

Circulaire du 17 décembre 1990 (M.B. du 28.12.1990). - Marchés publics. - Avis rendus par la Commission des marchés publics.

Aux administrations de l'Etat, aux communautés, aux régions, aux provinces, aux communes et aux autres personnes de droit public soumises à la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Monsieur le Ministre,

Mesdames, Messieurs,

La Commission des marchés publics examine régulièrement, en tant qu'organe consultatif siégeant auprès de mes Services, des questions d'application et d'interprétation de la réglementation relative aux marchés publics.

En vue d'assurer une plus large diffusion à certains des avis rendus, une circulaire d'information sera publiée périodiquement au Moniteur belge à l'attention des administrations. Tel est l'objet de la présente circulaire, regroupant par thème des avis intéressants, rendus ces dernières années.

A. Loi relative aux marchés publics

et arrêté royal d'exécution

1. Articles 1er de la loi du 14 juillet 1976 et 50 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 - Etudes confiées à des géomètres-experts immobiliers.

Question : Les études confiées à des géomètres-experts immobiliers entrent-elles dans le champ de la loi ? En effet, l'article 50 de l'arrêté royal contient une énumération non exhaustive puisqu'il cite les marchés publics d'ingénierie, d'architecture, d'études et autres similaires... Dans l'affirmative, l'interdiction déontologique de procéder à des "adjudications d'honoraires" trouve-t-elle à s'appliquer ?

Avis : Après avoir constaté que les géomètres-experts sont affiliés à une fédération existant au niveau de la profession mais qu'il n'y a pas de règle déontologique légalement reconnue, la Commission estime que :

- dans la mesure où les prestations à attribuer comprennent une mission de conception, d'étude, il s'agit d'un marché public de services, même si l'adjudicataire a une qualité de géomètre-expert;

- dans ce sens, l'article 50 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics trouve également à s'appliquer.

Aucune règle ne s'oppose donc à une adjudication des honoraires des géomètres-experts, mesure dont l'opportunité est à apprécier par l'administration.

2. Article 1er de la loi du 14 juillet 1976 - Contrat d'échange - Marché public ?

Question : La question a été posée de savoir si la convention ci-après constitue un marché public ou, au contraire, une concession domaniale échappant à la loi du 14 juillet 1976 : une administration autorise un entrepreneur à surélever des terrains du domaine public au moyen de décombres et de terre provenant de démolitions et de terrassements qu'il effectue régulièrement. En contrepartie de l'avantage consistant à disposer d'un terrain de déversement, cet entrepreneur est tenu à la gratuité de cette prestation ainsi même qu'à des travaux effectués gratuitement au profit de l'administration.

Complémentairement, si cette convention était qualifiée comme marché public, ne conviendrait-il pas de faire jouer préalablement la concurrence selon une procédure ordinaire ?

Réponse : La Commission est d'avis que, dans semblable situation, des obligations contractuelles existent pour chacune des parties à la convention et que cette convention concerne un marché public de travaux, même si le prix en est négatif. Après rappel des principes d'égalité et de mise en concurrence, ce qui implique que d'autres entrepreneurs se trouvant dans la même situation auraient dû pouvoir poser leur candidature ou soumissionner, la Commission est d'avis qu'une telle prestation devrait normalement être prévue comme poste négatif dans le cahier spécial des charges d'un marché plus vaste.

A défaut, cette prestation doit faire l'objet d'une mise en concurrence spécifique avant toute passation d'un marché portant sur cet objet.

3. Article 4 de la loi du 14 juillet 1976 - Paiement du marché et transfert de propriété.

Question : Selon l'article 4 de la loi du 14 juillet 1976, aucun marché ne peut stipuler d'acompte que pour un service fait et accepté. A quel moment s'effectue le transfert de propriété en l'absence d'une clause contractuelle précise, ceci s'avérant d'une importance pratique évidente en cas de faillite de l'adjudicataire ou en cas de perte, détérioration, vol ou destruction du bien ?

