

Construction du nouveau siège de l'Otan - rapport à mi-parcours

En 2004, l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (Otan) a chargé la Belgique de gérer en son nom le projet de construction de son nouveau siège permanent à Evere. La Belgique a signé à cet effet un mémorandum d'entente avec l'Otan le 8 décembre 2004. Ce mémorandum fixe les responsabilités et engagements mutuels, répartit les tâches et établit méthodes de travail et procédures de financement.

Dès 2006, la Cour des comptes a établi un plan d'audit global pluriannuel. Ce plan prévoyait de faire rapport au début du projet, à mi-parcours de la construction et au terme de celle-ci. Ce rapport d'audit est le rapport prévu à mi-parcours. Il examine les conventions d'indemnisation conclues entre la Défense et l'entrepreneur principal, les avances octroyées aux sous-traitants, les litiges concernant l'exécution des marchés, l'avancement des travaux et les perspectives budgétaires.

Le marché principal de travaux (construction de cinq bâtiments et aménagement des abords) a été notifié à l'entrepreneur BAM Alliance le 25 juin 2010 pour 457,6 millions d'euros.

En janvier 2014, le rythme des travaux suivait l'échéancier convenu entre BAM Alliance et l'équipe de gestion du projet (PMT). BAM avait néanmoins quatre mois de retard par rapport à la courbe initiale d'avancement des travaux. Ce retard correspondait à la prolongation de délai accordée par la Défense dans une première convention d'indemnisation.

Cette convention du 23 octobre 2012 accordait aussi à BAM 13,0 millions d'euros d'indemnités suite aux perturbations qui ont retardé l'avancement des travaux (événements imprévisibles, problème de qualité des cahiers des charges, modifications sollicitées par l'Otan...). La responsabilité de la Belgique n'est toutefois pas engagée, puisqu'elle a une obligation de moyens et non de résultat. L'Otan a du reste été régulièrement informée de l'état des négociations entre l'équipe PMT et BAM. Cependant, l'importance des modifications apportées au projet à sa demande (Change Requests) ne peut qu'entraîner des surcoûts et des délais supplémentaires.

En novembre et décembre 2013, BAM a présenté de nouvelles demandes d'indemnisation qui ont conduit à une transaction provisoire le 24 mars 2014. Malgré son caractère provisoire, un retour en arrière semble impossible. La transaction prévoit en effet de payer à l'entrepreneur un incontestablement dû de 10,4 millions d'euros. Outre une prolongation suite aux intempéries de l'hiver 2012-2013, elle prolonge aussi le délai d'exécution du marché de quatre mois et demi. En outre, suite à cette transaction, nombre de postes à prix global du marché principal deviendront de fait des postes à quantités présumées.

L'adaptation des calendriers suite à la première convention a créé un besoin de préfinancement chez divers sous-traitants. Le PMT a dès lors accepté de leur octroyer des avances pour prévenir les dommages qui résulteraient de cet étalement des travaux.

Bien que les avances soient en principe interdites, leur octroi peut être accepté dans ce cas, car elles préviennent un dommage plus grand que le pouvoir adjudicateur devrait de toute façon indemniser. De plus, les conditions de leur octroi (préfinancement, garantie bancaire, limitation des avances à moins de 50 % du montant initial du marché, récupération à mesure de l'avancement des travaux) sont celles prévues en droit belge. Toutefois, ce dernier ne s'applique pas de plein droit à ce marché. Il a en effet été passé en vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Vu les demandes d'indemnisation que BAM et ses sous-traitants ont introduites fin 2013, l'augmentation de 14,7 millions d'euros des sommes destinées à couvrir les imprévus pourrait être insuffisante.

Dans le cadre de la procédure contradictoire, la Cour a envoyé son avant-projet de rapport au chef de la Défense. Elle a intégré les précisions fournies par ce dernier dans le projet de rapport qu'elle a adressé au ministre de la Défense. La Cour n'a pas obtenu de réponse de sa part.

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre 1	5
Introduction	5
1.1 Chronologie du projet de construction	5
1.2 Audit de la Cour des comptes	6
1.2.1 Conclusions des rapports précédents	6
1.2.2 Méthode d'audit et procédure contradictoire	7
Chapitre 2	9
Examen du marché de travaux	9
2.1 Convention d'indemnisation entre la Défense et l'entrepreneur	9
2.1.1 Historique de l'indemnité	9
2.1.2 Contenu de l'indemnité	10
2.1.3 Causes de l'indemnisation	11
2.1.4 Répartition des responsabilités	12
2.1.4.1 Relations entre l'équipe de gestion du projet et l'entrepreneur	12
2.1.4.2 Relations Belgique-Otan	13
2.1.5 Accord de l'Otan sur la convention	14
2.2 Avances en faveur des sous-traitants de l'entrepreneur	15
Chapitre 3	17
Examen des autres marchés	17
Chapitre 4	18
Litiges concernant l'exécution des marchés	18
4.1 Bureaux d'études ou de contrôle	18
4.2 BAM Alliance et ses sous-traitants	18
4.2.1 Litiges en cours en avril 2013	18
4.2.2 Nouvelles demandes d'indemnités	19
4.2.3 Transaction provisoire du 24 mars 2014	20
4.3 Analyse juridique	21
4.3.1 Quant aux délais	21
4.3.2 Quant aux prix	21
4.3.3 Quant aux pouvoirs de l'administration adjudicatrice	23



Chapitre 5	25
Avancement des travaux et perspectives budgétaires	25
5.1 Avancement du marché avec BAM Alliance	25
5.2 Avancement des autres marchés	27
5.3 Perspectives budgétaires	29
Chapitre 6	30
Conclusions	30
6.1 Convention d'indemnisation	30
6.2 Avances aux sous-traitants de l'entrepreneur	30
6.3 Rythme des travaux	31
6.4 Perspectives budgétaires	31

CHAPITRE 1

Introduction

1.1 Chronologie du projet de construction

En 2002, la Belgique octroie à l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (Otan) la concession du terrain destiné à la construction de son nouveau siège permanent à Evere. Le consortium de bureaux d'études Som-Assar remporte le concours international d'architecture pour la conception du projet en 2003. En 2004, l'Otan charge la Belgique de gérer le projet de construction en son nom.

À cet effet, la Belgique signe un mémorandum d'entente (*Memorandum of Understanding*) avec l'Otan le 8 décembre 2004. Ce mémorandum fixe les responsabilités de l'État belge vis-à-vis de l'Otan, les engagements mutuels, répartit les tâches et établit les méthodes de travail et les procédures de financement.

Le 17 décembre 2004, le ministre de la Défense signe le contrat d'études architecturales avec le consortium Som-Assar. Ce contrat fixe les clauses administratives et techniques des études qui doivent conduire à l'attribution du marché.

Les études débutent en janvier 2005. Les travaux de démolition de l'ancienne base de la force aérienne « Quartier Roi Albert I^{er} » commencent début mai 2007 pour se terminer en juin 2008.

Une équipe de gestion du projet (*Project Management Team* – PMT) est créée pour mener le projet à bien. Elle se compose en grande partie de personnel issu de la section Infrastructure (MR C&I-1) de la Défense. Elle doit compter, au plus fort du chantier, 32 personnes.

Les frais de fonctionnement de ce PMT sont couverts par les dépenses administratives nationales (DAN), qui sont payées par l'Otan et s'élèvent à 3 % du coût réel du projet. Il s'agit du pourcentage généralement accordé pour l'exécution de projets d'investissement de l'Otan par les pays hôtes.

Les études architecturales se déroulent en cinq phases :

- phase A : esquisses, établissement du planning, estimation du budget et des coûts ;
- phase B : avant-projet (études sommaires) ;
- phase C : projet (études détaillées) ;
- phase D : analyse des offres et attribution du marché ;
- phase E : suivi et analyses techniques après attribution du marché de construction (en cours depuis l'attribution du marché).

Une décision motivée du ministre de la Défense du 25 juin 2010, notifiée le même jour, attribue le marché (7PA003) à la société momentanée BAM Alliance (aussi dénommée l'« entrepreneur » ci-après). Le marché regroupe les travaux relatifs à la construction de cinq



bâtiments (bâtiment principal, centre du personnel, bâtiment des infrastructures techniques et deux corps de garde) et à l'aménagement des abords.

La procédure d'attribution suivie est la procédure Otan ICB (*International Competitive Bidding*). Elle s'apparente à l'adjudication restreinte en droit belge. Ayant remis l'offre régulière la plus basse, la société momentanée BAM Alliance est logiquement retenue. Le montant de son offre est, après vérifications arithmétiques et calcul des omissions par le PMT, de 457,6 millions d'euros¹, soit un montant inférieur de plus de 182 millions d'euros aux estimations (640 millions d'euros).

La modicité de l'offre par rapport à l'estimation ne permet toutefois pas de conclure à des prix anormaux au regard des clauses administratives du marché². En effet, pour qu'un prix soit considéré comme anormal, il doit être inférieur à 85 % de la moyenne de ses concurrents, après avoir éliminé le prix le plus haut et le prix le plus bas. Cette moyenne était de 509,4 millions d'euros et l'offre de BAM était supérieure à 85 % de ce montant.

Un engagement budgétaire de 535,0 millions d'euros a été pris, dont 22,9 millions d'euros (soit environ 5 %) destinés à couvrir les imprévus et 52,8 millions d'euros (soit environ 11,5 %), les révisions de prix.

