



GOVERNEMENT DE LA RÉGION  
DE BRUXELLES-CAPITALE



**brupartners**  
**.brussels**

Observatoire des prix de référence  
dans les marchés publics  
Observatorium van de referentieprijs  
voor de overheidsopdrachten



# GUIDE DE BONNES PRATIQUES DANS LES MARCHÉS PUBLICS

# Table des matières

<b>INTRODUCTION</b>	<b>04</b>
<b>1. DÉFINIR LE BESOIN</b>	<b>05</b>
<b>2. FAVORISER L'ALLOTISSEMENT DU MARCHÉ SI OPPORTUN</b>	<b>06</b>
2.1. Recommandations du GT Dumping Social	06
2.2. Marchés de montant égal ou supérieur à 139.000€ HTVA	06
2.3. Marchés de montant inférieur à 139.000€ HTVA	07
<b>3. LIMITER LA CHAÎNE DE LA SOUS-TRAITANCE</b>	<b>08</b>
3.1. Recommandations du GT Dumping Social	08
3.2. Développements	08
3.3. Exemple de clauses à insérer	09
<b>4. VISITE DES LIEUX</b>	<b>11</b>
4.1. Recommandations du GT Dumping Social	11
4.2. Développements	11
4.3. Exemple de clauses à insérer dans les documents du marché	12
<b>5. MOTIFS D'EXCLUSION DES MARCHÉS PUBLICS</b>	<b>13</b>
5.1. Principes	13
5.2. Motifs d'exclusion obligatoire	13
5.3. Motifs d'exclusion liés aux dettes fiscales et sociales	17
5.4. Motifs d'exclusion facultatifs	17
<b>6. VÉRIFIER LA CAPACITÉ ÉCONOMIQUE, FINANCIÈRE, TECHNIQUE ET/OU PROFESSIONNELLE DE L'OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE</b>	<b>19</b>
6.1. Recommandations du GT Dumping Social	19
6.2. Développements	19
6.3. Exemple de clauses à insérer	20
<b>7. CHOISIR LA PROCÉDURE DE PASSATION ET LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION AD HOC</b>	<b>25</b>
7.1. Recommandations du GT Dumping Social	25
7.2. Développements	25
7.3. Ecolabels	27
7.4. Handistreaming	27
7.5. Exemple de clauses	28
7bis. Publication des prix totaux	28
<b>8. JUSTIFIER LES ÉLÉMENTS DE L'OFFRE LORS DE LA VÉRIFICATION DES PRIX</b>	<b>29</b>
8.1. Recommandations du GT Dumping Social	29
8.2. Objectifs poursuivis	29
8.3. Formalisme du contrôle	29
8.4. Analyse des justifications de prix	31
8.5. Exemple de demande de justification concernant des prix paraissant anormalement élevés ou bas d'une offre (A.R. 18.04.2017, art. 36)	34

<b>9. ÊTRE ATTENTIF AUX RÈGLES D'EXÉCUTION DES MARCHÉS</b>	<b>35</b>
9.1. Clauses de révision	35
9.2. Clauses facultatives	35
9.3. Cas dans lesquels les règles d'exécution ne s'appliquent pas	36
9.4. Motivation formelle	37
<b>10. IMPOSER LA MAÎTRISE DE LA LANGUE DU MARCHÉ À CERTAINS TRAVAILLEURS</b>	<b>37</b>
10.1. Recommandations du GT Dumping social	37
10.2. Développements	37
10.3. Exemple de clauses à insérer – marché de travaux et assimilés	38
<b>11. SUPERVISER ET CONTRÔLER L'EXÉCUTION DU MARCHÉ</b>	<b>39</b>
11.1. Recommandations du GT Dumping Social	39
11.2. Constats	39
11.3. Outils légaux disponibles	39
11.4. Types de contrôles	40
11.5. Réception technique des services ou travaux	41
11.6. Contrôle et constatation du défaut d'exécution	41
11.7. Certificats de bonne exécution	41
11.8. Sanctions	43
<b>12. FAVORISER LA RÉALISATION DE MARCHÉS PUBLICS INNOVANTS</b>	<b>46</b>
12.1. Recommandations du GT Dumping Social	46
12.2. Développements	46
<b>13. GÉRER LES MARCHÉS DE FAIBLE MONTANT</b>	<b>48</b>
13.1. Principes	48
13.2. Offre ou simple consultation des « conditions générales »	48
13.3. Décision motivée	48
13.4. Autres caractéristiques	48
13.4bis. Offres spontanées	49
13.5. Exemple de décision d'attribution	49