Avis : La Commission est d'avis que :

- le principe du paiement après service fait et accepté contenu dans l'article 4 de la loi du 14 juillet 1976 est indépendant et distinct des problèmes du transfert de la propriété et du transfert des risques;

- pour les marchés de travaux, les règles relatives au contrat d'entreprise prévoient que le transfert de propriété des matériaux a normalement lieu au fur et à mesure de l'incorporation. Sauf disposition contractuelle contraire, les matériaux approvisionnés sur chantier mais non encore incorporés restent la propriété de l'adjudicataire. Quant au transfert des risques, il a lieu lors de la réception complète de l'ouvrage en vertu des articles 1788 et 1789 du Code civil.

- pour les marchés de fournitures, il convient de distinguer les contrats de vente des contrats d'entreprise. Pour les contrats de vente, le transfert de propriété a lieu dès la formation du contrat, pour autant que le bien soit identifiable et ce, conformément à l'article 1583 du Code civil, les risques étant transférés lors de la délivrance de la chose. S'il s'agit d'un contrat d'entreprise, la propriété et les risques ne sont transférés qu'au moment de la réception par l'administration, que ce soit dans ses propres locaux ou dans ceux de l'adjudicataire. Dans cette dernière hypothèse, la preuve de la réception se révèle particulièrement importante et ce, afin de protéger les intérêts de l'administration en cas de faillite de l'adjudicataire, notamment dans les cas où des sous-ensembles destinés à être incorporés par l'adjudicataire ont été réceptionnés et payés par l'administration mais sont restés à la disposition de l'adjudicataire. Une clause spécifique devrait donc dans ce cas être prévue dans le cahier spécial des charges.

4. Articles 11 de la loi du 14 juillet 1976 et 39 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 - Adjudication restreinte - Association momentanée formée d'un entrepreneur ou fournisseur consulté et d'un non-consulté.

Question : L'administration peut-elle accepter, dans une adjudication restreinte, l'offre déposée par une association momentanée constituée d'un entrepreneur ou fournisseur consulté et d'un non-consulté ? La réponse serait-elle différente dans le cas où l'entrepreneur ou fournisseur consulté se révélerait insuffisamment agréé et s'associerait momentanément avec un non-consulté dûment agréé afin de soumissionner ?

Avis : L'article 11 de la loi prévoit qu'en adjudication restreinte, l'administration consulte les entrepreneurs de son choix et que seuls les entrepreneurs consultés sont autorisés à remettre une soumission. Dans ce sens également, l'article 39 de l'arrêté royal confirme que l'appel à la concurrence est envoyé aux entrepreneurs et fournisseurs choisis par l'administration.

Selon la Commission, dans l'état actuel des textes légaux et réglementaires, la réponse aux questions posées doit être négative, sauf si l'administration a expressément autorisé, dans le cahier spécial des charges, le dépôt de soumissions par des associations momentanées formées d'un consulté et d'un non-consulté. Il en va évidemment de même en ce qui concerne l'appel d'offres restreint.

5. Articles 25, 35 et 44 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 - Durée de validité de la soumission en appel d'offres - Dérogation au cahier spécial des charges.

Question : Lorsque dans une procédure d'appel d'offres relative à un marché de fournitures, une soumission mentionne une durée de validité inférieure à celle expressément stipulée dans le cahier spécial des charges, doit-elle être ou non considérée comme substantiellement irrégulière ?

Complémentaire, il est demandé si l'administration pourrait en se référant à l'article 44, alinéa 5 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, prendre contact avec le soumissionnaire en vue de mettre ce délai en concordance avec celui spécifié dans le cahier spécial des charges.

Avis : La Commission estime que la dérogation incriminée constitue une irrégularité substantielle. En l'espèce en effet, le cahier spécial des charges n'autorisait pas la stipulation d'un autre délai. Dès lors, le soumissionnaire ne pouvait se prévaloir de la règle de l'article 35, § 2 selon laquelle, dans les marchés de fournitures, les soumissionnaires peuvent fixer eux-mêmes le délai pendant lequel leur offre sera maintenue, mais uniquement si le cahier spécial des charges le permet.

Par ailleurs, l'administration ne pourrait prendre contact avec le soumissionnaire afin de mettre le délai en concordance avec l'exigence du cahier spécial des charges, ceci constituant non une clarification de l'offre mais une modification de celle-ci, ce qui est prohibé.

B. Cahier général des charges

6. Articles 5 et sv. et 28 du cahier général des charges - Constitution du cautionnement et ordre de commencer les travaux.