Le début des travaux a été fixé au 18 octobre 2010 par le PMT. Le délai global d'exécution prévu au cahier des charges était de 57 mois-calendrier. Les travaux devaient donc être terminés pour le 17 juillet 2015 et le bâtiment transféré à l'Otan le 17 août 2015.

1.2 Audit de la Cour des comptes

Dès 2006, la Cour des comptes a établi un plan d'audit global pluriannuel pour le projet de construction du nouveau siège de l'Otan. Celui-ci prévoyait de faire rapport au début du projet, à mi-parcours de la construction et au terme de cette dernière. Le projet est suivi de manière continue et les programmes de contrôle sont actualisés périodiquement.

Ce rapport d'audit est le rapport prévu à mi-parcours de la construction.

1.2.1 Conclusions des rapports précédents

Avant la passation du marché principal de travaux, la Cour des comptes a évalué, d'octobre 2007 à avril 2008, la manière dont la Défense s'est organisée pour respecter l'ensemble de ses obligations à l'égard de l'Otan et maîtriser suffisamment les risques financiers que le projet implique pour l'État belge.

¹ Dont 26 millions d'euros pour l'aménagement des délégations nationales, sauf celles des États-Unis, du Royaume-Uni, de la France et du Canada, l'aménagement de ces quatre délégations étant directement pris en charge par ces pays.

² Texte repris de la réglementation belge et, en particulier, de l'article 110, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics qui traite des prix anormalement bas pour les marchés de travaux passés par adjudication.

Dans son rapport de 2008³, la Cour avait estimé que les accords conclus avec l'Otan et la manière dont la Défense s'était organisée pour gérer le projet offraient, à ce moment-là, assez de garanties pour limiter à un minimum les risques courus par l'État belge. La Cour avait toutefois insisté sur la nécessité de mieux surveiller le délai de paiement des factures pour éviter que des intérêts de retard incombent au Trésor belge. Le ministre de la Défense avait répondu que des procédures particulières seraient élaborées pour réduire le risque d'intérêts de retard. Il veillerait en outre à mettre à disposition du PMT les moyens nécessaires en personnel en fonction de l'évolution de la charge de travail.

En 2011, la Cour a ensuite examiné la passation et l'attribution du marché ainsi que les premiers états d'avancement des travaux. Les questions soulevées auparavant ont fait l'objet d'un suivi. La Cour a informé le ministre de la Défense⁴ que la passation du marché avec BAM Alliance n'appelait pas de remarques particulières et n'avait pas fait l'objet de recours de ses concurrents.

La Cour a cependant, au vu des enjeux financiers, rappelé la nécessité de compléter l'équipe de gestion du projet, alors composée de 29 personnes, par le personnel compétent nécessaire.

Elle a aussi attiré l'attention sur l'évolution, rapide et à la hausse, des prix qui résultent de l'application des formules de révision des prix. Cette évolution pouvait en effet rendre nécessaire un nouvel appel de fonds auprès de l'Otan. La Cour a également pris acte des mesures prises pour éviter les retards de paiement.

1.2.2 Méthode d'audit et procédure contradictoire

Après avoir réexaminé la situation, la Cour a envoyé au PMT un questionnaire portant principalement sur la convention d'indemnisation du 23 octobre 2012⁵, le rythme des travaux et les perspectives budgétaires⁶.

Pour ce qui concerne les effectifs du PMT, la Cour a vérifié s'ils avaient été complétés en fonction de l'accroissement de la charge de travail résultant de l'évolution du projet. Ils atteignent le chiffre initialement projeté de 32 personnes et le PMT estime ce nombre suffisant.

Par la suite, la Cour a posé des questions complémentaires au conseiller juridique du PMT. Elles avaient pour l'essentiel trait au régime de responsabilité et aux pouvoirs de négociation accordés à la nation hôte dans le cadre des procédures NSIP (*Nato Security Investment Program*).

³ Cour des comptes, « Ministère de la Défense nationale – Gestion du projet de construction du nouveau siège de l'Otan », 165^e Cahier, Volume I, novembre 2008, p. 586-594.

⁴ Cour des comptes, lettre du 6 avril 2011 au ministre de la Défense, référence A5-3.691.395 L1.

⁵ Voir [point 2.1](#).

⁶ Voir [chapitre 5](#).



Le 24 octobre 2013, le PMT a transmis à la Cour une actualisation (à fin septembre 2013) de l'évolution des travaux, une motivation⁷ de la décision de ne pas sanctionner le bureau d'études pour certains problèmes de qualité dans la rédaction du cahier des charges et la justification de certains postes de l'indemnité accordée en octobre 2012.

La Cour a ensuite examiné les demandes d'indemnités que BAM Alliance a introduites⁸ les 29 novembre 2013, 9 décembre 2013 et 8 janvier 2014, pour un total que la société estime à 240 millions d'euros.

Dans le cadre de la procédure contradictoire, la Cour a envoyé son avant-projet de rapport pour commentaires au chef de la Défense, avec copie au directeur du PMT, le 19 mars 2014. Elle a intégré les précisions reçues dans son projet de rapport qu'elle a adressé, avec copie au chef de la Défense, au ministre de la Défense, le 18 juillet 2014. Elle n'a pas reçu de réponse.

⁷ Voir [point 2.1.4.](#)

⁸ Voir [point 4.2.](#)

CHAPITRE 2

Examen du marché de travaux

La Cour des comptes a examiné la passation, l'engagement budgétaire et les 30 premières liquidations du marché principal (marché 7PA003) avec BAM Alliance. Cet examen l'a amenée à analyser de manière approfondie la convention d'indemnisation conclue entre la Défense et l'entrepreneur et les avances accordées aux sous-traitants de ce dernier.

2.1 Convention d'indemnisation entre la Défense et l'entrepreneur

La Défense et l'entrepreneur BAM Alliance ont signé une convention d'indemnisation et de prolongation de délai le 23 octobre 2012. Outre le paiement à BAM Alliance d'une indemnité de 13,0 millions d'euros (article 1^{er}), cette convention prévoit de prolonger le délai global d'exécution de quatre mois (article 3), ce qui reporte en principe la fin du chantier au 17 novembre 2015 et le transfert à l'Otan au 17 décembre 2015.

2.1.1 Historique de l'indemnité

En décembre 2011, BAM Alliance a introduit trois demandes pour obtenir des indemnités et des prolongations de délais :

- frais supplémentaires du sous-traitant chargé des pieux : 5,8 millions d'euros ;
- travaux perturbés par des éléments imprévus lors de l'exécution des pieux : 14,2 millions d'euros et 112 jours-calendrier ;
- chaulage et stockage des terres : 5,3 millions d'euros et un mois-calendrier.

Le pouvoir adjudicateur a rejeté ces demandes. D'une part, elles étaient insuffisamment motivées et, d'autre part, les indemnités et prolongations demandées étaient jugées excessives. En outre, un procès-verbal pour retard dans l'exécution des travaux a été dressé par le PMT.

Suite aux négociations entre le PMT et l'entrepreneur⁹, un accord global au sujet des retards et perturbations a été acquis sur la base de :

- la prise en compte des perturbations jusqu'au 30 juin 2012 ;
- la détermination des dommages en fonction d'un retard de quatre mois ;
- le paiement d'avances à des sous-traitants pour limiter l'indemnisation.

⁹ En mars et mai 2012, l'entrepreneur a proposé au PMT un nouveau calendrier prévoyant un délai supplémentaire de cinq mois et huit jours pour les perturbations antérieures au 16 février 2012 ainsi qu'une indemnisation de 28,7 millions d'euros, soit 16,6 millions d'euros pour lui-même et 12,1 millions d'euros pour ses sous-traitants. En juin 2012, le PMT a proposé un délai supplémentaire de quatre mois et huit jours à l'entrepreneur, à condition d'intégrer les modifications de l'Otan et de limiter les risques de nouveaux retards.

Une solution négociée n'a pas pu être trouvée pour un sous-traitant chargé de réaliser des pieux, car ses prétentions étaient excessives (5,8 millions d'euros, contre 0,5 à 1,0 million d'euros acceptable). Dans le cadre de la procédure judiciaire en cours entre le sous-traitant et l'entrepreneur, l'État belge, représenté par le ministre de la Défense, a été appelé en intervention et garantie.

2.1.2 Contenu de l'indemnité

L'indemnisation accordée à BAM Alliance se décompose essentiellement en trois postes¹⁰ :

- une indemnisation des préjudices des sous-traitants et fournisseurs (4,4 millions d'euros) ;
- une indemnisation des surcoûts directs de l'entrepreneur relatifs aux terrassements (838.256 euros) ;
- une indemnisation globale (7,8 millions d'euros) des frais indirects de l'entrepreneur principal pour les perturbations constatées entre le début du chantier et le 30 juin 2012.

L'indemnisation globale de ces frais indirects se répartit en quatre sous-postes :

Sous-poste 3.1

Aggravation des frais généraux de siège¹¹ : 532.082,31 euros/mois

Bien que le calcul de cette aggravation ne soit pas explicité dans la convention, le montant obtenu est proche de celui que donnerait la formule « Flamme »¹² habituellement utilisée pour calculer les frais généraux de siège (compte tenu de frais généraux d'environ 6 %).

