

COUR DES COMPTES

**Les marchés publics
d'infrastructure routière à
Bruxelles**

*Rapport de la Cour des comptes
transmis au Conseil de la Région de
Bruxelles-Capitale*

Bruxelles, mai 2003



COUR DES COMPTES

Les marchés publics d'infrastructure routière à Bruxelles

*Rapport de la Cour des comptes
transmis au Conseil de la Région de
Bruxelles-Capitale*

*Rapport adopté le 30 avril 2003
par l'assemblée générale de la Cour des comptes*

Au terme d'un contrôle portant sur les dossiers des marchés publics d'infrastructure routière à Bruxelles gérés par l'administration régionale, la Cour a formulé deux remarques essentielles ayant trait, d'une part, à la conception et, d'autre part, à l'exécution de ces marchés publics.

La conception des marchés: la technique du marché «stock»

L'administration privilégie le recours à la technique du marché «stock», non explicitement prévue par la réglementation et qui se caractérise par l'imprécision de l'objet du marché ainsi que par l'incertitude pesant sur les prestations à réaliser. Cette technique, qui découle de l'idée que les besoins ne sont pas toujours quantifiables au moment du lancement de la procédure du marché, permet à l'administration de faire l'économie d'une estimation précise et réaliste de ses besoins. Le métré constitue en quelque sorte un catalogue de prix unitaires dans lequel l'administration choisit les postes à réaliser au fur et à mesure des nécessités. L'administration dispose donc d'un entrepreneur, auquel le marché a été attribué, et auquel elle fera appel par simples bons de commandes selon l'évolution des besoins. La question se pose de savoir s'il est possible d'établir un prix juste indépendamment des quantités à mettre en œuvre et sans connaissance préalable des conditions d'intervention. Par ailleurs, l'imprécision affectant la définition des éléments essentiels du marché est aussi susceptible de mettre en cause le bien-fondé de l'attribution du marché par une procédure de mise en concurrence.

La Cour des comptes est consciente des avantages du marché « stock » pour les interventions sur la voirie dans un environnement urbanisé, comportant plusieurs unités administratives et sous la pression d'une demande croissante en «mobilité». Elle ne considère cependant pas que la réponse adéquate aux défis posés à l'administration soit la généralisation de marchés non programmés, mal définis et exécutés avec peu de rigueur. La technique des marchés «stock», même si elle autorise des interventions rapides, s'éloigne des objectifs poursuivis par la réglementation qui permet l'utilisation des commandes publiques en tant qu'instrument de la politique économique visant au maintien d'un tissu de petites et moyennes entreprises performantes.

L'exécution des marchés: des écarts significatifs par rapport aux prestations prévues lors de l'attribution des marchés

Il existe des écarts significatifs entre les prestations effectivement exécutées et les prévisions qui étaient établies lors de l'attribution des marchés. Or, l'existence d'un écart important entre le marché attribué et le marché exécuté a pour effet de soustraire à la concurrence les modifications introduites en cours d'exécution, ce qui aboutit à contredire tous les soins pris lors de l'attribution du marché pour respecter le principe d'appel à la concurrence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Table des matières

Introduction	5
Méthodologie	5
Note de procédure	7
Chapitre 1	
La conception du marché	8
1.1 Le choix du type du marché	8
1.2 L'importance du marché	14
1.3 Les modes de passation	16
1.4 Exigences particulières du cahier spécial des charges	17
1.5 L'élaboration du métré descriptif	21
Chapitre 2	
L'attribution du marché	23
2.1 L'analyse des soumissions	23
2.2 La décision d'attribution	24
Chapitre 3	
Les actes d'exécution des marchés	25
3.1 Le délai de validité des offres et la notification du marché	25
3.2 L'ordre de commencer les travaux ou bons de commande	26
3.3 Ordres de stater et de recommencer les travaux	27
3.4 Approbation des états d'avancement, mise en paiement, intérêts de retard	27
3.5 Modification aux entreprises et établissement de décomptes ou avenants	29
3.6 Révision des prix unitaires	32
3.7 Autres actes d'exécution	33
Chapitre 4	
Conformité de l'exécution des marchés aux prévisions contractuelles initiales – Taux de déviation et ratio d'affectation	35
4.1 Méthodologie	35
4.2 Résultats de l'analyse	38

4.3	Conséquences des écarts constatés	39
	Conclusions générales	47
	Annexe	
	Réponse du ministre	49

Introduction

Le contrôle de la Cour a porté sur les travaux d'entretien et d'investissements routiers¹ gérés par la Direction des voiries qui relève, au sein de l'Administration de l'Équipement et des Déplacements (A.E.D.), de l'Inspection générale de l'équipement.

En 2000, 900 millions de francs ont été consacrés à l'entretien et 600 millions de francs aux investissements. Suite au transfert à la Région de certaines voiries communales, le budget de 2001 a prévu 907 millions de francs en entretien et 1.205 millions de francs en investissements.

Méthodologie

Le contrôle s'est effectué en deux étapes:

1° Sélection des marchés de plus de 20 millions de francs dont l'exécution s'est terminée entre janvier 1999 et juin 2000. Le suivi et l'étude de ces marchés ont été poursuivis jusqu'à la fin du mois de mai 2001.

Les 10 marchés ainsi sélectionnés constituent les marchés de référence. Lors de l'examen, le champ d'investigation a été élargi à des marchés qui, bien que ne répondant pas aux critères exposés ci-dessus, présentent cependant des analogies avec ces marchés de référence et permettent dès lors des comparaisons utiles. Plusieurs d'entre eux sont des marchés renouvelés ou reconduits.

2° Examen de la conception, de l'attribution et de l'exécution de ces marchés² réalisé suivant une grille d'analyse portant sur:

- le choix du type du marché;
- l'importance du marché;
- les modes de passation;
- les exigences particulières du cahier spécial des charges;
- l'élaboration du métré descriptif;
- l'analyse des soumissions et la décision d'attribution;
- certains actes d'exécution: notification du marché; ordre de commencer les travaux ou bons de commande; ordres de stater et de recommencer; approbation des états d'avancement; mise en paiement et intérêts de retard; modification aux entreprises et établissement de décomptes; révision des prix unitaires;
- la conformité de l'exécution des marchés aux prévisions contractuelles initiales: taux de déviation et ratio d'affectation.

¹ A l'exception des plantations et équipements électriques.

² Dans le cadre de l'analyse de ces marchés, il a également été tenu compte des clauses administratives du «cahier des charges-type 2000». Elaboré, à l'origine, à la demande du Secrétaire d'Etat E. André, ce document a la vocation de servir de modèle pour les marchés relatifs à la voirie de la Région, des organismes d'intérêt public régionaux et des communes. Toutefois, il n'existe aucune norme juridique qui rende son utilisation obligatoire. Les clauses administratives en ont été améliorées par un texte approuvé par le Gouvernement en date du 14 juin 2001 qui recommande de s'y référer pour tous les travaux de voirie à effectuer sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

Tableau 1 – Les marchés examinés (prix en millions de francs)

Objet du marché et N° d'identification	Type Procédure	Particularités du métré Montant initial
Pistes cyclables et petites surfaces B1/983	Stock Adjudication publique	Prix fixés par l'administration 35 à 70
Pistes cyclables et petites surfaces B1/996	Stock Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 18 à 60
Aménagements pour cyclistes B1/925	Stock Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise. 10 à 25,9
Entretien du Ring B1/970, marché initial	Déterminé, <i>reconductible</i> Appel d'offres	Prix proposés par l'entreprise 40,69
Entretien du Ring B1/970, première reconduction	Déterminé, <i>reconductible</i> Reconduit «de gré à gré»	Prix proposés par l'entreprise 40,69
Entretien du Ring B1/970, deuxième reconduction	Déterminé Reconduit «de gré à gré»	Prix proposés par l'entreprise 40,69
Entretien du Ring B1/1017, marché initial	Stock, <i>reconductible</i> Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 59,19
Pont Gray-Couronne B1/946	Déterminé Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 19,68
Pont Teichmann B1/971	Déterminé Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 37,63
Piétonniers B1/994	Stock Adjudication publique	Prix fixés par l'administration 40 à 60
Intégration urbaine B1/993	Stock Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 40 à 60
Porte de Hal B1/990	Déterminé Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 78,61
Chaussée d'Alseberg B1/958	Déterminé Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 25,66
Dégâts d'accidents B1/984	Stock Adjudication publique	Prix fixés par l'administration 45 à 120
Dégâts d'accidents B1/1007, marché initial	Stock, <i>reconductible</i> Adjudication publique	Prix fixés par l'administration 60 à 90
Dégâts d'accidents B1/910	Stock Adjudication publique	Prix fixés par l'administration 45 à 120
Entretien d'ouvrages d'art B1/974	Stock Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 18,24 à 80,88
Entretien d'ouvrages d'art B1/998	Stock Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 30 à 90
Entretien d'ouvrages d'art B1/1016, marché initial	Stock, <i>reconductible</i> Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 21 à 65
Entretien d'ouvrages d'art B1/948	Stock Adjudication publique	Prix proposés par l'entreprise 25 à 68,64

Ces marchés totalisent un montant de l'ordre de 600 millions de francs³, ce qui représente plus d'un tiers de la valeur de l'ensemble des marchés attribués pendant la même période⁴ par la Direction de la voirie. Par ailleurs, en raison de

³ Montants calculés à partir des engagements comptables initiaux des marchés.

⁴ Cette comparaison a été établie sur la base du numéro d'ordre des marchés. Les marchés examinés se situent dans une fourchette comprenant 50 marchés (de B1/946 à B1/996).

la diversité des domaines que ces marchés concernent, l'échantillon étudié peut être considéré comme étant représentatif.

Note de procédure

Le présent rapport a été élaboré sur la base de constatations opérées par l'auditorat de la Cour des comptes. Il a ensuite été amendé en fonction des informations complémentaires obtenues à l'occasion du débat contradictoire entre l'auditorat et l'administration et a été adressé au ministre de la Région de Bruxelles-Capitale chargé des infrastructures⁵. La réponse du ministre, transmise à la Cour par une dépêche du 23 décembre 2002, est publiée en annexe au présent rapport.

Le présent rapport définitif de contrôle prend en compte les points de vue échangés au cours de cette procédure contradictoire. Lorsque les conceptions demeurent divergentes, les avis et positions prises par l'administration et le ministre sont reproduits en substance.

⁵ Lettre du 24 septembre 2002.

Chapitre 1

La conception du marché

1.1 Le choix du type du marché

Il convient de distinguer deux types de marchés: les marchés «déterminés» ou «non sujets à commandes» et les marchés «à commandes» ou «sujets à commandes», également appelés marchés «stock».

Le marché «déterminé» suppose que l'objet du marché soit décrit au préalable de manière précise. Les plans et le cahier spécial des charges indiquent la nature des travaux et prestations exigés, ainsi que la situation géographique du chantier. Le métré⁶ de ce type de marché comporte toujours une estimation des quantités à mettre en œuvre. Pour les postes à bordereau de prix⁷, cette estimation engage l'administration dans la mesure où l'article 42 du cahier général des charges autorise la révision des prix unitaires en cas d'exécution supérieure au triple des quantités présumées ou inférieure à la moitié de ces quantités. Par ailleurs, les modifications ordonnées par l'administration donnent droit à une indemnité en faveur de l'entrepreneur lorsqu'elles aboutissent à une diminution du montant initial du marché, en raison notamment de la sous-exécution de certains postes.

Le marché «stock» n'est pas explicitement prévu par la réglementation. Il découle de l'idée que les besoins ne sont pas toujours quantifiables au moment du lancement d'un marché. C'est une technique souple qui permet à l'administration d'avoir à sa disposition un entrepreneur auquel le marché a été attribué et d'y faire appel par simples bons de commandes selon l'évolution des nécessités. Les exemples cités dans la doctrine démontrent en outre qu'il y a plusieurs sous-catégories de marchés «stock».

Dans la pratique de la Région de Bruxelles-Capitale, cette notion correspond à une situation juridique définie en ces termes par les dispositions du cahier spécial des charges:

- les quantités présumées des postes du métré «*ne sont fournies qu'à titre indicatif et n'engagent nullement l'administration qui reste seule juge quant aux éventuelles modifications à y apporter suivant les nécessités ou urgences du moment*»;
- la conclusion du marché «*ne donne à l'entrepreneur aucun droit d'exclusivité*». En effet, «*l'administration peut pendant la période de validité du présent contrat, faire exécuter des prestations identiques ou analogues à celles décrites dans le présent cahier des charges par d'autres entrepreneurs ou par ses propres services. L'entrepreneur ne peut de ce chef faire valoir un quelconque droit à dédommagement*»;
- sauf l'application du principe contractuel de la révision générale (indexation) des prix, «*les prix unitaires restent inchangés quelles que soient les quantités réelles*»;

⁶ Etat analytique des travaux à effectuer.

⁷ Postes dont seul le prix unitaire est forfaitaire. Leur montant varie donc en fonction des quantités estimatives annoncées. Pour les postes à forfait absolu (prix et quantité forfaitaires), le risque découlant de l'incertitude quant à l'importance réelle des travaux est mis à la charge (ou au profit) de l'entrepreneur.

- l'importance du marché est déterminée par deux montants⁸, l'un minimal⁹ et l'autre maximal, des travaux, fournitures et services que l'administration s'engage à commander pendant le délai de validité du contrat.

En l'absence d'un droit d'exclusivité au profit de l'entrepreneur, l'administration dispose de la faculté de lancer des marchés « concurrents » et de donner la préférence à l'un d'entre eux tout en respectant son engagement minimal vis-à-vis de chacun des cocontractants. Cette particularité, combinée à la clause de stabilité des prix unitaires, permet à l'administration de faire l'économie d'une estimation précise et réaliste de ses besoins pour la période couverte par la durée de validité du marché « stock ». Dès lors, le métré se transforme en un catalogue de prix unitaires à l'intérieur duquel les postes à utiliser sont choisis.

La question se pose de savoir s'il est possible d'établir un prix juste indépendamment des quantités à mettre en œuvre et sans connaissance préalable des conditions d'intervention¹⁰. Par ailleurs, l'imprécision affectant la définition des éléments essentiels du marché est aussi susceptible de mettre en cause le bien-fondé de l'attribution du marché par une procédure de mise en concurrence: les soumissionnaires se trouvent dans une situation en principe égalitaire, mais biaisée par l'incertitude et avantageant dès lors ceux qui peuvent disposer d'informations provenant de sources extérieures au cahier des charges, grâce par exemple à leur expérience acquise antérieurement lors de l'exécution de ce type de marché. A cet égard, le ministre invoque la connaissance professionnelle des entrepreneurs routiers et se réfère à leur absence de réaction quant au degré excessif de l'incertitude des conditions de réalisation des travaux dans le cadre d'un marché « stock ». Ces propos paraissent cependant contredits par les procès verbaux établis au terme d'une étude, commandée par l'administration, portant sur les délais d'exécution de marchés (dossier B1/37).

L'engagement juridique de l'administration correspondant au montant minimal du marché « stock », l'engagement comptable de la dépense peut être limité à ce montant. Il n'est dès lors pas exclu que le montant en question soit déterminé en fonction des moyens budgétaires disponibles au moment du lancement de la procédure et que l'écart entre les montants minimal et maximal du marché s'en trouve augmenté.

Les marchés, qu'ils soient « déterminés » ou « stock », peuvent prendre la forme d'un marché unique, par lots¹¹ ou reconductible. La réglementation autorise en effet la reconduction de marchés de travaux ou de services lorsqu'il s'agit de la répétition d'ouvrages ou services similaires qui ont fait l'objet d'un premier marché attribué par adjudication ou sur appel d'offres. Toutefois, la possibilité de reconduction doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché.

⁸ L'importance des marchés étudiés a toujours été arrêtée en valeur et non en quantité susceptible d'être commandée au cours de leur période de validité.

⁹ Le non-respect du montant minimal peut rendre applicable l'article 42, § 4, du cahier général des charges, lequel consacre le droit de l'entrepreneur d'obtenir une indemnité forfaitaire égale à 10% de la diminution du montant initial du marché.

¹⁰ La description des particularités de l'exécution du marché « stock » constitue un élément important et nécessite l'insertion d'une information spécifique dans le cahier spécial des charges. Celle-ci n'est cependant pas fournie de manière systématique. Ainsi, les marchés de référence de cette étude ne présentent ce type d'information que dans peu de cas. Quant au cahier des charges-type 2000, il prévoit l'indication, sur la base des statistiques du passé, du nombre estimé d'interventions par an.

¹¹ Chacun des lots fait en principe l'objet d'un marché distinct. Il est toutefois permis aux soumissionnaires d'établir une soumission relative à plusieurs lots et, le cas échéant, d'offrir un rabais en cas de regroupement. La Région de Bruxelles-Capitale n'utilise que rarement cette technique. Les marchés étudiés ne comportent aucun marché par lots.

Elle est en outre limitée à une période de trois ans après la conclusion du marché initial.

L'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le choix du type de marché à mettre en œuvre.

Les décisions en question ne sont pas visées par la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs¹². Il conviendrait toutefois, en application du principe de la bonne administration, qu'elles soient motivées, surtout lorsque la préférence est donnée à un marché «stock» ou reconductible, puisque ce choix s'écarte de la procédure normale et habituelle que représente le marché «déterminé» et non reconductible.

Le recours à la technique du marché «stock» devrait être justifié le plus souvent par la référence au caractère aléatoire et imprévisible des travaux à réaliser. La réparation des dégâts causés par des accidents en constitue un exemple.

Le choix du type de marché ne fait pas l'objet d'une motivation adéquate.

Il arrive que l'administration se borne à évoquer, notamment, le manque de personnel¹³ et dès lors l'impossibilité de définir à l'avance le cadre précis des travaux à effectuer.

Les documents préparatoires au marché «stock» de réaménagement de pistes cyclables (B1/983), n'expliquent pas le choix de ce type de marché tandis qu'ils sont particulièrement précis quant au programme des réalisations concernées.

Dans le cadre des marchés de piétonniers (B1/994) et d'intégration urbaine (B1/993), alors que les postes portés dans les métrés respectifs avaient été établis en fonction de besoins précis, l'administration a motivé le recours au marché «stock»¹⁴ en faisant valoir que si toutefois le projet, dont le cahier spécial des charges ne fait aucune mention, devait avorter, l'administration aurait toujours la faculté de faire exécuter d'autres travaux d'intégration urbaine (ou piétonniers). En l'occurrence, le Gouvernement a «regretté vivement la procédure suivie en insistant pour qu'à l'avenir le marché «stock» soit strictement réservé à des travaux et fournitures standards d'importance réduite et qui ne justifient pas la rédaction d'un cahier spécial des charges propre et pour que les modifications apportées à un marché en cours de chantier, c'est-à-dire après approbation du marché, soient strictement limitées à des éléments non prévisibles lors de la rédaction du cahier des charges»¹⁵.

Cette décision n'a pas été suivie d'effet. Au contraire, l'utilisation de cette technique est de plus en plus fréquente¹⁶. Sur les 20 marchés ici examinés, 13 sont des marchés «stock», dont 3 reconductibles. L'importance financière de ce type

¹² Cette loi s'applique aux «actes administratifs» qui sont susceptibles de produire des effets à l'égard des administrés ou d'autres autorités administratives.

¹³ Dans sa réponse, l'administration a souligné l'importance de ce facteur et déplore le peu de suivi qui est réservé à ses demandes.

¹⁴ Dans sa réponse, l'administration a invoqué le fait qu'elle a été tenue de lancer les cahiers des charges dans des délais imposés par le cabinet et ce sans être en possession du permis d'urbanisme. Ces délais ne permettaient pas d'élaborer un métré extrêmement précis.

¹⁵ Décision du 27 mai 1999. Les deux marchés «stock» en question ayant subi d'importantes modifications en cours d'exécution, une décision gouvernementale avait été nécessaire pour régulariser les travaux à prix convenus. Cette décision, intervenue dans un contexte de fin de législature, entérinait les prix convenus pour un montant de plus de 51 millions de francs.

¹⁶ Certains nouveaux marchés «stock» remplacent d'anciens marchés «déterminés». Ainsi le marché «stock» reconductible B1/1004 relatif à l'entretien et à la rénovation des joints de dilatation et de la chape d'étanchéité des ouvrages d'art a succédé, notamment, au marché «déterminé» B1/988 relatif au renouvellement de la chape d'étanchéité, des appuis et des joints du pont 35.

de marché est par ailleurs en croissance en raison de la généralisation de la clause de reconduction insérée dans les cahiers spéciaux des charges.

Considérant que le marché «stock» est une solution par excellence pour tous les travaux d'ampleur limitée, le ministre invoque la complexité des procédures d'élaboration d'un projet dans la Région de Bruxelles-Capitale. La Cour est consciente de ces difficultés mais elle estime devoir attirer l'attention sur une pratique qui consiste à faire des marchés «stock» le mode privilégié d'intervention de l'administration conduisant à l'abandon de toute idée de planification dans la gestion de la voirie.

