

L'agrégation : une notion complexe ?

L'agrégation est une notion paraissant simple a priori, mais qui, en coulisse, est ressentie comme une matière compliquée faisant intervenir des considérations diverses. En matière de marchés de travaux, il était de coutume sous l'ancienne législation de recourir au lot unique assorti d'une catégorie D. La nouvelle législation et son obligation d'allotir vont contraindre les pouvoirs adjudicateurs à se questionner davantage sur l'agrégation. Dès lors, comment définir l'agrégation requise, peut-on additionner les catégories et/ou sous-catégories ?



Harmony Doumont
Consultant en matière
d'analyse et d'attribution
de marchés publics
h.doumont@dia3.be



Maître Devos
Avocat
m.devos@luga.be

Définition

L'agrégation peut être définie comme la garantie pour un pouvoir adjudicateur des capacités financières et techniques d'un entrepreneur. En effet, pour obtenir son agrégation, l'entreprise s'est vue contrainte de produire à la Commission d'agrégation des garanties supérieures à celles réclamées habituellement par un pouvoir adjudicateur dans ses cahiers des charges pour un marché quelconque.

Les conditions d'obtention d'une agrégation en classe 1 :

1. Etre de la nationalité d'un des Etats membres de la Communauté européenne
2. Etre inscrit au registre de commerce ou au registre professionnel / BCE
3. Ne pas se trouver en état de faillite ou de liquidation
4. Ne pas faire l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant force de chose jugée pour un délit affectant par sa nature la moralité professionnelle de l'entrepreneur
5. Etre enregistré auprès du SPF Finances en tant qu'entrepreneur dans les codes adéquats
6. Remplir les conditions concernant les professions réglementées.

Les conditions d'obtention d'une agrégation en classes 2 à 8 :

1. Remplir les six conditions susmentionnées pour la classe 1
2. La capacité financière via une étude de la solvabilité
3. Le chiffre d'affaires global en travaux exécutés au cours de trois des huit dernières années
4. Les effectifs moyens des ouvriers et des cadres
5. Liste des travaux principaux exécutés les huit dernières années
6. Etre en ordre au niveau ONSS
7. Avoir satisfait à ses obligations fiscales

A | Catégories / Sous-catégories

En matière de marchés publics, le tableau reprenant les catégories et sous-catégories est un élément indispensable avec lequel il faut impérativement composer. Il est trop long que pour être inséré dans le présent article, mais il est disponible sur le site du SPF Economie (<https://economie.fgov.be>). Ce dernier reprend dans sa colonne de gauche les différentes catégories et dans sa colonne de droite les sous-catégories.

B | Classes (montants HTVA)

Classe 1 : jusqu'à 135.000 €	Classe 5 : jusqu'à 1.810.000 €
Classe 2 : jusqu'à 275.000 €	Classe 6 : jusqu'à 3.225.000 €
Classe 3 : jusqu'à 500.000 €	Classe 7 : jusqu'à 5.330.000 €
Classe 4 : jusqu'à 900.000 €	Classe 8 : plus de 5.330.000 €

La classe d'agrégation exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver. L'agrégation dans une classe permet l'exécution des travaux rangés dans les classes inférieures.

C | Exceptions

Exception 1

L'agrégation dans une catégorie ne signifie pas pour autant l'agrégation dans une de ses sous-catégories. Illustrons par un exemple : l'entrepreneur qui est agréé en catégorie D n'est pas pour autant agréé en sous-catégorie D20 (menuiseries métalliques). La réglementation édicte toutefois des exceptions à cette règle en prévoyant que l'agrégation dans une catégorie ou sous-catégorie entraîne automatiquement d'autres agrégations dans une classe inférieure ou du même niveau.

B = B1	E = D, G moins 3 classes E1 = C1
C = C1	P1 = P2, P3, S1 moins 2 classes
D = D1	P2 = P1, P3, S1 moins 2 classes
E = E1	B = A, E et G moins 3 classes
F = F2	C = G moins 3 classes
C = C5 moins 3 classes	D = E, G moins 3 classes

Conseil pour l'analyse des soumissions : Avant de rejeter une offre en évoquant la raison que le soumissionnaire ne possède pas l'agrégation requise, il est impératif de s'assurer que le cas d'espèce ne rentre pas dans une de ces exceptions.

Exception 2

Pour un marché de travaux classé en **catégorie**, l'agrégation n'est obligatoire qu'à partir de 75.000 € HTVA, et pour un marché de travaux classé en **sous-catégorie**, l'agrégation n'est obligatoire qu'à partir de 50.000 €.

Conseil pour la rédaction du CSC : Concernant les capacités techniques, le CSC peut mentionner que le soumissionnaire qui possède l'agrégation en classe 1, dans la catégorie (ou sous-catégorie) correspondante, est considéré comme faisant la preuve de ses capacités techniques, et que dès lors il est dispensé de fournir les documents réclamés.

En phase de passation du marché

A | Comment définir l'agrégation requise ?

