

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 239.395 du 12 octobre 2017

A.223.153/VI-21.088

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

ayant élu domicile chez
M^e Emmanuel VAN NUFFEL, avocat,
avenue Louise 81
1050 Bruxelles,

contre :

l'Office National de l'Emploi, en abrégé ONEm,

ayant élu domicile chez
M^{es} Marie VASTMANS et
Cyrille DONY, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

Partie intervenante:

la société anonyme TRIGION,

ayant élu domicile chez
M^e Luc ELIAERTS, avocat,
Vlaamsekaai 54-57
2000 Anvers.

I. Objet de la requête

Par une requête déposée le 19 septembre 2017 sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat, la société anonyme SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la décision de date inconnue par laquelle l'ONEm attribue à la s.a. TRIGION marché portant sur le gardiennage statique des bâtiments de l'administration centrale et des bureaux de chômage".

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 septembre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 octobre 2017 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête déposée le 2 octobre 2017 sur la plate-forme électronique du Conseil d'État, la société anonyme TRIGION demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Cyrille DONY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Isabelle MATAGNE, *loco* Luc ELIAERTS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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. Faits

La partie requérante expose comme suit les faits de la cause:

" I.ÉLÉMENTS DE FAIT PERTINENTS

I.1. L'ACCORD-CADRE CONCLU ENTRE L'A.S.B.L. SMALS ET LA S.A. TRIGION AU MOIS D'OCTOBRE 2016

1. L'a.s.b.l. SMALS (ci-après la SMALS), est une association dont sont membres, notamment, les institutions publiques de sécurité sociale et les services publics fédéraux chargés de l'application de la sécurité sociale. L'ONEm est membre de la SMALS à ce titre.

La SMALS a pour objet le soutien de ses membres «en matière de gestion de l'information et des questions connexes en faveur d'une prestation de services informatiques intégrée» (statuts coordonnés, article 3, alinéa 1^{er}; [...]). Pour réaliser son objet, elle agit «en association de frais à laquelle des missions peuvent être directement confiées en « internalisation»» (*idem*, alinéa 2).

2. Par un avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 4 janvier 2016 et au Journal officiel de l'Union européenne, série S, du 6 janvier 2016, la SMALS a mis en concurrence un marché (accord-cadre) d'une durée de quatre années portant sur des «services de gardiennage statique et mobile des bâtiments, des installations, des biens et des personnes» à exécuter en région bruxelloise (...).

La procédure appliquée est la procédure négociée avec publicité; elle comporte une phase de sélection des candidats.

L'avis de marché publié ne mentionne pas que la SMALS agirait pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs, par un marché conjoint ou comme centrale de marché. Le point I.4 des avis de marché publiés - «Attribution de marché pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs» - est laissé vierge.

3. Au cahier des charges mis ensuite à la disposition des candidats sélectionnés, il est indiqué que la SMALS agit comme centrale de marchés (...). :

« 2.15 Centrale de marchés

2.15.1 Pouvoirs adjudicateurs

Dans le cadre du présent accord-cadre, Smals agit en tant que centrale de marchés, conformément à l'article 2, §1, 4°, deuxième tiret, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Seuls les pouvoirs adjudicateurs, désignés ci-après par leur nom ou par renvoi à une catégorie, sont autorisés à passer des commandes sur base du présent accord-cadre.

- Les administrations fédérales et autres services de l'Etat ;
- La Chambre et le Sénat ;
- La Cour des comptes ;
- La Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat ;
- Les corps spéciaux de l'Etat ;
- Le service de police intégré, structuré à deux niveaux ;
- Les personnes morales fédérales ;
- Smals ainsi que ses membres et membres des membres (actuels et futurs).

Le présent accord-cadre définit le cadre légal, financier, technique qui régit les relations entre les parties bénéficiaires et le(s) ou l'adjudicataire pendant sa durée de validité. (...) ».

4. Par décision du 14 septembre 2016, la SMALS a rejeté l'offre de SGI SECURITY et attribué le contrat-cadre à la s.a. TRIGION (ci-après TRIGION n.v.; annexe A.4 à la requête), pour un montant total de 283.502,94 € (...).

I.2. LE MARCHÉ PORTANT SUR LE GARDIENNAGE STATIQUE DES IMMEUBLES DE L'ADMINISTRATION CENTRALE DE L'ONEM ET DES BUREAUX DE CHÔMAGE, DE SA MISE EN CONCURRENCE AU MOIS DE DÉCEMBRE 2016 À SON ATTRIBUTION SANS MISE EN CONCURRENCE

5. En 2013, l'ONem a attribué à SGI SECURITY le marché de services ayant pour objet la surveillance statique des bâtiments de l'Administration centrale et des bureaux de chômage.