Le tableau qui suit démontre que 28 des 33 derniers marchés attribués dans le domaine des infrastructures routières, soit plus de 84,8%, sont des marchés «stock». Ils mettent en œuvre des montants qui dépassent ceux des marchés «déterminés». En outre, 21 d'entre eux, soit 75% des marchés «stock», sont des marchés reconductibles. Or, aucune motivation expresse ne justifie le choix de passer un marché reconductible, ni la décision de reconduction elle-même¹⁷.

Tableau 2 – Les marchés récents¹⁸

Objet et N° d'identification	Montant (en millions de francs)	«Stock»	Reconductible
1 Entretien linéaire 98/99, B1/997	60	oui	oui
2 Entretien des ouvrages d'art, B1/998/	30 à 90	oui	oui
3 Intégration urbaine et ouvrages d'art, B1/1000	70 à 120	oui	oui
4 Rénovation de monuments et œuvres d'art, B1/1001	10 à 40	oui	oui
5 Réaménagement de carrefours, B1/1002	50 à 140	oui	oui
6 Stock signalisation verticale, B1/1003	30 à 50	oui	oui
7 Entretien des joints et chapes d'étanchéité, B1/1004	30 à 60	oui	oui
8 Entretien signalisation verticale, B1/1005	10	oui	oui
9 Dégâts d'accidents, B1/1006	60 à 90	oui	oui
10 Dégâts aux plantations, B1/1008	De 80% à 120% de l'offre (14,1)	oui	oui
11 Ecrans anti-bruit, B1/1011	36,5	–	–
12 Place de Bastogne, B1/1012	66,5	–	–
13 Ecrans anti-bruit Anderlecht, B1/1014	59	–	–
14 Entretien vert (marché à lots), B1/1015	De 80% à 150% de l'offre (104)	oui	oui
15 Entretien des ouvrages d'art, B1/1016	21 à 65	oui	oui
16 Entretien du Ring, B1/1017	59	oui	oui
17 Soins aux arbres (marché à lots), B1/1018	De 50% à 150% de l'offre	oui	oui
18 Entretien vert (marché à lots), B1/1019	De 80% à 150% de l'offre(136)	oui	oui
19 Réaménagement de la voirie transférée, B1/1021	60 à 120	oui	–
20 Réaménagement de voiries régionales, B1/1022	50 à 140	oui	–
21 Parachèvement et intégration urbaine, B1/1023	50 à 75	oui	oui

¹⁷ Ce point relève cependant de la problématique de l'attribution, et non de la conception, des marchés.

¹⁸ Liste arrêtée en mai 2001. Dans sa réponse l'administration a fait remarquer que la grande majorité des marchés «stock» repris dans cette liste concerne des travaux d'entretien faisant l'objet d'une multitude de petits bons de commande. Le ministre est du même avis. Il estime que les marchés d'investissement peuvent également être réalisés sous la forme de marché «stock» dès lors que leur ampleur est limitée.

Objet et N° d'identification	Montant (en millions de francs)	«Stock»	Reconductible
22 Portes et sorties de secours , B1/1024	30 à 60	oui	oui
23 Fontaines, B1/1025	15 à 40	oui	–
24 Entretien ponctuel 2000 zone Nord, B1/1027	30 à 60	oui	oui
25 Entretien linéaire 2000 des revêtements de voirie	60 à 135	oui	oui
26 Entretien trottoirs et pistes cyclables zone Nord, B1/1029	40 à 60	oui	oui
27 Marquages, B1/1030	30 à 60	oui	–
28 Quai Demets, B1/1031	93,5	–	–
29 Entretien ponctuel 2000 zone sud, B1/1034	35 à 60	oui	oui
30 Entretien trottoirs et pistes cyclables zone sud, B1/1035	40 à 60	oui	oui
31 Réaménagements ponctuels pour la réalisation d'itinéraires cyclables, B1/1037	50 à 120	oui	oui
32 Réaménagement de voiries ex-communales, B1/1042	60 à 120	oui	–
33 Chaussée de Tervueren, B1/1044	24,5	–	–

Dans sa réponse, le ministre signale un renversement de tendance qui s'inscrirait dans le cadre de l'observation de la Cour. Un nouveau tableau des marchés «les plus récents» a dès lors été établi. Il permet de constater que sur les 25 derniers marchés de travaux, 15, soit 60% sont des marchés «stock».

Tableau 3 – Les marchés les plus récents¹⁹

Objet et N° d'identification	Montant(en millions de francs)	«Stock»	Reconductible
1 Réaménagement de l'Avenue Carton de Wiart B1/1051	63,4	–	–
2 Réaménagement de certains carrefours B1/1053	60 à 140	oui	–
3 Marquages 2001 B1/1056	40 à 60	oui	–
4 Services d'hiver 2001/2002 B1/1059	?	oui	–
5 Ecrans anti-bruit quartier Vogelzang B1/1060	77,9	–	–
6 Travaux de parachèvement et d'intégration urbaine B1/1061	76 à 120	oui	oui
7 Aménagement de l'Avenue du Château B1/1062	79,5	–	–
8 Entretien tunnels B1/1065	80 à 120	oui	oui
9 Réaménagement de carrefours et adaptation de la voirie B1/1067	69,4 à 138,8	oui	–
10 Consolidation du site rue Neerveld – Av. Hymans B1/1068	?	–	–
11 Marquages 2002 B1/1073	3,2 à 4	oui	–
12 Réaménagement rue du Château d'Or et rue Engeland B1/1080	61,8	–	–
13 Réaménagement de la Chaussée de Charleroi B1/1088	85	–	–
14 Réparation de dégâts causés par des accidents B1/1091	60 à 100	oui	oui

¹⁹ Sur la base des cahiers de charges élaborés entre mai 2001 et janvier 2003.

Objet et N° d'identification	Montant(en millions de francs)	«Stock»	Reconductible
15 Nouvelles sorties de secours B1/1092	50 à 70	oui	–
16 Réaménagement du Quai des Usines B1/1093	117,7	–	–
17 Réparation de dégâts causés par des accidents:espaces verts B1/1101	100 à 140	oui	oui
18 Ecrans anti-bruit B1/1103	91,8	–	–
19 Travaux d'adaptation fontaines B1/1108	8 à 12	oui	oui
20 Réaménagement de la Chaussée de Haecht B1/1109	271	–	–
21 Réaménagement carrefours B1/1110	69,4 à 138,8	oui	–
22 Réaménagements ponctuels pour itinéraires cyclables B1/1112	60 à 120	oui	oui
23 Service d'hiver 2002/2003 B1/1113	?	oui	–
24 Ecrans anti-bruit B1/1115	79,9	–	–
25 Entretien du Ring B1/1123	?	oui	?

Les marchés de l'entretien du Ring (B1/970 et B1/1017), ainsi que les nouveaux marchés de réparation des dégâts d'accidents (B1/1007) et d'entretien des ouvrages d'art (B1/1016), sont des marchés reconductibles. Aucun document n'explique ce choix²⁰, même lorsqu'il s'agit, comme pour le nouveau marché de réparation des dégâts d'accidents et celui d'entretien des ouvrages d'art, d'une technique nouvelle par rapport à la pratique antérieure.

Tableau 4 – Marchés reconductibles

Marché	Particularités du métré Montant initial	Remarques
Entretien du Ring (B1/970)	Prix unitaires proposés par l'entreprise Soumission: 40.691.393 de francs	Effectivement reconduit à deux reprises. Montant global:139.327.251 francs.
Entretien du Ring (B1/1017)	Prix unitaires proposés par l'entreprise Soumission: 59.185.759 de francs	Le marché initial a fait l'objet d'une première reconduction.
Dégâts d'accidents (B1/1007)	Prix unitaires fixés par l'administration 60 à 90 millions de francs	Le marché initial a été exécuté pour 92.371.711 francs. Il a fait l'objet de deux reconductions. Le marché «précédent» (B1/984) d'un montant de 45 à 120 millions francs n'était pas un marché reconductible: il a effectivement atteint le montant de 126.812.655 francs.
Entretien d'ouvrages d'art (B1/1016)	Prix unitaires proposés par l'entreprise 21 à 65 millions de francs	Marché initial en cours d'exécution. Les marchés «précédents» (B1/974 et B1/998) n'étaient pas des marchés reconductibles:ils ont été exécutés pour leur montant maximal, soit, respectivement, 80 et 90 millions de francs.

²⁰ Tout comme pour le choix du type du marché, la nécessité de motiver relève, dans ce cas, du principe de la bonne administration.

Le marché initial et la reconduction constituent deux marchés juridiquement distincts. La reconduction équivaut à l'attribution d'un nouveau marché par la procédure négociée sans publicité. Elle constitue donc un acte administratif soumis à l'obligation légale de la motivation formelle²¹.

La reconduction étant seulement une faculté²², l'administration ne devrait y recourir que lorsque l'exécution du marché initial s'est déroulée à la satisfaction générale et que les prix de base, adaptés selon les révisions contractuelles (adaptation au coût des matériaux et salaires), demeurent intéressants.

Cependant, les propositions de reconduction adressées par l'administration à l'autorité supérieure ne sont motivées que par une note très sommaire. Dès lors, la décision de reconduction prise par le Gouvernement semble relever d'un automatisme découlant de la décision même de passer un marché reconductible. Les pièces relatives aux deux reconductions du marché précité de l'entretien du Ring confirment ce constat. De même, lors de la reconduction de trois marchés récents²³, l'administration a bien produit des décisions motivées d'attribution, mais celles-ci se contentent d'indiquer que la reconduction est prévue dans le cahier spécial des charges du marché initial. Ceci peut constituer une motivation adéquate «de droit», mais la motivation «de fait» fait défaut.

Le ministre précise qu'une motivation en droit et en fait devra être donnée pour chaque reconduction.

1.2 L'importance du marché

L'administration a la possibilité de déterminer l'importance des marchés en procédant à la division ou au regroupement des travaux, notamment par le biais de marchés par lots. Cette possibilité est encore plus manifeste pour les marchés «stock» dont les montants minimal et maximal sont fixés par une clause particulière du cahier spécial des charges.

Susceptible d'attirer ou d'éloigner certaines entreprises, l'importance du marché influence les prix, les délais d'exécution, etc. Elle devrait donc découler d'une étude d'optimisation. Or, aucun document probant à cet égard n'a pu être fourni à la Cour. Pour les marchés «stock», la réduction de l'écart entre les montants minimal et maximal du marché devrait constituer, en soi, un objectif important.

²¹ Conformément aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation des actes administratifs, les actes en question doivent faire l'objet d'une motivation formelle qui consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision.

²² Le cahier spécial des charges des marchés reconductibles ici examinés, de même que le cahier des charges-type 2000 contiennent une clause précisant que l'entreprise peut être reconduite par décision de l'administration. De plus, lorsqu'il s'agit de marchés «stock» (tous les marchés cités, sauf B1/970), une disposition du cahier spécial des charges précise que «*les prix unitaires restent inchangés (...) pour la durée complète d'exécution du marché (éventuelles reconductions comprises)...*», ce qui exclut toute négociation nouvelle du prix initial.

²³ Le marché de réparation des dégâts causés accidentellement et par vandalisme aux ouvrages d'art et accessoires de la voirie (B1/1007); le marché de réparation des dégâts causés accidentellement et par vandalisme aux plantations et zones vertes le long de la voirie (B1/1008) ainsi que le marché d'entretien et de rénovation des joints de dilatation et de chape d'étanchéité des ouvrages d'art (B1/1004).

Considérant que les entrepreneurs établissent généralement leur prix sur la base des commandes minimales, la doctrine²⁴ recommande de réduire cet écart²⁵. Un écart important est en effet de nature à augmenter les difficultés d'obtenir un juste prix. Il constitue également une source d'incertitude dans la mesure où l'administration s'attribue un droit discrétionnaire de déterminer l'importance véritable du marché postérieurement à la mise en concurrence et pour des montants non négligeables, ce qui est susceptible d'énervier le principe d'égalité des soumissionnaires. Faut-il encore préciser que, s'agissant de l'exécution de contrats légalement formés et attribuant à l'administration le privilège d'en déterminer le montant effectif, les décisions prises dans ce cadre échappent en pratique à tout recours juridictionnel.

Concernant les marchés «stock» ici examinés, le rapport entre le montant maximal et le montant minimal varie de 1,5 à 4,4. Ce dernier rapport de 4,4 est atteint par le marché B1/974 d'entretien des ouvrages d'art, dont le montant minimal est fixé à 18.240.000 francs et le montant maximal, égal au montant de la soumission, à 80.843.365 francs.

Tableau 5 – Ecart entre les montants minimal et maximal des marchés «stock»²⁶ (prix en millions de francs)

Marché N° d'identification	Particularités du métré Montant initial	Rapport Max/Min
Pistes cyclables et petites surfaces B1/983	Prix fixés par l'administration 35 à 70	2
Pistes cyclables et petites surfaces B1/996	Prix proposés par l'entreprise 18 à 60	3,33
Aménagements pour cyclistes B1/925	Prix proposés par l'entreprise 10 à 25,9	2,59
Piétonniers B1/994	Prix fixés par l'administration 40 à 60	1,5
Intégration urbaine B1/993	Prix proposés par l'entreprise 40 à 60	1,5
Dégâts d'accidents B1/984	Prix fixés par l'administration 45 à 120	2,66
Dégâts d'accidents B1/1007	Prix fixés par l'administration 60 à 90	1,5 (reconductible)
Dégâts d'accidents B1/910	Prix fixés par l'administration 45 à 120	2,66
Entretien d'ouvrages d'art B1/974	Prix proposés par l'entreprise 18,24 à 80,88	4,4
Entretien d'ouvrages d'art B1/998	Prix proposés par l'entreprise 30 à 90	3
Entretien d'ouvrages d'art B1/1016	Prix proposés par l'entreprise 21 à 65	3,09 (reconductible)
Entretien d'ouvrages d'art B1/948	Prix proposés par l'entreprise 25 à 68,64 m	2,74

²⁴ Voir, Flamme, Mathei, Flamme, *Commentaire pratique*, édition 1986, 166.2.; édition 1996, p. 859 et s.

²⁵ L'administration semble avoir un point de vue différent basé sur le fait que les entrepreneurs revendiquent souvent le droit d'obtenir des engagements au prorata de ces maxima, laissant sous-entendre de la sorte que leurs prix sont calculés sur des quantités correspondant aux maxima.

²⁶ Bien que le marché B1/1017 relatif à l'entretien du Ring ait été conçu comme un marché «stock», son cahier spécial des charges ne précise pas l'importance du marché; c'est le montant de la soumission qui semble constituer le montant du marché.

Des rapports plus élevés encore se rencontrent dans le secteur concerné, en dehors des marchés examinés. Ainsi ce rapport s'élève à 10 (de 4 à 40 millions de francs) pour le marché B1/973 de réalisation de fontaines aux abords de voiries et places, dont la conception en tant que marché «stock» laisse perplexe²⁷. Il s'agit, en outre, d'un marché reconductible.

En cette matière non plus, il n'est pas possible de faire état d'une prise de position motivée de l'administration. Il arrive même que celle-ci ne fixe que le montant minimal du marché, laissant se déterminer le maximum par le montant de la soumission de l'adjudicataire²⁸. Dans bien d'autres cas, ce sont des considérations d'ordre strictement budgétaires qui semblent avoir présidé à la détermination de l'écart en question.

La Cour recommande dès lors que, dans la mesure où elles sont susceptibles d'avoir une influence sur les prix, les décisions relatives à la détermination de l'importance des marchés soient motivées et résultent d'une étude d'optimisation.

S'agissant des marchés «stock», la liberté dont l'administration dispose de fixer l'importance réelle du marché postérieurement à la mise en concurrence devrait, de même, se fonder sur des justifications adéquates. En tout état de cause, l'écart entre les montants minimal et maximal du marché devrait se réduire, objectif avec lequel l'administration a d'ailleurs marqué son accord.

Tout en s'interrogeant sur son impact réel au niveau des prix, l'administration admet que la réduction de cet écart est un objectif à atteindre et elle s'engage à y parvenir à terme. Elle propose en tout état de cause de ne plus recourir aux marchés «stocks» lorsque le montant des travaux à exécuter est supérieur à 12 millions de francs (300.000 euros). Le ministre porte ce montant à 20 millions de francs (500.000 euros).

1.3 Les modes de passation

Le critère du prix s'avère déterminant. Tous les marchés examinés, à l'exception de celui de l'entretien du Ring (B1/970) et la première procédure (abandonnée) du marché B1/990 de réaménagement des abords de la Porte de Hal, ont dès lors été passés par adjudication publique.

Un second critère éventuel est la rapidité d'intervention et d'exécution. Pour satisfaire ce besoin, il n'est cependant pas nécessaire de renoncer à la procédure d'adjudication au profit de celle d'appel d'offres. En effet, pour les marchés «déterminés», l'administration dispose et fait usage de la possibilité d'introduire un délai général d'exécution impératif dans le cahier spécial des charges²⁹. Par contre, lorsqu'il s'agit de marchés «stock», le délai d'exécution correspond à la somme des délais partiels, calculée en tenant compte d'éventuels chevauchements, que l'administration fixe pour chaque intervention en respectant les règles déterminées³⁰ dans le cahier spécial des charges. Ces règles se présentent sous

²⁷ Dans sa réponse l'administration a admis que ce type de marché «stock» n'est pas fondé et s'est engagée à ne plus élaborer que des cahiers des charges spécifiques pour ce genre de travaux.

²⁸ Par exemple le marché B1/925 d'aménagements pour cyclistes.

²⁹ C'est le cas des marchés de la rénovation du pont Teichmann (180 jours ouvrables), du renouvellement du pont Gray-Couronne (60 jours ouvrables), du réaménagement de la chaussée d'Alseberg (80 jours ouvrables) et du réaménagement des abords de la Porte de Hal (75 jours).

³⁰ Toutefois, certains cahiers des charges ne précisent pas ces règles. C'est le cas pour les marchés B1/974 et B1/998 relatifs à l'entretien des ouvrages d'art, ainsi que pour les marchés B1/910 et B1/1007 relatifs à la réparation des dégâts d'accidents. Pour ce type de chantiers les délais varient en fonction de la nature de la prestation à exécuter et non pas proportionnellement au coût des travaux.

la forme d'un tableau qui indique, en fonction du montant estimé des travaux de chaque ordre partiel, soit un délai minimal, soit une fourchette de délais minimal et maximal.

Le marché B1/970 ayant pour objet l'entretien du Ring, marché « déterminé » et reconductible, constitue la seule³¹ exception à la pratique exposée ci-dessus. Il a été attribué par la procédure d'appel d'offres général. Les critères d'attribution sont, outre le prix, la référence pour des travaux similaires et la rapidité d'exécution. La motivation de ce choix n'apparaît dans aucune pièce du dossier. S'agissant d'entretien d'une autoroute en site urbain, la rapidité d'exécution des travaux aurait effectivement pu constituer un critère d'attribution. Cependant, l'examen de l'exécution du marché a démontré que cette capacité d'intervention rapide n'a pas influencé la fixation des délais partiels et qu'aucun contrôle n'a été effectué par l'administration. Quant à l'autre critère, à savoir les références pour des travaux similaires, il est difficilement acceptable pour des travaux dont la technicité reste à démontrer³².

1.4 Exigences particulières du cahier spécial des charges³³

1.4.1 Production de documents techniques

L'administration demande souvent que certains documents soient joints à la soumission. Cette exigence est parfois prescrite sous peine de nullité de la soumission³⁴, ce qui aboutit dans certains cas à écarter plusieurs offres sans que l'utilité d'une telle sanction soit établie.

Tableau 6 – Documents techniques

Marché	Type Procédure	Documents exigés	Sanction prévue	Conséquence
Pont Gray-Couronne (B1/946)	«Déterminé» Adjudication publique	Planning partiel d'exécution des travaux de la voirie	Nullité de la soumission	Exclusion de 7 offres sur 10, dont la moins chère.
Pont Teichmann (B1/971)	«Déterminé» Adjudication publique	Note déclarant qu'il est tenu compte du «phase des travaux»	Nullité de la soumission	Néant

³¹ La première procédure d'attribution du marché B1/990 d'aménagement des abords de la Porte de Hal a été entamée sous la forme d'un appel d'offres général. Par la suite, ce choix a été abandonné au profit de l'adjudication publique. Dans sa réponse, l'administration a rappelé qu'elle avait toujours souhaité faire une adjudication publique mais que l'appel d'offres lui a été imposé lors de la première procédure.

³² Il est à signaler que le nouveau marché d'entretien du Ring (marché n° B1/1017) a été attribué par adjudication publique et ce, sur la base d'une note qui ne comporte aucune précision quant aux raisons de ce changement, lequel s'avère par ailleurs positif.