Sous-poste 3.2

Aggravation des frais généraux de chantier : 804.923 euros/mois (appointement du personnel non productif) + 332.490 euros/mois (frais matériels)

Le personnel non productif est constitué des personnes (ouvriers de maintenance, personnel de gestion et dessinateurs d'une société sous-traitante) dont la présence est considérée comme nécessaire indépendamment du volume des travaux réalisés. Pour ces personnes, la prolongation du délai représente un coût réel que le PMT a contrôlé¹³.

¹⁰ Selon l'annexe c de la convention du 23 octobre 2012.

¹¹ Les frais généraux de siège sont les frais généraux centraux d'une entreprise dont la variation n'est pas proportionnelle au chiffre d'affaires de celle-ci.

¹² Cette formule s'écrit $I = \frac{S}{D} \times e \times n$ (avec I = montant de l'indemnité, S = montant de la soumission, D = délai contractuel, e = pourcentage de frais généraux admis et n = durée de la perturbation).

¹³ Pour le personnel de gestion et les ouvriers, un comptage journalier a été effectué et une moyenne a été établie. Le PMT a contrôlé ces prestations et le coût de chacune des personnes concernées. Pour les dessinateurs, les montants sont déterminés sur la base de factures contrôlées par le PMT.



Pour les frais matériels, les principaux surcoûts (locaux de chantier, autres frais de chantier, directive sécurité) ont été évalués proportionnellement aux prix et délais prévus à la soumission¹⁴.

Sous-poste 3.3

Perte de bénéfices (y compris perception différée) : 266.041,16 euros/mois

La perte mensuelle de bénéfice a été calculée selon une formule qui tient compte d'une marge bénéficiaire de 3 % par rapport au chiffre d'affaires et de la durée du projet¹⁵.

Ce calcul est fort proche de la formule « Flamme » précitée. Les montants sont ensuite adaptés pour tenir compte du coefficient de révision des prix et de l'intérêt sur le bénéfice retardé, ce qui porte l'estimation de la perte mensuelle à 266.041,16 euros.

Sous-poste 3.4

Perte sur le cautionnement : 7.689,6 euros/mois

2.1.3 Causes de l'indemnisation

L'analyse de la décision motivée du ministre de la Défense, à la base de la convention d'indemnisation du 23 octobre 2012, montre que l'indemnité payée à BAM Alliance a des causes multiples. Ainsi, les perturbations qui ont retardé l'avancement des travaux peuvent être imputées à :

- des événements imprévisibles (intempéries exceptionnelles de l'hiver 2010-2011¹⁶) ;
- des sujétions imprévues¹⁷ (découverte de bombes sur le site, taux d'humidité de la couche supérieure du sol, ampleur des bancs de grès et de pierres de sable sous la première couche de sol et problèmes pour définir la capacité portante des pieux de fondation vu l'hétérogénéité du sol) ;
- des faits du maître d'œuvre – l'État belge - ou du bureau d'études (anomalies et contradictions dans les plans et le cahier des charges) ;
- des modifications - dans la disposition de la moitié des bureaux, l'agencement du centre médical et la relocalisation des délégations partenaires pour la paix –

¹⁴ Par contre, les indemnités pour les installations électriques et l'électricité, les grues-tours et les grues-mobiles ont été calculées sur la base des montants facturés à l'entrepreneur. Quant au matériel divers (brouettes, camionnettes, outils...), il a été indemnisé sur une base forfaitaire de 2.000 euros par jour supplémentaire.

¹⁵
$$\frac{\text{Montant de la soumission} \times \% \text{ estimé de bénéfice} \times \text{durée d'un mois moyen en jours-calendrier}}{\text{Délai d'exécution initial en jours-calendrier}}$$

Soit, dans le cas de ce marché :
$$\frac{457.614.736,65 \times 0,03 \times 30,5}{1.733} = 241.624 \text{ euros}$$

¹⁶ Le délai étant exprimé en jours-calendrier, l'entrepreneur n'a en principe pas droit à une prolongation de délai pour raisons climatiques. Toutefois, si les aléas climatiques excèdent les prévisions normales et prennent une dimension exceptionnelle, il y a une circonstance imprévisible justifiant l'application de l'article 16, § 2, du cahier général des charges (Flamme, *Commentaire pratique*, 6^e édition, p. 360-361).

¹⁷ Les sujétions imprévues désignent les difficultés d'ordre surtout géologique ou technique qui, imprévisibles quoique préexistantes à la conclusion du contrat, en rendent l'exécution sensiblement plus onéreuse.

intervenues à la demande de l'Otan et qui ont entraîné des changements dans un millier de plans.

2.1.4 Répartition des responsabilités

2.1.4.1 Relations entre l'équipe de gestion du projet et l'entrepreneur

La législation belge sur les marchés publics ne s'applique pas au marché de construction du nouveau siège de l'Otan, car elle ne vise pas les marchés « à passer en vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale »¹⁸.

Les clauses administratives du marché principal (7PA003) rappellent ce principe¹⁹. Elles reprennent néanmoins certaines dispositions de la législation belge, et seules ces dispositions sont applicables au marché. L'article 16 du cahier général des charges figure parmi elles. Il constitue le texte de référence pour répartir les responsabilités dans la relation entre un entrepreneur et le maître d'ouvrage.

Dans la relation entre l'entrepreneur et le pouvoir adjudicateur, les perturbations liées à des événements imprévisibles ou des sujétions imprévues sont régies par l'article 16, § 2, du cahier général des charges, qui dispose que :

« L'adjudicataire n'a droit en principe à aucune modification des conditions contractuelles pour des circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger. Toutefois, l'adjudicataire peut soit demander une prolongation des délais d'exécution, soit lorsqu'il a subi un préjudice très important, demander la révision ou la résiliation du marché, se prévaloir de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires. »

Quant aux modifications des plans intervenues à la demande de l'Otan et aux perturbations dues à la qualité de rédaction des cahiers des charges, elles relèvent de l'article 16, § 1^{er}. Celui-ci dispose que :

« L'adjudicataire peut se prévaloir des carences, lenteurs ou faits quelconques qu'il impute au pouvoir adjudicateur ou à ses agents et qui lui occasionnent un retard et/ou un préjudice, en vue d'obtenir la prolongation des délais d'exécution, la révision ou la résiliation du marché et/ou des dommages-intérêts. »

La responsabilité du PMT ne peut pas être engagée pour les événements imprévisibles et les sujétions imprévues. Il n'est pas non plus responsable des retards et surcoûts dans les travaux

¹⁸ Article 3, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

¹⁹ Leur point 4.3 dispose, en son alinéa 1^{er}, que « la législation belge relative aux marchés publics n'est pas applicable au présent marché conformément à l'article 3, § 1^{er}, 3^o, de la loi 1' ».

causés par la défaillance d'un des adjudicataires²⁰ choisis dans le respect des principes des procédures NSIP²¹.

Interrogé sur les éventuelles mesures prises à l'encontre du bureau d'études suite aux problèmes de qualité du cahier des charges, le PMT a répondu qu'aucun procès-verbal de carence n'avait été établi et qu'aucune sanction n'a été prise vis-à-vis du bureau d'études en tant que rédacteur du cahier spécial des charges. Il justifie cette position par les deux éléments suivants :

- Le bureau d'études a apporté les corrections nécessaires en prenant à sa charge tous les frais qui résultaient d'erreurs ou de conflits dans les documents du marché.
- La convention couvrant une série de problèmes résolus dans leur ensemble, il est impossible de déterminer avec précision et, par conséquent, de chiffrer la part de responsabilité du bureau d'études.

2.1.4.2 Relations Belgique-Otan

La répartition des responsabilités entre la Belgique et l'Otan est définie dans le mémorandum d'entente du 8 décembre 2004.

Ce mémorandum fixe notamment les conditions générales de réalisation du projet, la répartition des tâches et les responsabilités de chacune des parties concernées (article 2, b). Dans son article 8, il précise en outre :

« Le règlement des litiges, à savoir les coûts relatifs aux procédures et à l'indemnisation des candidats, des soumissionnaires et des adjudicataires, sera financièrement assuré par l'Otan, conformément aux principes des procédures NSIP. Une coordination préalable sera faite avec l'Otan ».

Enfin, son article 17 est également consacré au problème des responsabilités :

- Point A : La Défense mettra tout en œuvre en vue de la correcte et complète exécution du projet et des marchés qu'elle conclura dans le cadre des dispositions du mémorandum.
- Point B : La Défense ne peut pas être tenue pour responsable dans une série d'hypothèses. Il s'agit soit de faits relevant de l'Otan, soit des retards et surcoûts dans les travaux causés par la défaillance d'un des adjudicataires, lorsqu'ils sont choisis dans le respect des principes des procédures NSIP.
- Point C : La Belgique n'est pas responsable de l'aménagement des délégations nationales.

²⁰ D'autant plus que le bureau d'études avait déjà été choisi par l'Otan au moment de la signature du mémorandum d'entente.

²¹ Article 17, b, (8), des procédures NSIP.

Si la responsabilité de la Défense dans la gestion du chantier était mise en cause, l'Otan devrait établir que la Défense ne s'est pas comportée en bon père de famille²².

2.1.5 Accord de l'Otan sur la convention

À l'occasion du contrôle de la Cour des comptes de 2008, le PMT avait signalé qu'il informerait l'Otan de toute évolution importante dans le calendrier ou le coût du projet. Le but était de permettre à l'Otan de valider les évolutions étape par étape, mais aussi de réduire considérablement le risque d'une mise en cause de la responsabilité du PMT.