# INTRODUCTION

Le « Guide des bonnes pratiques dans les marchés publics » a été rédigé sur base du rapport des travaux du groupe de travail « Lutte contre le dumping social » mis en place par une décision du Gouvernement bruxellois relative à la transposition de la Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et à la lutte contre le dumping social.

Bien que le dumping social ne fasse pas l'objet d'une définition unique, ce phénomène peut être généralement défini comme les pratiques abusives engendrant une concurrence déloyale, telles que la minimisation illégale du coût de travail.

Le dumping social est une préoccupation importante pour la Région de Bruxelles-Capitale. De nombreux interlocuteurs sensibilisent régulièrement aux effets délétères de ce phénomène. Le dumping social a un impact néfaste sur l'emploi et les conditions de travail. Les pouvoirs publics bruxellois, soucieux de lutter contre les effets du dumping social, sont attentifs à ce que les marchés publics ne soient pas vecteurs de mauvaises conditions de travail.

A l'issue de ses travaux, le groupe de travail « Lutte contre le dumping social » a été chargé de présenter au Gouvernement et aux interlocuteurs sociaux un plan spécifique visant notamment à formuler et à diffuser une série de recommandations de bonnes pratiques dans les marchés publics.

Le présent guide rassemble les recommandations de bonnes pratiques formulées par le groupe de travail. L'objectif est également de proposer une synthèse de certaines dispositions légales, ainsi que des suggestions de clauses à insérer dans les documents de marché. Si la lutte contre le dumping social a constitué le « fil rouge » de sa rédaction, ce guide s'inscrit, à l'instar des réflexions du groupe de travail, dans un cadre plus large que celui de la lutte contre le dumping social au sens strict, en couvrant toutes les phases de passation d'un marché public.

Le guide souligne également le rôle de l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics dans le processus de vérification des prix. Une part substantielle du guide est d'ailleurs consacrée à la problématique du prix et à la nécessité de prendre en compte d'autres critères d'attribution.

Basé sur les réflexions d'un groupe de travail bruxellois, le guide des bonnes pratiques contribuera aussi à compléter les autres guides généraux et les guides sectoriels existants en matière de marchés publics et de lutte contre le dumping social.

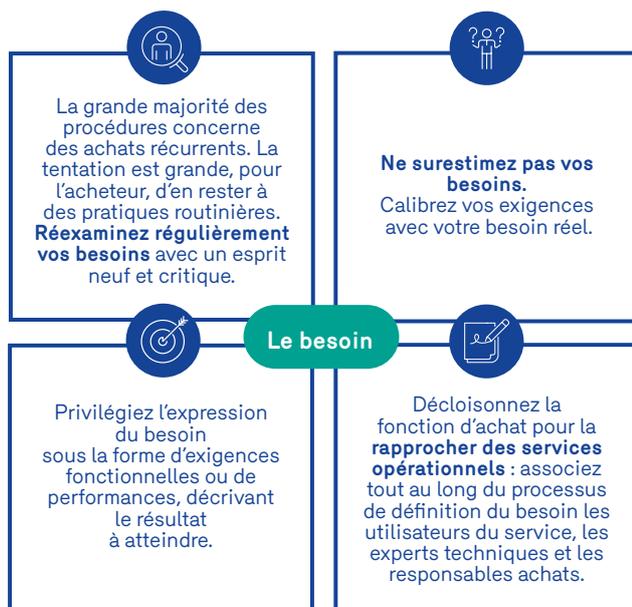
L'objectif du présent guide est également d'offrir un complément et de s'associer à un corpus d'initiatives mises notamment en exergue dans le cadre des conclusions du rapport du groupe de travail, comme les protocoles de collaboration établis entre l'Inspection régionale de l'Emploi et certaines Communes bruxelloises, ainsi que le travail de la Direction des Marchés Publics de Bruxelles Pouvoirs Locaux.