³³ L'attention a été portée sur deux types de documents fréquemment exigés: les documents d'ordre technique et les notes attestant la prise en considération d'avis rectificatifs de marché. Parfois d'autres informations sont demandées. Ainsi, on peut citer, à titre d'exemples anecdotiques, le cahier spécial des charges du marché B1/957 de construction de la fontaine Montgomery qui exigeait la production de trois notes dont deux sous peine de nullité de la soumission (le nom et l'adresse du géomètre ainsi que ceux du bureau d'études), alors qu'une telle sanction n'était pas annoncée pour la référence à d'éventuels avis rectificatifs. De même, pour le marché B1/973 de construction de fontaines, l'administration exigeait, sous peine de la nullité de la soumission, l'indication du nom et l'adresse du sous-entrepreneur chargé de la réalisation de certaines installations électriques, alors qu'une telle sanction n'était pas prévue pour l'absence de référence à d'éventuels avis rectificatifs.

³⁴ Deux marchés sur les vingt examinés.

Le cahier spécial des charges du marché B1/946 de renouvellement du pont Gray-Couronne imposait, sous peine de la nullité de la soumission, la remise d'un planning partiel de l'exécution des travaux de la voirie. Le non-respect de cette clause a entraîné l'exclusion de sept soumissionnaires sur dix – dont l'offre la moins chère – alors que, se trouvant dans le cadre d'une procédure d'adjudication publique, l'administration ne pouvait nullement apprécier le contenu même de ce planning partiel.

Quant au cahier spécial des charges du marché B1/971 de la rénovation du pont Teichmann, il imposait, sous peine de nullité de la soumission, la production d'une note par laquelle le soumissionnaire devait déclarer avoir tenu compte du phasage des travaux. Bien que dépourvue de conséquence pratique³⁵, cette exigence aboutissait à transformer une règle d'exécution en une condition d'attribution, sans pour autant constituer une garantie de la bonne exécution du marché.

1.4.2 Les avis rectificatifs

Tous les cahiers spéciaux des charges contiennent une disposition demandant que soit jointe à la soumission une note dans laquelle l'entrepreneur déclare avoir tenu compte d'éventuels avis rectificatifs. Souvent, l'absence de cette note est sanctionnée par la nullité de la soumission³⁶.

La version initiale du cahier des charges-type 2000 prévoyait la sanction, mais depuis les modifications approuvées en juin 2001, la question est appréciée au cas par cas.

Tableau 7 – Avis rectificatifs

Marché	Objet de l'avis rectificatif	Sanction prévue	Conséquence
Pistes cyclables et petites surfaces (B1/983)	Modifications du métré. (ajout et soustraction de postes)	Nullité	1° Exclusion de 3 offres sur 13 pour n'avoir pas tenu compte du métré modifié. 2° Non-exclusion d'un soumissionnaire qui avait utilisé l'ancienne formule de métré tout en se référant à l'avis rectificatif. 3° Non-exclusion d'un soumissionnaire qui avait utilisé le métré modifié, sans joindre la note exigée.
Entretien du Ring (B1/1017)	Corrections au texte (essentiellement néerlandais) du CSC	Nullité	Non-exclusion d'un soumissionnaire qui avait effectivement tenu compte de l'avis rectificatif, sans joindre la note exigée.
Porte de Hal <i>Première procédure</i> (B1/990)	Modification visant à exclure toute marge d'appréciation quant à l'application des amendes de retard	Discordance linguistique portant sur la nature de la sanction	Abandon de procédure.
Dégâts d'accidents (B1/984)	2 avis rectificatifs: le premier introduit de nouveaux postes, le second ajoute une phrase sans portée véritable	Aucune	3 offres sur 10 ont été écartées pour n'avoir pas tenu compte des deux avis rectificatifs.

³⁵ Tous les soumissionnaires avaient produit la note exigée. Certains avaient même attesté avoir tenu compte des avis rectificatifs alors qu'aucun avis rectificatif n'avait été publié.

³⁶ Dix marchés sur les vingt examinés.

Marché	Objet de l'avis rectificatif	Sanction prévue	Conséquence
Entretien d'ouvrages d'art (B1/974)	Modification du métré par l'introduction de nouveaux postes	Aucune	Néant (L'administration a couvert l'irrégularité mineure de l'offre la plus basse qui avait effectivement tenu compte de l'avis rectificatif sans joindre la note exigée).
Entretien d'ouvrages d'art (B1/998)	L'avis indiquant que les 2 pages manquantes du CSC pouvaient être obtenues à telle adresse	Nullité	Néant (L'administration a couvert «l'irrégularité» découlant de l'absence de la note exigée en raison du caractère non substantiel de l'avis signalant pages manquantes du CSC).

La prévision d'une sanction de nullité de la soumission pose problème puisque, par définition, l'administration ignore au moment de la rédaction du cahier spécial des charges la portée et l'importance de l'information qui sera insérée dans un éventuel avis rectificatif. Son utilité reste par ailleurs à démontrer puisque l'absence d'indication de la sanction n'empêche pas l'administration de décider d'exclure les offres qui n'auraient pas tenu compte de l'avis rectificatif.

L'administration ne partage pas l'avis de la Cour quant à l'effet juridique de la clause «sous peine de nullité». Si elle estime ne pas devoir écarter automatiquement une soumission malgré le manquement à une exigence frappée d'une telle clause, elle ne justifie toutefois pas explicitement les motifs de sa position³⁷.

Ainsi, le marché B1/983 de réaménagement de pistes cyclables et de petites surfaces, dont le cahier spécial exigeait ladite note sous peine de la nullité de la soumission, a donné lieu à l'exclusion, à juste titre, de trois offres sur les treize déposées; les trois offres n'avaient pas tenu compte de l'avis rectificatif qui modifiait le métré³⁸. Par contre, l'administration a considéré comme valable l'offre d'un autre soumissionnaire qui avait tenu compte de l'avis rectificatif sans pour autant joindre la note exigée.

Dans le cadre de l'attribution du nouveau marché d'entretien du Ring (B1/1017) dont le cahier spécial des charges annonçait cette même sanction, l'administration a décidé de «couvrir» l'irrégularité «mineure» découlant de ce qu'un soumissionnaire avait omis d'annexer ladite note alors qu'il avait effectivement «corrigé» le métré récapitulatif en fonction de l'avis rectificatif³⁹.

Le problème le plus important soulevé par cette clause est apparu dans le cadre de la première procédure d'attribution du marché B1/990 de réaménagement des abords de la Porte de Hal. Les versions française et néerlandaise du cahier spécial des charges divergeaient sur la question de savoir quelle sanction serait appliquée en cas d'absence du document par lequel le soumissionnaire devait

³⁷ La Cour s'interroge en effet sur la signification de la motivation: «(...) elle (l'administration) couvrait une irrégularité en accordant plus d'importance au fondement qu'au simple libellé» mentionnée en page 5 du rapport transmis le 29 juillet 2002 à la Cour dans le cadre de la procédure contradictoire.

³⁸ En principe, ne pas tenir compte d'un métré modifié doit être sanctionné par l'exclusion vu l'impossibilité de comparer les offres qui ont été établies sur des bases différentes. Or ce n'est pas nécessairement le cas lorsque le classement des soumissionnaires s'opère sur la seule base du pourcentage à appliquer au montant global indiqué par l'administration. En l'espèce, cette considération a permis de «sauver» une offre.

³⁹ Cette même ligne de conduite a été appliquée dans le cadre de l'attribution du marché B1/974 d'entretien des ouvrages d'art.

déclarer avoir tenu compte d'un «éventuel» avis rectificatif. Etant donné qu'un avis rectificatif était effectivement publié⁴⁰ et que le soumissionnaire le moins-disant avait omis d'annexer la déclaration exigée, l'administration a estimé devoir annuler toute la procédure et ce, après discussion quant à l'importance de la modification introduite par l'avis rectificatif.

Cette décision paraît excessive: en effet, comme exposé ci-dessus, le fait de ne pas prévoir la sanction de la nullité de la soumission ne s'oppose pas à ce que l'administration décide d'exclure les offres qui n'auraient pas tenu compte de l'avis rectificatif. C'est exactement ce qui s'est produit lors de l'attribution du marché B1/984 de réparation des dégâts d'accident⁴¹ et celui, B1/973, de réalisation de fontaines⁴².

Le cahier spécial des charges du marché B1/998 d'entretien des ouvrages d'art exigeait que deux notes fussent jointes à la soumission afin de certifier que l'entrepreneur avait tenu compte, sous peine de nullité, d'éventuels avis rectificatifs⁴³, ainsi que de certaines remarques particulières. Lors de l'analyse des offres, l'administration a néanmoins décidé de couvrir la double omission en invoquant, d'une part, «*l'absence de la clause expresse de nullité en cas de non-respect de la seconde exigence*» et, d'autre part, «*nonobstant la présence de ladite clause en cas de non-respect de la première exigence, l'irrégularité reprochée ne peut, en l'espèce, revêtir un caractère substantiel, le soumissionnaire ayant remis une offre en néerlandais et l'avis rectificatif ne concernant que les offres en français*».

Bien que la décision prise dans ce dossier soit correcte, l'argumentation utilisée par l'administration est contraire à sa propre «jurisprudence». En effet, d'une part, «*l'absence de la clause expresse de nullité*» ne peut suffire par elle-même à couvrir l'irrégularité, ni même à dispenser l'administration de vérifier, cas par cas, le caractère substantiel ou non de l'omission. D'autre part, le caractère substantiel ou non de l'irrégularité constituée par l'absence de la note relative à l'avis rectificatif ne dépend pas de la langue dans laquelle l'offre avait été remise, mais bien de l'absence de pertinence de l'information apportée par l'avis rectificatif.

La Cour constate donc que la clause de nullité de la soumission, parfois prévue par le cahier spécial des charges pour sanctionner l'absence de certains documents, pourrait priver l'administration de la possibilité de prendre en compte toutes les offres et, de ce fait, perturber l'attribution du marché.

⁴⁰ Celui-ci avait pour objet d'annuler la marge d'appréciation laissée à l'administration quant à l'application des (importantes) amendes de retard.

⁴¹ Un premier avis inséré au *Bulletin des adjudications* a été modifié par deux avis rectificatifs. L'un a pour objet d'inclure des clauses additionnelles relatives aux clôtures du chantier ainsi qu'à la protection des arbres et de leurs racines, ce qui implique la modification du métré initial par l'ajout de postes nouveaux. L'autre avis rectificatif a inséré une clause imposée par le Gouvernement lors de l'approbation du cahier spécial des charges («*l'administration se réserve le droit de mettre fin au marché une fois le minimum atteint*»).

Il est vrai que ne pas tenir compte de l'avis insérant de nouveaux postes rendait impossible la comparaison des offres. Dès lors, c'est à juste titre que l'administration a écarté les trois offres qui négligeaient cet avis.

Par contre, dans le contexte d'un marché «stock» où l'engagement juridique de l'administration se limite à commander le montant minimum indiqué, sans conférer aucun droit d'exclusivité, l'avis qui insérait la clause imposée par le Gouvernement aurait pu être ignoré par les soumissionnaires sans autre effet.

⁴² Dans ce cas, l'administration n'a pas hésité à écarté un soumissionnaire (le plus cher) qui, contrairement à sa déclaration, n'avait pas tenu compte de l'avis rectificatif, lequel avait la particularité de modifier le métré initial par l'introduction de nouveaux postes.

⁴³ Un avis rectificatif avait été publié. Il annonçait que les deux pages manquantes du métré descriptif de la version française du cahier spécial des charges pouvaient être obtenues auprès de l'administration.

1.5 L'élaboration du métré descriptif

Plusieurs techniques sont utilisées pour la détermination des prix unitaires des postes à bordereau de prix, sans que le choix opéré soit explicité.

Ces techniques vont des métrés «classiques» où l'administration fixe les quantités et invite les entrepreneurs à faire offre de prix pour chacun des postes, aux métrés «à quantité unitaire», où la quantité prévue pour chacun des postes est ramenée à l'unité. Dans certains cas, l'administration fixe à la fois les quantités et les prix unitaires, en invitant les soumissionnaires à proposer un coefficient de majoration ou de diminution qui s'applique globalement à tous les postes du métré⁴⁴.

Tableau 8 – Types de marché et particularités du métré

Marché et N° d'identification	Type	Particularités du métré
Porte de Hal, B1/990	«Déterminé»	Prix proposés par l'entreprise
Chaussée Alseberg, B1/958	«Déterminé»	Prix proposés par l'entreprise
Entretien du Ring, B1/970	«Déterminé»	Prix proposés par l'entreprise
Pont Gray-Couronne, B1/946	«Déterminé»	Prix proposés par l'entreprise
Pont Teichmann, B1/971	«Déterminé»	Prix proposés par l'entreprise
Pistes cyclables et petites surfaces, B1/983	«Stock»	Prix fixés par l'administration
Pistes cyclables et petites surfaces, B1/996	«Stock»	Prix proposés par l'entreprise
Aménagements pour cyclistes, B1/925	«Stock»	Prix proposés par l'entreprise.
Entretien du Ring, B1/1017	«Stock»	Prix proposés par l'entreprise
Piétonniers, B1/994	«Stock»	Prix fixés par l'administration
Intégration urbaine, B1/993	«Stock»	Prix proposés par l'entreprise
Dégâts d'accidents, B1/984	«Stock»	Prix fixés par l'administration
Dégâts d'accidents, B1/1007	«Stock»	Prix fixés par l'administration
Dégâts d'accidents, B1/910	«Stock»	Prix fixés par l'administration
Entretien d'ouvrages d'art, B1/974	«Stock»	Prix proposés par l'entreprise
Entretien d'ouvrages d'art, B1/998	«Stock»	Prix proposés par l'entreprise
Entretien d'ouvrages d'art, B1/1016	«Stock»	Prix proposés par l'entreprise
Entretien d'ouvrages d'art, B1/948	«Stock»	Prix proposés par l'entreprise

La fixation des prix unitaires par l'administration a pour but d'éviter la spéculation sur les quantités qui seront réellement exécutées. Cette technique s'applique surtout aux marchés «stock», lesquels comportent, par définition, à la fois une incertitude sur les quantités à exécuter et le principe de la non-modification des prix unitaires. Toutefois, ne disposant pas d'un bureau de prix, l'administration réalise cette tâche sur la base des données et des informations dont disposent les fonctionnaires chargés d'établir les métrés. Aucun document ne permet d'affirmer que leur démarche est systématisée.

Tant pour les métrés classiques que pour ceux qui consacrent la fixation des prix unitaires par l'administration, les quantités estimatives annoncées servent de multiplicateur aux prix unitaires. Elles influencent donc fortement la détermination de l'offre la plus basse. Cette situation est normale pour les marchés «déterminés» puisque les quantités estimatives sont censées être établies après mesurages et calculs et engagent l'administration. Par contre, elle est difficile à

⁴⁴ A l'exception des postes à forfait et des postes à montant réservé.

justifier pour les marchés «stock», caractérisés par le principe contractuel de l'immutabilité des prix unitaires et une incertitude quant aux quantités à exécuter.

Il existe des exemples⁴⁵ où l'administration, souhaitant probablement atténuer l'effet néfaste de «multiplicateur» des quantités, a utilisé une technique consistant à scinder certains postes de manière à créer deux ou trois postes nouveaux distingués en fonction des quantités qui seront mises en œuvre⁴⁶. La multiplication des postes qui en résulte réduit le poids relatif de chacun d'eux⁴⁷.

Dans certains cas, des postes à «quantité unitaire» sont préférés à toute estimation quantitative⁴⁸.

Cette méthode semble donner satisfaction lorsqu'elle est appliquée à une partie⁴⁹ ou à la totalité⁵⁰ des postes pour autant que ceux-ci échappent aux économies d'échelle, soit par leur nature, soit en raison des conditions particulières de leur réalisation. La question se pose dès lors de savoir pourquoi ce type de métré demeure d'usage très limité.

A cet égard, l'administration explique qu'elle a l'habitude d'alterner les différentes techniques de fixation des prix unitaires de façon à mettre à jour ses données statistiques relatives aux prix de référence. Signalant par ailleurs que le problème des prix des références n'est pas du seul ressort de la Direction des voiries, l'administration souligne qu'une des ambitions du projet «Agatte», actuellement en cours de développement au sein de l'A.E.D., est justement d'assurer cette coordination⁵¹.

⁴⁵ C'est le cas du marché à commandes d'entretien des ouvrages d'art (B1/974).

⁴⁶ Par exemple, au lieu de se contenter d'un seul poste de fourniture et mise en œuvre de sous couche en asphalte..., le métré prévoit trois postes distincts en fonction de l'étendue de la surface à traiter sur un même ouvrage d'art (inférieur à 20 m²; entre 20 et 200 m²; supérieur à 200 m²).

⁴⁷ Selon l'administration cette technique consiste à obtenir des prix plus justes et à éviter que certains entrepreneurs rechignent à faire de petits travaux.

⁴⁸ Lorsque ce type de poste est prévu pour couvrir l'éventualité d'une exécution incertaine, tout en évitant le recours aux «prix convenus», c'est-à-dire les prix fixés après discussion et justification, il présente un caractère marginal, dès lors insuffisant, pour atténuer l'effet multiplicateur des quantités exprimées sur les autres postes du marché. C'est le cas du marché à commandes «intégration piétonniers» (B1/994) dont le métré a fait l'objet d'«ajouts» de certains postes «à quantité 1» en vue de couvrir l'éventualité d'une intervention imprévue qui se déroulerait en dehors du lieu d'exécution envisagé (avenue Louise).

⁴⁹ Le marché B1/951 relatif à l'entretien local et ponctuel des routes régionales en 1996 – marché qui ne figure pas dans l'échantillon retenu – constitue un exemple de métré partiellement «à quantité unitaire». Celui-ci est un marché «stock» dont le métré contient 180 postes répartis en 2 parties. La première concerne les postes à quantités présumées établies sur la base des travaux réalisés depuis 1993, pour lesquels le soumissionnaire est invité à remettre ses prix unitaires. La seconde partie du métré énumère les postes à quantité et à prix unitaires fixés par l'administration. Pour ces postes, les soumissionnaires sont appelés à proposer un coefficient de majoration ou de diminution à appliquer sur le montant global estimé. La plupart des postes de cette seconde partie sont scindés en trois en fonction de l'importance des quantités à mettre en œuvre.

⁵⁰ A titre d'exemple de métrés totalement «à quantité unitaire», on peut évoquer deux autres marchés en dehors de l'échantillon de la présente étude:

1° Le métré du marché «stock» d'entretien 1997 des trottoirs et pistes cyclables (B1/961), d'une importance de 20 à 40 millions de francs et reconductible à deux reprises, contient 163 postes, la plupart scindés en trois en fonction de l'importance des quantités à mettre en œuvre. Toutes les quantités ont été réduites à «un» et tous les prix unitaires ont été fixés par l'administration.

2° Le marché «stock» d'entretien local et ponctuel 1997-1998 des voiries (B1/986), d'une importance de 40 à 60 millions de francs et reconductible à deux reprises, contient 183 postes dont la plupart ont été scindés en trois en fonction de l'importance des quantités à mettre en œuvre. Toutes les quantités ont été réduites à «un» et tous les prix unitaires ont été fixés par l'administration.

⁵¹ Il s'agit d'un projet qui implique la réorganisation de plusieurs directions de l'A.E.D. et l'introduction d'un logiciel permettant notamment le suivi des études et la gestion des marchés.

Chapitre 2

L'attribution du marché

2.1 L'analyse des soumissions

La seule remarque à faire dans ce cadre concerne le contrôle des prix.

L'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics ne fait du prix anormal qu'une cause de nullité relative, en laissant au pouvoir adjudicateur un large pouvoir d'appréciation pour prendre en compte les justifications de prix qui lui sont présentées. Cependant, l'administration éprouve parfois des difficultés à traiter le contenu même des réponses recueillies dans le cadre d'une demande de justification des prix. Ainsi qu'on a pu l'observer dans le cadre de l'attribution du marché B1/990 de l'aménagement des abords de la Porte de Hal, cette difficulté découle, en partie, de la réglementation elle-même⁵².

Il n'en reste pas moins que certaines décisions d'éviction, fondées sur des erreurs de compréhension de la demande⁵³ ou sanctionnant un retard dans l'envoi de la réponse⁵⁴, posent un problème d'équité dans la mesure où elles côtoient des décisions admettant des affirmations « passe-partout »⁵⁵ ou « sans véritable contenu »⁵⁶. Organisé de la sorte, le contrôle des prix ne porte guère à conséquence.

Face à ce constat, l'administration maintient cependant qu'elle travaille sur la base de documents formels et qu'elle dispose de règles de conduites précises pour la vérification des prix. Elle estime donc qu'elle exerce un contrôle de prix rigoureux et ce malgré une réglementation qui, en cette matière, ne baliserait pas suffisamment la ligne de conduite à adopter.