Lors d'une réunion du 17 février 2012 avec l'Otan²³, le PMT lui a annoncé son intention de négocier une indemnisation avec l'entrepreneur sur la base d'un retard de quatre mois. Cette information figure d'ailleurs au procès-verbal de cette réunion où le PMT a également passé en revue la problématique des indemnités. La durée de la perturbation – une donnée primordiale pour calculer l'indemnité – a du reste été fixée à quatre mois dans la convention d'indemnisation du 23 octobre 2012.

Conformément à l'esprit des procédures NSIP, l'Otan n'a pas marqué de façon formelle son accord sur cette transaction²⁴. En effet, un accord final déchargeant le pays hôte ne peut intervenir qu'après la fin des travaux, l'inspection mixte de réception officielle, la réception officielle et la délivrance du certificat d'acceptation financière définitive (COFFA).

Il faut également souligner que le comité des adjoints²⁵ de l'Otan a régulièrement été informé des délais supplémentaires nécessaires ainsi que des négociations menées par le pays hôte.

La possibilité de négocier avec l'entrepreneur étant clairement prévue dans les procédures NSIP²⁶, le PMT avait autorité pour transiger dans cette affaire.

²² La faute dont la Belgique pourrait être tenue responsable se définit comme « l'acte ou l'abstention d'agir que n'aurait pas commis le 'bonus pater familias', c'est-à-dire un homme normalement prudent et diligent, considéré de manière abstraite mais replacé dans les circonstances concrètes de l'espèce ». Pierre Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 834, p. 1195.

²³ Réunion avec le *Headquarter Project Office* (HQPO) de la division Investissement du secrétariat international de l'Otan.

²⁴ La situation aurait été différente en cas de demande de fonds supplémentaires.

²⁵ Le comité des représentants permanents adjoints (*Deputy Permanent Representatives' Committee*, en abrégé DPRC) est composé des représentants permanents adjoints de chacun des pays membres. Il est présidé, selon le sujet traité, par le secrétaire général adjoint de la division concernée du secrétariat international. Il traite de questions transversales très diverses. Il peut notamment s'agir du contrôle politique et stratégique de domaines comme la politique des ressources humaines, la construction du nouveau siège de l'Otan ou de la réforme des comités.

²⁶ Dans les sections 9.5.1 à 9.5.3 du manuel NSIP ainsi qu'aux paragraphes I.1 et I.5 de l'annexe C-M (6 7) 14 à ce manuel.

Étant donné, d'une part, les informations nombreuses et continues fournies à l'Otan²⁷ et, d'autre part, le contrôle permanent que cette dernière²⁸ a exercé sur toutes les étapes du projet de construction de son nouveau siège, aucun élément ne justifie que l'Otan impute des responsabilités au pays hôte.

2.2 Avances en faveur des sous-traitants de l'entrepreneur

Comme l'adaptation des calendriers a retardé certains paiements à divers sous-traitants et ainsi créé un besoin de préfinancement chez ceux-ci, le pouvoir adjudicateur s'est engagé à payer à l'entrepreneur une avance de 19,3 millions d'euros en faveur des sous-traitants.

Cette avance sera remboursée par des retenues que le pouvoir adjudicateur effectuera auprès de l'entrepreneur en fonction de l'avancement des travaux concernés. Elle a fait l'objet d'une garantie bancaire afin de donner toutes les assurances possibles au remboursement. La convention d'indemnisation du 23 octobre 2012 prévoit en effet que l'entrepreneur présente une garantie bancaire inconditionnelle de remboursement pour le montant avancé avant son versement²⁹.

La législation belge interdit, en principe, les avances. Elle prévoit en effet qu'« aucun marché ne peut stipuler d'acompte que pour un service fait et accepté »³⁰. Cependant, « des avances peuvent être accordées suivant les conditions et les modalités déterminées par le Roi »³¹. Pour les marchés de travaux, il faut que les avances soient prévues au cahier spécial des charges et que le marché nécessite des investissements préalables de valeur considérable spécifiquement liés à son exécution. En outre, les avances ne peuvent pas dépasser 50 % du montant initial du marché et doivent faire l'objet de garanties bancaires.

Le marché de construction du nouveau siège de l'Otan présente toutefois deux particularités :

- 1) Les avances sont attribuées dans le cadre d'une convention d'indemnisation et non dans le cours normal du marché.
- 2) Conformément aux clauses administratives du marché, la législation belge relative aux marchés publics n'est pas applicable de plein droit. Certaines dispositions citées dans les clauses administratives, et uniquement celles-là, sont cependant rendues

²⁷ Au Headquarter Projet Office (HQPO) et au comité des adjoints (DPRC).

²⁸ HQPO, DPRC et IBAN (collège international des commissaires aux comptes de l'Otan).

²⁹ Article 2, dernier alinéa, de la convention d'indemnisation du 23 octobre 2012 entre la Défense et l'entrepreneur.

³⁰ Article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

³¹ Article 2 de la loi du 24 décembre 1993 et, pour les conditions et modalités des avances, article 5 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

applicables au marché. Parmi elles figure l'article qui interdit le principe des avances³², mais pas les articles qui autorisent des exceptions³³.

Vu ces deux particularités, la Cour est d'avis que ces avances à un sous-traitant peuvent être justifiées si leur octroi évite des retards, réduit l'indemnité à verser à un entrepreneur non fautif et pour autant que les conditions légales d'octroi soient respectées (garantie bancaire et préfinancement important des entrepreneurs). Leur octroi permet en effet de prévenir un dommage plus grand que le pouvoir adjudicateur devrait de toute façon indemniser.

Pour le PMT, les conditions et modalités légales d'octroi ont été respectées :

- Les avances sont destinées à couvrir les études importantes et la préfabrication (façades, toitures...) exigées par le marché³⁴.
- Les retards de calendrier enregistrés ont entraîné des paiements postposés et donc un temps de retour de ces investissements plus long que prévu au départ par les firmes. Ils ont mis ces dernières dans des difficultés financières qui auraient pu se répercuter sur le bon déroulement du projet.
- Le montant des avances (19.291.000 euros), soit 4 % de la valeur initiale du marché (457.614.766 euros), est loin d'atteindre la limite légale de 50 %.
- Les avances sont récupérées sur le paiement des états d'avancement au prorata de l'exécution des travaux concernés.
- Les avances ont fait l'objet de garanties bancaires afin de donner toutes les assurances possibles pour leur remboursement.

La Cour des comptes estime que les avances ont été dûment justifiées au regard des circonstances invoquées et des dispositions spécifiques applicables à ce marché.

³² Article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993.

³³ Article 8, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 et article 5 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

³⁴ Article 5, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

CHAPITRE 3

Examen des autres marchés

Deux marchés importants ont été passés après le marché principal avec BAM Alliance. Ils ont été passés par la procédure *International Competitive Bidding* (ICB) dans la variante *Best Value Procedure* (BVP), une procédure proche de l'appel d'offres restreint.

L'avis de marché concernant le marché relatif au système de sécurité électronique (ESS³⁵) a été transmis aux ambassades des États membres de l'Otan le 16 août 2010 et publié au Bulletin des adjudications le 20 août 2010. Quatorze candidats ont été sélectionnés par décision motivée du 1^{er} juin 2011 (et addendum du 18 août 2011). Cinq offres distinctes ont été remises. Seules les offres complètes (documents requis) et régulières au plan technique ont été examinées.

Le 31 janvier 2013, le ministre de la Défense signait la décision motivée d'attribuer le marché au premier classé. L'engagement 13/00765 y relatif (19.055.620 euros) a été pris le 5 mars 2013.

L'avis de marché concernant le marché audiovisuel (AV)³⁶ a été transmis aux ambassades des États membres de l'Otan le 7 septembre 2010 et publié au Bulletin des adjudications le 10 septembre 2010. Sept entreprises ont été sélectionnées par décision motivée du 1^{er} juin 2011, dont trois à condition qu'elles fournissent une habilitation de sécurité Secret Otan. Trois entreprises ont remis une offre. L'examen des offres s'est déroulé selon la même procédure que pour le marché ESS.

Le second classé a intenté un recours selon les modalités prévues à l'annexe X de la directive AC/4-D/2261 de l'Otan. Cette directive s'apparente au *standstill* en droit belge, avec un collège d'arbitres comme juge après une tentative de conciliation. Le recours doit cependant être appuyé par la délégation nationale de la firme qui s'estime lésée. La délégation nationale de la société concernée n'a pas donné de suite au recours.

Le ministre de la Défense a signé la décision motivée d'attribution le 25 mars 2013. En raison du recours, elle n'a toutefois été notifiée que le 2 mai 2013.

³⁵ Cahier spécial des charges oPA001.

³⁶ Cahier spécial des charges oPA002.

CHAPITRE 4

Litiges concernant l'exécution des marchés

4.1 Bureaux d'études ou de contrôle

Suite à l'allongement (de 48 à 57 mois) du délai d'exécution du marché, décidé avant la publication du cahier des charges pour optimiser les coûts, des avenants ont dû être passés avec les bureaux d'études et de contrôle qui assistent le PMT.

