourraient l'emporter sur ses avantages.

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

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

Article 1^{er}.

Il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de mesures provisoires.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision de date inconnue prise par l'Etat belge d'attribuer à la société H-SECURITE le marché portant sur le gardiennage statique au World Trade Center III (W.T.C. III) pour l'accueil des réfugiés à partir du 1^{er} février 2016.

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 à la partie n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le premier mars 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.