⁵² Au terme de la procédure de la justification des prix unitaires, l'administration arrivait à la conclusion que des doutes existaient quant à la conformité de certains produits que l'entrepreneur entendait mettre en œuvre par rapport aux stipulations du cahier spécial des charges. La consultation juridique externe sollicitée par l'autorité a cependant considéré que les éléments venus à la connaissance de l'administration à l'occasion des demandes de justifications de prix ne permettent pas d'écarter l'offre en créant une confusion entre les exigences requises par le cahier spécial des charges et celles qui ont leur place dans le cadre de l'exécution du marché.

⁵³ Dans le cadre du marché B1/1007 précité, au lieu, par exemple, de se référer à son expérience en la matière et d'envoyer un tableau indiquant un rabais de 31,2% pour chacun des postes du métré, le soumissionnaire avait commis « l'erreur » de procéder à une comparaison des prix par rapport à ceux appliqués aux divers postes du marché précédent (B1/910) qui lui avait été attribué et avait fait état de la remise concédée par son sous-traitant habituel à qui elle avait déjà sous-traité une partie du marché depuis 15 ans. Or ce sous-traitant n'avait pas l'agrément requis.

⁵⁴ Toujours dans le cadre du marché B1/1007 précité, la réponse d'une société soumissionnaire, datée du 12 août 1999, était parvenue à la Direction des voiries le 16 août 1999, donc au-delà du délai prescrit (15 août 1999).

Ceci dit, l'absence d'une réponse donnée dans le délai imparti est, en vertu du texte même de l'article 110, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, une cause de nullité de plein droit de l'offre.

⁵⁵ C'est ainsi qu'il convient de qualifier au moins une partie de la réponse donnée par un des soumissionnaires du marché B1/984 de réparation de dégâts d'accidents : « grande expérience de travaux en milieu urbain », « équipement parfaitement adapté », « limitations de marges bénéficiaires » et « sérieux et solvabilité de notre société ».

⁵⁶ Cf. le tableau fourni par l'adjudicataire dans le cadre du marché B1/1007 de réparation de dégâts d'accidents et indiquant la décomposition « poste par poste » du rabais général consenti.

2.2 La décision d'attribution

Sous réserve des remarques émises ci-dessus, d'une part, au sujet de certaines exigences particulières du cahier spécial des charges aboutissant parfois à l'exclusion de soumissionnaires ou à l'abandon de procédure⁵⁷ (supra 1.4) et, d'autre part, sur l'insuffisance de la motivation formelle des décisions de reconduction (supra 1.1), les actes d'attribution des marchés étudiés ne prêtent pas à la critique.

⁵⁷ Les décisions d'abandon de procédure et d'attribution de marché prises dans le cadre du dossier de réaménagement de la Porte de Hal (B1/990) ont fait l'objet de deux recours juridiques (toujours pendants).

Chapitre 3

Les actes d'exécution des marchés

3.1 Le délai de validité des offres et la notification du marché

L'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics stipule qu'en adjudication publique et en appel d'offres «*le marché est conclu lorsque l'approbation de son offre est notifiée au soumissionnaire choisi, ...*». La notification doit être faite endéans le délai de validité de l'offre, sinon le marché ne peut être conclu que moyennant l'accord écrit et sans réserve du soumissionnaire concerné.

Lorsque ce soumissionnaire consent à maintenir son offre à la condition d'en obtenir la majoration, l'actuelle réglementation⁵⁸ oblige le pouvoir adjudicateur à accepter la modification demandée pour autant que celle-ci soit justifiée par des circonstances survenues postérieurement à l'ouverture des offres à condition que l'offre ainsi modifiée demeure la plus intéressante. Dans la pratique, en cas d'adjudication publique ou restreinte, le système actuel semble donc offrir au soumissionnaire concerné la possibilité de majorer ses prix, sans pour autant courir le risque de perdre le marché dès lors qu'il demeure moins cher que ses concurrents⁵⁹. Il n'est pas très aisé pour l'administration de réfuter la majoration demandée lorsque le soumissionnaire invoque l'augmentation de son coût par des circonstances intervenues postérieurement à l'ouverture des offres, telle que la hausse des prix des fournisseurs ou sous-traitants.

Pour les marchés étudiés, aucun problème de notification tardive n'a été observé⁶⁰. Force est de constater cependant que l'administration impose systématiquement un délai de validité des offres qui dépasse largement le délai de 60 jours fixé à titre supplétif par l'article 116 de l'arrêté royal précité du 8 janvier 1996. En effet, pour l'ensemble des marchés de référence le délai d'engagement des soumissionnaires est fixé soit à 150 soit à 200 jours de calendrier. Ce dernier délai correspond à celui préconisé par la version initiale du cahier des charges-type 2000. Le texte actuel de ce document ne fixe aucun délai, laissant ainsi aux cahiers spéciaux des charges le soin de le déterminer au cas par cas.

Un long délai augmente le risque encouru par les entrepreneurs et est par conséquent susceptible de peser défavorablement sur les prix. Il en va ainsi lorsque la durée d'exécution du marché est courte, ce qui est le cas pour trois des marchés «déterminés» analysés⁶¹.

⁵⁸ Articles 118 et 119 de l'arrêté royal précité du 8 janvier 1996. Sous le régime de la loi de 1976, l'administration pouvait décider de demander à tous les autres soumissionnaires de revoir leur prix sur la base des conditions initiales du marché et d'attribuer le marché suivant les résultats de cette seconde épreuve.

⁵⁹ Les prix, proclamés à l'ouverture des offres, sont, par définition, connus par le soumissionnaire concerné.

⁶⁰ L'hypothèse est loin d'être purement théorique. En effet, en juillet 1999, la Cour a été informée d'un cas particulièrement intéressant de dépassement du délai de validité des offres suivi du refus de l'entrepreneur concerné de maintenir ses prix. Celui-ci proposait de majorer ses prix et faisait évoluer sa proposition de manière à rester, de justesse, le moins cher disant (marché de travaux de voirie comportant la pose d'un collecteur d'égoût, géré par le ministère fédéral des Communications et de l'Infrastructure, dans le cadre d'un accord de coopération entre l'Etat fédéral et la Région de Bruxelles-Capitale).

⁶¹ Marché B1/946 (Pont Gray-Couronne): délai d'exécution 60 jours; délai d'engagement des soumissionnaires: 150 jours. Marché B1/958 (Chaussée d'Alsemberg): délai d'exécution 80 jours; délai d'engagement des soumissionnaires: 150 jours. Marché B1/990 (Porte de Hal): délai d'exécution 75 jours; délai d'engagement des soumissionnaires: 200 jours.

L'administration se défend d'augmenter le délai de validité des offres sans justification. Elle signale qu'en cas de dépassement de délai, la procédure est extrêmement lourde et bon nombre de facteurs extérieurs à la volonté de l'administration peuvent générer des retards. D'autre part, elle affirme ne pas avoir d'éléments rigoureux et scientifiques à avancer pour admettre que l'allongement du délai de validité des offres influence défavorablement le prix à payer.

Le ministre soutient qu'en raison de la clause de révision des prix qui prend effet à partir de la date d'adjudication, une longue période de validité des offres ne peut avoir une influence négative sur les prix de la soumission. La Cour ne peut se rallier à cette argumentation puisque le risque résultant d'un long délai de validité ne peut être réduit à la seule variation générale des prix. D'autres éléments sont susceptibles d'avoir un effet sur le montant de la soumission, à savoir, la variation possible des prix dans le secteur spécifique du marché, la disponibilité des sous-traitants, le délai d'option accordé par les fournisseurs, la possibilité de rencontrer certaines impositions techniques du marché ou encore les délais d'exécution⁶².

3.2 L'ordre de commencer les travaux ou bons de commande

L'administration doit délivrer l'ordre de commencer les travaux dans des limites de temps précisées par le cahier général des charges⁶³.

En ce qui concerne les marchés «déterminés», les dérogations apportées par la voie du cahier spécial des charges sont exceptionnelles⁶⁴.

Par contre, pour les marchés «stock», une disposition habituelle⁶⁵ en la matière fixe le début de la durée de validité⁶⁶ du marché au premier jour du mois qui suit la date de la notification⁶⁷, sauf si la lettre de notification ou un ordre de service fixe une date ultérieure. En ce qui concerne les marchés de référence, la Cour n'a été informée d'aucune contestation émise par les entrepreneurs au sujet de

⁶² Ces hypothèses sont d'ailleurs retenues par la réglementation qui autorise, dans certains cas, les soumissionnaires à fixer eux-mêmes le délai de validité de leur offre (article 116, al. 2, de l'arrêté royal précité du 8 janvier 1996) afin que le délai fixé par l'administration ne prive celle-ci d'offres intéressantes. De même, en cas d'expiration de la validité d'une offre, le soumissionnaire doit confirmer son offre. Il dispose notamment de la possibilité de ne maintenir son offre que moyennant certaines réserves «autres que la réclamation d'un supplément de prix» (article 118, al. 3, du même arrêté).

⁶³ Articles 28 (travaux), 52 (fournitures) et 69 (services). La présence de ces limites explique l'intérêt que présente pour l'administration le fait de disposer d'un délai de notification relativement long.

⁶⁴ Par exemple, le marché B1/970 (Entretien du Ring), dont le cahier spécial des charges s'inspire de celui en usage pour les marchés «stock» et indique que «le délai d'exécution du marché commence le premier jour du mois qui suit la date de la notification, mais, le cas échéant l'administration peut fixer à une date ultérieure le début du délai d'exécution qui sera alors mentionnée dans la lettre de notification».

⁶⁵ Sauf le marché B1/1007 (dégâts d'accidents) dont le cahier spécial des charges est muet en la matière. Ceci semble découler, non de la volonté d'appliquer le délai du cahier général des charges, mais d'une lacune de la version initiale du cahier des charges-type 2000 concernant les marchés reconductibles.

⁶⁶ Ce qui ne correspond pas nécessairement au début des travaux ou services, puisque ce type de marchés nécessite, pour chaque travail spécifique, un «ordre partiel des travaux» ou un «bon de commande».

⁶⁷ Cette formule figure dans la version actuelle du cahier des charges-type 2000.

l'ordre de commencer les travaux ou du début de la durée de validité des marchés «stock»⁶⁸.

3.3 Ordres de stater et de recommencer les travaux

Les décisions de stater et de recommencer les travaux sont susceptibles de donner lieu à indemnisation⁶⁹. Elles concernent généralement les marchés «déterminés»⁷⁰. Rares sont les cas dans lesquels le dossier administratif explicite les motifs de l'administration⁷¹.

Pour ce qui concerne les marchés étudiés, les interruptions ordonnées par l'administration n'ont pas entraîné d'indemnités⁷², mais elles constituent une des causes de la durée excessive de certains chantiers.

Ainsi, le renouvellement du pont Gray-Couronne (B1/946), dont les travaux ont été interrompus à deux reprises pour des raisons non explicitées, a été terminé dix mois après la date théorique de l'achèvement. Le réaménagement de la chaussée d'Alseberg (B1/958) a aussi connu plusieurs interruptions⁷³ totalisant plus de 365 jours alors que le cahier spécial des charges ne prévoyait d'interruption sans indemnité que pour 60 jours.

3.4 Approbation des états d'avancement, mise en paiement, intérêts de retard

Dans le respect du principe du service fait et accepté, le cahier spécial des charges prévoit le paiement du prix de l'entreprise par acomptes mensuels. L'état d'avancement détaillé qui accompagne la déclaration de créance introduite par l'entrepreneur est vérifié par l'administration et fait l'objet d'une facturation honorée dans des délais raisonnables pour autant que l'on reste dans les limites

⁶⁸ Ce qui ne constitue pas une garantie absolue quant au respect de délai prévu. Ainsi qu'il a été exposé dans le Cahier d'observations n° 156 (dossier F.1.583.637), la notification d'un marché a pu intervenir six ans après l'adjudication et, six années après la notification, l'entrepreneur a pu prétendre qu'il était toujours dans l'attente de l'ordre de commencer les travaux.

⁶⁹ L'administration peut interrompre les travaux lorsqu'elle estime que leur exécution présente des inconvénients. Toutefois, dès que les interruptions non prévues au cahier spécial des charges dépassent le vingtième du délai contractuel et au moins dix jours ouvrables, ou quinze jours de calendrier si le délai n'est pas exprimé en jours ouvrables, l'adjudicataire est fondé à introduire un compte d'indemnisation (Cahier général des charges, art. 15, § 5).

⁷⁰ On peut concevoir que l'exécution d'une mission partielle confiée par ordre de service dans le cadre d'un marché à commandes puisse faire l'objet de décisions de stater et de recommencer. Par contre, il y a lieu de douter de la légalité des décisions unilatérales qui viseraient à suspendre le délai de validité du contrat.

⁷¹ Dans le cadre de sa réponse, l'administration a fourni des pièces explicitant les raisons du statage des travaux pour les marchés B1/946 et B1/958.

⁷² Ce qui n'est pas toujours le cas. Ainsi, les marchés de réaménagement de la place Stéphanie et du goulet Louise ont donné lieu à l'indemnisation des entrepreneurs pour un montant de plus de 7 millions de francs, pour cause d'interruption des travaux, pour des raisons toujours non explicitées (Cf. le 157^e Cahier d'observations de la Cour des comptes, Doc. Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, A/168/1, p. 15 et 16).

⁷³ En l'espèce, les interruptions semblent s'expliquer tant par l'absence de décision quant à la nature précise de l'aménagement du carrefour Bourdon que par la mise à exécution du projet sans attendre le permis d'urbanisme. Ce dernier point constitue, de manière répétée, une cause préoccupante de perturbation. Il semble qu'à ce jour, aucune solution n'ait encore été trouvée.

des crédits initialement engagés et que ceux-ci ne soient pas tombés en annulation. En effet, l'administration utilise systématiquement des crédits non dissociés pour financer les marchés d'entretien, même lorsque l'exécution de ceux-ci s'étale sur plusieurs années. Il en découle parfois des problèmes de suivi budgétaire qui se manifestent sous la forme de retard dans les engagements – et, dès lors, dans les paiements – successifs. Ces problèmes ne peuvent être qualifiés de structurels.

Ainsi, lors de l'exécution du marché B1/974 relatif à l'entretien des ouvrages d'art, il a fallu attendre plus de quatre mois avant de voir des prestations déjà accomplies couvertes par un engagement supplémentaire. Pour les marchés à commandes B1/993 «piétonniers» et B1/994 «intégration urbaine», c'est l'approbation du décompte six mois après son établissement qui a occasionné des retards dans la mise en paiement des états d'avancements. Dans le cadre du marché B1/946 du renouvellement du pont Gray-Couronne, l'approbation du décompte final et l'autorisation de prendre l'engagement correspondant sont intervenues huit mois après la fin des travaux. Le décompte final du marché B1/971 de la rénovation du pont Teichmann, a été approuvé 18 mois après la facturation des travaux correspondants, alors que la prise en charge par la STIB de plusieurs postes du métro avait pourtant réduit considérablement la charge budgétaire.

L'insuffisance et l'inadaptation des crédits budgétaires utilisés dans le secteur des investissements et de l'entretien de la voirie avaient, dans la première moitié des années 1990, donné lieu au versement d'intérêts de retard substantiels. A l'heure actuelle, ces problèmes sont en grande partie résolus. De plus, l'administration a pris l'habitude de payer d'office les intérêts dus, ce qui est conforme au prescrit de l'article 15, § 2, du cahier général des charges.

Tableau 9 – Intérêts de retard en fonction des ordonnancements effectués au cours de l'année considérée (montants en francs)

Routes	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Investissements	2.088.303	7.026.801	2.477.272	275.629	739.433	266.051	455.990
Entretien	2.579.472	8.194.863	4.383.832	743.558	1.181.716	1.601.740	590.194
Total	4.667.775	15.221.664	6.861.104	1.019.187	1.921.149	1.867.791	1.046.184

Depuis 1993, les cahiers spéciaux de charges élaborés par l'A.E.D. annoncent une dérogation expresse à l'article 1254 du Code civil concernant l'imputation des paiements. Ainsi, tout paiement est affecté par priorité à l'extinction de la dette principale. Cette dérogation qui découle d'une initiative du service juridique de l'A.E.D.⁷⁴, permet de réduire le montant des intérêts de retard payés par la Région tout en évitant les discussions juridiques quant à l'applicabilité de l'article 1254 du Code civil aux intérêts de retards occasionnés par l'exécution des marchés publics.

En l'absence d'une allocation de base spécifique, le système comptable «S.A.P.» introduit en 1999 ne permet pas d'isoler les paiements correspondant aux intérêts de retard, il n'est dès lors pas aisé de déterminer avec précision la somme payée à ce titre. Toutefois, en fonction des données «manuelles» disponibles, il a été possible d'établir que les ordonnancements se rapportant à l'exécution du budget

⁷⁴ Le cahier des charges-type 2000 confirme cette option.

1999, lequel s'élève à un montant de 907 millions de francs⁷⁵, ont engendré des intérêts de retard de l'ordre de 4 millions de francs. Autrement dit, l'ordonnement de 227 francs de dépenses en principal donne lieu au paiement d'un franc d'intérêts de retard. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'une partie des intérêts découle directement des problèmes liés à la mise en œuvre du système «S.A.P.», qui a provoqué l'arrêt des paiements pendant près de deux mois au début de l'année 1999.

L'utilisation systématique de crédits non-dissociés pour financer les marchés d'entretien, même lorsque leur exécution s'étale sur plusieurs années, semble être à l'origine des retards constatés dans le suivi budgétaire de certains marchés.

Concernant ce dernier point, l'administration estime que tous les marchés d'entretien pourraient être financés par des crédits dissociés puisqu'il s'agit souvent de travaux qui s'étalent sur plusieurs années. Cette recommandation a été mise en œuvre dès le budget de l'année 2003.

3.5 Modification aux entreprises et établissement de décomptes ou avenants

En vertu du principe de la mutabilité des contrats de l'administration, le pouvoir adjudicateur dispose du droit d'apporter au marché toutes les modifications, adjonctions ou suppressions qu'il estime nécessaires. Le droit unilatéral de l'administration de modifier le marché a pour corollaire le droit de l'adjudicataire à l'équilibre financier du contrat. Ces principes sont consacrés par l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, qui reproduit pratiquement sans modification l'article 8 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui, lui-même, avait reproduit le texte de l'arrêté royal du 14 octobre 1964 ayant le même objet: « *Quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, pour autant qu'il n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation, s'il y a lieu* »⁷⁶.

Toute modification d'un marché postérieurement à l'appel à la concurrence constitue une décision délicate en ce qu'elle est susceptible d'énervier le principe d'égalité des soumissionnaires. Elle doit dès lors être justifiée par l'intérêt général et relever, sous réserve des délégations régulières⁷⁷, de la compétence de l'autorité

⁷⁵ Allocations de base 12.31 22.14.10 (entretien des routes) et 12.32 23.73.11 (investissements des routes).

⁷⁶ A cette base réglementaire (dont la légalité est renforcée dans le cadre de la loi de 1993, qui habilite le Roi à fixer, non seulement l'organisation des modes de passation, mais aussi les règles générales d'exécution) et unilatérale s'ajoute la disposition insérée à l'article 42 du cahier général des charges (qui constitue une mise en œuvre du principe), laquelle acquiert un caractère contractuel dès la formation du contrat.

⁷⁷ Un arrêté «transitoire» de délégation du 12 avril 1991, provisoirement maintenu en vigueur par l'arrêté du Gouvernement du 25 mars 1999 relatif aux délégations de signature en matière financière accordées aux fonctionnaires généraux du ministère de la Région de Bruxelles-Capitale et modifié par l'arrêté du Gouvernement du 15 mars 2001 portant le même intitulé, semble consacrer la compétence du directeur du service pour rectifier certaines quantités et approuver certains décomptes, sans que les limitations apportées en cette matière soient clairement établies.

Le 23 mai 2001 le Gouvernement a pris un nouvel arrêté relatif aux délégations de pouvoirs accordées à certains membres du personnel de l'A.E.D., lequel a le mérite de clarifier et d'adapter les règles relatives aux délégations. Il entre en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Concernant les décomptes, une distinction est établie entre, d'une part, ceux nécessités par la révision contractuelle des prix

supérieure. Cependant, les actes gouvernementaux ou ministériels relatifs aux modifications de marchés se présentent, pratiquement dans tous les cas, sous l'aspect d'une régularisation a posteriori de décisions déjà exécutées⁷⁸.

L'administration considère que le principe d'égalité ne s'applique que lors de l'examen des offres et « qu'en cours d'exécution, il ne saurait en être ainsi puisque l'administration traite avec une entreprise ».

Le ministre, considérant qu'il est impossible de tout prévoir, insiste sur le caractère inéluctable des modifications à apporter à un marché d'infrastructures routières et conclut que l'application du principe d'égalité de traitement suggéré par la Cour risque de conduire à la paralysie complète des services d'exécution. Le sens de la remarque de la Cour visait cependant, à l'évidence, le problème posé par l'ampleur et la fréquence des modifications⁷⁹.

