



AVIS

Transposition des Directives européennes 2014/23/24/25 UE sur la passation des marchés publics

CONSEIL D'ADMINISTRATION

11 janvier 2016

Demandeur	Ministre-Président Rudi Vervoort
Demande reçue le	18 décembre 2015
Demande traitée par	Commission Economie-Emploi-Fiscalité-Finances
Demande traitée le	22 décembre 2015
Avis rendu par le Conseil d'Administration le	11 janvier 2016

Préambule

Le Conseil a été saisi par le Gouvernement bruxellois le 18 décembre 2015, au bénéfice de l'urgence, d'une demande d'avis sur la transposition des Directives européennes 2014/23/24/25 UE sur la passation des marchés publics.

Remarque préliminaire

S'agissant d'une matière *fédérale* aux implications *régionales* importantes, **le Conseil** demande au Gouvernement bruxellois de transmettre le présent avis aux autorités fédérales, mais aussi d'en tenir compte dans l'élaboration de ses propres lignes directrices en matière de marchés publics.

Avis

Le Conseil économique et social remet l'avis suivant :

1) Lutte contre le dumping social - Respect de la législation sur les marchés publics dans le cadre du contrôle du chômage économique

Le Conseil estime que la loi sur les marchés publics doit intégrer des mesures de lutte contre le dumping social. Ainsi, pour les marchés de travaux, la chaîne de sous-traitance doit être limitée et l'agrégation doit être imposée tout au long de la chaîne de sous-traitance.

Le Conseil constate, par ailleurs, que les articles 7, 8 et 77 définissent une série de principes. Il estime qu'un certain nombre de précisions doivent y être apportées afin de conforter la nécessité d'une concurrence saine entre soumissionnaires, notamment quant au respect de la CCT 53, relative au chômage temporaire. Il demande que la loi de transposition intègre des mécanismes permettant d'écarter le recours à des sous-traitants par des sociétés qui mettent en chômage économique une partie de leurs travailleurs¹.

En ce qui concerne l'article 77 du projet de loi, **le Conseil** propose l'ajout suivant :

« Il ne peut être fait recours à la capacité des tiers lorsque l'entreprise soumissionnaire, ou le groupement d'opérateurs économiques tel que prévu à l'art 8, § 2, licencie tout ou partie de son personnel pour des raisons économiques, alors que ces derniers pouvaient normalement remplir les tâches visées par le marché considéré ».

¹ Quelles sont les sanctions auxquelles renvoie l'article 7 ? Une clause du cahier général des charges ne devrait-elle pas viser spécifiquement ce cas ? Qu'en est-il ? Pourquoi préciser « si nécessaire » ? Pourquoi ne pas préciser « en cas de fraude à la loi » ? Pourquoi ne pas renvoyer spécifiquement à l'article 27 du Code d'Instruction criminelle ?

Article 8, §2 : le principe érigé est celui de la non-exigence de l'adoption d'une forme juridique par les opérateurs économiques associés, sans pour autant exclure des spécificités techniques associées à l'ensemble des membres du « groupement » ou au groupement lui-même. Dans la mesure où le premier risque coïncidant avec la mise en place d'un groupement est la fraude sociale par « glissement de main-d'œuvre », le Conseil demande que le recours à un groupement d'opérateurs économiques puisse être exclu lorsque le but identifié est de sous-traiter à des tiers un travail normalement exécuté par des travailleurs mis en chômage temporaire. Le Conseil demande que cet élément soit intégré en tant que motif d'exclusion obligatoire dans le chef du pouvoir adjudicateur et que soit mise en place une articulation efficace des recherches de fraude entre les services fédéraux et les pouvoirs adjudicateurs.

Le Conseil demande que, *mutatis mutandis*, cette condition soit également prévue dans le contexte de l'avant-projet de loi relative aux contrats de concession (article 49).

Il pointe aussi le récent accord entre interlocuteurs sociaux sur le recours à la sous-traitance en même temps qu'à la mise en chômage temporaire de travailleurs fixes.

2) Article 14

Le Conseil se réjouit du fait que l'usage des moyens de communication électronique devienne la règle applicable aux moyens de communication. Il regrette toutefois les exceptions à ce principe. En lien avec la simplification administrative, il souligne :

- l'importance de conscientiser les pouvoirs adjudicateurs à l'application de ces outils ;
- le fait que les soumissionnaires ne doivent pas fournir tous les certificats, documents justificatifs, mais simplement s'engager sur le fait d'être en ordre (dans un premier temps du moins) ;
- l'importance d'inciter à l'usage de Digiflow.

3) Article 30

Le Conseil invite le Gouvernement bruxellois à initier une réflexion sur la manière d'éviter une confiscation déraisonnable des travaux en sous-traitance par le recours au mécanisme de l'*In-House*.