Suite à la nouvelle prolongation de 57 à 61 mois prévue dans la convention du 23 octobre 2012 précitée, le bureau d'études a introduit une demande d'indemnité auprès du PMT. Les autres bureaux en feront sans doute autant.

4.2 BAM Alliance et ses sous-traitants

4.2.1 Litiges en cours en avril 2013

La convention d'indemnisation du 23 octobre 2012 n'a pas permis à la Défense de clore les six litiges suivants concernant des demandes d'indemnité.

Tableau 1 – Litiges entre la Défense et BAM Alliance ou ses sous-traitants encore en cours en avril 2013 (en millions d'euros)

	Objet du litige	Indemnité réclamée	Estimation du PMT
1	Litige avec le sous-traitant chargé de réaliser les pieux	5,5	1,5
2	Proposition de décompte refusée (notamment pour les persiennes de façade)	3,3	1,5
3	Fautes dans la passation d'un contrat	2,5	2,0
4	Quantités de soumission contestées	10,0	3,3
5	Omissions non retenues	3,7	1,2
6	Incidences de perturbations (entre juillet 2012 et mars 2013) sur le calendrier	?	?

Source : tableau réalisé par la Cour sur la base d'informations du PMT

Pour le litige 1, le PMT et BAM Alliance ont jugé les prétentions d'un sous-traitant excessives et aucun accord n'a pu être trouvé. Le litige 3 concerne, quant à lui, des erreurs tellement importantes dans l'estimation de postes à forfait qu'elles constituent une faute dans la passation d'un contrat (« *culpa in contrahendo* »). Enfin, les litiges 4 et 5 sont relatifs à des

révisions de postes que BAM Alliance a demandées en cours d'adjudication, mais que le pouvoir adjudicateur a rejetées en raison des montants postulés.

Si les cinq premières demandes d'indemnité ne devraient pas influencer le calendrier d'exécution des travaux, il n'en va pas de même pour la sixième demande introduite le 28 mars 2013 en raison de perturbations sur le chantier. Il s'agit d'une dénonciation³⁷ de faits qui, selon l'adjudicataire, devait entraîner un recalage du calendrier et un report de la réception provisoire complète du 25 novembre 2015 au 7 juin 2016. Elle concerne des perturbations (intempéries exceptionnelles, modifications de plans, travaux supplémentaires...) survenues sur le chantier entre le 1^{er} juillet 2012 et mars 2013³⁸.

Bien que le PMT n'ait pas reçu de dossier de justification comprenant notamment les incidences financières de ces perturbations, des éléments de ce dossier sont repris dans les demandes ultérieures des 29 novembre 2013, 9 décembre 2013 et 8 janvier 2014.

4.2.2 Nouvelles demandes d'indemnités

Le 29 novembre 2013, BAM Alliance demandait une nouvelle indemnité qu'il justifiait par un flux continu de faits et circonstances (regroupés en cinq catégories) qui, selon lui, aurait perturbé et influencé très négativement l'exécution du marché :

- 1) problèmes relatifs au projet contractuel ;
- 2) gestion déficiente du marché par le pouvoir adjudicateur (gestion non contractuelle des modifications et de la documentation ; trop grande sévérité dans l'approbation des documents ; manque de réactivité dans la prise de décision ; extension abusive du principe de l'obligation de résultat ; application contestée du principe du forfait ; information incorrecte du soumissionnaire sur l'étendue de ses obligations, de nature à constituer une faute dans la passation du contrat dans le chef du maître d'ouvrage) ;
- 3) nombreuses modifications du projet, du fait de l'Otan, mais aussi des possibilités de choix laissées aux nations ;
- 4) exigences de sécurité supérieures aux prescriptions de l'annexe H du cahier spécial des charges qui fixe contractuellement les mesures de sécurité ;
- 5) conditions climatiques anormales de l'hiver 2012-2013 et du printemps 2013.

³⁷ L'article 16, § 3, du cahier général des charges définit la dénonciation comme suit : « L'adjudicataire qui constate que des faits ou circonstances quelconques, visés aux § 1^{er} et § 2, perturbent l'exécution normale du marché, et qui en conséquence peut demander la prorogation des délais d'exécution, la révision ou la résiliation du marché et/ou des dommages-intérêts, est tenu, sous peine de déchéance, de les dénoncer au plus tôt par écrit au pouvoir adjudicateur, en lui signalant sommairement l'influence qu'ils ont ou pourraient avoir sur le déroulement et le coût du marché. »

³⁸ L'entrepreneur estime que ces perturbations ont entraîné, en trois trimestres d'activité sur le chantier, un nouveau retard de six mois.

Si BAM Alliance n'a pas chiffré le dommage dans sa demande du 29 novembre 2013, elle a estimé qu'une révision complète des conditions du marché s'imposait. Il fallait notamment remplacer les prix forfaitaires par des prix unitaires en quantités présumées.

BAM a cependant chiffré ses prétentions dans une lettre du 9 décembre 2013 en quatre parties :

- 1) dommage subi par l'adjudicataire à cause de perturbations modifiant fondamentalement le marché (69.000.991 euros au 30 novembre 2013) ;
- 2) dédommagement des sous-traitants et des fournisseurs de l'adjudicataire suite aux perturbations subies jusqu'au 30 novembre 2013 (25 à 30 millions d'euros) ;
- 3) paiement des travaux modificatifs ou supplémentaires (20,45 millions d'euros déjà introduits sous forme de décomptes et 12,56 millions d'euros encore à introduire) ;
- 4) estimation des conséquences futures concernant le délai d'exécution et le prix à défaut d'une révision du marché (73 millions d'euros + 43,7 millions d'euros si on n'accède pas rapidement à sa requête³⁹).

Si le premier point est documenté, la justification des trois suivants reste très succincte.

4.2.3 Transaction provisoire du 24 mars 2014

Suite aux nouvelles demandes d'indemnités de BAM Alliance, le ministre de la Défense a approuvé une transaction provisoire le 24 mars 2014. Elle s'intitule « *Convention 2 'accord court terme'* » .

Cette transaction se veut un premier jalon dans la résolution des problèmes soulevés par la demande de BAM. Les parties s'y engagent en effet à collaborer au dénouement de ceux-ci avec l'objectif commun d'aboutir à un accord au plus tard fin septembre 2014⁴⁰. Dans ce but, l'entrepreneur s'oblige à ne pas arrêter les travaux et à ne pas les ralentir jusqu'à cette date (article 5 de la convention).

Un groupe de travail conjoint est constitué « *afin d'assurer la mise au point coordonnée de l'ensemble des études nécessaires à la bonne mise à l'exécution du projet, qu'elles soient de conception ou relatives aux plans d'exécution* » (article 6 de la convention).

Malgré son caractère provisoire, la convention prévoit une série de dispositions pour lesquelles un retour en arrière semble impossible :

- 1) Son article 1^{er} prévoit de payer à l'entrepreneur un montant incontestablement dû de 10,4 millions d'euros qui se décompose comme suit :
 - 7.918.771 euros d'indemnisation pour les intempéries de l'hiver 2012-2013 ;

³⁹ Dans sa lettre du 8 janvier 2014, l'entrepreneur revoit la répartition des montants (29,6 millions d'euros + 87 millions d'euros).

⁴⁰ Au 30 septembre 2014, les négociations sur cet accord définitif, bien qu'avancées, n'étaient pas encore entièrement finalisées.

- 2.348.114 euros d'indemnisation pour les frais relatifs au BIM⁴¹.
- 2) Son article 4 prévoit, outre de prolonger le délai suite aux intempéries de l'hiver 201-2013, d'augmenter le délai d'exécution du marché de quatre mois et demi.
- 3) À l'article 3 et à l'annexe C, les parties conviennent de nouvelles règles à appliquer en cas de « *culpa in contrahendo* »⁴². Les corrections des quantités en plus ou en moins qui résultent de l'application de ces règles seront régularisées sous la forme de « décomptes travaux ».

En outre, la Défense s'engage, contre une garantie bancaire inconditionnelle de remboursement, à verser une nouvelle avance de dix millions d'euros à BAM (article 2 de la convention) pour couvrir le besoin de préfinancement créé dans le chef de ce dernier et de ses sous-traitants.

Le remboursement de l'avance se fera, au terme de l'analyse finale de la requête introduite par BAM, en déduisant le montant de l'avance du montant du préjudice qui lui serait encore dû. Si le montant des dommages-intérêts encore à payer était inférieur au montant de l'avance, le remboursement serait opéré par retenues mensuelles sur les états d'avancement (annexe G à la convention, point 2).

4.3 Analyse juridique

4.3.1 Quant aux délais

Dans ce marché de travaux, le délai est fixé en mois-calendrier. L'entrepreneur ne peut en principe obtenir une prolongation de délai et/ou une révision du marché (s'il a connu un dommage très important) qu'en raison de conditions météorologiques défavorables et de leurs conséquences. Il faut cependant que le pouvoir adjudicateur les reconnaisse comme anormales pour le lieu et la saison⁴³.

4.3.2 Quant aux prix

Il existe trois grandes façons de déterminer les prix dans les marchés publics. On distingue :

- les postes à prix global, c'est-à-dire qu'un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations faisant l'objet de ces postes⁴⁴ ;

⁴¹ Le BIM (*Building Information Modeling*) est un système de gestion de l'information graphique permettant de regrouper celle-ci dans une base de données unique. Il est couplé pour les informations non graphiques à un système classique de gestion de base de données à l'aide de la plateforme collaborative xD4ALL.