En ce qui concerne les marchés « déterminés », les modifications que l'administration décide unilatéralement d'apporter au métré initial donnent lieu à l'établissement de décomptes, qui règlent à la fois l'adaptation des quantités présumées des postes à bordereau de prix, l'éventuelle prolongation de délai et la détermination des prix unitaires des prestations non prévues au métré par la création de postes à prix convenus.

Tableau 10 – Modifications apportées aux marchés « déterminés »

Marché N° d'identification	Particularités du métré Montant initial (en francs)	Objet du décompte
Entretien du Ring Marché initial B1/970	Prix proposés par l'entreprise 40.691.393	Rectification des quantités annoncées au métré initial et engagement complémentaire pour couvrir le dépassement du montant initial.
Entretien du Ring Première reconduction B1/970	Prix proposés par l'entreprise 40.691.393	Aucun décompte malgré d'importantes modifications apportées aux quantités annoncées au métré initial. (Toutefois, le coût final de l'entreprise correspondait, miraculeusement, à un franc près au montant initial).
Entretien du Ring Deuxième reconduction B1/970	Prix proposés par l'entreprise 40.691.393	Deux décomptes: 1° octroi de moyens budgétaires complémentaires en vue de couvrir la prise en charge de « travaux exceptionnels » par une simple modification des quantités initiales; 2° octroi de moyens budgétaires complémentaires et prolongation du délai d'exécution de 4 mois en vue d'assurer un entretien autoroutier indispensable en attendant l'attribution d'un nouveau marché.

et ceux résultant de la rectification de quantités des postes à bordereau de prix prévus au métré et, d'autre part, les « autres décomptes qui ne modifient pas l'objet du marché, mais seulement ses modalités d'exécution ». Cette dernière notion, qui figurait déjà dans l'ancien texte, mérite d'être clarifiée.

⁷⁸ L'administration fait néanmoins remarquer que, sur le chantier, toutes les décisions doivent être prises rapidement et ce dans un laps de temps incompatible avec les délais de rigueur pour une décision administrative formelle préalable.

⁷⁹ Sur le favoritisme que peut faciliter l'exercice habile du pouvoir de modification unilatérale, voir les références données par le commentaire pratique, édition 1996-1997, tome 2, p.78.

Marché N° d'identification	Particularités du métré Montant initial (en francs)	Objet du décompte
Pont Gray-Couronne B1/946	Prix proposés par l'entreprise 19.678.105	Trois décomptes. Rectification des quantités annoncées au métré initial; création d'un poste à prix convenu; engagement complémentaire pour couvrir le dépassement du montant initial.
Pont Teichmann B1/971	Prix proposés par l'entreprise 37.633.301	Un décompte. Rectification des quantités annoncées au métré initial; création de 8 postes à prix convenus; engagement complémentaire pour couvrir le dépassement du montant initial.
Porte de Hal B1/990	Prix proposés par l'entreprise 78.609.263	Deux décomptes. Rectification des quantités annoncées au métré initial; création de 23 postes à prix convenus; engagement complémentaire pour couvrir le dépassement du montant initial.
Chaussée d'Alseberg B1/958	Prix proposés par l'entreprise 25.657.833	Un décompte en moins apportant d'importantes rectifications de quantités du métré initial et créant des postes à prix convenus.

Pour les marchés «stock», il n'y a, en principe, pas lieu d'adapter les quantités, ni le délai. Prolonger le marché au-delà du délai de validité revient en effet à modifier l'objet même du marché et dépasse les limites du pouvoir d'adjonction unilatéral de l'administration. Un avenant est en principe nécessaire⁸⁰. Pour ces marchés, les décomptes concernent dès lors essentiellement les prestations non prévues au métré initial et aboutissent à la création de postes à prix convenus. Ils peuvent aussi découler d'un dépassement du montant maximum du marché.

Tableau 11 – Modifications apportées aux marchés «stock»

Marché N° d'identification	Particularités du métré Montant initial (en millions de francs)	Objet du décompte
Pistes cyclables et petites surfaces B1/983	Prix fixés par l'administration 35 à 70	«Décompte atypique», tout à fait exceptionnel, consistant dans la régularisation des travaux d'accès à une station de métro, lesquels n'entrent pas dans l'objet du marché ⁸¹ .
Pistes cyclables et petites surfaces B1/996	Prix proposés par l'entreprise 18 à 60	Marché en cours d'exécution.
Aménagements pour cyclistes B1/925	Prix proposés par l'entreprise 10 à 25,9	2 décomptes: 1° introduction de 10 postes à prix convenus; 2° engagement complémentaire pour couvrir le dépassement du montant maximal.

⁸⁰ C'est ce qui a été fait pour le marché B1/984 de réparation de dégâts d'accidents.

⁸¹ En réalité, cette opération, bien que présentée formellement comme un «décompte», constitue bien un marché distinct, passé par la procédure négociée.

Marché N° d'identification	Particularités du métré Montant initial (en millions de francs)	Objet du décompte
Entretien du Ring Marché initial B1/1017	Prix proposés par l'entreprise 59	Marché en cours d'exécution.
Piétonniers B1/994	Prix fixés par l'administration 40 à 60	Approbation des prix convenus pour un montant de plus de 51 millions de francs, sans qu'un engagement complémentaire soit nécessaire.
Intégration urbaine B1/993	Prix proposés par l'entreprise 40 à 60	Le décompte du marché B1/994 concerne en partie le marché B1/993.
Dégâts d'accidents B1/984	Prix fixés par l'administration 45 à 120	Un avenant permettant de pour- suivre le marché au-delà du délai de validité et au-delà du montant maximal, pour 6.050.000 francs T.V.A.C.
Dégâts d'accidents Marché initial B1/1007	Prix fixés par l'administration 60 à 90	Aucun décompte.
Dégâts d'accidents B1/910	Prix fixés par l'administration 45 à 120	Aucun décompte.
Entretien d'ouvrages d'art B1/974	Prix proposés par l'entreprise 18,24 à 80,88	Aucun décompte.
Entretien d'ouvrages d'art B1/998	Prix proposés par l'entreprise 30 à 90	Aucun décompte.
Entretien d'ouvrages d'art Marché initial B1/1016	Prix proposés par l'entreprise 21 à 65	Marché en cours d'exécution.
Entretien d'ouvrages d'art B1/948	Prix proposés par l'entreprise 25 à 68,64	Aucun décompte. (Un tiers du marché imputé au poste des travaux imprévus)

3.6 Révision des prix unitaires

La possibilité de réviser les prix unitaires ne s'applique qu'aux seuls marchés «déterminés», puisque les marchés «stock» l'excluent par une clause expresse insérée au cahier spécial des charges, laquelle fait partie intégrante de la notion même de marché «stock»: *«Les prix unitaires restent inchangés quelles que soient les quantités réelles».*

L'article 42 du cahier général des charges oblige l'entrepreneur à exécuter les modifications ordonnées par l'administration (§ 1^{er}). Une distinction est toutefois établie entre les travaux imprévus qui impliquent une modification de l'entreprise (§ 2) et les modifications de quantités sans qu'il y ait de modification à l'entreprise (§ 6).

Dans le premier cas, chacune des deux parties peut réclamer la modification des prix unitaires lorsque les suppléments dépassent le triple de la quantité figurant au poste à bordereau de prix (ou lorsque le prix des suppléments relatifs au poste considéré dépasse 10% du montant de la soumission); il est cependant nécessaire de signifier la volonté de réviser les prix dans un délai de 15 jours de

calendrier prenant cours à la date de la délivrance de l'ordre de modifier les travaux.

Dans le second cas, lorsque les quantités réellement exécutées d'un poste à bordereau de prix dépassent le triple des quantités présumées (ou sont inférieures à la moitié de ces quantités), chacune des parties peut réclamer la révision des prix en avertissant l'autre partie de son intention au plus tard 15 jours de calendrier après l'établissement de l'état d'avancement où il est constaté que la quantité exécutée atteint le triple de la quantité présumée.

Pour les marchés «déterminés» examinés, la révision des prix unitaires n'a jamais été effectivement appliquée. L'administration aurait pu faire usage de cette faculté dans tous les dossiers passés en revue. Elle n'a entamé la procédure qu'à deux reprises, sans exprimer les motifs de son inaction dans les autres cas.

Dans le cadre de l'exécution du marché B1/ 990 du réaménagement des abords de la Porte de Hal, l'administration a demandé la révision des prix unitaires pour les postes exécutés au-delà du triple des quantités initialement prévues. A cette requête, l'entrepreneur a répondu par une demande d'indemnité⁸², laquelle s'est avérée suffisante pour que l'administration décide de maintenir les prix unitaires de la soumission. Cette attitude s'explique essentiellement par le contexte général de ce marché, caractérisé par de très nombreuses modifications, empêchant de faire valoir que, pour certains postes seulement, les quantités mises en œuvre auraient produit des économies d'échelle.

Neuf postes du métré du marché du renouvellement du pont Gray-Couronne (B1/946) pouvaient faire l'objet d'une demande de révision de prix. L'administration a fait une démarche dans ce sens en invitant l'entrepreneur à lui faire parvenir une proposition de diminution des prix unitaires. Par la suite, les discussions ont été limitées à un seul poste du métré et l'entrepreneur a pu faire valoir le caractère tardif de la réaction de l'administration, puisque les dépassements étaient constatés dans des états d'avancement transmis et approuvés 4 à 5 mois auparavant.

La révision des prix unitaires des marchés déterminés est donc une faculté que l'administration met très rarement en œuvre. Cette absence de réaction est liée soit au contexte général d'exécution des marchés caractérisé par de très nombreuses modifications apportées aux prévisions initiales, soit à une défaillance dans le suivi des états d'avancements. En tout état de cause, la décision de ne pas demander la révision des prix unitaires n'est généralement pas motivée. Pour l'avenir, l'administration souhaite cependant profiter de la mise en œuvre du projet «Agatte», et en particulier de la banque de données qui en résulterait, pour améliorer les délais de réaction en matière de révision des prix unitaires.

3.7 Autres actes d'exécution

D'importantes décisions prises lors de l'exécution du marché sont susceptibles d'aboutir à un traitement différencié des entrepreneurs alors que le principe de l'égalité est le fondement même de la réglementation relative aux marchés publics. Les marchés «stock» sont à cet égard particulièrement vulnérables puisqu'ils permettent à l'administration, par exemple, de déterminer leur montant

⁸² L'entrepreneur invoquait le «déphasement» du chantier, imputable à l'administration, qui aurait provoqué le ralentissement puis l'accélération des travaux, avec la conséquence de limiter la liberté d'achat de matériaux aux seuls fournisseurs disposant du stock nécessaire.

véritable⁸³ (possibilité de mettre fin au marché dès que le montant minimal est atteint ou de poursuivre son exécution jusqu'au montant maximal), ou de donner la préférence à l'un des marchés à commandes concurrents coexistants⁸⁴. Seule une motivation adéquate de ces décisions peut constituer une garantie de non-discrimination.

⁸³ L'exécution est généralement poursuivie jusqu'au montant maximal du marché. Exception: le marché B1/983 d'aménagement de pistes cyclables, qui a été clôturé dès que le montant minimal a été atteint.

⁸⁴ Alors que le marché «stock» B1/983 d'aménagement de pistes cyclables était en cours d'exécution, l'administration a, suite à la demande du cabinet qui n'explique pas les motifs de ce choix, préféré utiliser le marché B1/966 ayant le même objet pour la réalisation d'un itinéraire déterminé.

Chapitre 4

Conformité de l'exécution des marchés aux prévisions contractuelles initiales – Taux de déviation et ratio d'affectation

4.1 Méthodologie

Deux démarches distinctes mais complémentaires ont été réalisées afin de déterminer, d'une part, dans quelle mesure l'exécution s'éloigne des prévisions établies lors de l'attribution du marché («taux de déviation») et, d'autre part, quelle a été la destination véritable du montant global du marché («ratio d'affectation»)⁸⁵.

4.1.1 Taux de déviation

Il s'agit de la mesure des écarts, en valeur absolue, pour chacun des postes du métré, sur la base des données fournies par le décompte final de l'entreprise ou, à défaut, par le dernier état d'avancement.

Le rapport entre la somme des écarts en valeur absolue et le montant contractuel hors T.V.A. du marché permet de dégager un taux de déviation, qui traduit l'ampleur des modifications apportées au métré initial. S'il est vrai que, comme le signale l'administration, le sens de ce taux ne peut avoir exactement la même portée dans le cadre d'un marché «déterminé» dont l'objet doit être décrit au préalable de manière précise, ou d'un marché «stock» pour lequel l'incertitude sur les quantités est la règle contractuelle, l'analyse n'en conserve pas moins toute sa pertinence puisque seuls les marchés qui, par leur nature, auraient dû faire l'objet d'un marché «déterminé» ont été pris en compte; les autres, dont l'objet aléatoire (la réparation de dégâts d'accident, par exemple) justifiait le recours à la technique du marché «stock», ont été exclus de l'analyse⁸⁶.

Considérant le caractère «fictif» des quantités annoncées au métré, le ministre a contesté l'application aux marchés «stock» du taux de déviation. Il n'est pas étonnant, selon le ministre, qu'entre la moitié et un tiers des postes figurant dans le métré initial d'un marché «stock» ne soient pas utilisés.

⁸⁵ Cette seconde démarche a été effectuée pour rencontrer le souhait exprimé par l'administration. En effet, partant du constat que le taux de déviation peut dépasser les 100%, l'administration a estimé que cette notion est susceptible de fausser la perception qu'en aurait un lecteur non averti. Elle a dès lors proposé que le taux examiné soit le taux d'exécution du marché, c'est à dire le rapport entre le montant affecté à la réalisation des quantités annoncées au métré initial et le montant final du marché.

⁸⁶ Selon le ministre, un marché d'«entretien des ouvrages d'art» est aussi aléatoire que celui qui porte sur «la réparation des dégâts causés accidentellement et par vandalisme aux ouvrages d'art et accessoires de la voirie».

Tableau 12 – Taux de déviation – Exemple: Marché B1/990 (Porte de Hal) (montants en francs)

	Montant initial	Montant réalisé	Montant des postes sous-exécutés du métré initial	Montant des postes surexécutés du métré initial
Total (métré initial)	64.966.332	71.070.317	25.402.249	31.506.234
Total des écarts (métré initial)	–	–	56.908.483 (25.402.249 + 31.506.234)	
Total des postes à prix convenus	0	13.808.302	–	–
Total général des écarts	–	–	70.716.785 (56.908.483 + 13.808.302)	
Taux de déviation	–	–	108,85% (70.716.785 / 64.966.332)	

A la condition de respecter le montant maximal du marché, le taux de déviation découlant de l'application de la méthode décrite se situe entre 0 (exécution conforme aux prévisions) et 200% (le montant du marché a servi intégralement à financer des travaux et prestations non prévus).

En ce qui concerne les marchés «stock», dont l'exécution s'inscrit entre un montant minimal et un maximal, cette démarche a été précédée d'une «pondération» qui consiste à adapter les quantités initialement prévues au montant final global de l'entreprise. Cette opération préalable est nécessaire puisque que le montant du marché oscille entre un minimum et un maximum prédéterminés et que les quantités annoncées n'ont pas d'autre fonction que de donner une estimation proportionnelle des quantités respectives⁸⁷ des postes à mettre en œuvre.

Tableau 13 – Pondération des quantités – Exemple: marché B1/998 (Entretien des ouvrages d'art) (montants en francs)

Données de base	Montant contractuel du marché					Minimum: 30.000.000; Maximum: 90.000.000	
	Montant de la soumission					54.740.740 (66.236.295 T.V.A.C.)	
	Montant final réalisé					74.310.417 (89.915.605 T.V.A.C.)	
	Taux d'exécution= taux de pondération					135,7497%	
Application	Postes	Quantité à la soumission	Prix unitaire	Montant soumission	Montant réalisé	Montant pondéré (montant soumission x 135,7497%)	Ecart (pondéré) (Montant réalisé – montant pondéré)
	1	100	780	78.000	0	105.885	-105.885
	10	100	950	95.000	163.400	128.962	+34.438

Le calcul du taux de déviation à partir des écarts constatés pour chacun des postes, tel qu'appliqué ici, a le mérite de permettre la comparaison entre différents marchés du point de vue de la conformité de l'exécution aux estimations annoncées lors de l'attribution. Cependant, il arrive que certains postes figurant au métré aient un caractère « concurrent » de sorte que le dépassement des quantités d'un poste implique nécessairement la sous-exécution d'un autre poste⁸⁸.

⁸⁷ Ce qui est comparable à la fonction que remplit une recette culinaire indiquant les quantités à mettre en œuvre pour préparer un mets pour un nombre fictif de personnes. Ceci dit, il est incontestable que l'adjudicataire ne peut faire valoir aucun droit relativement aux rapports entre les quantités indiquées pour chacun des postes du métré.

⁸⁸ L'administration peut, par exemple, demander la plantation de 100 tilleuls au lieu des 50 prévus. Une telle modification peut entraîner la non-utilisation du poste relatif à la plantation de 50 platanes.

La prise en considération d'une telle possibilité peut suggérer une démarche consistant à calculer le taux de déviation non par poste, mais à partir des écarts mesurés par chapitre⁸⁹ du métré. Toutefois, ce dernier mode de calcul, qui suppose l'existence d'un métré divisé en chapitres – ce qui n'est pas toujours le cas –, a l'inconvénient d'étendre la compensation à tous les postes, mêmes non concurrents, d'un même chapitre.

Le taux de déviation englobe des variations provenant soit de la modification des quantités présumées des postes prévus au métré initial, soit de l'introduction de nouveaux postes «à prix convenus», lesquels peuvent englober des travaux et prestations qui n'entrent même pas dans l'objet du marché. Etant donné que ces différentes sources doivent être distinguées, il est nécessaire de compléter le taux de déviation par des commentaires quant à la nature et aux motifs des modifications.

4.1.2 Ratio d'affectation

Il s'agit cette fois-ci de déterminer dans quelle proportion le montant global final du marché a été utilisé pour les postes et quantités prévus au métré initial. Le montant qui n'est pas affecté au métré initial peut encore faire l'objet d'une classification selon sa destination: dépassement des quantités annoncées ou postes totalement non prévus.

Tableau 14 – Ratio d'affectation – Exemple: Marché B1/990 (Porte de Hal)
(montants en francs)

	Métré initial	Hors métré initial		Total
	Quantités prévues	Postes surexécutés (au-delà des quantités prévues)	Postes à prix convenus (hors métré)	
Montant prévu	64.966.332	–	–	64.966.332
Montant réalisé	39.564.083	31.506.234	13.808.302	84.878.619
Ratio d'affectation	46,61% (39.564.083 / 84.878.619)	37,12% (31.506.234 / 84.878.619)	16,27% (13.808.302 / 84.878.619)	100%
	46,61%	53,39%		100%

Force est de constater que cette approche ne permet pas de saisir l'importance des quantités sous-exécutées⁹⁰ et donne dès lors une vision minimaliste (optimiste) de l'exécution du marché.

Dans ce cas, le calcul de la déviation par postes aboutit à dégager le rapport entre, d'une part, les montants sur- et sous-exécutés (soit l'addition du prix de 50 tilleuls et de 50 platanes) et, d'autre part, les montants initialement prévus (soit l'addition du prix de 50 tilleuls et de 50 platanes). Ce qui donnera, pour ces deux postes, un taux de déviation de 100%.

⁸⁹ A supposer que la plantation des tilleuls et des platanes soit prévue dans le chapitre «plantation» du métré, le calcul de déviation par chapitre aboutira, dans le cadre de l'exemple précité, à établir le rapport entre, d'une part, l'addition des montants exécutés du chapitre (soit, l'addition du prix de 100 tilleuls et de 0 platane) et, d'autre part, les montants initialement prévus (soit, l'addition du prix de 50 tilleuls et de 50 platanes). A prix unitaires des tilleuls et des platanes égaux, on obtiendrait ainsi, pour le chapitre composé de ces deux postes, un taux de déviation de 0%.

⁹⁰ A la limite, un marché dont le métré serait à moitié exécuté et qui ne comporterait pas de réalisations au delà où en dehors des quantités et postes prévus ferait apparaître un taux d'affectation de 100%.

4.2 Résultats de l'analyse

4.2.1 Taux de déviation

Il convient de rappeler qu'à la condition de respecter le montant maximal du marché, le taux de déviation oscille entre 0% (exécution conforme aux prévisions) et 200% (le montant du marché a intégralement servi à financer des travaux et prestations non prévus).

Pour les marchés de référence, le taux de déviation calculé sur la base des écarts constatés au niveau des postes du métré varie entre 35,61% (marché «déterminé» B1/971 de la rénovation du pont Teichmann) et 166,05% (marché «stock» B1/994, d'intégration piétons). Dans 9 cas sur 14⁹¹, le taux de déviation dépasse les 100%. La moyenne dépasse les 104,73%, la médiane se situe à plus de 109,29%.