6. Par un avis publié au Bulletin des adjudications le 9 décembre 2016, l'ONem a remis ce marché en concurrence (...).

La procédure appliquée est l'adjudication ouverte.

7. Au cahier des charges, il est indiqué que l'ONem agit comme centrale de marché (...). :

« 3bis. La centrale des marchés (art. 2, 4° et art. 15 de la loi relative aux marchés publics)

Pour ce marché, l'Office national de l'Emploi (ONEM) intervient en sa qualité de pouvoir adjudicateur comme centrale de marchés au sens de l'article 2, 4°, deuxième tiret de la loi du 15.06.2006 relative aux marchés publics.

En cette qualité, l'ONEM se chargera non seulement pour lui-même mais aussi au nom de toutes les autres autorités (actuelles et futures) adjudicatrices fédérales de droit public qui ont adhéré à la centrale de marchés, de passer le marché public et de conclure le contrat.

Pour relever de la notion d'«autorité adjudicatrice fédérale de droit public», cet organisme doit :

- être une autorité adjudicatrice. Cela veut dire une autorité dont les accords qui sont conclus avec des tiers pour l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services, tombent en principe sous le champ d'application de la législation des marchés publics (loi relative aux marchés publics du 15 juin 2006);
- être une autorité adjudicatrice de droit public. Cela signifie une autorité adjudicatrice créée par le biais ou en vertu d'une législation particulière.
- être une autorité adjudicatrice fédérale de droit public. Cela signifie une autorité adjudicatrice de droit public créée par le biais ou en vertu d'une législation fédérale particulière.

L'ONEM est par conséquent chargé de la passation de ce marché et de la conclusion du contrat; et ce en vue de répondre tant à ses propres besoins qu'à ceux des autorités adjudicatrices suivantes :

- les administrations fédérales et autres services de l'État;
- la Chambre et le Sénat;
- la Cour des comptes;
- les services spéciaux de l'État;
- la police intégrée, structurée à deux niveaux;
- les personnes morales fédérales.

Seules les autorités adjudicatrices susmentionnées, désignées par leur nom ou en renvoyant à une catégorie, peuvent passer des commandes sur la base du contrat conclu par la centrale de marchés.

Toutes les autorités fédérales ayant adhéré à la centrale de marchés qui invoquent les conditions du présent marché afin de répondre à leurs besoins éventuels, seront dispensées de l'obligation d'organiser elles-mêmes une procédure de passation et ce, comme repris explicitement à l'article 15 de la loi relative aux marchés publics.».

8. Le cahier des charges précise, aux conditions de participation, un critère de capacité économique portant sur une répartition du chiffre d'affaires du soumissionnaire dans les 3 régions du pays (article 12.1.2) :

«12.1.2. Critère de sélection relatif aux moyens financiers du soumissionnaire.

Le soumissionnaire devra joindre les documents suivants à son offre : (...)

- Une déclaration étayée dans laquelle il apparaît que ce chiffre d'affaires est réparti sur les 3 Régions : Bruxelles, la Flandre et la Wallonie. 25% minimum du chiffre d'affaires total doit être réalisé dans chacune des Régions.»

Au terme d'errements, dont la contestation par SGI SECURITY de la régularité de ce critère de capacité économique (...), l'ONem a constaté qu'aucun des soumissionnaires ne la remplissait et décidé, alors, le 20 juillet 2017, de renoncer à attribuer le marché (...).

SGI SECURITY n'a pas contesté cette décision, qui est régulière sur ce motif par application du principe *patere legem quam ipse fecisti*.

9. Le 21 août 2017, l'ONem a informé SGI SECURITY qu'il avait décidé d'attribuer le marché à TRIGION n.v. par l'intermédiaire de l'accord-cadre que la SMALS lui a attribué le 5 octobre 2016 et que, par conséquent, son contrat prendrait fin le 31 août 2017 (...).

Le 23 août 2017, par un courrier adressé par son conseil à l'ONem et à la SMALS, SGI SECURITY a contesté la régularité de cette décision en mettant en évidence notamment le fait que l'accord-cadre attribué par la SMALS ne porte pas sur la prestation de services de gardiennage des bâtiments de l'ONem et que, par conséquent, l'ONem ne peut légalement pas y recourir pour attribuer ce marché (...).