⁴² La « *culpa in contrahendo* » est la faute commise par un des futurs contractants dans le cours de la négociation. Elle résulte souvent d'un manque d'information ou d'une information erronée.

⁴³ Article 16, § 2, 2^o, du cahier général des charges ; l'adjudicataire conserve néanmoins le droit d'obtenir des prolongations de délai dans le cas des différentes perturbations prévues à l'article 16, § 1^{er} et 2, du cahier général des charges (faits de l'administration ou circonstances imprévisibles).

⁴⁴ Article 86, alinéa 2, 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.

- les postes à bordereau de prix, pour lesquels seuls les prix unitaires des prestations sont forfaitaires ; le prix à payer est obtenu en appliquant les prix unitaires aux quantités de prestations effectuées ; on parle aussi de postes à quantités présumées⁴⁵ ;
- les postes à remboursement, pour lesquels les prestations effectuées sont payées après vérification, sur la base des prix de revient et de majorations tenant lieu de bénéfice⁴⁶ ; ce type de prix limite de fait la concurrence.

Les postes à remboursement sont en principe exclus dans le cadre de la construction du nouveau siège de l'Otan, puisque le marché a été passé par appel d'offres international⁴⁷ et à forfait⁴⁸. Il est constitué pour l'essentiel de postes forfaitaires.

Par sa demande d'indemnité, BAM Alliance tente de substituer des postes à remboursement aux postes forfaitaires du marché. Selon les justifications invoquées, on peut classer en deux catégories les postes forfaitaires du métré sur lesquels portent ses demandes de révision des prix :

- les postes pour lesquels BAM allègue une faute dans la passation du contrat suite à des dépassements importants des quantités forfaitaires constatés lors de l'exécution ;
- les postes dont BAM estime que la réalisation a été fondamentalement différente des prescriptions techniques du cahier spécial des charges et pour lesquels elle demande de fixer un nouveau prix.

L'article 3 de la convention du 24 mars 2014 et son annexe C, intitulée « Règles pour la correction d'erreurs importantes dans les quantités forfaitaires (*Culpa in contrahendo*) », ont en partie satisfait à cette demande. Nombre de postes à prix global deviendront de fait des postes à quantités présumées⁴⁹. L'annexe C prévoit en effet que :

« Sont prises en considération les erreurs constatées aussi bien en plus qu'en moins :

- *Pour lesquelles l'incidence financière dépasse le montant de 200.000 euros ou pour lesquelles un écart de plus de 20 % des quantités en plus ou en moins pour un poste ou*

⁴⁵ Article 86, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

⁴⁶ Article 86, alinéa 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

⁴⁷ Article 1 (b) du document Otan-AC/4-D2261 intitulé « Programme d'investissement au service de la sécurité - procédure d'appels d'offres internationaux ».

⁴⁸ Article 7, § 1^{er} (applicable en l'espèce), de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et article 9 (a) du document Otan-AC/4-D2261.

⁴⁹ « La jurisprudence et la doctrine contemporaine mettent de plus en plus l'accent sur les obligations qui pèsent sur les parties avant même que le contrat soit conclu soit pendant la phase des pourparlers préliminaires, soit lors de la formation même du contrat. La violation de ces obligations est de nature à engager une responsabilité dans des hypothèses de plus en plus souvent retenues par la jurisprudence. Cette responsabilité est systématisée sous la dénomination de '*culpa in contrahendo*'. » (Pierre Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Tome I, n° 335). En cette matière, l'auteur précise que la faute d'une des parties résulte souvent d'un manquement à son devoir d'information.

Les risques de rencontrer un cas d'application de la théorie de la « *culpa in contrahendo* » sont évidemment beaucoup plus importants pour les postes à prix global que pour les postes à bordereau de prix. Dans le second cas, le jeu des quantités présumées réduira, voire annihilera, l'impact d'une erreur dans les plans et/ou métrés.

- un ensemble de postes de même nature est constaté (exemple : l'ensemble des postes de tuyauterie et de leurs accessoires de la discipline M, l'ensemble des chemins de câbles, les tuyauteries en PPR, l'ensemble des armatures des poutres, colonnes, etc.) ;*
- *Pour lesquelles les seuils évoqués ci-dessus n'ont pas été dépassés mais qui sont clairement la conséquence d'une erreur manifeste telle que :*
 - *la non prise en considération dans les bordereaux détaillés d'éléments répétitifs (par exemple : une colonne montante qui est prévue dans chaque trémie et qui n'a été mesuré nulle part),*
 - *l'application manifestement erronée de certains mesurages dans les bordereaux détaillés suite à une mauvaise compréhension de la solution technique prévue (exemple : l'isolation des débords des toitures en zinc a été systématiquement oubliée),*
 - *la comptabilisation à deux reprises dans le mesurage (un même travail a été repris dans deux postes différents ou a été compté deux fois dans le même poste). »*

4.3.3 Quant aux pouvoirs de l'administration adjudicatrice

Le pouvoir adjudicateur peut modifier un marché⁵⁰. Les clauses administratives du marché de construction du nouveau siège de l'Otan rendent cette possibilité applicable et en précisent les modalités⁵¹.

C'est une application de la loi du changement⁵² qui permet aux pouvoirs publics d'adapter leur action aux circonstances. Le pouvoir laissé à l'administration n'est cependant pas sans limites ni sans conséquences.

Travaux supplémentaires

D'une part, la valeur totale des travaux supplémentaires ne peut pas excéder 50 % du montant initial du marché⁵³. D'autre part, les travaux non prévus que l'entrepreneur est tenu d'exécuter, les travaux prévus qui sont retirés du marché ainsi que toutes les autres modifications sont calculés aux prix unitaires de l'offre ou à défaut, à des prix unitaires à convenir⁵⁴.

Par ailleurs, chaque partie peut demander la révision d'un prix unitaire en cas de modification importante des quantités commandées par rapport au mètre⁵⁵, ce qui entraîne

⁵⁰ Article 42 du cahier général des charges.

⁵¹ Point 15.4 des clauses administratives du marché, p. 64 à 71 ; l'article 42 du cahier général des charges ne s'applique pas aux aménagements intérieurs, mais les articles 15.4.7.2 et 15.4.8.2 des clauses administratives en reprennent l'essentiel des dispositions.

⁵² La loi du changement ou de mutabilité est, avec la loi de continuité ou de régularité du service public et la loi d'égalité des usagers, une des trois lois du service public.

⁵³ Article 42, § 1^{er} in fine, du cahier général des charges.

⁵⁴ Article 42, § 2, alinéa 1^{er}, du cahier général des charges.

⁵⁵ Article 42, §2, du cahier général des charges.

des difficultés pour ce marché en raison du grand nombre de postes forfaitaires et du nombre restreint de postes à quantité présumée (postes à bordereau de prix).

Ce problème a été anticipé dans les clauses administratives du contrat⁵⁶. Elles prévoient en effet que, dans le cas de prix unitaires à convenir, des tarifs supplémentaires seront établis et/ou justifiés (par ordre de priorité décroissant) d'une des manières suivantes :

- par déduction, comparaison, interprétation ou extrapolation d'un prix figurant dans l'offre et relatif à des prestations analogues. À la demande du pouvoir adjudicateur, l'adjudicataire fournira, dans les plus brefs délais, la décomposition des postes concernés (prestations de l'adjudicataire en fournitures, main-d'œuvre, matériel, mise en œuvre, etc.) ;
- par comparaison avec les prix de travaux identiques dans d'autres marchés similaires récents ;
- par décomposition des prestations de l'adjudicataire en fournitures, main-d'œuvre, matériel, mise en œuvre, etc.

Selon ces clauses, le recours à un prix à remboursement est la formule qui doit être utilisée en dernier lieu. Le calcul des nouveaux prix par décomposition des prestations s'apparente à un marché à remboursement et exclut de fait le jeu de la concurrence. La formule n'est acceptable que si la comparaison, l'interprétation, l'extrapolation ou la déduction à partir d'un prix figurant dans l'offre n'est pas possible. Il faut également que la comparaison avec le prix d'autres marchés ne soit pas possible.

Normes de sécurité

BAM Alliance se plaint également de l'application des normes de sécurité. Elles sont régies par l'annexe H du cahier spécial des charges, un document de 166 pages reprenant ses obligations en la matière. Or, la sécurité est un élément essentiel de la réalisation de ce projet. La pertinence de ses modalités d'application relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. BAM Alliance ne peut pas refuser de s'y conformer.

Les modalités d'application des mesures de sécurité sont une charge de l'adjudicataire. Elles ne doivent être indemnisées que si, et uniquement dans cette mesure, l'application qui en est faite va au-delà de ce qu'un entrepreneur normalement diligent pouvait raisonnablement attendre de la lecture de l'annexe H du cahier spécial des charges.

Dans ce cas, l'entrepreneur peut demander une révision des conditions du marché et/ou des dommages-intérêts en argumentant que les nouvelles conditions qui lui sont imposées sont soit un fait imputable au pouvoir adjudicateur⁵⁷ ou une circonstance imprévisible⁵⁸, soit une modification unilatérale des conditions initiales du marché⁵⁹.

⁵⁶ Article 15.4.6.

⁵⁷ Article 16, § 1^{er}, du cahier général des charges.

⁵⁸ Article 16, § 2, du cahier général des charges.