4.2.2 Ratio d'affectation

L'importance relative du montant affecté aux quantités initialement prévues par rapport au montant final du marché confirme la tendance observée en terme de «taux de déviation». Dans 9 cas sur 14, le ratio est inférieur à 50%. La moyenne est de 48,33%, la médiane se situe à 46,66%.

Tableau 15 – Ratio d'affectation

Marché	Taux de déviation	Taux d'affectation au métré	Commentaires
Pont Teichmann, B1/971, «déterminé»	35,61 %	81,91 %	– D'importants travaux en moins découlant de la prise en charge par la S.T.I.B.
Entretien du Ring B1/970, (marché initial) «déterminé»	66,02 %	65,61 %	– Modification de quantités au sein même des postes du métré initial. – Un tiers des postes n'a pas été exécuté.
Entretien du Ring B1/970, (1 ^{ère} reconduction), «déterminé»	66,78 %	66,61 %	– Modification de quantités au sein même des postes du métré initial. – Deux tiers des postes n'ont pas été exécutés.
Chaussée d'Alsemberg, B1/958, «déterminé»	70,64 %	64,69 %	Le taux de déviation calculé par chapitres est de 39,38%. Les modifications ont une double origine: il a fallu attendre, d'abord, qu'une décision politique soit prise quant à l'aménagement du carrefour BOURDON et ensuite, que le projet finalement retenu fasse l'objet d'un permis d'urbanisme.
Entretien des ouvrages d'art, B1/948, «stock»	95,29 %	52,36 %	– Un tiers des postes n'a pas été exécuté. – Le seul poste des «travaux imprévus» (somme à valoir) représente un tiers du montant global du marché.
Entretien du Ring, B1/970, (2 ^e reconduction), «déterminé»	104 %	48,43 %	– Modification de quantités au sein même des postes du métré initial. – Prolongation du délai d'exécution.
Porte de Hal, B1/990, «déterminé»	108,85 %	46,61 %	– 19,53% de la déviation proviennent des postes à prix convenus. – Un tiers des postes n'a pas été exécuté. – Une approche en terme de chapitres et de sous-chapitres aboutit, quant à elle, à un taux déviation de 52,18%.

⁹¹ Les marchés B1/996, 1016 et 1017 sont en cours d'exécution. Les marchés de réparation de dégâts d'accidents (B1/910, 984 et 1007) ont été exclus de l'analyse en raison de la nature aléatoire de leur objet.

Marché	Taux de déviation	Taux d'affectation au métré	Commentaires
Pistes cyclables, B1/983, «stock»	109,74%	44,96%	<ul style="list-style-type: none"> – La moitié des postes n'a pas été exécutée. – Le taux de déviation atteint 121,37% si l'on tient compte d'une exécution hors marché de 3.992.214 francs, réalisée dans le cadre d'un décompte atypique, puis soustraite au marché. – Le taux de déviation calculé par chapitres est de 35,14%.
Pont Gray-Couronne, B1/946, «déterminé»	109,97%	46,71%	<ul style="list-style-type: none"> – D'importants travaux imprévus.
Entretien des ouvrages d'art, B1/974, «stock»	113,42%	43,29%	<ul style="list-style-type: none"> – Un tiers des postes n'a pas été exécuté.
Intégration urbaine, B1/993, «stock»	133,58%	36,69%	<ul style="list-style-type: none"> – La moitié des postes n'a pas été exécutée. – Les modifications s'expliquent à la fois par les hésitations de l'administration et du cabinet du Secrétaire d'Etat, qui ont modifié le plan d'exécution après la confection du métré, et par les prescriptions du permis d'urbanisme sollicité tardivement.
Entretien des ouvrages d'art, B1/998, «stock»	138,65%	30,68%	<ul style="list-style-type: none"> – Plus de la moitié des postes n'a pas été exécutée.
Aménagement pour cyclistes, B1/925, «stock»	147,49%	31,12%	<ul style="list-style-type: none"> – Introduction de postes à prix convenus dont un concerne la réparation d'un collecteur d'égout pour un montant de 1.968.565 francs, laquelle n'entre pas dans l'objet du marché. – 17,47% de la déviation provient de l'exécution des postes à prix convenus pour un montant de 4.501.941 francs. – Le taux de déviation calculé par chapitres s'élève à 76,65%, dont 33,62% provient de l'exécution hors métré initial.
Intégration piétonniers, B1/994, «stock»	166,05%	16,91%	<ul style="list-style-type: none"> – Deux tiers des postes n'ont pas été exécutés. – Presque la moitié de ce taux «record» de déviation résulte de l'exécution sur des postes à prix convenus. – Le taux de déviation par chapitres, également très élevé, est de 139,89%, dont 58,38% proviennent des postes à prix convenus. – La décision gouvernementale approuvant le décompte confirme indirectement la responsabilité du cabinet du Secrétaire d'Etat dans les modifications apportées au marché.

4.3 Conséquences des écarts constatés

L'existence d'un écart important entre le marché attribué et le marché exécuté a pour effet de soustraire à la concurrence les modifications introduites en cours d'exécution, tant à la hausse qu'à la baisse⁹². Toute la procédure d'attribution se trouve affectée puisque les concurrents ont été départagés sur la base de prévisions qui ont été largement modifiées.

La systématisation de ce fait est par ailleurs susceptible d'induire, dans le chef des soumissionnaires, une stratégie visant à éviter la perte de marchés, en consentant, par exemple, des réductions de prix au moment de la soumission tout en espérant les récupérer sur les prix à convenir ou par le biais du réajustement des quantités. Dans certains cas, notamment pour les marchés successifs, les soumissionnaires peuvent aussi essayer de valoriser leur connaissance du terrain

⁹² L'administration estime que ce raisonnement est à nuancer lorsque les prix sont fixés par elle-même. La Cour ne peut cependant accepter qu'en pareille hypothèse, le non-respect du contrat conclu soit indifférent.

en spéculant sur les quantités qui seront réellement exécutées. Ces risques sont d'autant plus grands que la structure du marché bruxellois des travaux de la voirie est oligopolistique⁹³.

Afin de vérifier ces hypothèses, deux⁹⁴ types d'analyses ont été effectuées: la vérification du prix unitaire des postes surexécutés des marchés et l'examen, dans le cadre de marchés successifs, de la corrélation entre, d'une part, la variation des prix unitaires proposés par l'entrepreneur lors des deux soumissions successives et, d'autre part, les écarts observés au niveau des quantités annoncées et exécutées du second marché.

4.3.1 Vérification du prix unitaire des postes surexécutés

Les postes surexécutés sont ceux dont les quantités réellement exécutées dépassent⁹⁵ le triple⁹⁶ des quantités initiales et dont le supplément de prix consécutif est supérieur à 0,5% du montant global du marché.

La vérification effectuée par la Cour a consisté à comparer le prix unitaire des postes concernés au prix estimé par l'administration⁹⁷, à celui proposé par les

⁹³ C'est une des conclusions dégagées de l'examen de la réalité de la concurrence entre les entrepreneurs de travaux dans le secteur des travaux d'entretien et des investissements routiers de la Région de Bruxelles-Capitale en ce compris les plantations, mais à l'exclusion des travaux concernant les équipements électriques (éclairage, signalisation), ainsi que les marchés spécifiques relatifs à la signalisation verticale, aux travaux topographiques et aux marquages thermoplastiques. Il s'agissait notamment d'identifier les entreprises qui ont répondu, entre 1992 et 1998, à l'appel à la concurrence organisé préalablement à l'attribution de marchés (dont le montant estimé dépasse 5 millions de francs) et à vérifier s'il existe des liens de dépendance entre ces entreprises.

L'examen a permis de constater que 124 entreprises différentes ont soumissionné mais que seulement 24 d'entre elles se sont vu attribuer au moins un des 81 marchés retenus. Six entreprises ou groupes d'entreprises avaient obtenu 64 marchés (soit plus de 79% des marchés) et se partageaient plus de 86% des montants adjugés. L'une de ces entreprises, ainsi qu'un groupe composé de trois sociétés, obtenaient ensemble 33 marchés (soit plus de 40% des marchés) représentant plus de 46% des montants adjugés.

Dans sa réponse, l'administration signale n'être pas étonnée des résultats de cette étude et précise avoir pris certaines mesures correctrices, par exemple en scindant les marchés en différents lots ou en recourant à la procédure d'appel d'offres plutôt que la procédure d'adjudication publique et ce, sans résultat probant.

Le ministre fait remarquer que, par l'effet conjugué de l'application de la procédure d'adjudication publique qui vise à atteindre un nombre maximum de soumissionnaires et de la diminution du nombre de marchés au niveau fédéral, le nombre d'entrepreneurs sur le marché bruxellois s'est accru et qu'on ne peut plus parler de situation oligopolistique.

La Cour prend acte de cette information, sans cependant pouvoir la confirmer ou l'infirmer, dans le cadre du présent rapport.

⁹⁴ Un troisième type d'analyse aurait pu être la vérification «classique», qui consiste à appliquer les prix unitaires proposés par les différents soumissionnaires à l'ensemble des quantités réellement exécutées, et à comparer le classement obtenu à celui établi sur la base des quantités présumées, lors de l'attribution du marché (Par exemple, pour le marché B1/974 d'entretien d'ouvrages d'art, une telle simulation a pour effet de modifier significativement le classement établi: le soumissionnaire classé 6^e devient le 2^e ...). Cependant, cette démarche n'a pas été généralisée car elle se limite à formuler une conclusion fictive et hasardeuse. Elle ne permet en effet pas de dire quels auraient été les prix unitaires et le résultat de l'adjudication si les quantités réellement exécutées avaient été annoncées dans le métré initial, surtout lorsque les modifications sont considérables. Il est ainsi impossible, par exemple, de savoir si d'autres entrepreneurs auraient participé à la soumission.

⁹⁵ A titre exceptionnel, il a également été procédé à la vérification des prix unitaires des postes (groupés dans un chapitre) non exécutés.

⁹⁶ Dans la ligne du critère retenu à l'article 42 du cahier général des charges pour la révision des prix unitaires.

⁹⁷ Ces comparaisons nécessitent parfois la prise en compte de l'écart de prix pour un poste déterminé du marché par rapport à l'écart constaté sur l'ensemble des postes.

autres soumissionnaires (notamment le prix moyen) et, le cas échéant, au prix unitaire appliqué dans des marchés comparables⁹⁸. Lorsque les prix unitaires ont été fixés d'office par l'administration, cette démarche n'est donc, en principe, pas possible⁹⁹.

Dans les cas où l'administration s'est inquiétée du caractère anormalement bas ou haut de certains prix unitaires lors de l'examen des soumissions, il a été procédé à la démarche inverse qui consiste à vérifier l'ampleur des quantités effectivement mises en œuvre pour ces postes.

L'attention doit être attirée sur la difficulté de déterminer quel est le prix unitaire normal d'un poste en raison des divergences parfois importantes observées entre les prix unitaires proposés par les soumissionnaires et les estimations de l'administration¹⁰⁰. Il n'est cependant pas exclu que ces divergences s'expliquent à leur tour par l'incertitude pesant sur les quantités qui seront effectivement exécutées et par l'impossibilité de déterminer, surtout pour les marchés «stock», les rendements par poste¹⁰¹.

Ces vérifications font apparaître que, dans la plupart des cas, la majorité des postes surexécutés l'ont été à des prix unitaires supérieurs aux prix moyens des concurrents et à ceux de l'estimation de l'administration. Seulement une petite partie ces postes a été exécutée à des prix unitaires avantageux pour l'administration.

Ainsi, pour le marché B1/958 du réaménagement de la chaussée d'Alseberg, alors que les prix unitaires des postes surexécutés sont globalement inférieurs aux prix moyens dans la même proportion que celle observée pour l'ensemble de la soumission, les postes soustraits au marché, suite à leur prise en charge par la STIB, semblent avoir permis d'éviter d'importantes pertes à l'entrepreneur. En effet, pour ces postes non exécutés, les prix de l'entrepreneur étaient inférieurs aux prix moyens dans une proportion deux fois plus importante que dans la soumission globale¹⁰².

Pour le marché B1/946 du renouvellement du pont Gray-Couronne, les prix unitaires des postes surexécutés sont nettement favorables à l'entrepreneur.

⁹⁸ Le ministre reproche à la Cour de n'avoir pas tenu compte du fait que les quantités surexécutées des marchés «stock» auraient pu être mises en œuvre dans des conditions excluant les économies d'échelle. La Cour rappelle, d'une part, qu'elle a été très attentive à cette problématique qui est à la base de ses réflexions critiques à l'encontre du principe même des marchés «stock» et, d'autre part, que, s'agissant de la vérification comparative des prix unitaires, la surexécution est, en toute hypothèse, «comparativement» favorable à l'entrepreneur dont le prix unitaire est supérieur à celui de ses concurrents.

⁹⁹ De même, pour les marchés caractérisés par la prépondérance des «sommes à valoir» ou «prix convenus», la vérification des prix unitaires des postes surexécutés n'a qu'une portée réduite. C'est le cas du marché «déterminé» du réaménagement des abords de la Porte de Hal (B1/990) et des marchés à commandes d'intégration urbaine (B1/993) et de piétonniers (B1/994).

¹⁰⁰ Qui ne constituent finalement qu'une moyenne dégagée de l'observation de ces prix très divers.

¹⁰¹ Le rendement d'une équipe déterminée, par jour de travail, dépend de l'environnement où le travail se fait et des quantités à mettre en œuvre par intervention.

¹⁰² Ce marché a également été vérifié sous l'angle de l'exécution des postes dont le prix avait suscité une réaction de contrôle de l'administration. Aucune anomalie n'a été constatée.

Tableau 16 – Tableau comparatif des prix unitaires (p.u.)

Postes	Estimation de l'administration	P.u. de l'adjudicataire	P.u. moyen	P.u. le plus bas	P.u. le plus haut
1	1.100	4.127	2.536	610	5.850
2	1.400	2.696	2.063	1.417	3.000
24	1.100	1.113	1.067	218	1.274
25	1.300	2.271	1.773	1.085	2.405
29	500	1.296	1.578	210	2.800
31	18.000	15.543	26.600	15.543	35.384
32	14.000	39.389	30.046	7.630	50.000
37	9.000	17.727	25.668	9.600	40.000
38	6.000	9.812	8.818	3.250	15.000

On observe que, mis à part le poste 31 pour lequel le prix unitaire de l'entrepreneur est le plus bas, les prix unitaires des postes concernés sont supérieurs à l'estimation de l'administration; pour six postes (sur neuf) ils dépassent également les prix moyens.

Le marché B1/971 de la rénovation du pont Teichmann n'a fait apparaître qu'un seul poste surexécuté, dont le prix unitaire semble être anormalement élevé¹⁰³.

Le prix unitaire de l'unique poste critique du marché «déterminé» B1/970 relatif à l'entretien du ring est supérieur de 30% à l'estimation de l'administration, mais inférieur de 11% au prix moyen proposé par les trois autres soumissionnaires. La première reconduction de ce marché comportait neuf autres postes surexécutés. L'on observe que pour la moitié au moins de ces postes, les prix unitaires sont avantageux pour l'entrepreneur. Quant à la deuxième reconduction, elle implique la surexécution de quatre postes nouveaux, dont les prix unitaires ne sont que partiellement favorables à l'entrepreneur.

En ce qui concerne les quinze postes surexécutés du marché «déterminé» du réaménagement des abords de la Porte de Hal (B1/990), les prix unitaires de l'entrepreneur sont en général supérieurs à ceux de ses concurrents.

¹⁰³ Le prix unitaire du poste de massifs en béton armé est de 16.737 francs/m², ce qui semble être anormalement élevé au regard du prix unitaire du même poste (9.812 francs/m²) utilisé dans le cadre du marché comparable B1/946 (Pont Gray-Couronne) adjugé en avril 1996 et au regard du prix unitaire moyen de 3.769 francs/m² renseigné par les statistiques de l'administration établies en juin 1999 sur la base de 21 adjudications.

Tableau 17 – Le tableau des postes surexécutés du marché B1/990, Porte de Hal

Postes	Quantité initiale	Prix unitaire	Montant initial (1)	Montant décompte final (2)	Différence (2)-(1)	Rapport Exécuté / prévu	P.u. Estimation de l'adm.	P.u. moyen	P.u. offre classée 2e	Résultat (du point de vue de l'entrepreneur)
1	100	1.280	128.000	663.680	535.680	5,19	1.800	1.093	586	Avantage
3	50	818	40.900	1.546.347	1.505.447	37,81	850	707	478	Avantage
14	50	669	33.450	894.854	861.404	26,75	2.200	734	712	Désavantage
40	200	409	81.800	2.353.345	2.271.545	28,77	520	447	283	?
41	250	795	198.750	877.947	679.197	4,42	1.000	723	410	Avantage
43	1.000	305	305.000	2.390.258	2.085.258	7,84	530	147	56	Avantage
49	900	429	386.100	3.887.924	3.501.824	10,07	400	377	279	Avantage
55	750	280	210.000	643.525	433.525	3,06	240	261	305	Avantage
78	50	843	42.150	550.584	508.434	13,06	1.000	819	469	Avantage
105	150	753	112.950	452.177	339.227	4,00	600	678	637	Avantage
181	2	153.770	307.540	1.045.328	737.788	3,40	180.000	225.616	241.586	Désavantage
249	200	818	163.600	678.940	515.340	4,15	1.000	919	944	Désavantage
254	100	1.167	116.700	945.737	829.037	8,10	1.200	1.187	944	?
257	100	2.015	201.500	2.285.010	2.083.510	11,34	1.700	1.867	1.647	Avantage
261	100	275	27.500	420.750	393.250	15,30	270	319	191	?

Par contre, le prix des postes surexécutés du marché «stock» B1/974 d'entretien des ouvrages d'art est inférieur à celui qu'il aurait fallu déboursier si ces mêmes postes avaient été exécutés aux prix unitaires du soumissionnaire classé deuxième ou aux prix unitaires estimés par l'administration.

Dix-sept postes surexécutés ont été identifiés au terme de l'exécution du marché «stock» de réaménagement de pistes cyclables (B1/983). Les prix unitaires de ce marché ayant été fixés par l'administration, il n'y avait pas lieu, en principe, d'en vérifier la normalité. Toutefois, l'existence de marchés très comparables attribués sur la base de prix proposés par les soumissionnaires, a permis d'effectuer des comparaisons qui conduisent à conclure que, pour la plupart des postes concernés, les prix unitaires du marché B1/983 (fixés par l'administration) étaient inférieurs à ceux des marchés similaires considérés¹⁰⁴.

4.3.2 La corrélation entre la variation des prix unitaires proposés par l'entrepreneur et le rapport entre les quantités annoncées et celles exécutées du second marché

La vérification, dans le cadre de deux marchés successifs, de la corrélation entre, d'une part, la variation des prix unitaires proposés par l'entrepreneur et, d'autre part, le rapport entre les quantités annoncées et celles exécutées du second marché, suppose que plusieurs conditions soient réunies: l'existence de deux marchés successifs ayant le même objet et exécutés dans une période contemporaine impliquant une certaine stabilité des prix, l'attribution des deux marchés sur la base de prix unitaires proposés par les soumissionnaires, ainsi que la

¹⁰⁴ C'est à dire: 1° le marché W/817, ayant un objet similaire, attribué au même entrepreneur sur la base de prix proposés par ce dernier; 2° le marché B1/925 ayant toujours le même objet, attribué à une autre entreprise dans le cadre d'un marché «stock» de type classique et 3° le marché stock B1/996 ayant le même objet. En effet, les prix unitaires des postes concernés, proposés, dans ce cas, par le même entrepreneur, représentent une majoration de l'ordre de 16% par rapport aux prix du marché B1/983, alors qu'au même moment, l'estimation de l'administration n'était majorée que de 10%.

présence de l'entrepreneur du premier marché parmi les soumissionnaires du second marché. Les marchés «stock» bisannuels de l'entretien des ouvrages d'art (B1/974 et B1/998) répondent à l'ensemble de ces conditions¹⁰⁵.

Malgré l'importance du taux de déviation (113%), le résultat de l'exécution du premier marché (B1/974) n'a pas incité l'administration à adapter ses prévisions dans des proportions importantes¹⁰⁶. En effet, lors de l'établissement du métré du second marché (B1/998)¹⁰⁷, elle n'a apporté que quelques modifications aux quantités estimées¹⁰⁸ lors du marché précédent. Quant à l'entrepreneur, il a revu la plupart de ses prix unitaires. Il y a dès lors lieu de vérifier s'il existe une relation entre, d'une part, la variation des prix unitaires, à la hausse ou à la baisse, constatée entre les deux soumissions de l'entrepreneur et, d'autre part, le rapport quantité exécutée / quantité prévue du second marché. L'effet de la modification des prix unitaires par l'entrepreneur peut être appréhendé tant au niveau de la soumission (le but étant d'emporter le marché) qu'au niveau du résultat (réalisation de bénéfices).