Rédigé dans l'optique de fournir aux adjudicateurs des outils afin de les aider dans la passation de leurs marchés publics et dans la lutte contre les pratiques liées au dumping social, ce guide s'adresse plus particulièrement au Service Public Régional de Bruxelles, aux organismes d'intérêt public, ainsi qu'aux pouvoirs locaux bruxellois.

L'attention des lecteurs est attirée sur le fait que ce document reflète l'état de la réglementation en vigueur à la date de sa parution. Il appartient aux adjudicateurs de s'assurer que cette réglementation est toujours applicable.

# 1. DÉFINIR LE BESOIN

1. L'achat est destiné à satisfaire un besoin. La définition précise de ce besoin est une étape essentielle du processus d'achat : elle est la condition de la bonne compréhension et de la bonne exécution du marché. De cette bonne définition du besoin vont dépendre la réussite globale du projet et la performance économique de l'achat.



Posez-vous systématiquement les questions essentielles :

- A quelle fonction, quel usage sont destinés la prestation, le matériel, la fourniture ?
- Quel est l'impact dans le futur prix de chaque exigence, de chaque contrainte ?

- Peut-on faire mieux autrement ? Quel impact en termes de coût complet ?
- Quel impact environnemental et social ? Comment prendre en compte le développement durable ?
- Quel est le lieu d'utilisation ou de réalisation ?
- Quelle est la fréquence d'utilisation ? La période d'utilisation ?
- Quelle quantité prévoir ? Quel niveau de qualité ? Quel niveau de sécurité ?
- Quel délai de réalisation ?
- Quelles sont les normes et réglementations à respecter ?
- A quoi faut-il être attentif afin, notamment, de s'assurer que le marché public ne soit pas vecteur de mauvaises conditions de travail ?

2. Dans l'intérêt de toutes les parties, l'adjudicateur doit veiller à établir un cahier des charges précis et détaillé, avec des délais d'introduction d'offres suffisamment longs<sup>1</sup>. La rédaction du cahier des charges revêt en effet une importance cruciale, tant pour l'adjudicateur que pour les soumissionnaires potentiels. Il s'agit, d'une part, pour l'adjudicateur, de s'assurer de la bonne comparabilité des offres, et, d'autre part, pour les soumissionnaires, de disposer des informations nécessaires et un délai adéquat à l'établissement de leur offre<sup>2</sup>.