«10. On comprend que la décision de l'ONEM d'attribuer son marché par l'intermédiaire du contrat-cadre que la SMALS a conclu avec TRIGION s.a. se fonde sur le cadre fixé au cahier spécial des charges BB-001.031/2015, qui précise que la SMALS agit comme centrale de marchés pour les entités de l'Etat fédéral identifiées (à l'article 2.15).

Toutefois, ce n'est pas cette disposition qui fixe l'étendue du marché de la SMALS. Puisque la procédure a été conçue en deux phases de sélection, puis d'appréciation des offres des entreprises remplissant les critères d'attribution

[lire : sélectionnées], c'est l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne[ne] du 6 janvier 2016 qui définit le marché.

11. Or, à l'occasion de cette publication originaire, la SMALS n'a pas déclaré agir comme centrale de marchés pour couvrir d'autres besoins que les siens. Cette qualité n'est pas mentionnée et on ne peut que comprendre alors le marché comme portant sur les seuls besoins de la SMALS. (...)

13. En postulant la rationalité du pouvoir adjudicateur et en privilégiant une action de la SMALS dans des conditions correctes de légalité, on doit ramener le contrat-cadre dans les limites des conditions initiales du marché, qui ne portait que sur ses besoins propres.

14. On observe sur ce point que le marché a bien été initialement conçu pour son seul besoin. L'avis publié est clair, il ne dit pas autre chose. D'ailleurs le montant du chiffre d'affaires annuel réalisé fixé aux conditions de capacité (600.000€) est compatible avec le montant de la prestation à exécuter pour la seule SMALS (283.502,94 € à l'attribution). (...)

Les autres éléments figurant aux documents du marché (la SMALS n'a pas déclaré agir au nom et pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs ; seul l'immeuble de la SMALS a fait l'objet d'une visite obligatoire ; le marché a été attribué à un montant final conforme au seul besoin de la SMALS) confirment que, dans ses prévisions initiales et, même jusqu'à son attribution, le marché ne portait que sur les besoins de la SMALS.

15. Ensuite, on observe que la décision d'attribution du marché précise qu'il est attribué pour un montant final de 283.502,94 €. C'est le montant de la prestation à exécuter pour la SMALS.

Or, le marché est un contrat-cadre. Légalement :

i) l'étendue d'un contrat-cadre doit être fixée à sa mise en concurrence (voir l'article 24, alinéa 1^{er}, 6°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques : "L'estimation du montant du marché est fondée sur la durée et la valeur totale de celui-ci telle qu'effectuée par le pouvoir adjudicateur, en prenant en compte : (...) 6° tous les marchés envisagés pendant la durée d'un accord-cadre (...)");

ii) ses termes fixés à la décision d'attribution (voir la définition de l'accord-cadre par l'article 3, 15°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services); et

iii) les marchés subséquents ne peuvent être attribués que dans les conditions initiales du contrat-cadre (voir l'article 32, alinéa 3, de la loi du 15 juin 2006 : « Lors de l'attribution des marchés fondés sur un accord-cadre, aucune modification substantielle ne peut être apportée aux termes déjà fixés dans l'accord-cadre »).

Même si la prestation totale n'est pas déterminée, le montant estimé à l'attribution est un indicateur pertinent de l'étendue et des termes du contrat-cadre.

Le marché de l'ONEM porte sur un montant de l'ordre de 400.000 € et représente à lui seul déjà 150% de la valeur estimée du contrat-cadre. Ce marché n'entre manifestement pas dans les prévisions du contrat-cadre.».

Le 29 août 2017, l'ONEM a alors informé SGI SECURITY qu'il prolongeait son contrat jusqu'au 30 septembre 2017 et répondrait à sa contestation par ses conseils (...).

Par un courrier du 12 septembre 2017, l'ONEM a rejeté, par ses conseils, les objections d'illégalité de l'attribution du marché à TRIGION n.v., notamment (...) : «18.

L'on ne saurait sérieusement considérer que l'accord-cadre ne visait que les besoins de la SMALS dès lors que le cahier spécial des charges indique clairement que la SMALS agit en qualité de centrale de marchés et énumère les pouvoirs adjudicateurs pouvant adhérer à la centrale de marchés. Ceci démontre à suffisance que l'accord-cadre n'avait aucunement vocation à se limiter aux seuls besoins de la SMALS.