Dans un premier temps, un métré fictif comportant les postes communs¹⁰⁹ des marchés B1/974 et B1/998 a été constitué. Les quantités présumées et les prix unitaires des deux marchés ont été introduits dans un tableau qui permet, notamment, de dégager l'évolution des prix unitaires et, surtout, de comparer le montant de la soumission globale du second marché au montant qu'on aurait obtenu si les prix unitaires n'avaient pas été modifiés. Le tableau qui suit illustre cette démarche.

Tableau 18 – Comparaison des prix unitaires entre deux marchés (montants en francs)

Postes communs 974 et 998 (exemples)	Quantité présumée 974	Quantité présumée 998	P.u. 974	P.u. 998	Montant de la soumission 998	Montant (simulé) de la soumission 998 avec les p.u. 974	Evolution du p.u.
4	100	50	2.450	2.000	100.000	122.500	- 450
5	5	5	3.500	10.000	50.000	17.500	+ 6.500
21	600	600	390	500	300.000	234.000	+ 110
88	5	5	155.000	95.000	475.000	775.000	- 60.000
...
Total du marché	-	-	-	-	40.861.740	51.358.981	-

¹⁰⁵ Dans ce cas les deux marchés ont été adjugés au même entrepreneur. L'administration a, dans le cadre de sa réponse, regretté qu'on n'ait finalement examiné qu'un seul cas. Elle estime dès lors qu'il est difficile d'en tirer des conclusions générales. Or, la démarche de la Cour doit être considérée comme une tentative de vérification découlant du constat d'écart importants entre les quantités initialement prévues et réellement exécutées.

¹⁰⁶ L'existence d'une importante divergence entre les quantités prévues du premier marché et celles qui ont été exécutées n'est pas indispensable pour effectuer la présente vérification. L'important consiste en effet à étudier le comportement d'un entrepreneur qui, en fonction de la connaissance acquise lors de l'exécution du premier marché, modifie ses prix unitaires. Cependant, le fait d'avoir constaté ladite divergence et la non-réaction de l'administration ne peuvent que renforcer la conviction de l'entrepreneur quant au caractère fictif des quantités annoncées du second marché.

¹⁰⁷ La plupart des écarts d'exécution du marché B1/974 étaient déjà connus et actés dans l'état d'avancement n°13 du mois de novembre 1998 établi par l'entrepreneur en date du 17 décembre 1998, soit antérieurement à la rédaction de la soumission du marché B1/998, laquelle est datée du 7 janvier 1999.

¹⁰⁸ L'administration a également maintenu son estimation des prix unitaires.

¹⁰⁹ Les postes à montants réservés ont été exclus puisqu'ils ne font pas, par définition, l'objet d'une offre de prix.

Il appert de cette première simulation que les modifications des prix unitaires ont eu pour effet de permettre à l'entrepreneur de présenter une offre très avantageuse¹¹⁰ par rapport à celle de ses concurrents censés ignorer les résultats du premier marché et l'état du patrimoine à entretenir. Concrètement, cet avantage lui a permis de remporter le second marché. En effet, avec les prix unitaires du premier marché, l'offre de l'entrepreneur n'aurait été classée que troisième.

Dans un second temps, l'effet de l'évolution des prix unitaires a été mesuré au niveau du bénéfice dégagé par l'exécution effective du marché suivant.

L'hypothèse de départ est que les prix unitaires du premier marché (B1/974) sont des prix justes comportant une marge bénéficiaire de 10%¹¹¹. Le bénéfice escompté de ce premier marché est donc considéré comme étant la référence de base. La marge bénéficiaire correspondant aux prix unitaires du marché B1/998 est dès lors égale à : prix unitaire 998 – (0,9 x prix unitaire 974). Les ajustements apportés aux prix unitaires par l'entrepreneur lors de la soumission du second marché (B1/998) peuvent s'expliquer, par sa connaissance du résultat effectif du premier marché (B1/974). Par exemple, pour certains postes, les quantités sur-exécutées du premier marché sont de nature à diminuer les besoins futurs correspondants¹¹² et en conséquence, pour ces postes, la soumission à des prix unitaires réduits¹¹³ s'avère logique.

Le tableau qui suit illustre la démarche qui consiste à déterminer, en partant de l'hypothèse précitée, le bénéfice théorique obtenu par l'entrepreneur, malgré la réduction globalement à la baisse des prix unitaires, grâce à la modification des quantités annoncées dans le métré.

¹¹⁰ La différence par rapport à la soumission « normale » est de 10.497.241 francs, soit une réduction de 20,44%.

¹¹¹ L'hypothèse d'une marge bénéficiaire de 10% également répartie sur tous les prix unitaires du premier marché (B1/974) a été retenue. Les simulations faites avec l'hypothèse d'une marge bénéficiaire de 20% ne modifient pas sensiblement les conclusions dégagées. L'administration et le ministre n'adhèrent pas à cette hypothèse de départ.

La Cour attire toutefois l'attention sur le fait que l'élément essentiel de son analyse est la variation des prix entre les deux soumissions. Dire, dans le cadre de cette analyse, que les prix unitaires appliqués aux quantités exécutées du second marché ont permis à l'entrepreneur d'« augmenter sa marge bénéficiaire » ou de « réduire sa perte », a exactement la même portée.

¹¹² Les ouvrages à entretenir étant limités, on a pu considérer que l'entrepreneur connaissait parfaitement les besoins de l'année suivante. Cependant, l'administration soutient que, l'entretien d'ouvrages d'art étant constitué d'interventions ponctuelles chaque fois spécifiques à l'ouvrage concerné, ce marché n'est guère adapté à l'exercice réalisé par la Cour. Elle signale également que l'exécution du marché B1/998 aux prix unitaires du second classé aurait coûté 600.000 francs de plus que ce qu'elle a coûté en réalité. La Cour observe que ces arguments ne sont pas de nature à modifier le propos initialement exprimé et que la différence entre les deux soumissionnaires était, sur la base des quantités initiales, de 7.461.780 francs.

Le ministre a également contesté l'avantage que l'entrepreneur aurait obtenu grâce à sa connaissance acquise lors du premier marché. Son argumentation se situe cependant à l'opposé de celle avancée par l'administration : la plupart des entrepreneurs travaillant dans la Région bruxelloise (y compris ceux qui n'ont pas exécuté le premier marché) connaîtraient très bien, selon lui, l'état d'entretien de l'infrastructure routière.

¹¹³ Ce qui constitue une « spéculation sur les quantités ».

**Tableau 19 – Détermination des bénéfices théoriques de l'entrepreneur
(montants en francs)**

Postes communs 974 et 998	Bénéfice théorique escompté avec les prix de 974	P.u. 998	Quantité exécutée 998	Evolution du p.u.	Bénéfice théorique réalisé 998	Bénéfice théorique 998 avec les quantités initiales non modifiées
4	12.250	2.000	0	- 450	0	- 10.250
5	1.750	10.000	0	+ 6.500	0	34.250
21	23.400	500	837	+ 110	124.713	89.400
88	77.500	95.000	22,141	- 60.000	- 985.275	- 222.500
...
Total du marché	5.135.898	-	-	-	5.450.854	- 5.361.343

Cette seconde simulation permet de conclure qu'en modifiant ses prix unitaires à la baisse de manière sélective, l'entrepreneur a non seulement pu remporter le marché mais il a également obtenu un bénéfice (théorique) qui dépasse le montant escompté lors de la soumission du premier marché. Cette double constatation ne peut s'expliquer que par l'importance de la divergence entre les quantités estimées et réalisées du marché B1/ 998, dont le taux de déviation est de 138,65 %. Si les quantités estimatives de ce marché avaient été respectées, l'entrepreneur aurait fait une perte (théorique) de 5.361.343 francs. Avec les quantités réellement exécutées, il a réalisé un bénéfice (théorique) de 5.450.854 francs.

Conclusions générales

Au sujet de la conception et de l'exécution des marchés audités, la Cour formule deux remarques principales :

1^o) L'administration ne justifie pas adéquatement les motifs pour lesquels elle favorise les marchés «stock» par rapports aux marchés «déterminés»¹¹⁴. Or, ce type de marché, qui se caractérise par l'imprécision de son objet et par l'incertitude pesant sur les prestations à réaliser, n'est pas, sauf quelques cas exceptionnels, adapté aux travaux et services que l'administration souhaite faire réaliser dans le domaine des infrastructures routières. Il ne devrait en tout cas pas constituer l'instrument principal de l'action administrative dans ce domaine.

Il est par ailleurs paradoxal de recourir à des procédures ouvertes d'attribution et, parallèlement, d'adopter la technique du marché «stock» qui, par définition, tend à intégrer des prestations, qualitativement ou quantitativement, soustraites à la concurrence.

La critique à porter à l'encontre de ces marchés est encore accentuée lorsque leur reconductibilité est prévue et que la reconduction elle-même se fait de manière automatique. De même, l'importance de l'écart entre les montants minimal et maximal des prestations à réaliser en aggrave les inconvénients.

En réponse à ce constat, l'administration souligne que cette technique lui permet de répondre à une série d'aléas tels que les retards dans l'octroi des permis d'urbanisme, les demandes complémentaires résultant desdits permis, la coopération avec d'autres intervenants, les situations urgentes et ponctuelles, les reports de travaux justifiés pour des raisons de mobilité. Elle propose cependant de ne plus recourir à ce type de marché pour des travaux d'un montant supérieur à 300.000 euros. Le ministre porte quant à lui ce montant à 500.000 euros.

Elle observe que l'alourdissement des procédures administratives, d'une part, et la politique actuelle de gestion du personnel, d'autre part, l'obligent à s'adapter afin que puisse être assurée sa fonction essentielle et a fortiori l'utilisation de l'entièreté des budgets mis à sa disposition ; c'est dans cette perspective qu'il a ainsi été décidé de multiplier le recours aux marchés «stocks». Quant à l'écart entre les planchers et plafonds des marchés «stocks», l'administration s'engage à tenter de le diminuer.

Le ministre, après avoir fait part d'un renversement de tendance qui s'inscrirait dans le cadre de l'observation de la Cour et, dès lors, d'une augmentation de la proportion de marchés «déterminés», insiste également sur la corrélation entre la mission de l'administration de garantir au citoyen une prestation de service rapide et efficace et le recours aux marchés «stock».

La Cour est consciente des avantages du marché «stock» pour les interventions sur la voirie dans un environnement urbanisé, comportant plusieurs unités administratives et sous la pression d'une demande croissante en «mobilité». S'il est indéniable qu'une place existe pour ce type de marché, elle ne considère cependant pas que la réponse adéquate aux défis posés à l'administration soit la généralisation de marchés non programmés, mal définis et exécutés avec peu de rigueur. La technique des marchés «stock», même si elle autorise des interventions rapides, s'éloigne des objectifs poursuivis par la réglementation qui permet

¹¹⁴ L'administration n'a pu adhérer à la première partie de ces conclusions en affirmant qu'elle est en mesure d'apporter des justifications a posteriori aux situations décrites.

l'utilisation des commandes publiques en tant qu'instrument de la politique économique visant au maintien d'un tissu de petites et moyennes entreprises performantes.

2°) La Cour a constaté des écarts significatifs entre les prestations effectivement exécutées et les prévisions qui étaient prévaluées lors de l'attribution du marché.

Pour les marchés de référence, le «taux de déviation» – qui correspond au rapport entre la somme des écarts en valeur absolue constatés pour chacun des postes du métré et le montant contractuel du marché – varie de 35,58% à 166,05%. La moyenne est de 104,73%, ce qui correspond à un bouleversement de l'économie générale du marché. Quant au «ratio d'affectation» qui permet de déterminer le rapport du montant consacré aux quantités prévues au métré initial au montant final du marché, il confirme cette tendance: sa moyenne est en effet de 48,33%.

L'existence d'un écart important entre le marché attribué et le marché exécuté a pour effet de soustraire à la concurrence des modifications introduites en cours d'exécution, ce qui aboutit à contredire tous les soins pris lors de l'attribution du marché pour respecter le principe d'appel à la concurrence et d'égalité de traitement des soumissionnaires. En outre, l'exécution ainsi modifiée apparaît généralement favorable à l'entrepreneur.

Par ailleurs, lorsque le non-respect des prévisions contractuelles devient systématique, il y a lieu de craindre, étant donné la structure oligopolistique du marché bruxellois des travaux de la voirie, que les soumissionnaires adoptent une stratégie qui vise à leur éviter la perte de marchés et à accroître leur marge bénéficiaire.

Répondant simultanément aux deux remarques principales de la Cour, l'administration conclut que, si sa pratique actuelle en matière de marchés devait évoluer au-delà de ses propositions formulées dans le cadre du débat contradictoire tenu avec l'auditorat de la Cour des comptes, il conviendrait d'en évaluer les conséquences sur ses besoins en personnel d'autant que, depuis 1998, de nouvelles missions lui ont été confiées¹¹⁵ et que les budgets engagés sont en constante augmentation pour ce qui concerne les investissements.

Le ministre estime que la Cour a utilisé une approche «statistique», alors qu'il convenait de juger chaque marché individuellement, en tenant compte des circonstances du moment. La Cour est d'avis que son analyse horizontale, basée sur une étude approfondie de chacun des marchés, permet de dégager une vue d'ensemble particulièrement adaptée à la mise en œuvre de son rôle d'information auprès du Conseil régional.

¹¹⁵ A ce titre, l'administration signale, notamment, l'ordonnance de coordination des chantiers (1998), le transfert de voiries communales (1999), la réalisation des 18 itinéraires cyclables du plan Iris (1999), l'application des arrêtés relatifs aux coordinateurs de sécurité (2001) et le plan bruit (2000).

Annexe
Réponse du ministre

TRADUCTION

GOUVERNEMENT DE LA RÉGION DE
BRUXELLES-CAPITALE

Le Ministre
des Travaux publics, des Transports
et de la Politique de santé

1050 Bruxelles, le 23 décembre 2002

Monsieur W. DUMAZY
Premier Président
Cour des comptes
Rue de la Régence, 2
1000 BRUXELLES

G2/VA30/s3/02/0292

Monsieur le Premier Président,

Objet : Audit concernant les marchés publics relatifs aux infrastructures routières.

En réponse à la lettre du 2 octobre 2002 de la Cour, référence A9-2.046.378 L1, j'ai l'honneur de communiquer à la Cour les considérations et remarques suivantes concernant son rapport du mois de septembre 2002 consacré aux marchés publics relatifs aux infrastructures routières.

Le contenu de la présente lettre vient compléter la réponse donnée à la Cour par l'administration dans le cadre du débat contradictoire et annexée au rapport d'audit.

Le présent texte doit, donc, être lu en parallèle avec la réponse précitée de l'administration.

En se référant, dans son introduction, au budget pour les années 2000 et 2001, la Cour suscite l'impression que le contrôle porte sur les marchés publics qui ont été inscrits au budget des années 2000 et 2001. Or, la majeure partie des travaux examinés concernaient des adjudications et des engagements passés en 1999 ou en 1998 et sont donc liés à la législature précédente.

Sous l'intitulé «Méthodologie et marchés examinés», la Cour s'est penchée sur 20 marchés. Il m'aurait semblé utile que, dans son rapport, la Cour mentionne la date de l'adjudication du marché et de l'engagement ainsi que celle de fin d'exécution du marché, afin d'éviter tout malentendu concernant la période dans laquelle se situent ces marchés.

Les marchés examinés concernent tous la période de transition entre deux législatures.

Les marchés «Entretien du ring, de l'E40 et de l'E411» (marché initial et deux reconductions) sont qualifiés par la Cour de marchés déterminés, alors qu'en fait, ils ont été considérés comme étant des marchés «stock (marchés à commandes)».

Le chapitre 1. «La conception du marché» appelle le commentaire suivant.

La conclusion d'un marché public sur la base d'un cahier spécial des charges de type «stock» est une façon de procéder qui, sans être explicitement prévue dans la réglementation relative aux marchés publics, tout en étant mentionnée dans la doctrine, est déjà appliquée depuis plusieurs décennies tant par les autorités

fédérales et régionales que locales. Ce type de cahier spécial des charges est généralement admis, tant dans les organismes publics que dans le monde des entreprises, comme un instrument valable, efficient et pratique qui a subi au fil des ans toute une série d'adaptations tenant compte des résultats et des litiges éventuels.

Ainsi, par le passé ont été introduits la renonciation à l'exclusivité, le montant minimum garanti des commandes, les prix unitaires forfaitaires fixes, quelles que soient les quantités exécutées par poste, les prix unitaires fixés par l'administration, etc.

En fonction de l'objet du marché «stock», une procédure d'adjudication unique permet d'éviter environ 10 à 200 procédures d'adjudication moins importantes. Si, en outre, l'application du système de la reconduction (renouvellement ou prolongation) est imposée, le nombre de procédures d'adjudication est encore diminué d'un facteur de 30 à 600 sur une période de trois ans.

La mission de base de l'administration consiste à fournir au citoyen une prestation de service rapide dans le respect des possibilités légales prévues et en limitant au minimum les tracasseries administratives. La direction régionale des voiries a pour mission d'entretenir et de moderniser de manière efficace et ininterrompue les voiries et les ouvrages d'art en effectuant le plus rapidement possible après l'obtention des permis urbanistiques toutes les interventions de nature à augmenter la sécurité routière des usagers (aménagement de ronds-points et amélioration locale des voiries, aménagement de pistes cyclables, amélioration de l'accessibilité des trottoirs et de l'intégration urbaine de zones piétonnières et des espaces verts, etc.).

Le marché «stock» est la solution par excellence pour tous ces travaux et services d'ampleur limitée (par exemple, moins de 500.000 euros) et pour lesquels les crédits prévus sont suffisants pour être intégrés dans un ensemble.

Un laps de temps de 6 à 36 mois peut s'écouler entre le début de l'étude d'un projet déterminé et le moment de sa mise en œuvre.

Les procédures complexes relatives à l'élaboration d'un projet qui sont propres à la Région de Bruxelles-Capitale (concertation avec les communes et les riverains, comité d'encadrement d'un projet, procédure d'obtention du permis de bâtir comprenant une enquête publique, avis des communes, comité de concertation, Commission des monuments et des sites, absence d'un délai obligatoire pour la délivrance du permis de bâtir, coordination avec les sociétés d'utilité publique, Commission de coordination de chantiers, qui est habilitée à reporter des chantiers annoncés, etc.) et qu'il convient de suivre avant de pouvoir entamer les travaux rendent la planification très difficile, surtout quand vient encore s'y greffer l'annualité du budget.

Si tous les projets mineurs d'entretien, de modernisation et de réaménagement devaient faire l'objet d'un marché «déterminé», il est à craindre que les crédits soient largement sous-utilisés au cours d'une année budgétaire et que l'année suivante, les crédits disponibles soient insuffisants.

En ayant recours aux marchés «stock», il est possible de permettre à l'administration de garantir, avec les moyens humains et budgétaires dont elle dispose, une gestion aussi efficace que possible du patrimoine des voiries tout en assurant une exécution constante du budget annuel, voté par le Parlement.

La Cour pose la question (dernier alinéa de la page 8) de savoir si les adjudicataires sont en mesure d'établir un prix juste indépendamment des quantités à mettre en œuvre et sans connaissance préalable des conditions d'intervention.

Elle va jusqu'à mettre en cause le bien-fondé de l'attribution du marché par le biais d'une procédure de mise en concurrence.

Ni les entrepreneurs individuels, ni les associations d'entrepreneurs n'ont, à ce jour, signalé un degré excessif d'incertitude quant aux conditions dans lesquelles les travaux doivent être effectués dans le cadre d'un marché «stock».

Les entrepreneurs routiers ont les connaissances professionnelles suffisantes pour évaluer les risques d'un tel marché. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue qu'un marché «stock» offre à l'adjudicataire une garantie de chiffre d'affaires (montant minimum garanti des commandes) pour une année entière (ou trois ans si deux reconductions ont été prévues), dont le seul effet ne peut être que d'obtenir des prix plus bas et, donc, plus avantageux.

La Cour interprète une décision du Gouvernement précédent (du 27 mai 1999) relative au cas particulier de la régularisation d'un montant de 51 millions de francs consacrés à des travaux à prix convenu, dans le sens qu'un marché «stock» et la procédure de reconduction ne pourraient être utilisés que dans des cas exceptionnels.

En tant que ministre du Budget de l'époque, j'ai été le promoteur de cette décision gouvernementale, dont une partie est reprise in extenso dans le rapport de la Cour du mois de septembre 2002 (page 10).

A cet égard, je tiens tout d'abord à faire observer qu'à aucun moment, le Gouvernement ne mentionne que la reconduction ou la prolongation sont des procédures à éviter.

