



# **AVIS D'INITIATIVE**

## **Les modalités d'intégration d'un Observatoire des prix de référence au sein du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale**

21 mars 2013

**Demande traitée par**

Conseil d'Administration

**Remarques**

Avis d'initiative

## Préambule

L'axe 3.6 du Pacte de croissance urbaine durable (New Deal) prévoit d'évaluer et éventuellement réformer respectivement les clauses sociales et environnementales des marchés publics bruxellois.

La mise en œuvre de cette mesure est pilotée par la Ministre Fremault, la Ministre Huytebroeck et le CES (FGTB, pilote).

La proposition du CES prévoit de créer, au sein de l'Administration régionale, un Observatoire des prix de référence permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'identifier les soumissionnaires proposant des prix anormalement bas, d'être en mesure de les interroger sur le respect effectif de la réglementation du travail (sous-traitants compris) et de les écarter, le cas échéant, de la procédure d'attribution du marché.

Le 12 juillet 2012, le Conseil des Ministres a décidé de créer l'Observatoire des prix de référence au sein du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale. Le Gouvernement charge le Ministre de l'Emploi de modifier, si nécessaire, l'ordonnance du 8 septembre 1994 portant création du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale.

## Avis

### Considérations générales

#### 1.1 Missions et champ d'application

Il est envisagé d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs publics tombant sous le coup de la législation à venir (cf. infra) de prendre l'avis de l'Observatoire sur le caractère normal du prix remis par les soumissionnaires à un marché public. Ce caractère normal sera plus spécialement apprécié au regard du respect des législations fiscales et sociales.

Tous les marchés publics ne seront pas soumis à cette obligation. L'idée sous-tendant la présente initiative est d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs bruxellois les moyens de vérifier qu'ils ne confient pas, en toute bonne foi, des marchés à des adjudicataires peu soucieux du respect des législations sociales et fiscales. Offrir cette aide à la prise de décision administrative se justifie tant dans un souci de bonne administration que par une volonté de loyauté fédérale, en contribuant au respect de législations fédérales. Le recours à de la main-d'œuvre non déclarée porte en outre une atteinte certaine à la bonne efficacité des politiques mises en œuvre par la Région en matière de placement de travailleurs.

Il s'agirait dès lors de viser par la législation projetée les marchés publics où le facteur main-d'œuvre est important. Ainsi, le choix devrait-il être fait d'exclure les marchés de fournitures ; pour ceux-ci en effet l'aspect main-d'œuvre est moins important, voire inexistant, ou se localise dans un pays tiers.

Le pouvoir adjudicateur consulterait l'Observatoire une fois le rapport d'analyse des offres établi, et en tout cas avant la prise de la décision d'attribution du marché. Le pouvoir adjudicateur se prononcera ensuite à la lumière du rapport d'analyse des offres et de l'avis de l'Observatoire.

L'Observatoire devra rendre son avis dans un délai de 20 jours de calendrier. Ce délai pourra être prorogé une fois pour une même durée de 20 jours sur décision de l'Observatoire. La décision de prorogation devra être envoyée au pouvoir adjudicateur avant l'expiration du délai initial. Passé ce délai, éventuellement prorogé, l'avis de l'Observatoire pourra être négligé, et ce, afin de ne pas paralyser le pouvoir adjudicateur.

L'obligation de consulter l'Observatoire devrait également s'imposer lorsqu'il est recouru à la procédure négociée, sauf lorsque le recours à cette procédure se justifie :

- par une urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles (au sens des actuels articles 17, § 2, 1°, c), et 39, § 2, 1°, c) de la loi du 24 décembre 1993) ;
- ou par l'existence d'une circonstance imprévue rendant nécessaires des travaux ou services complémentaires ne figurant pas au projet initial qui a été adjudgé (au sens des actuels articles 17, § 2, 2°, a), et 39, §2, 2°, a) et 6° de la même loi).

D'un point de vue *ratione personae*, **le Conseil** est d'avis que pour établir la liste des pouvoirs adjudicateurs qui devraient être soumis à la future ordonnance, il convient de s'inspirer de la récente circulaire relative aux clauses sociales dans les marchés publics bruxellois. Seraient ainsi concernées « *toutes les administrations qui dépendent fonctionnellement du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale* ».