Partons du texte de loi (article 5, S7 de l'AR 26/09/1991) :

La catégorie ou sous-catégorie dans laquelle un marché comprenant des travaux, classés dans différentes catégories et/ou sous-catégories doit être rangé est celle dans laquelle rentre la partie de l'ouvrage à exécuter dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant du marché.

Dans le cas où l'ouvrage comprend des travaux de nature différente, dont l'importance relative est plus ou moins égale, celui-ci pourra être classé dans plusieurs des catégories ou sous-catégories concernées. En toute hypothèse, l'adjudicataire ne devra être agréé que dans l'une des catégories ou sous-catégories prévues.

Cas 1 – Travaux classés dans une catégorie (ou sous-catégorie) UNIQUE

Lot : HVAC – SANITAIRE		
Sanitaire	300.000 €	D16
Chauffage central mazout	150.000 €	D17
Ventilation	60.000 €	D18
TOTAL MARCHE	510.000 €	Classe 4
Agrégation à réclamer		D16

Cas 2 – Travaux classés dans une catégorie (ou sous-catégorie) OU une autre catégorie (ou sous-catégorie)

Lot : HVAC – SANITAIRE		
Sanitaire	300.000 €	D16
Chauffage central mazout	280.000 €	D17
Ventilation	60.000 €	D18
TOTAL MARCHE	640.000 €	Classe 4
Agrégation à réclamer		D16 ou D17

Lot : HVAC – SANITAIRE		
Sanitaire	300.000 €	D16
Chauffage central mazout	280.000 €	D17
Ventilation	290.000 €	D18
TOTAL MARCHE	870.000 €	Classe 4
Agrégation à réclamer		D16 ou D17 ou D18

Cas 3 – Travaux classés dans une catégorie (ou sous-catégorie) ET une autre catégorie (ou sous-catégorie)

Ce cas aborde la situation où, par exemple, le marché de base consiste dans la pose et la fourniture de châssis PVC et qui prévoit une variante exigée en aluminium.

Attention : ces deux entreprises ne relèvent pas de la même agrégation puisque la législation prévoit une sous-catégorie particulière pour les menuiseries métalliques (D20).

Lot : CHASSIS	
Marché de base : châssis PVC	D5
Variante exigée : châssis Aluminium	D20
Agrégation à réclamer	D5 et D20

Partant qu'il s'agit d'une variante EXIGEE, le soumissionnaire est contraint de remettre une offre pour les châssis PVC ainsi que pour les châssis aluminium. Par conséquent, ce dernier doit être agréé dans les deux sous-catégories OU avoir recours à la capacité d'un tiers pour une des deux (ou les deux) agrégations.

B | Peut-on exiger d'un soumissionnaire qu'il fournisse un certificat d'agrégation ?

NON. L'agrégation est une information publique qui se trouve aisément sur internet via la fiche BCE de l'entreprise (<https://economie.fgov.be>)

Conseil pour la rédaction du CSC : Ne pas indiquer dans le CSC que le soumissionnaire doit, sous peine de nullité, joindre un certificat d'agrégation.

A cette formule sera préférée la suivante : *Le soumissionnaire est tenu d'apporter la preuve qu'il dispose de l'agrégation d'entrepreneurs de travaux dans la classe XXX et catégorie XXX (définie en fonction de l'estimation de l'auteur de projet). Toutefois, l'agrégation en classe doit correspondre au montant de l'offre ou, à défaut, le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il remplit les conditions d'obtention d'agrégation d'entrepreneur dans la catégorie et la classe exigées.*

C | En cours d'analyse, que faire si le soumissionnaire n'est pas – encore – agréé ?

Plusieurs situations diverses, avec la même finalité, peuvent se présenter à un pouvoir adjudicateur lors de l'analyse des offres. La première situation serait que l'adjudicataire pressenti ne possède pas l'agrégation requise, sans autre information. La deuxième situation pourrait consister en ce que l'adjudicataire pressenti ne possède pas encore l'agrégation et qu'il mentionne sur son formulaire d'engagement qu'il est en attente d'une décision de la Commission d'agrégation.

Que faire dans ces deux situations inconfortables ?

Dans un premier temps, le premier réflexe est de prendre contact avec le SPF Economie muni des numéros d'entreprise. Ce service détient tout l'historique des demandes ; introduction, motifs de refus, octroi d'une agréation, dates, etc. Dans un deuxième temps, un courrier doit être envoyé au soumissionnaire. En fonction des renseignements obtenus, le marché est attribué ou non au soumissionnaire en question.

Attention, dans le cas où la Commission ne s'est pas encore prononcée, le soumissionnaire ne peut être évincé pour le seul motif qu'il ne détient pas – encore – l'agréation requise. En effet, l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 énonce que *Les marchés (...) de travaux (...) ne peuvent être exécutés que par des entrepreneurs (...) qui, au moment de la conclusion du marché (...): 1° soit sont agréés à cet effet; 2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci.*

Ce disant, s'ils démontrent qu'ils sont dans les conditions d'obtention de l'agréation, le marché pourra être conclu.