1. Art. 59 de la loi sur les marchés publics.

2. Art. 36 à 41 de la loi sur les marchés publics.

## 2. FAVORISER L'ALLOTISSEMENT DU MARCHÉ SI OPPORTUN

### 2.1. Recommandations du GT Dumping Social

Il n'y a pas d'obligation de prévoir des lots, mais les pouvoirs adjudicateurs doivent vérifier s'il est judicieux d'allotir. En effet, l'allotissement est un moyen d'élargir l'accès au marché, plus particulièrement aux PME et donc d'agrandir la concurrence. Il offre également des perspectives à de nombreuses PME qui ne pourraient pas répondre à l'intégralité d'un appel d'offres, mais bien à une partie de celui-ci, lui ouvrant ainsi la possibilité de travailler avec des organisations publiques. Il convient toutefois de rester prudent quant aux risques subséquents d'entente entre les soumissionnaires, notamment dans les secteurs où la concurrence est faible. Dans certains secteurs, particulièrement ceux intensifs en main-d'œuvre et soumis à une forte concurrence (construction, nettoyage...), le recours à l'allotissement peut avoir des effets néfastes en termes de lutte contre le dumping social et peut engendrer des difficultés en termes d'exécution du marché et de gestion du personnel. Dès lors, les pouvoirs adjudicateurs apprécient pour chaque marché si l'allotissement est opportun ou pas. En cas d'allotissement, il convient également que l'adjudicateur appréhende la gestion éventuelle et la coordination de plusieurs contractants. Le choix de ne pas allotir pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 139.000€ HTVA doit toujours être motivé dans les documents du marché.

### 2.2. Marchés de montant égal ou supérieur à 139.000€<sup>3</sup> HTVA

- La législation impose dorénavant à tous les adjudicateurs **d'envisager l'allotissement** pour les marchés de travaux, de services et de fournitures<sup>4</sup> dont les montants estimés sont égaux ou supérieurs au seuil européen applicable pour les marchés publics fédéraux de fournitures et de services<sup>5</sup>. **Autrement dit, dans un marché dans lequel il est possible de segmenter la prestation, l'adjudicateur devra par principe allotir s'il est opportun de le faire. S'il ne le fait pas, il devra motiver la décision de ne pas allotir.** Ainsi, il n'y a pas à proprement parler une obligation d'allotir. Le législateur belge a, au contraire, laissé les adjudicateurs libres d'apprécier cela en opportunité. Par contre, il a érigé l'obligation de réfléchir au sujet, et de motiver si aucun lot n'est effectué lorsque la valeur du marché atteint le seuil précité. Les raisons principales de ce choix doivent se retrouver dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, §1<sup>er</sup> de la loi du 17 juin 2016.

Au même titre que l'utilisation contrôlée de la sous-traitance donne la possibilité aux PME d'avoir accès à des marchés de plus petite taille, l'allotissement permet à davantage d'entreprises, et notamment aux PME, d'entrer en concurrence et de soumissionner pour l'un ou l'autre lot, à défaut d'être en capacité de remettre une offre pour tous les lots<sup>6</sup>. Par ailleurs, de par le besoin accru de personnel et donc de liquidités,

les marchés de montants élevés attribués entièrement à un seul soumissionnaire ont tendance à engendrer davantage d'échecs de sous-traitance que les marchés dont les lots sont attribués distinctement. A cet égard, nous rappelons qu'il existe désormais une obligation de limiter la sous-traitance dans certains secteurs visant à lutter contre la sous-traitance en cascade dans les marchés publics utilisant une main-d'œuvre importante<sup>7</sup>. De ce fait, l'allotissement est considéré par le législateur comme un moyen complémentaire permettant de rendre l'accès aux marchés publics possible à de plus petites structures tout en assurant un contrôle plus efficace de l'adjudicateur en travaillant avec un prestataire direct.

- Il est à noter que dans l'avis de marché, l'adjudicateur indique s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots. En outre, l'adjudicateur peut, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché<sup>8</sup>. L'adjudicateur indique alors dans les documents du marché les critères, tout en gardant à l'œil les principes d'égalité de traitement entre soumissionnaires, qu'il entend appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal<sup>9</sup>.

3. Le seuil évolue tous les deux ans. Voir l'art. 11 de l'A.R. du 18 avril 2017.

4. Art. 58, §1<sup>er</sup> de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

5. Ce montant est actuellement de 139.000€ HTVA. Voir Annexe.

6. En effet, les travaux parlementaires précisent qu'il s'agit là, selon l'objectif poursuivi par la directive européenne, d'accroître la concurrence et de faciliter l'accès des PME aux marchés publics (Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, p. 107).