Liste non exhaustive :

- Bruxelles-Propreté - Agence régionale pour la propreté
- Le Centre d'Informatique pour la Région Bruxelloise
- Bruxelles Environnement Institut Bruxellois pour la Gestion de l'Environnement
- Inoviris - Institut d'Encouragement de la recherche scientifique et de l'innovation de Bruxelles
- Le service d'incendie et d'aide médicale urgente de la Région de Bruxelles-Capitale
- Actiris -Office régionale bruxellois de l'emploi
- La société du logement de la Région de Bruxelles-Capitale
- Le Port de Bruxelles
- Le Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale
- La société de développement pour Région de Bruxelles-Capitale
- La société des transports intercommunaux de Bruxelles
- La société bruxelloise de gestion de l'eau
- La société d'acquisition foncière
- Le Fonds bruxellois de Garantie
- L'agence bruxelloise pour l'entreprise
- Bruxelles International Tourisme et Congrès
- Le Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale
- Les communes
- Les intercommunales

- Les structures mixtes, c'est-à-dire les entités actuellement visées à l'actuel article 4, § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993.

## 1.2 Compétence de l'autorité régionale

Le projet n'impliquera pas de modifier, ni même de compléter, la législation fédérale sur les marchés publics. Il s'agira plus simplement pour l'autorité régionale de prévoir un cadre législatif et réglementaire destiné à aider les pouvoirs adjudicateurs relevant de sa compétence à respecter au mieux les dispositions de cette législation relatives aux prix anormaux et à veiller à ce que des deniers publics ne rémunèrent pas des adjudicataires ne respectant pas les législations fiscales et sociales.

Outre le fait qu'il est en soi choquant qu'un pouvoir adjudicateur relevant de la Région contribue ainsi, certes malgré lui et indirectement, à une violation de la législation fédérale, il est en effet notoire que lorsqu'un adjudicataire n'a pu obtenir un marché que parce qu'il emploie du personnel dans des conditions qui ne sont pas respectueuses des législations fiscales et sociales, le pouvoir adjudicateur se trouve le plus souvent confronté à de graves problèmes lors de l'exécution du marché (interruption en raison de l'intervention de l'Inspection sociale, grève du personnel, faillite de l'entreprise...). Enfin, le recours à de la main-d'œuvre employée en noir va directement à l'encontre du bon accomplissement des missions que le législateur spécial a confiées à l'autorité régionale en matière de placement de travailleurs.

S'inspirant de la solution consacrée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 9/2011 du 27 janvier 2011 à propos d'un décret wallon qui impose aux organismes d'intérêt public et intercommunales une règle de rotation dans le choix du réviseur de leurs comptes, la Région de Bruxelles-Capitale pourrait dès lors, pour fonder son intervention en l'espèce, se prévaloir, de ses compétences notamment en matière de placement de travailleurs (art. 6, § 1<sup>er</sup>, IX, 1°, L.S.R.I.), de pouvoirs subordonnés (art. 6, § 1<sup>er</sup>, VIII), d'organisation de son administration centrale (art. 87, §1<sup>er</sup>) et de ses services décentralisés (art. 9).

## 1.3 Nécessité d'un texte à portée législative

De manière constante, la section de législation du Conseil d'Etat considère que s'il résulte tant des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution que de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 que les commissions, comités, conseils, organes consultatifs et autres «observatoires» rattachés au pouvoir exécutif doivent être créés et réglés par celui-ci et non par le législateur qui n'a pas à s'immiscer dans cette matière, en revanche, lorsque la consultation de l'organe créé est obligatoire (ce qui sera le cas ici), que ses avis sont susceptibles de lier l'autorité ou que des obligations sont imposées à des tiers, c'est à la loi (décret, ordonnance) de le créer, de définir ses missions, sa composition, les indemnités ou rétributions éventuellement accordées à ses membres ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement

Il s'imposera dès lors de légiférer en l'espèce par voie d'ordonnance.