Question : La pratique administrative consiste souvent en ce qu'une demande de constitution de cautionnement est transmise à l'adjudicataire lors de la notification de l'approbation de son offre. Or, sur la base de l'article 5, § 1er du cahier général des charges, s'agit-il là d'une obligation pour l'administration ? D'autre part, en vertu de l'article 5, § 3, l'adjudicataire est-il tenu de remettre la preuve de la constitution dans les 30 jours de la notification de l'approbation de l'offre, et ceci dans l'hypothèse ci-après :

- l'administration n'a pas demandé la constitution du cautionnement exigé, parce que, par exemple, l'ordre de commencer les travaux n'a pu être donné dans le délai fixé par l'article 28, § 1er du même cahier général des charges;

- seul un prix de base pour un tel bâtiment à construire a été accepté lors de la notification, le montant total du contrat ne pouvant être déterminé à ce moment. Il s'agit en effet de la construction de bâtiments préfabriqués pour lesquels seul un prix de soumission d'une réalisation non localisée peut être obtenu lors de l'appel à la concurrence. Un calcul de régularisation doit intervenir lors de chaque exécution selon que telle ou telle des diverses variantes imposées aura été mise en oeuvre en fonction, par exemple, des facteurs géotechniques locaux ou des prescriptions urbanistiques.

Avis : En réponse à ces questions, la Commission est d'avis que :

- en vertu des articles 5 et 6 du cahier général des charges, il appartient à l'adjudicataire, sous peine des sanctions prévues à l'article 6, de produire la preuve de la constitution du cautionnement, sans mise en demeure de l'administration, dans les 30 jours de calendrier suivant le jour de la notification de l'approbation de sa soumission;

- le montant servant de base pour le calcul du cautionnement est celui normalement mentionné par l'administration dans sa lettre de notification;

- en présence d'un "marché-stock", le cautionnement pour chacune des prestations se conçoit non pas dès la conclusion de ce "marché-stock", mais pour chaque commande qui, pour l'application des règles sur le cautionnement, constitue un marché distinct;

- les dispositions relatives à la constitution du cautionnement sont distinctes de celles ayant trait à l'ordre de commencer les travaux, les premières n'ayant pas automatiquement d'incidence sur les secondes, l'administration pouvant donc, le cas échéant, donner l'ordre de commencer les travaux dans les délais fixés à l'article 28 du cahier général des charges.

7. Articles 7, 9, 30, 43, 47 et 48 du cahier général des charges - Réception des travaux et droit de l'administration sur le cautionnement.

Question : Des dégâts parfois importants peuvent être causés en cours d'exécution de travaux aux installations de l'administration adjudicatrice ou à celles de tiers. Dans la plupart des cas, des manquements graves aux obligations énoncées à l'article 30 du cahier général des charges sont relevés à charge de l'adjudicataire et sont constatés par un procès-verbal en application de l'article 47 du même cahier général des charges.

Les litiges en découlant portent parfois sur des sommes très importantes et requièrent de longues procédures en justice, de sorte que la responsabilité des faits n'est établie qu'après le prononcé de la réception du marché. Par cet acte de réception, l'administration atteste non seulement que les travaux ont été effectués conformément aux règles de l'art et de la bonne construction mais également que l'adjudicataire a satisfait aux clauses et conditions du marché. Une certaine jurisprudence est défavorable à l'administration lorsque cette dernière ne fait pas état des manquements constatés lors de la réception provisoire. N'est-il dès lors pas souhaitable que dans les procès-verbaux de réception des marchés litigieux soient également mentionnés les manquements aux obligations contractuelles ?

Avis : Selon la Commission :

- l'opération de réception, provisoire ou définitive, a trait à la qualité des travaux adjugés, c'est-à-dire aux exigences techniques contractuelles prévues pour ces travaux;

- la rigueur doit prévaloir dans la mise en oeuvre de cette réception; en effet, d'autres dispositions du cahier général des charges prévoient l'application de sanctions pour l'irrespect d'obligations contractuelles non spécifiquement liées à la qualité des travaux adjugés, irrespect constaté par procès-verbal (articles 47 et 48 par exemple);

- la réception provisoire ou définitive n'a pas d'effet à l'égard des tiers et ne porte donc pas atteinte au droit des tiers de réclamer la réparation de dommages qu'ils auraient subis à la suite de l'exécution des travaux;