Ensuite, cette décision gouvernementale ne met pas en cause le principe du marché «stock», mais bien l'exécution par l'administration, dans le cadre d'un marché «stock», de toute une série de travaux pour lesquels le bordereau de prix du marché «stock» ne prévoyait pas de prix de soumission.

Il va de soi que l'administration est toujours tenue de vérifier au préalable, premièrement, si la réalisation d'un travail déterminé dans le cadre d'un marché «stock» ne dépasse pas un montant maximum et, deuxièmement, si ces travaux peuvent être payés d'une manière économiquement justifiée et sur la base des prix unitaires figurant dans le bordereau de prix.

La Cour tente de démontrer, sur la base d'une liste de 35 marchés publics annoncés au début de la présente législature, que la décision ou la recommandation du 27 mai 1999 du Gouvernement précédent n'a pas été suivie.

Cette liste, figurant à la page 12 du rapport de la Cour, porte comme titre «Les marchés les plus récents».

Pour un lecteur occasionnel, il n'apparaît pas clairement de quelle «période récente» il s'agit. Pour éviter tout malentendu, il serait indiqué de mentionner la date du marché et de l'engagement du marché.

Sur les 35 marchés cités par la Cour, 20 sont des marchés d'entretien, 2 des marchés de services et 13 des dossiers d'investissement ou de modernisation.

Les deux marchés de services concernent le «contrôle sanitaire des arbres» et les «travaux topographiques».

Le contrôle sanitaire des arbres consiste en un certain nombre de tâches récurrentes qui se prêtent parfaitement à un marché «stock» reconductible. Il en va de même pour les mesures topographiques.

De même, les 20 marchés d'entretien cités concernent chacun une série récurrente d'interventions standardisées pour lesquelles un marché «stock» (reconductible) convient le mieux.

Il va de soi que l'entretien d'une infrastructure a un caractère récurrent. Pour chacun des 20 marchés d'entretien, la décision de conclure un marché «stock» reconductible peut être justifiée.

Sur les 13 dossiers d'investissement, cinq concernent des marchés déterminés. Sept d'entre eux, qui ont été adjugés selon le principe du marché «stock» concernent, en général, une série de modernisations (plantations, réaménagements locaux, modernisation locale des voiries) qui, en raison de leur ampleur limitée, peuvent être regroupées dans une série de marchés «stock».

Sur un total de 30 marchés «stock», un seul peut être considéré comme n'appartenant pas à cette catégorie de marchés, à savoir l'installation de fontaines.

Chaque fontaine a sa propre spécificité technique. L'installation de fontaines peut, donc, difficilement faire l'objet d'un marché «stock».

Toutes les nouvelles fontaines doivent, dès lors, faire l'objet d'une adjudication portant sur un marché déterminé.

Le nombre limité de marchés déterminés s'explique par le fait que les marchés cités se situent dans une période de transition entre deux législatures. Les travaux importants des législatures précédentes avaient déjà été réalisés, alors que les travaux importants de la législature actuelle devaient encore être entamés.

La Cour n'a pas davantage tenu compte du fait que toute une série de marchés déterminés importants qui relèvent de la compétence de mon administration s'inscrivent dans le cadre de l'accord de coopération avec l'Etat fédéral.

Je suis d'accord avec la Cour pour estimer qu'une motivation doit être donnée pour chaque reconduction. Je demanderai, dès lors, à mon administration de veiller à ce qu'une motivation de droit et de fait soit donnée pour chaque reconduction.

La fixation du montant minimum et maximum des commandes dans le cadre d'un marché «stock» est une question d'appréciation non liée à des règles.

Le montant minimum doit être fixé en fonction du volume des commandes que l'administration peut s'engager à passer.

En ce qui concerne la fixation du montant maximal, des considérations tant budgétaires que politiques peuvent la motiver.

Il est évident que l'écart entre le montant minimum et le montant maximum ne peut pas être trop élevé. L'administration a adopté cette recommandation de la Cour.

Pour les marchés de travaux, la procédure d'adjudication publique est la règle. Si l'administration souhaite appliquer une autre procédure, elle doit justifier cette décision.

C'est en application de cette règle de base que le premier nouveau marché public d'entretien du ring (marché B1/1017) de la présente législature a été attribué par adjudication publique.

Pour ce qui est du délai de validité de l'offre (3.1), la Cour argumente que les longs délais d'engagement accordés par l'administration dans ses cahiers des charges augmentent le risque encouru par l'entrepreneur et sont, par conséquent, susceptibles de peser défavorablement sur les prix. La Cour n'apporte aucune preuve de cette affirmation. A cet égard, elle omet le fait que les augmentations éventuelles des prix sur le marché de la construction sont automatiquement prises en compte par le biais de la clause de révision des prix qui prend effet à la date de l'adjudication. Cette procédure protège l'entrepreneur contre le risque

d'une augmentation imprévue des prix au cours du délai d'engagement «prolongé». Il est, donc, plus qu'improbable qu'une longue période de validité des offres ait une influence négative sur les prix de soumission.

Au point 3.3 «Ordres de stater et de recommencer les travaux», la Cour constate que les interruptions des travaux imposées dans le cadre des marchés étudiés n'ont pas entraîné d'indemnités, mais qu'elles constituent une des causes des délais d'exécution excessivement longs de certains chantiers. A cet égard, il convient de souligner que les délais d'exécution contractuels ont été suspendus au cours de l'interruption. Il ne faut pas confondre ce délai d'exécution contractuel avec la durée réelle du chantier.

Au point 3.4 «Intérêts de retard», la Cour fait état de problèmes, autres que structurels, de paiement d'intérêts de retard en raison de l'utilisation de crédits non dissociés pour financer des marchés d'entretien. A la suite de l'observation de la Cour, les crédits consacrés à l'entretien des voiries ont été inscrits en crédits dissociés dans le budget pour l'année 2003.

Au point 3.5 «Modification aux entreprises», la Cour souligne que toute modification est susceptible d'énervier le principe d'égalité des soumissionnaires. Il faut, toutefois, considérer que le principe d'égalité n'est violé que si l'autorité prend des décisions ou apporte des modifications après adjudication en fonction de l'entrepreneur même.

Le principe d'égalité des soumissionnaires n'entraîne pas une interdiction d'apporter des modifications en cours d'exécution du marché, pour autant qu'elles le soient indépendamment de l'entrepreneur ou qu'elles l'auraient été de la même manière pour n'importe quel entrepreneur.

Les modifications et les changements de scénario du déroulement d'un marché public relatif à l'infrastructure routière sont un facteur inéluctable. Il est impossible de tout prévoir.

Les modifications importantes peuvent découler de facteurs externes à la relation entre l'entrepreneur et le pouvoir adjudicateur. Ainsi, les communes et la police, qui n'interviennent pas en tant que parties contractantes, peuvent imposer, en cours d'exécution, des conditions qui ne figurent pas dans le cahier spécial des charges, mais que doivent néanmoins respecter et l'entrepreneur et le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, il peut s'avérer nécessaire d'exécuter des travaux imprévus. C'est, notamment, le cas lorsqu'il faut exhumer et démolir des massifs souterrains non spécifiés, découverts au cours d'excavations.

La Cour interprète la notion d'«égalité des soumissionnaires» autrement que ne l'a entendu le législateur. Ce dernier a expressément confié au pouvoir adjudicateur le pouvoir d'apporter des modifications en cours d'exécution du contrat.

L'interprétation au sens strict du principe d'égalité des soumissionnaires telle que la préconise la Cour signifierait que la conclusion d'un contrat de gré à gré serait un acte illégal. En effet, dans le cadre d'une procédure négociée, l'adjudicateur peut, après avoir choisi un contractant, négocier en toute indépendance un contrat dont les dispositions n'ont pas été communiquées au préalable à tous les concurrents. Or, il s'agit là de l'essence même de la procédure négociée, qui est parfaitement légale.

L'application du principe d'égalité suggérée par la Cour entraînerait une paralysie complète des services d'exécution des travaux publics, tels que la direction des Voiries de l'A.E.D., l'administration de l'Équipement et des Déplacements.

En ce qui concerne la méthodologie utilisée par la Cour dans le chapitre 4 «Conformité de l'exécution des marchés aux prévisions contractuelles initiales», les considérations suivantes peuvent être formulées.

La Cour a appliqué le calcul du taux de déviation à certains marchés déterminés ainsi qu'à plusieurs marchés «stock» qui, selon la Cour, auraient dû être établis comme un marché déterminé.

Il n'apparaît pas clairement quel critère la Cour a retenu pour définir cette dernière catégorie de marché.

La réparation des ouvrages d'art est aussi aléatoire que la réparation de dégâts d'accidents; or le premier marché a été soumis à un examen du taux de déviation et non le deuxième.

Considérer un marché comme un marché «stock» a pour effet que le métré était de nature fictive et servait uniquement à permettre de comparer les offres des soumissionnaires. Les quantités reprises dans les métrés ne correspondent, dès lors, pas à un projet déterminé ni à la somme de certains projets déterminés.

Il ne faut pas oublier que la proportion des quantités initiales des différents postes du métré initial d'un marché «stock» ne peut jamais correspondre à la proportion des quantités exécutées à la fin du marché. La raison en est simple. Le métré d'un marché «stock» se compose de quantités statistiques déterminées sur la base de l'expérience acquise lors de travaux précédents auxquelles vient s'ajouter une série de postes d'exécution à quantités très faibles n'intervenant pas si fréquemment (par exemple, une fois tous les trois ans). De cette manière, l'administration essaie de limiter, au cours de l'exécution, le nombre de prix convenus outre les métrés initiaux.

Le montant total du bordereau «fictif» du marché étant une approximation du montant final de l'adjudication, les quantités des postes qui risquent d'intervenir souvent au cours de l'exécution seront sous-estimées alors que les quantités des postes qui n'interviendront que rarement seront surestimées.

Il n'est, dès lors, pas étonnant qu'entre la moitié et un tiers des postes figurant dans le métré initial ne soient pas utilisés.

Une amélioration que pourrait apporter l'administration consisterait à mieux pondérer les postes fréquemment utilisés. Ainsi, elle pourrait, par exemple, indiquer, pour l'estimation «fictive» initiale, un montant supérieur au montant maximum du marché, ce qui permettrait plus de latitude pour les postes fréquemment utilisés.

Le métré des marchés «stock» ne correspondant pas, par nature, à un projet déterminé, il ne se justifie guère de le soumettre à un critère qui ne serait applicable qu'à un marché déterminé.

Tant que les commandes effectuées dans le cadre d'un marché «stock» se limitent à l'utilisation des postes disponibles figurant dans le métré, et ce indépendamment de leur quantité, l'administration demeure dans les limites de l'exécution contractuelle du marché «stock».

Toutefois, je suis d'accord avec la Cour pour considérer qu'il faut exclure autant que possible les travaux soumis «à de nouveaux prix à convenir» qui ne relèvent pas des postes figurant dans le métré initial. Il me semble qu'un taux de 15% du montant total utilisé est le maximum acceptable.

Les marchés «stock» demeurent l'instrument par excellence pour réaliser des interventions rapides. Il n'est, dès lors, pas à exclure que certaines parties de l'exécution d'un marché n'aient pas été prévues dans un poste du métré, de sorte

qu'il convient de maintenir une possibilité limitée de conclure des travaux à prix à convenir.

Au point 4.3. «Conséquences», la Cour signale que la structure du marché bruxellois des travaux de la voirie est oligopolistique. Je relève que, ces dernières années, de nouveaux entrepreneurs sont apparus sur le marché bruxellois des travaux de voirie, ce qui rompt ainsi ce caractère oligopolistique. Ce phénomène est probablement lié à la diminution du nombre d'adjudications au niveau national. En période d'élections communales, les carnets de commandes des entrepreneurs routiers sont souvent saturés, ce qui a pour effet de limiter le nombre de participants locaux aux adjudications.

L'application, en règle générale, de la procédure de l'adjudication publique vise à atteindre un nombre maximum de soumissionnaires. Celle-ci conjuguée à la diminution du nombre de marchés au niveau national ont eu pour effet d'accroître le nombre d'entrepreneurs sur le marché bruxellois. On ne peut, donc, plus parler de situations oligopolistiques.

Pour vérifier la corrélation entre les prix unitaires d'un entrepreneur dans le cadre de deux marchés successifs, la Cour se base sur une série d'hypothèses.

Elle cite l'exemple de l'entretien d'ouvrages d'art. Dans son raisonnement, elle part du principe que l'entrepreneur du premier marché avait la possibilité d'introduire une offre très avantageuse, parce qu'il pouvait se prévaloir de connaissances préalables à la suite de l'exécution du premier marché et que ses concurrents ignoraient l'état du patrimoine à entretenir.

Toutefois, cette hypothèse me semble inconsidérée. La plupart des entrepreneurs qui exécutent régulièrement des travaux dans la région bruxelloise connaissent très bien l'état d'entretien de l'infrastructure routière.

La Cour part également du principe que les prix unitaires du premier marché sont les prix exacts et servent de référence de base.

Cette affirmation est dénuée de fondement. L'entrepreneur pourrait tout aussi bien constater, sur la base de l'expérience acquise lors de l'exécution du premier marché, que l'estimation de la productivité pour un poste déterminé était plus optimiste que la productivité réelle. Dans ce cas, il est normal que l'entrepreneur augmente son prix unitaire pour ce poste, afin qu'il corresponde au coût réel du travail. L'entrepreneur aurait, donc, tout autant pu n'avoir pas réalisé de bénéfice, voire subi une perte, pour le poste d'exécution concerné dans le cadre du premier marché.

Cette dernière thèse est corroborée par la constatation de la Cour même que les postes sur-exécutés du marché «stock» B1/974 (premier marché) relatif à l'entretien d'ouvrages d'art ont été moins coûteux que si ces mêmes postes avaient été exécutés aux prix unitaires proposés par le soumissionnaire classé deuxième ou à ceux estimés par l'administration.

Si le deuxième marché avait été attribué dans le cadre d'une reconduction, avec maintien, donc, des prix unitaires du premier marché, l'administration en aurait retiré un avantage financier.

Lors de la vérification du prix unitaire des postes «sur-exécutés», la Cour a omis d'examiner une donnée essentielle, à savoir la manière dont les quantités des postes sur-exécutés ont été déterminées.

Dans le cadre d'un marché «stock», le dépassement de la quantité prévue d'un poste du marché peut résulter de l'addition de quantités plus petites exécutées dans le cadre d'une série de commandes indépendantes. En pareil cas, il n'y a pas

d'économies d'échelle pour l'entrepreneur, parce que chaque commande doit être considérée individuellement. L'économie du marché n'est, donc, pas nécessairement perturbée par un dépassement cumulé de la quantité initiale, lorsque celui-ci résulte de l'addition d'une série de quantités plus petites exécutées individuellement. Il convient encore d'examiner, par commande, le nombre de phases indépendantes qu'a nécessité l'exécution du travail et de la quantité concernée, par poste. Le fractionnement de la quantité dépassée d'un poste de l'état final en plusieurs quantités exécutées isolément est nécessaire pour avoir une idée exacte de l'avantage éventuel et, souvent aussi, du désavantage subi par l'entrepreneur.

La Cour n'a pas tenu compte de ce facteur important lorsqu'elle a formulé son commentaire critique et ses conclusions générales.

En conclusion générale, nous estimons que la Cour a réalisé une analyse très détaillée et approfondie des marchés publics relatifs aux infrastructures routières conclus dans la période allant de janvier 1999 à juin 2000.

Le rapport contient de nombreux éléments précieux et intéressants au sujet du traitement des travaux de voirie par l'administration régionale.

Un certain nombre d'études de cas, de suggestions et de données statistiques contenues dans ce rapport ont permis à l'administration d'évaluer ses propres méthodes de travail en faisant preuve d'une réserve objective.

Les différents contacts entre la Cour et l'administration régionale ainsi que l'audit contradictoire ont incité l'administration à aborder certaines procédures évidentes avec la prudence nécessaire.

Le rapport de la Cour démontre que, lorsqu'elle pose ses actes, l'administration doit toujours veiller à ce que ceux-ci résultent d'un choix délibéré qui doit se fonder obligatoirement non seulement sur une motivation de droit mais aussi de fait.

Le nombre important de changements et de revirements de tendance constatés lors de l'élaboration des cahiers spéciaux des charges montre que ce rapport a engendré un état d'esprit empreint de réflexion et de dynamisme.

Par ailleurs, il ressort des réactions de l'administration figurant dans une annexe au rapport de la Cour et des compléments aux commentaires de l'administration repris dans la présente lettre que cette dernière ne partage pas toutes les interprétations et conclusions de la Cour.

Ainsi, elle estime fondamentalement que la Cour ne tient pas compte de la mission qu'a l'administration de garantir au citoyen une prestation de service rapide et efficace. Celle-ci consiste pour la direction des Voiries à entretenir correctement et à réaliser les investissements nécessaires en matière d'infrastructure routière. En outre, il ne faut pas perdre de vue l'évolution en cours, à savoir l'exécution de projets à petite échelle plutôt que grands travaux d'investissement, comme auparavant.

En raison de l'annualité du budget, les objectifs du Gouvernement en matière d'infrastructure routière ont été transposés dans des programmes annuels.

L'administration ne dispose, donc, que d'un laps de temps limité pour réaliser ses objectifs. Il est, dès lors, de la plus haute importance que l'administration utilise les moyens les plus appropriés pour obtenir le plus haut rendement lorsqu'elle réalise ses programmes annuels.

Un de ces moyens est le marché «stock» ou «à commandes». Il convient naturellement de peser les avantages et les inconvénients du recours au marché «stock». C'est là une question d'appréciation.

La majeure partie des moyens budgétaires prévus pour l'infrastructure routière concerne l'entretien récurrent et la modernisation de l'infrastructure routière. En outre, une partie importante des crédits d'investissement est réservée à de nombreuses interventions locales d'ampleur limitée destinées à améliorer la sécurité routière et la qualité de vie, à aménager des pistes cyclables, etc.

Cette décision résulte d'un choix politique délibéré. Dans la pratique, ce choix donne inévitablement lieu à une utilisation accrue des marchés «stock».

Toutefois, en 2002, la part des marchés déterminés dans le montant total des marchés de travaux relatifs à l'infrastructure routière s'élève à environ 18,98 millions d'euros (soit 765,6 millions de francs). Il s'agit d'une augmentation substantielle du nombre de marchés déterminés par rapport au tableau figurant à la page 11 du rapport de la Cour (6,94 millions d'euros, soit 280 millions de francs sur un an et demi). Cette tendance s'inscrit dans le cadre de la demande de la Cour.

Comme il ressort des remarques de l'administration, l'approche statistique et les conclusions que la Cour estime devoir en tirer peuvent faire l'objet de critiques.

La question se pose de savoir si les marchés publics se prêtent à une étude sous l'angle statistique.

Chaque marché public a ses spécificités, un historique propre et une évolution différente.

Il n'y a pas deux marchés publics relatifs à l'infrastructure routière qui suivent pas le même cours dans le contexte complexe d'une ville-région. L'exécution de tels marchés publics est, en effet, soumise à des facteurs tant étrangers au cadre contractuel de la relation entre l'entrepreneur et le pouvoir adjudicateur que propres à l'évolution du contrat.

Il convient, donc, plutôt de juger chaque marché individuellement sur ses mérites, en tenant compte des circonstances du moment.

A cet égard, il me semble évident de citer le marché relatif au réaménagement de la Porte de Hal, exécuté au cours de la législature précédente, comme exemple de l'utilisation impropre et inappropriée d'un marché «stock».

Lors du calcul du «taux de déviation», il n'a pas été tenu compte de la manière dont les dépassements ont eu lieu. Ces chiffres doivent, dès lors, être interprétés avec la prudence qui s'impose ainsi qu'avec la réserve et la nuance nécessaires, comme le démontrent la réponse de l'administration et la présente lettre.

En conclusion, je souhaite une nouvelle fois attirer l'attention sur l'évolution favorable apparue ces derniers temps par l'arrivée d'une série de nouveaux entrepreneurs sur le marché bruxellois des travaux de la voirie, brisant ainsi son caractère oligopolistique d'il y a quelques années.

La valeur importante du rapport de la Cour réside dans le fait qu'il s'agit d'un document pouvant servir de base à un dialogue ultérieur entre la Cour des comptes et la direction des Voiries et permettant à cette dernière de poursuivre ses efforts dans le sens d'une approche critique de la méthode utilisée pour les marchés publics, et ce en vue de proposer au citoyen un service valable basé sur un emploi optimal et efficient des crédits budgétaires.

Veillez agréer, Monsieur le Premier Président, l'assurance de ma haute considération.

J. CHABERT

dépôt légal	D/2003/1128/5
imprimeur	N.V. PEETERS S.A.
adresse	Cour des comptes Rue de la Régence, 2 B-1000 Bruxelles
tél	02-551 81 11
fax	02-551 86 22
site Internet	http://www.courdescomptes.be