La liste des pouvoirs adjudicateurs contenue dans le cahier spécial est, en outre, claire et précise et permet dès lors de limiter le nombre de pouvoirs adjudicateurs susceptibles d'adhérer à la centrale de marchés. (...)».

10. La décision, de date inconnue, par laquelle l'ONEm attribue à TRIGION n.v. le marché portant sur le gardiennage statique des bâtiments de son administration centrale et des bureaux de chômage est l'acte attaqué".

IV. Intervention

Par une requête déposée le 2 octobre 2017 sur la plate-forme électronique du Conseil d'État, la société anonyme TRIGION demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir provisoirement cette requête.

V. Recevabilité *ratione temporis* de la demande de suspension

VI.1. Thèse de la partie requérante

A. Requête

La requérante expose ce qui suit à propos de la recevabilité *ratione temporis* de la demande de suspension :

" 16. Le marché de services de gardiennage statique des bâtiments de l'Administration centrale de l'ONEm et des bureaux de chômage fait l'objet d'une décision d'attribution sans mise en concurrence de date inconnue mais postérieure au 20 juillet 2017, date à laquelle l'ONEm a renoncé à la procédure de passation réglementée qu'elle avait mise en œuvre.

Il entre donc, dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2016 (applicable depuis le 30 juin 2016 en vertu de l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques : «Pour les marchés publics qui relèvent du titre 2 de la loi, les articles de la loi qui ne sont pas encore entrés en vigueur, à l'exception des dispositions visées à l'article 132 du présent arrêté, entrent en vigueur le 30 juin 2017, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date»). Il est précisé que, dans le système de l'accord-cadre, le marché attribué par recours à l'accord-cadre fait généralement l'objet d'une demande du pouvoir adjudicateur et d'une offre de l'adjudicataire unique de l'accord-cadre adaptée à la demande (voir article 43, § 4, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 : «Pour l'attribution de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur économique partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre»; voir d'ailleurs *mutatis mutandis* l'article 2.15.4.2 du cahier des charges de l'accord-cadre de la SMALS, annexe A.3 à la requête : «2.15.4.2 Offres faites aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre du présent marché. Lorsque le soumissionnaire choisi transmettra une offre à un pouvoir adjudicateur visé par la clause de centrale de marché, une copie de cette offre sera transmise à Smals»).

17. D'un montant annuel de l'ordre de 400.000 €, le marché excède, sur toute sa durée les seuils d'application du droit européen des marchés publics (hypothèse de l'accord-cadre, notamment annexes A.2 à la requête, point II.1.4 : durée restante de trois ans, la valeur estimée du marché est de 1.200.000 €; hypothèse du besoin de

l'ONem tel que précisé aux documents du marché mis en concurrence, annexe B.2 à la requête, selon les prix offerts par SGI SECURITY au formulaire d'offre : lot 1 d'une durée totale de trois ans, d'un montant total de plus de 800.000 € - montant annuel offert, de 269.370 €; lot 2 d'une durée totale d'un an, d'un montant de plus de 120.000 €) et est donc soumis à une obligation de publicité européenne en application de l'article 75 de la directive 2014/24 (précision : les services de gardiennage sont des services spécifiques visés à l'annexe XIV de la directive et soumis à une obligation de publicité européenne lorsqu'ils atteignent un montant de 750.000 € sur toute leur durée – seuil fixé à l'article 4, d, de la directive et déterminé par application de l'article 5 ; le système est transposé notamment par les articles 88 à 90 de la loi du 17 juin 2016 et de l'article 4, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, ainsi qu'aux dispositions auxquelles il renvoie).

Il est rappelé que, la directive 2014/24 a supprimé la distinction des services (annexes II de la directive 2004/24) conçue sous l'ancienne réglementation pour exempter notamment de publicité européenne les marchés de services dits non prioritaires (annexe IIB de la directive), dont faisaient partie les services de gardiennage; seuls demeurent exclus les services identifiés à l'article 10 de la directive, tous les autres services, dont ceux qui figuraient dans l'ancienne annexe IIB, étant désormais soumis à une obligation de mise en concurrence par publicité européenne (précision : d'effet direct – l'obligation de publicité européenne est une prescription précise du droit européen des marchés publics et elle ne nécessite pas l'intervention du législateur national pour être appliquée – l'obligation de publicité européenne des services figurant antérieurement à l'annexe IIB est d'application depuis le 18 avril 2016, date à laquelle la directive 2014/24 aurait dû être transposée en droit interne).