En phase d'exécution du marché

En phase d'exécution, la notion d'agréation est fortement liée à celle de la sous-traitance. La sous-traitance et le recours à la capacité d'un tiers ont déjà été développés dans un précédent numéro (Architrave 194).

Quid du recours à la capacité d'un tiers pour l'agréation ?

A | Le recours à la sous-traitance sous l'ancienne réglementation

Antérieurement, le recours à la sous-traitance était permis au stade de la sélection qualitative bien que, en ce qui concerne les marchés de travaux plus particulièrement, l'agréation du sous-traitant ne pouvait suppléer au défaut d'agréation requise dans le chef de l'entreprise générale qui soumissionnait, cette dernière étant, au final, le seul cocontractant du pouvoir adjudicateur.

Ceci ressortait de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entreprises de travaux qui édictait précédemment en son article 3 que :

Les marchés de travaux visés à l'article 2, dont l'importance dépasse un montant fixé par arrêté royal, ne peuvent être attribués qu'à des entrepreneurs, tant personnes de droit privé que de droit public qui, au moment de l'attribution du marché: 1° soit sont agréés à cet effet; 2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci.

Sous cette version, les marchés de travaux ne pouvaient être attribués qu'aux soumissionnaires qui disposaient eux-mêmes de l'agréation requise, peu importe le recours à un sous-traitant au stade de l'exécution qui disposait lui de ladite agréation.

Le seul moyen d'y obvier était le recours à la société momentanée en lieu et place de la sous-traitance, et ce malgré les directives européennes 2004/18/CE autorisant à se prévaloir (quelle que soit la nature juridique des liens) de la capacité des tiers¹.

B | La nouvelle loi du 17/06/2016 et l'Arrêté royal « passation » du 18 avril 2017

L'article 3 de la loi a dorénavant été modifié comme suit :

Les marchés et les concessions de travaux visés à l'article 2, dont la valeur estimée dépasse un montant fixé par arrêté royal ne peuvent être exécutés que par des entrepreneurs tant personnes de droit privé que de droit public qui, au moment de la conclusion du marché ou de la concession :

1° soit sont agréés à cet effet

2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci

[...]

Il est donc permis de recourir à la sous-traitance pour se prévaloir de l'agréation d'un tiers au stade de la sélection qualitative.

Par rapport à la précédente version, l'article indique désormais que les travaux devront être **exécutés (et non plus attribués à)** par des entrepreneurs agréés au plus tard au moment de la conclusion.

Cela étant dit, l'article 78 de la loi du 17 juin 2016 va encore plus loin (trop !) en donnant la possibilité d'engager solidairement la responsabilité du sous-traitant sur la totalité des travaux moyennant un engagement écrit de sa part.

Il est pourtant peu probable qu'un sous-traitant accepte de s'engager à concurrence de 100 % des montants en jeu, et ce d'autant plus pour un marché dont il n'exécuterait que partie et surtout vu l'absence de relation contractuelle avec le pouvoir adjudicateur.

Si le législateur a ainsi mis fin à la dichotomie qui existait sur l'agréation entre la législation relative aux marchés publics et celle sur l'agréation, il a néanmoins fait apparaître une difficulté dans l'engagement hypothétique d'un sous-traitant à voir sa responsabilité mise en cause pour des travaux confiés à l'entrepreneur général dont il ne répond pas et surtout auprès d'une personne avec qui il n'existe a priori aucun lien contractuel.

L'agréation : notion complexe ? Sans détour, oui car, dans la pratique, les pouvoirs adjudicateurs se retrouvent très souvent dans des situations inconfortables. Situations que l'article a tenté de décomposer avec des exemples concrets. Cette complexité, on la retrouve depuis la rédaction du CSC, dans l'analyse des offres, jusque dans l'exécution du marché. L'agréation s'apparente à un fil d'Ariane duquel il est impératif de cerner les tenants et aboutissants pour mener à bien un marché.

¹ Cette autorisation de recourir aux capacités d'un tiers a été avalisée tout un temps par le Conseil d'Etat jusqu'à l'arrêt fatidique n°232.070 du 21 août 2015 lequel a opéré un fameux revirement. Il est interdit de recourir à la sous-traitance pour justifier d'une agréation. Ceci résultait du caractère d'ordre public de la réglementation de 1991 relative à l'agréation mais également des travaux préparatoires de l'arrêté royal « passation » du 15 juillet 2011. Ce revirement a été vivement critiqué par de nombreux auteurs de doctrine car contraire aux directives européennes et à la jurisprudence européenne en la matière, laquelle est entre parenthèses supérieure au niveau de la hiérarchie des normes (F. MOISES, Agréation d'entrepreneurs de travaux et recours aux capacités d'autres entités : comment respecter les directives européennes sur la passation des marchés publics sans vider le système de l'agréation de sa substance ? Entr. et dr. 2016, liv. 2, 154-174). Nous partageons tout à fait cette analyse.