⁵⁹ Article 42 du cahier général des charges.

CHAPITRE 5

Avancement des travaux et perspectives budgétaires

5.1 Avancement du marché avec BAM Alliance

La Cour a interrogé le PMT sur la modicité des liquidations intervenues au 31 décembre 2012 (17,1 % du montant total des travaux) alors que près de la moitié du délai de construction était écoulé. Le PMT a expliqué que le rythme des travaux n'est pas linéaire, mais suit plutôt une courbe en « S », car un projet de construction connaît des rythmes d'exécution différents en fonction de l'état d'avancement du chantier :

- Au début, le rythme est lent et résulte de la mise en route du chantier.
- Ensuite, le rythme est plus intensif et correspond à la construction du gros œuvre et du second œuvre, où de gros moyens sont mis en œuvre. Il s'agit de l'exécution des postes les plus onéreux.
- En fin du chantier, en période de finition, le travail est important mais peu valorisé.

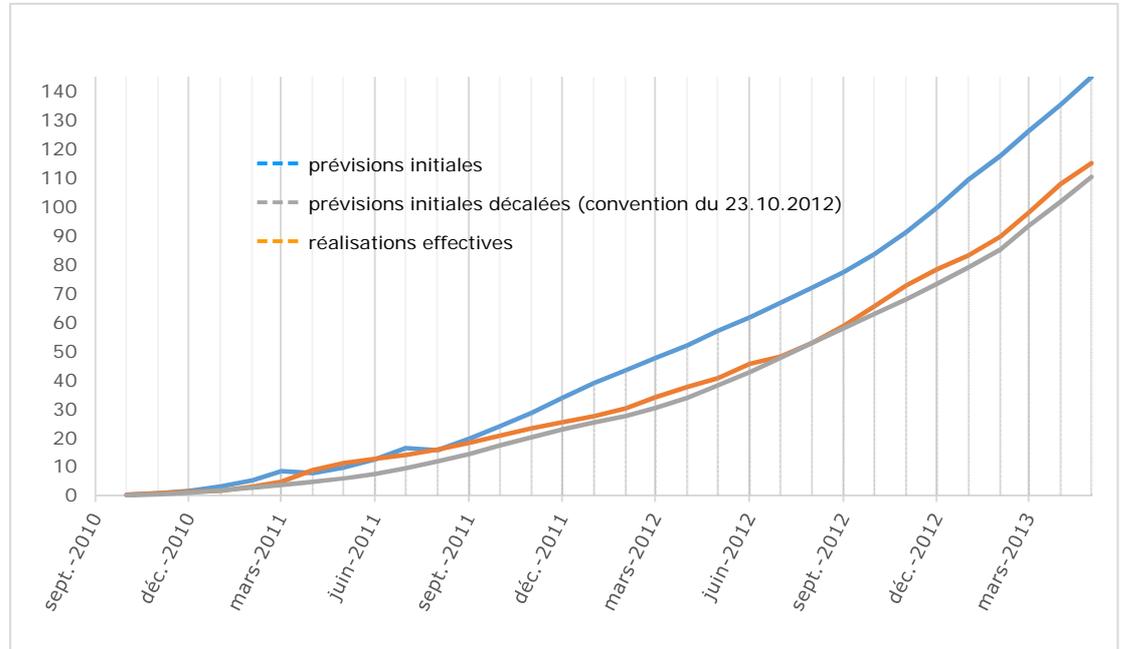
Sur base du planning d'exécution proposé par BAM et accepté, le PMT a établi une courbe d'exécution, appelée EPIF⁶⁰, qui indique clairement le rythme d'exécution du chantier. Cette courbe est sujette à des modifications en fonction des prolongations de délais (voir graphiques 1 et 2 ci-après).

Le PMT reconnaît que, par rapport à l'EPIF initial, le montant réellement exécuté est inférieur aux estimations de l'EPIF, notamment à cause des perturbations qui ont fait l'objet de la convention. Suite à la prolongation de délai du marché qui a eu pour conséquence de déplacer la courbe de l'EPIF, on constate un réalignement de la courbe de l'EPIF sur la courbe des réalisations.

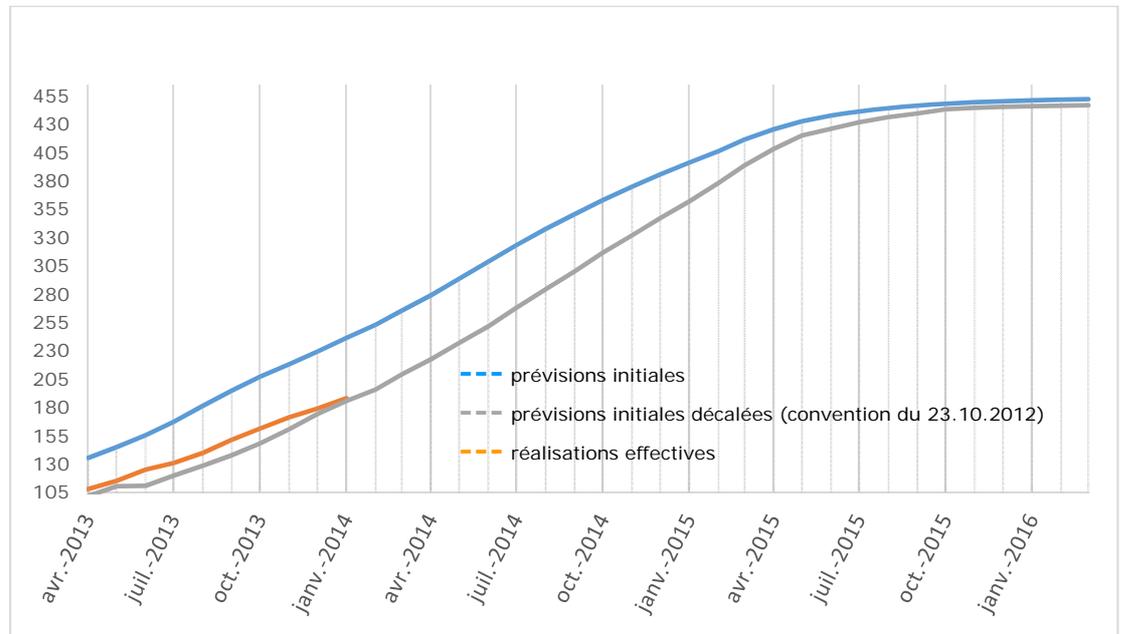
Le graphique 1 ci-après détaille les travaux réalisés de septembre 2010 à mai 2013 par rapport aux prévisions initiales et corrigées des prolongations de délais. Le graphique 2 continue à les détailler jusqu'en janvier 2014 et indique les prévisions jusqu'à la fin du chantier en décembre 2016.

⁶⁰ L'EPIF (échancier provisionnel d'incorporation financière) fixe la valeur cumulée de l'exécution d'un marché en fonction de son délai d'exécution. L'EPIF ne prend donc pas en compte la nature des ouvrages, il est strictement financier.

Graphique 1 – Comparaison des travaux réalisés par rapport aux prévisions initiales et aux prévisions corrigées des prolongations de délais (courbes EPIF du 18 octobre 2010 au 31 mai 2013, montants estimés en millions d'euros)



Graphique 2 – Comparaison des travaux réalisés par rapport aux prévisions initiales et aux prévisions corrigées des prolongations de délais (courbes EPIF du 30 avril 2013 au 31 mars 2016, montants estimés en millions d'euros)



Source : graphiques transmis par le PMT (en mars 2014) et adaptés par la Cour des comptes

5.2 Avancement des autres marchés

Lors de sa réunion avec les représentants de la Cour des comptes le 9 avril 2013, le PMT a transmis un tableau récapitulatif dressant l'état des lieux budgétaire et financier des missions qui lui ont été confiées.

Ce tableau couvre la conception et la construction des bâtiments, l'aménagement des abords, de 24 des 28 délégations nationales et du réseau informatique passif qui font l'objet du contrat avec l'entrepreneur principal. Il couvre aussi les autres missions confiées à la Belgique, à savoir le marché relatif au système de sécurité électronique (ESS⁶¹) et le marché audiovisuel⁶² (AV).

Tableau 2 – État des lieux budgétaire et financier des missions confiées à l'équipe PMT (mars 2013)

Marché	Budget mis à disposition	Montant initial du marché	Total estimé du marché	Total des paiements	% exécution
Études	89.553.774	75.343.274	83.108.179	64.555.323	77,68 %
Contrôle de stabilité	2.580.866	1.908.587	2.071.110	1.354.095	65,38 %
Contrôle des coûts	6.084.413	4.016.854	4.674.612	2.933.110	62,75 %
Surveillance	9.697.001	6.649.077	7.026.739	1.368.341	19,47 %
Plateforme informatisée	1.066.804	594.098	956.746	563.723	58,92 %
Aide juridique	50.000	50.000	50.000	11.170	22,34 %
ESS	26.657.319	16.929.810	19.055.620	0	-
AV	29.623.000	26.431.237	29.517.097	0	-

Source : tableau transmis par le PMT à la Cour des comptes (avril 2013)

Ces travaux font l'objet d'entreprises séparées mais simultanées, c'est-à-dire qu'elles devront être menées à terme, sous l'autorité du PMT, durant le chantier confié à la société momentanée BAM Alliance. Ils sont exécutés selon les études réalisées par le bureau d'études choisi par l'Otan et cocontractant de l'État belge.