18. Le marché étant soumis à publicité européenne (ou atteignant les seuils d'application du droit européen des marchés publics), la notification de la décision l'attribuant est soumise à la double communication, par recommandé et par un moyen électronique, prescrite par l'article 9/1 de la loi 17 juin 2013.

La décision d'attribution du marché a fait l'objet d'une communication le 21 août 2017, uniquement par envoi recommandé.

19. Or, le délai de recours contre les décisions d'attribution soumises à une obligation de double communication ne prend pas cours tant que l'obligation n'est pas exécutée; la prise de cours du délai est reportée à la dernière communication. La règle, fixée à l'origine dans une jurisprudence constante du Conseil d'État (notamment C.E., 5 décembre 2011, s.c.r.l. Atelier de Tromcourt-Architectes associés, n° 216.686; C.E., 23 décembre 2011, s.a. Polymedis, n° 217.044; C.E., 18 avril 2012, s.a. TPF Utilities, n° 218.931; C.E., 12 novembre 2012, s.a. S.C.A. Hygiene Products, n° 221.338; C.E., 21 mai 2014, Szymkovicz, n° 227.488; C.E., 6 juin 2014, s.a. TPF Utilities, n° 227.665), est désormais prescrite par l'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 : «Lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. (...)» (texte issu de l'article 32 de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013, en vigueur depuis le 30 juin 2017 ; arrêté royal du 22 juin 2017, article 48).

20. Le recours est donc recevable *ratione temporis*."

B. Plaidoiries

A l'audience, la partie requérante soutient qu'elle avait la qualité de soumissionnaire au sens de l'article 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dès lors qu'elle a remis une offre pour le marché lancé par l'ONem. Elle fait valoir, d'une part, que la décision de l'ONem du 20 juillet 2017 de renoncer à la procédure d'attribution du

marché n'a pas fait disparaître ce marché, lequel a été attribué sur la base de l'accord-cadre du 14 septembre 2016, et, d'autre part, que ladite décision n'implique pas qu'elle serait définitivement exclue du marché. Elle en déduit que la décision d'attribution du marché aurait dû lui être notifiée dans les formes prescrites par l'article 9/1 de la loi du 17 juin 2013 précitée. Elle fait valoir ensuite que le courrier que l'ONEm lui a envoyé 21 août 2017 ne contenait pas les informations nécessaires qui lui eussent permis d'introduire le recours et qu'elle n'a été correctement informée que par le courrier du 12 septembre 2017, de sorte que le point de départ du délai pour agir était la réception de ce courrier.

La requérante soutient enfin qu'à la suite du courrier que lui avait envoyé son conseil le 23 août 2017, l'ONEm a procédé à un réexamen du dossier, en postposant la conclusion du contrat avec la S.A. TRIGION, de sorte que le courrier du 12 septembre 2017 contient une nouvelle décision, qui n'est pas purement confirmative de la précédente, et que le délai de recours a commencé à courir le jour de la réception de ce courrier.

VI.2. Appréciation

L'article 23 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose comme suit en ses §§ 1^{er} et 3:

- " § 1^{er}. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.
Lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée".
- " § 3. La demande en suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de 15 jours".

La partie requérante soutient qu'en l'espèce, la prise de connaissance de l'acte ne peut constituer le point de départ du délai dès lors que décision attaquée aurait dû faire l'objet de la double notification visée à l'article 9/1 de la loi du 17 juin 2013, à savoir la communication par télécopie ou par voie électronique et l'envoi recommandé, le marché litigieux excédant les seuils européens.

L'article 9/1, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 énonce ce qui suit:

- " L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement les communications visées aux

articles 7, 8 et 9, par télécopieur, par courrier électronique ou par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics ou les moyens de communication électroniques visés à l'article 32 de la loi relative aux concessions et, le même jour, par envoi recommandé."

Selon l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la même loi:

- " Dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique :
- 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
 - 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
 - 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée".

L'article 9 de ladite loi dispose comme suit:

"Dès qu'elle a pris la décision de renoncer à passer un marché ou une concession et, le cas échéant, de lancer une nouvelle procédure de passation, l'autorité adjudicatrice communique la décision motivée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés".

En l'espèce, la requérante a déposé une offre pour le marché public de services lancé par l'ONEm en décembre 2016. Toutefois, par une décision du 20 juillet 2017, qui n'a fait l'objet d'aucun recours, la partie adverse a renoncé à l'attribution du marché de gardiennage. Elle a ensuite passé commande via la centrale de marché auprès de la S.A. TRIGION. Elle n'a donc pas décidé de lancer une nouvelle procédure de passation, de sorte que l'article 9 précité n'est pas applicable en l'espèce. Il en résulte également que la requérante a perdu sa qualité de soumissionnaire.