Il échet à cet égard de noter que lors de sa délibération du 12 juillet 2012, le Gouvernement a envisagé, si nécessaire, une modification de l'ordonnance du 8 septembre 1994 portant création du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale. Le souhait est

en effet d'instituer l'Observatoire au sein de ce Conseil. La rédaction de cette ordonnance, qui n'est notamment pas subdivisée en chapitres et sections, se prête cependant mal à l'insertion, en *bis, ter, quater, etc.*, des dispositions projetées. Pour des raisons de bonne législation, **le Conseil** estime dès lors préférable que soit adoptée une ordonnance distincte portant création au sein du Conseil économique et social, d'un Observatoire bruxellois des prix de référence.

#### 1.4 Personnel

**Le Conseil** précise que les membres du personnel qui seront affectés à l'Observatoire feront partie de l'effectif du Conseil et seront dirigés par le fonctionnaire dirigeant.

Au regard de la complexité des matières qui y seront traitées, **le Conseil** demande l'engagement de deux personnes de niveau A.

#### 1.5 Fonctionnement

Par l'adoption de l'ordonnance susmentionnée, un Observatoire sera instauré au sein du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale.

**Le Conseil** demande que le Gouvernement prévoie annuellement à son budget le montant nécessaire au fonctionnement de l'Observatoire (personnel, frais divers, études, publications, ...).

#### 1.6 Respect du secret des affaires

Il va de soi que tant l'Observatoire que les pouvoirs adjudicateurs devront veiller à ce que cette consultation se fasse dans le respect du droit au secret des affaires.

Il conviendra en particulier que, comme le bureau d'études qui aide un pouvoir adjudicateur dans l'examen des offres reçues, l'Observatoire soit également strictement tenu à un devoir de confidentialité. L'Observatoire n'étant pas contractuellement lié au pouvoir adjudicateur, cette obligation ne pourra, par hypothèse, pas découler d'une clause contractuelle, mais devra être expressément prévue par l'ordonnance.

Ce devoir de confidentialité sera d'application non seulement tant que le marché public considéré ne sera pas attribué et ce, afin de se conformer au prescrit de l'article 65/10, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 ; mais perdurera au-delà. Aussi l'Observatoire devra veiller à rendre anonymes les informations confidentielles qui figureraient dans ses rapports d'activités et toutes autres communications qu'il rendrait publiques.

#### 1.7 Comité de suivi

**Le Conseil** estime indispensable la mise en place, en son sein, d'un Comité de suivi des travaux de l'Observatoire. A cette fin, chaque fois qu'un pouvoir adjudicateur aura transmis un dossier pour avis à l'Observatoire, il veillera aussi à transmettre ultérieurement à l'Observatoire la décision motivée d'attribution du marché public et ce, que l'Observatoire ait émis ou non un avis en temps utile.

## Considérations particulières

### 1.1 Partenariats et collaborations

Il serait opportun que pour le bon exercice de ses missions, l'Observatoire noue des collaborations et partenariats.

#### 2.1.1 Partenariat avec le Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale

**Le Conseil** rappelle qu'il était initialement demandeur d'une implantation de l'Observatoire au sein du MRBC. Le Conseil des Ministres en ayant décidé autrement, **le Conseil** estime qu'il sera très important de développer, à l'avenir, une bonne collaboration avec le MRBC.

#### 2.1.2 Collaboration avec le SPF Emploi, Travail et Concertation sociale

Afin de fournir des outils à la reconnaissance d'offres anormalement basses, **le Conseil** propose de s'appuyer sur les travaux des principales Commissions paritaires instituées auprès du Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale.

### 1.2 Adoption d'une circulaire ministérielle

**Le Conseil** est d'avis qu'outre cette initiative législative, le Gouvernement devrait, par l'adoption d'une circulaire ministérielle, attirer l'attention des pouvoirs adjudicateurs bruxellois sur :

- l'intérêt d'insérer dans les cahiers spéciaux des charges une clause obligeant le soumissionnaire à préciser dans le prix qu'il remet, la partie qui correspond au coût de la main-d'œuvre ;
- l'existence de dispositions du droit des marchés publics permettant de vérifier, directement ou indirectement, le caractère normal du prix et le respect des législations fiscales et sociales (*voy. spéc. les articles 86bis, 88, § 2 et 96, § 4, 100, 110, §§ 3 à 5 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que, pour les secteurs spéciaux, les articles 76bis, 84, § 4, 88, § 1<sup>er</sup> et 98, § 3 à 5, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996*).

\*  
\*       \*