Par ailleurs, pour l'assister dans sa mission, le PMT est engagé par contrat, aux frais de l'Otan, auprès d'une série de prestataires de services qui remplissent des missions en matière de

⁶¹ Systèmes de contrôle d'accès, de vidéosurveillance, de détection d'intrusion.

⁶² Équipement des salles de conférences en moyens audiovisuels pour projection, équipement des cabines de traduction et service de diffusion radiotélévision.

coordination sécurité et santé, de contrôle technique dans certains domaines, de contrôle des coûts et d'assistance à la gestion (contrôle et suivi des plannings...) et de surveillance permanente de l'exécution des travaux.

La Cour a constaté que le marché relatif au système de sécurité électronique et le marché audiovisuel n'avaient pas encore fait l'objet de paiement. Lors de la réunion du 9 avril 2013, l'équipe PMT avait précisé que le marché ESS avait été notifié, mais que les études ne devaient commencer qu'en mai 2013 et les travaux en septembre 2013. Quant au marché audiovisuel, il a été notifié le 2 mai 2013.

Par contre, le PMT n'est pas chargé des six missions suivantes :

- sécurisation du site (contrôle des accès pendant le chantier et prévention de l'espionnage) ;
- raccordements à l'eau, au gaz et à l'électricité (« utilities ») ;
- équipement du réseau informatique proprement dit (ICT active) ;
- transition et déménagement ;
- mobilier ;
- aménagement de quatre délégations nationales (États-Unis, Royaume-Uni, France, Canada).

Ces missions sont toutefois susceptibles d'affecter le travail du PMT, principalement pour les raisons suivantes :

- La sécurisation des chantiers par une équipe internationale de 60 personnes entraîne des contraintes de sécurité très importantes que l'adjudicataire a sans doute sous-évaluées. Ainsi, aucun matériel ni aucune personne ne peut pénétrer sur le chantier sans inspection préalable. De plus, obtenir une habilitation prend en général sept mois.
- La Défense estime que le problème était connu – les directives de sécurité figuraient à l'annexe H (166 pages) du cahier spécial des charges - et constitue une charge de l'entreprise. Cependant, il existe de grandes divergences d'interprétation et, donc, d'application de ces directives par les parties (BAM, Otan et PMT).
- La mise en place du réseau informatique (ICT active), une responsabilité de l'Otan, est nécessaire pour finaliser certaines missions confiées au PMT.
- L'aménagement des délégations nationales peut influencer le cours général du chantier, notamment lorsque les délégations concernées demandent des modifications. L'équipe PMT a dès lors insisté auprès de l'Otan sur le risque de retard que toute modification significative des aménagements des délégations nationales pourrait entraîner. L'Otan a répercuté ce message auprès des nations concernées. Même l'aménagement des quatre délégations que les nations assurent elles-mêmes peut influencer le cours général des travaux⁶³.

⁶³ Par exemple, des retards dans leur installation risquent de repousser le démontage des monte-charges et, par conséquent, la fermeture des façades.

5.3 Perspectives budgétaires

Lors de son contrôle de 2011, la Cour des comptes avait attiré l'attention du ministre de la Défense sur l'évolution rapide et à la hausse des coefficients issus des formules de révision liée à la variation des indices matériaux⁶⁴. Depuis lors, la situation s'est normalisée et le budget mis à disposition et adapté tous les ans en tient compte.

Les sommes réservées aux imprévus (22,9 millions d'euros) ont été épuisées, notamment en raison de la convention d'indemnisation avec BAM du 23 octobre 2012. Une demande de budget complémentaire de 14,7 millions d'euros a été envoyée à l'Otan le 10 juin 2013. Le comité des représentants permanents adjoints de l'Otan (DPRC) l'a approuvée⁶⁵ dans le cadre du *Long Term Program Budget*.

Les nombreuses modifications (*Change Requests*) que l'Otan a introduites sont également des sources de dépenses imprévues. Début avril 2013, elles étaient au nombre de 74. Les huit principales représentaient une dépense supplémentaire globale de 8,0 millions d'euros.

Dans le cadre d'un audit de performance transmis au secrétaire général de l'Otan le 30 novembre 2012, le collège international des commissaires aux comptes de l'Otan (IBAN) a d'ailleurs dénoncé auprès du secrétaire général de l'Otan la part de responsabilité de ces modifications dans les retards survenus. Il a appelé le *Headquarter Project Office* (HQPO) de l'Otan à limiter le plus possible ces modifications⁶⁶.

Enfin, lors de la réunion du comité des adjoints (DPRC) du 25 juin 2013, le représentant belge a déclaré que de nouveaux fonds supplémentaires pour imprévus devraient presque inévitablement être demandés à l'avenir pour couvrir le coût des litiges. Toutefois, le budget complémentaire accordé (14,7 millions d'euros) devrait suffire pour 2014.

⁶⁴ Cour des comptes, lettre du 6 avril 2011 au ministre de la Défense, réf. A5-3.651.395 L1.

⁶⁵ Comité des représentants permanents adjoints de l'Otan, *Decision Sheet* du 25 juin 2013 (paragraphe 2.I.A) et *Action Sheet* du 2 juillet 2013 (approbation tacite).

⁶⁶ Point 3.3.4 du rapport de l'IBAN.

CHAPITRE 6

Conclusions

6.1 Convention d'indemnisation

Suite aux perturbations qui ont retardé l'avancement des travaux jusqu'au 30 juin 2012, la Défense a accepté d'accorder à BAM Alliance une indemnité de 13,0 millions d'euros par convention du 23 octobre 2012.

Cette indemnisation a des origines diverses (événements imprévisibles, tels mauvais temps et sujétions imprévues, problème de qualité des cahiers des charges, modifications sollicitées par l'Otan). Elles n'engagent pas la responsabilité de l'équipe de gestion du projet. En effet, en vertu du mémorandum d'entente qu'elle a conclu avec l'Otan le 8 décembre 2004, la Belgique a une obligation de moyens et non de résultat.

Le *Headquarter Project Office* (HQPO) et le comité des représentants permanents adjoints de l'Otan (DPRC) ont été régulièrement informés de l'état des négociations entre l'équipe PMT et l'entrepreneur principal. Selon les procédures Otan, la décharge du pays hôte n'intervient toutefois qu'après la fin des travaux et l'accomplissement de diverses démarches administratives.

Il faut cependant relever l'importance des modifications ordonnées à la demande de l'Otan (*Change Requests*). De tels changements ne peuvent qu'entraîner des surcoûts et des délais supplémentaires. Une première analyse des nouvelles demandes d'indemnité que BAM Alliance a présentées en novembre et décembre 2013 le confirme.

6.2 Avances aux sous-traitants de l'entrepreneur

L'adaptation des calendriers a créé un besoin de préfinancement chez divers sous-traitants. Le PMT a dès lors accepté de leur octroyer des avances pour prévenir les dommages que cette situation créerait si leurs trésoreries ne pouvaient pas supporter cet imprévu.

Bien que les avances soient en principe interdites, la Cour est d'avis que leur attribution peut être acceptée, car elles sont un moyen de prévenir un dommage plus grand que le pouvoir adjudicateur devrait de toute façon indemniser. De plus, les conditions de leur octroi (préfinancement, garantie bancaire, limitation des avances à moins de 50 % du montant initial du marché, récupération à mesure de l'avancement des travaux) sont celles prévues en droit belge. Toutefois, ce dernier ne s'applique pas de plein droit à ce marché. Il a en effet été passé en vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

6.3 Rythme des travaux

Le dernier tableau des réalisations (jusque janvier 2014) obtenu lors des travaux d'audit montrait que le rythme des travaux suivait l'échéancier convenu entre l'entrepreneur BAM Alliance et l'équipe de gestion du projet (PMT). Il s'était cependant infléchi en décembre 2013 et janvier 2014, mais restait supérieur aux prévisions convenues. BAM Alliance avait néanmoins quatre mois de retard par rapport à la courbe initiale. Ce retard correspondait à la prolongation de délai que la convention d'indemnisation du 23 octobre 2012 lui avait accordée.

6.4 Perspectives budgétaires

La forte augmentation des coefficients des formules de révision des prix, liée à la variation des indices matériaux et redoutée en début de chantier, n'est plus d'actualité. Leur évolution s'est normalisée et est intégrée aux prévisions budgétaires.

Par contre, bien que les montants destinés à couvrir les imprévus aient été augmentés de 14,7 millions d'euros, ils risquent, à terme, de se révéler insuffisants au vu des demandes d'indemnisation déjà introduites par BAM Alliance et ses sous-traitants.

Le représentant belge au comité des représentants permanents adjoints (DPRC) de l'Otan signalait déjà ce risque lors de la réunion du comité du 25 juin 2013. Il estimait cependant que ces montants devaient suffire pour 2014. Ce ne sera pas le cas si les nouvelles demandes d'indemnisation de BAM Alliance sont prises en compte, même partiellement.

Ce rapport est disponible uniquement en version électronique et existe également en néerlandais.
Dit verslag is enkel elektronisch beschikbaar en bestaat ook in Nederlandse versie.



ADRESSE

Cour des comptes
Rue de la Régence 2
B-1000 Bruxelles

TÉL.

+32 2 551 81 11

FAX

+32 2 551 86 22

www.courdescomptes.be