Dès lors qu'aucune procédure de mise en concurrence n'a eu lieu et qu'aucune disposition de la loi du 17 juin 2013 n'impose la notification de la passation d'une commande entrant dans le champ d'application d'un accord-cadre à chacun des soumissionnaires évincés lors de la procédure de passation de cet accord-cadre, le point de départ du délai est celui de la prise de connaissance de l'acte attaqué, et ce, même si la requérante établissait que c'est à tort que la commande litigieuse a été passée en application de l'accord-cadre passé entre l'A.S.B.L. SMALS et la S.A. TRIGION.

Le courrier du 21 août 2017 adressé à la requérante par le conseiller général de l'ONEm est rédigé comme suit:

- " [...]
Comme vous l'aurez peut-être appris par ailleurs, je vous informe que l'Office National de l'Emploi ne prolongera pas le contrat susmentionné. Celui-ci arrivera

dès lors à son terme ce 31.08.2017.

En effet, suite à la décision de non attribution qui vous a été notifiée le 20 juillet dernier, l'ONEm a décidé de passer commande, pour les services de gardiennage, auprès de l'adjudicataire d'un accord-cadre conclu par la SMALS, à savoir la société anonyme TRIGION.

Cette dernière reprendra les activités de gardiennage à l'ONEm à partir du 01.09.2017.

Par la présente, je tenais à vous remercier pour la bonne collaboration entre nos services tout au long du contrat.

[...]"

Dès la réception de ce courrier, la requérante savait donc que l'ONEm avait décidé de passer commande auprès de la S.A. TRIGION par le biais de l'accord-cadre conclu avec l'A.S.B.L. SMALS. Elle disposait ainsi de toutes les informations nécessaires à l'introduction du présent recours.

Si le courrier du 29 août 2017 annonçait que le conseil de l'ONEm adresserait, dans les meilleurs délais, une réponse au conseil de la requérante, il ne peut en être déduit que la partie adverse entendait procéder à un réexamen du dossier. Le courrier du conseil de l'ONEm du 12 septembre se limite d'ailleurs à répondre aux critiques de légalité formulées par le conseil de la requérante dans son courrier du 23 août. Il ne peut être considéré comme contenant la confirmation, par l'ONEm, de la décision communiquée à la requérante par le courrier du 21 août. Par ailleurs, c'est vainement que la requérante se prévaut de ce que le courrier du 29 août indiquait que l'ONEm souhaitait prolonger pour un mois supplémentaire le contrat existant. En effet, selon les termes de ce courrier, une telle prolongation "est nécessaire afin d'assurer la continuité des services de gardiennage auprès de l'ONEm vu que les conditions ne sont pas actuellement remplies pour un transfert de contrat". Le "transfert de contrat" est donc postposé en vue d'assurer la continuité des services, mais il n'en résulte pas que la partie adverse aurait retiré sa décision de passer commande auprès de la S.A. TRIGION ou qu'elle aurait entendu procéder à un réexamen de l'affaire. D'ailleurs, le 27 septembre, donc postérieurement au courrier du 12 septembre, l'ONEm a fait part de son souhait de voir le contrat à nouveau prolongé et ce, pour une période de deux mois.

En conséquence, le délai de recours a commencé à courir le jour de la réception, par la requérante du courrier du 21 août 2017. Si le dossier administratif ne contient pas la preuve de la recommandation postale, il suffit de constater que la requérante a eu connaissance de ce courrier au plus tard le 23 août, date à laquelle elle a adressé à la partie adverse un courrier critiquant la légalité de la décision attaquée. La demande de suspension, introduite le 19 septembre 2017, soit plus de quinze jours après la prise de connaissance de l'acte attaqué, est donc tardive et, partant, irrecevable.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces A à D de son dossier administratif contenant des échanges de courriers "en vue d'obtenir des précisions quant à la teneur des offres-relevant du secret des affaires".

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

La partie requérante dépose en pièce 7 de son dossier un courrier du 11 mai 2017 émanant de la partie adverse et relatif à son offre. Conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il y a lieu d'ordonner la confidentialité de cette pièce relevant du secret des affaires.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme TRIGION est accueillie dans la procédure en référé.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces portant les références A, B, C et D du dossier administratif, ainsi que la pièce 7 annexée à la requête resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le douze octobre deux mille dix-sept par :

M.	Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.