- si un litige ayant trait à un dommage existe au moment d'effectuer la réception provisoire, l'administration a la faculté de prononcer celle-ci en mentionnant une clause de réserve sur ce point afin que les droits respectifs des parties soient sauvegardés;

- quant au cautionnement, l'article 7, § 1er du cahier général des charges précise les cas dans lesquels il peut y avoir prélèvement sur le cautionnement à savoir en cas de retard ou d'inexécution totale ou partielle du marché. L'article 30, § 2 du même cahier général des charges se réfère quant à lui à l'obligation générale de prudence sanctionnée par la responsabilité quasi délictuelle de l'article 1382 du Code civil. Ce n'est que dans la mesure où des obligations précises et concrètes en cette matière seraient spécifiées dans le cahier spécial des charges que cette responsabilité trouverait une base contractuelle permettant dès lors la mise en oeuvre de ce chef des saisies sur le cautionnement.

8. Articles 15, § 4 et 16 du cahier général des charges - Intérêts de retard et réparation d'un préjudice distinct.

Question : La question est soulevée de savoir si le texte de l'article 15, § 4 du cahier général des charges, relatif à l'octroi d'intérêts de retard, n'exclut pas le jeu de l'article 16, si l'adjudicataire estime que son préjudice n'est pas couvert par le paiement de ces intérêts.

Avis : La Commission estime que la disposition de l'article 15 n'exclut pas le jeu de l'article 16, ni celui du droit commun en cas de dol ou de faute lourde, pour autant qu'il s'agisse d'un préjudice distinct de celui réparé par l'octroi d'intérêts de retard.

9. Article 15, § 6 du cahier général des charges - Interruption par l'adjudicataire pour non-paiements.

Question : L'article 15, § 6 du cahier général des charges permet à l'adjudicataire non payé dans le délai y déterminé d'interrompre l'exécution du marché ou d'en réduire le rythme. Celui-ci peut également demander une prolongation de délai et une indemnisation.

Il paraît généralement admis que cette disposition par laquelle une partie se rend elle-même justice a un caractère exceptionnel et doit être utilisée avec la plus grande prudence afin d'éviter des abus.

Par ailleurs, l'article 1254 du Code civil spécifie que le paiement partiel d'une dette en capital et en intérêts peut être imputée d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital.

L'adjudicataire qui se prévaut de l'article 1254 du Code civil est-il fondé à revendiquer l'application de l'article 15, § 6 du cahier général des charges, pour les soldes d'états d'avancement restant impayés après application de l'article 1254 du Code civil ?

Avis : La Commission estime qu'un adjudicataire impayé est fondé à revendiquer l'application de l'article 15, § 6 du cahier général des charges pour les soldes d'états d'avancement impayés. La Commission souligne toutefois que l'exception d'inexé-

tion doit être utilisée avec prudence et discernement et ne peut être invoquée pour le paiement de sommes minimales, eu égard à l'importance du marché et à la grandeur de la firme considérée.

10. Article 28, § 1er, 2° du cahier général des charges - Délai d'exécution exprimé en jours ouvrables - Jours de repos compensatoires.

Question : Les jours de repos compensatoires imposés légalement sont-ils à considérer comme constituant des jours non-ouvrables au sens de l'article 28, § 1er, 2° du cahier général des charges ?

Avis : Selon la Commission, dans le cadre de la réduction de la durée du travail dans la construction, l'arrêté royal n° 213 du 26 septembre 1983 a notamment imposé collectivement des jours de repos compensatoire aux entreprises ressortissant de la Commission paritaire de la construction. Il n'est dès lors pas douteux que ces jours doivent être considérés comme non-ouvrables au sens de l'article 28 du cahier général des charges, les entrepreneurs ne pouvant faire travailler du personnel pendant ces jours. Ceci ne vaut évidemment pas pour les périodes de récupération résultant de la prestation d'heures supplémentaires.