4) Article 65 : choix des participants et attribution des marchés / Principes généraux

Une modification substantielle est intervenue entre l'*avant-projet* de loi, pour lequel la Commission fédérale des marchés publics (dans laquelle siègent les interlocuteurs sociaux) a rendu un avis, et le *projet* de loi, adopté par le conseil des ministres en sa séance du 24 septembre 2015. Ainsi, initialement, le texte prévoyait : « *Sans préjudice du paragraphe 2, lorsque le pouvoir adjudicateur constate que l'offre économiquement la plus avantageuse ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail et mentionnées à l'article 7, il décide de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis ladite offre en raison de l'irrégularité substantielle qui en résulte.* ».

Désormais, le projet de loi stipule : « [...] *il décide de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis ladite offre, pour autant qu'il s'agit d'une obligation dont le non-respect est également sanctionné pénalement. Dans les autres cas où il constate que cette offre ne satisfait pas aux obligations susmentionnées, il peut procéder de la même manière.* »

- o Le non-respect d'une telle obligation n'est dès lors plus érigé en irrégularité substantielle.
- o La question de la « sanction pénale » ne saurait renvoyer à un jugement en autorité de force jugée, mais bien à des manquements *susceptibles* d'une sanction « pénale », que les manquements en question aient été poursuivis, dénoncés ou non. Ceci pose à tout le moins une question en termes d'applicabilité de la mesure.
- o En outre, que recouvre l'acceptation « pénalement » ? Le caractère pénal de la sanction doit-il être entendu au sens large, incluant les sanctions administratives ?

5) Article 67, § 3 (motifs d'exclusion obligatoires - obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale)

Le Conseil suggère de compléter cet article par l'ajout du statut 'PRJ' (Procédure de Réorganisation Judiciaire), afin que les sociétés qui bénéficient d'un accord PRJ puissent conserver la possibilité d'un accès aux marchés publics.

6) Article 74 du projet de loi relative aux marchés publics : preuves

Le Conseil demande que les documents administratifs tels que le document portable A1, la déclaration LIMOSA ou encore la déclaration DIMONA soient des documents obligatoires en cas de recours à de la main-d'œuvre détachée, afin de permettre la vérification du respect des obligations du droit du travail et des conventions collectives (cf. aussi l'article 7 de l'avant-projet de loi relative aux marchés publics).

En outre, il plaide pour que l'exigence de produire ces documents figure explicitement dans l'avant-projet de loi relative aux marchés publics, et ne dépende pas de l'intervention du Roi, tel qu'actuellement prévu.

7) Article 80 : offre économiquement la plus avantageuse

Le Conseil estime que la qualité doit avoir la priorité dans les marchés publics. Ainsi, les services intellectuels doivent être traités de manière spécifique. On doit, en particulier, exclure l'attribution des marchés sur la base du seul critère du prix.

L'article 67 de la directive 2014/24/UE prévoit : « Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés. »

L'article 80 en projet détermine, en effet, que peuvent être au choix identifiés en tant que critères d'attribution, tantôt le prix, tantôt le prix associé à d'autres critères. Or, il apparaît évident que la pratique des marchés public démontre combien le recours au seul prix *peut* s'avérer insuffisante pour assurer une concurrence loyale et effective.

Une proposition constructive en la matière pourrait être trouvée par analogie avec la proposition faite en matière d'allotissement dans l'avant-projet. En effet, pour permettre de renforcer la mise en concurrence « par lots », et l'intégration de PME et TPE dans les marchés, l'article 59 prévoit que le choix de *ne pas allotir* (érigé donc en exception) doit être motivé : « les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent en être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 162, § 1^{er}. »

Si un tel principe était transposé en matière d'attribution, le choix de ne réserver l'attribution que sur base du seul prix serait donc érigé en exception, laquelle devrait pareillement être motivée et les raisons principales être mentionnées dans les documents du marché (ou dans les informations visées à l'article 162, § 1^{er}).

8) Article 83 : prix anormalement bas

Une clarification quant aux modifications attendues par le gouvernement fédéral sera nécessaire dans le cadre des arrêtés destinés à exécuter cet article. Pour rappel, la Région de Bruxelles-Capitale a mis en place un *Observatoire des prix dans les marchés publics* (ordonnance du 3 avril 2014), dont la mission première est de vérifier, au regard des prix

anormalement bas soumis, quelles analyses peuvent être produites aux fins d'éclairer le pouvoir adjudicateur quant à l'explication de ce caractère anormal.

- a. Le Roi est supposé encadrer « des exceptions à l'obligation de vérification des prix ». De quels prix ? De tous les prix ou uniquement des prix pour lesquels il existe une présomption d'anormalité ? Il semble par ailleurs manquer une habilitation au Roi pour définir la notion d' « offres anormalement basses » (ou élevées).
- b. Le titre reprend le concept de prix « anormal », mais pas le texte de l'article ?
- c. Une consultation de la Région sera nécessaire dans le cadre de l'élaboration des arrêtés royaux exécutant cet article, afin d'assurer une bonne coordination avec les dispositifs régionaux de lutte contre le dumping social. Une concertation interfédérale quant à la mise en place d'Observatoires des prix « connectés » et d'une banque de données des prix serait également opportune.

9) Article 85 : exécution du marché

Cet article prévoit que les règles générales d'exécution pour les marchés publics, en ce compris celles relatives à la sous-traitance, seront fixées par arrêté royal.

Le Conseil s'oppose à une telle attribution de pouvoirs au Roi.

D'une part, une telle attribution est trop large au regard des exigences de la Constitution, spécialement si l'on considère que l'action du Roi dans ce domaine est susceptible de limiter les droits et libertés des opérateurs économiques concernés.

D'autre part, le Conseil souhaite que la sous-traitance fasse l'objet d'un article transposant dans la loi l'article 71 de la directive 2014/24/UE et les mesures que cette disposition contient. En outre, l'article 71 de la directive permet également aux États membres d'aller plus loin et de prévoir, à tous les stades de passation de marché, des mesures de contrôle contraignantes, socialement justes et permettant de lutter efficacement contre les dévoiements que la sous-traitance malhonnête peut engendrer (*dumping* social, fraude, exploitation des travailleurs, etc.) Le Conseil plaide donc pour que :

1. Le point 2 de l'article 71 de la directive 2014/24/UE soit transposé en droit belge : « *Dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, toute part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés* ». Il faudrait, plus précisément faire usage de la possibilité pour la Belgique d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux soumissionnaires d'indiquer leur intention de recourir à la sous-traitance ainsi que les sous-traitants proposés.

2. Le point 6 b) de l'article 71 soit transposé intégralement et qu'en outre des mécanismes de sanctions, réels et dissuasifs, soient appliqués en cas de non-respect par les sous-traitants du droit social, du travail et environnemental.

Le Conseil demande également, de manière générale, que toutes les possibilités offertes par l'article 71 de la directive 2014/24/UE soient exploitées par le législateur afin de prévoir une lutte efficace contre les pratiques de *dumping* social et autres dévoiements liés à une cascade importante de sous-traitance (par exemple : en limitant, pour certains secteurs et certains marchés, la chaîne de sous-traitance verticale à deux échelons). Nous demandons de

même que, *mutatis mutandis*, l'avant-projet de loi relative aux contrats de concession soit modifié dans un sens similaire (article 57).

- 10) **Le Conseil** estime que les entreprises ne peuvent être placées dans une position d'insécurité juridique, ce qui serait le cas si la procédure concurrentielle négociée était rendue d'application générale sans que soient prévues de dispositions assurant la transparence.
- 11) Chaque fois que possible, **le Conseil** estime que des procédures judiciaires doivent être évitées, raison pour laquelle il demande de pouvoir signaler les problèmes au point de contact qui sera créé pour les administrations.
- 12) **Le Conseil** estime que les entreprises méritent un traitement correct, en particulier pour les investissements faits en vue de participer aux procédures caractérisées par des négociations, justifiant une indemnisation et ceci afin de stimuler l'innovation et de réprimer les abus.
- 13) Si **le Conseil** se réjouit de l'intégration du « droit environnemental » dans la liste des priorités à respecter dans le cadre de l'exécution des marchés publics, il s'interroge toutefois sur le caractère opérationnel de cette notion juridique.
- 14) **Le Conseil** souhaite que soient rendues possibles les pratiques consistant à favoriser l'économie et l'emploi locaux. Il attire, à cet égard, l'attention des autorités publiques sur la possibilité d'octroyer des points liés au « local content », par le biais des critères socio-économiques repris dans les appels d'offres.
- 15) Enfin, **le Conseil** rappelle que sa Chambre des classes moyennes a pris, le 4 novembre 2015, un avis d'initiative relatif à l'application du *Small Business Act* en Région de Bruxelles-Capitale, identifiant notamment un certain nombre de suggestions/recommandations relatives à l'accès des PME aux marchés publics (dont l'application de la circulaire fédérale du 16 mai 2014, le souhait d'une amélioration de la formation des fonctionnaires-adjudicateurs ou encore la mise en place d'un *help-desk*, au bénéfice des entreprises désireuses de soumissionner).

*

* *