11. Article 38 du cahier général des charges - Assurance de la responsabilité de l'entrepreneur adjudicataire.

Question : L'article 38, alinéa 1er du cahier général des charges impose à l'entrepreneur d'assurer sa responsabilité en matière d'accidents du travail ainsi que sa responsabilité civile en cas d'accidents survenant à des tiers par le fait des travaux. Cet article est rédigé en des termes généraux et ne mentionne aucune restriction à cette obligation de s'assurer. Or, les polices d'assurance comportent habituellement un certain nombre de clauses d'exclusion et de déchéance. Les questions suivantes ont dès lors été posées :

- l'administration a-t-elle le droit d'exiger, en se basant sur l'article 38, que l'entrepreneur souscrive une police sans clauses d'exclusion ou de déchéance contractuelle ou bien doit-elle se satisfaire d'une police répondant aux conditions normales du marché de l'assurance ?

- dans cette dernière hypothèse, ne conviendrait-il pas d'énumérer limitativement les clauses d'exclusion ou de déchéance, afin de mettre les soumissionnaires sur pied d'égalité ?

- ne conviendrait-il pas de prévoir à l'article 38 le principe de l'inopposabilité aux tiers lésés des clauses d'exclusion et de déchéance figurant dans la police souscrite par l'entrepreneur ?

Avis : La position de la Commission se résume comme suit :

- l'article 38 du cahier général des charges prévoit que l'entrepreneur doit présenter dans les quinze jours de la notification de l'approbation de la soumission une police d'assurance couvrant sa responsabilité civile en cas d'accidents survenant à des tiers par le fait des travaux;

- tenant compte des travaux considérés, cette police doit donc couvrir les risques normaux en résultant et peut prévoir les clauses d'exclusion et de déchéance normalement appliquées pour ces travaux;

- l'administration peut toutefois exiger une couverture de tous les risques si elle l'estime utile et il importe dans ce cas de le préciser clairement dans le cahier spécial des charges afin d'éviter les spéculations et la rupture de l'égalité entre les soumissionnaires. Cette exigence de couverture de tous les risques résulte de l'application

même du cahier général des charges et n'est donc pas une dérogation à celui-ci. Elle doit cependant rester exceptionnelle car une telle couverture s'avère coûteuse pour l'administration;

- enfin, il n'est pas possible de prévoir dans l'article 38 le principe de l'inopposabilité aux tiers lésés des clauses d'exclusion ou de déchéance figurant éventuellement dans la police souscrite par l'entrepreneur, une telle disposition devant être spécifiée dans une loi.

12. Marchés à prix global forfaitaire.

Question : L'administration a attribué un marché à la suite d'un appel d'offres restreint, ledit marché étant à prix global forfaitaire. L'article 15 du cahier spécial des charges précisait notamment :

"Tout matériel devant faire l'objet d'une réception technique préalable en usine n'est porté en fourniture à un état d'avancement qu'après cette réception et pour autant, bien entendu, que ces essais et vérifications soient satisfaisants .

Tout matériel non repris au § ci-avant, n'est porté en fourniture à un état d'avancement qu'après son approvisionnement au chantier et pour autant, bien entendu, qu'il soit conforme aux prescriptions des documents contractuels.

Les postes ne comportant que des fournitures sont portés en compte au moment où le maître de l'ouvrage en prend possession.

Les travaux de montage des équipements sont portés aux états d'avancement mensuels au fur et à mesure de leur exécution."

Or, l'adjudicataire a annexé à sa soumission un métré globalisant au niveau des prix et pour les postes concernés, la fourniture et le montage. Ultérieurement, cet adjudicataire a proposé de ventiler le paiement de ces postes suivant la distinction entre "fournitures" et "montage sur site".

Cette demande peut-elle être considérée comme étant une application de l'article 15 du cahier spécial des charges, lequel contient une distinction ayant une incidence sur les délais de paiement ou, au contraire, la globalisation dans la soumission de l'adjudicataire a-t-elle pour effet de ne permettre le paiement qu'au terme du délai courant à partir du montage sur site ?

Avis : La Commission est d'avis que l'administration a la faculté de donner suite à la demande de ventilation des prix présentée par l'adjudicataire, cette solution correspondant d'ailleurs à ce qui a été voulu dans les dispositions du cahier spécial des charges lui-même.

Cette réponse ne vaut cependant que pour autant que le fait de remettre un prix global n'a pas été un élément d'attribution du marché dans la procédure d'appel d'offres visée.

Bruxelles, le 17 décembre 1990.

Le Premier Ministre,

W. MARTENS