7. Voir la fiche n°3 de ce guide.

8. Art. 58, §2 de la loi sur les marchés publics.

9. LAMBERT, M., « Nouvelle réglementation des marchés publics : de nombreux changements parfois importants », *Mouvement communal*, n°911, octobre 2016, p. 19.

### 2.3. Marchés de montant inférieur à 139.000€ HTVA<sup>10</sup>

5. Pour les marchés dont les montants n'atteignent pas le seuil européen de 139.000€ HTVA, la nouvelle **légalisation n'impose pas** d'obligation de motiver formellement le non allotissement. Toutefois, il est également conseillé **d'envisager l'allotissement du marché et d'allotir sauf pour des raisons justifiées en opportunité**. En effet, même pour des marchés de montant moins important, l'allotissement est un moyen efficace pour permettre aux PME d'intégrer la concurrence pour les achats publics.

<sup>10</sup>. Le seuil évolue tous les deux ans.

## 3. LIMITER LA CHAÎNE DE LA SOUS-TRAITANCE

### 3.1. Recommandations du GT Dumping Social

Conformément aux articles 12/1 et 12/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, la chaîne de sous-traitance est limitée à 2 ou 3 niveaux dans les travaux et les secteurs sensibles à la fraude. De plus, limiter la part du marché pouvant être sous-traitée peut être envisagée.

### 3.2. Développements

6. La sous-traitance **purement économique<sup>11</sup> est souvent un indicateur favorisant le risque de dumping social**. Il semble que l'encadrement et la limitation de cette pratique constitue un moyen parmi d'autres de lutter contre ce type de pratiques déloyales destructeur d'emploi<sup>12</sup>. Ce contrôle n'est donc pas nécessairement d'application pour tous les marchés, ni pour tous les motifs d'exclusion. L'imposition d'un tel contrôle semble avant tout opportune dans un certain nombre de secteurs sensibles à la fraude<sup>13</sup>.

L'élaboration d'une politique dans ce domaine est en phase avec le fait que « *l'application correcte des obligations existantes en matière de droit du travail et de droit social et environnemental constitue désormais un principe important dans la réglementation relative aux marchés publics, (notamment) vu l'effet de distorsion de la concurrence pouvant résulter du non-respect de ladite législation* »<sup>14</sup>.

En effet, à la lecture de la nouvelle législation en matière de marché public, l'obligation de respecter le droit social, environnemental et du travail, en ce compris la lutte contre le dumping social, est profondément remaniée et élargie<sup>15</sup>.

7. La jurisprudence récente<sup>16</sup> rappelle que la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 2083/2005 de la Commission du 19 décembre 2005, doit être interprétée en ce sens qu'**un adjudicateur n'est pas autorisé à exiger, par une clause du cahier des charges d'un marché public de travaux, que le futur adjudicataire de ce marché exécute par ses propres moyens un**

**certain pourcentage des travaux faisant l'objet dudit marché.**

Dans le cadre d'un « *marché public de travaux, de services et de travaux de pose et d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures* », l'article 78, alinéa 3 de la loi du 17 juin 2016 autorise explicitement l'adjudicateur à exiger que « *certaines tâches essentielles* » soient effectuées directement par l'adjudicataire lui-même. De plus, lorsque l'adjudicateur souhaite exclure la possibilité de sous-traitance pour les travaux « *principaux* », celui-ci se doit de vérifier que, dans le cadre de son marché, cette mesure est bien nécessaire et proportionnée<sup>17</sup>.

8. L'article 13 de l'arrêté royal du 22 juin 2017<sup>18</sup> insère les articles 12/1 à 12/4 qui concernent, entre autres, la limitation de la chaîne de sous-traitance. Ces dispositions ont ceci en commun qu'elles contribuent à lutter contre le dumping social dans la chaîne de sous-traitance<sup>19</sup>.

La nouvelle réglementation apporte une limitation à deux ou trois niveaux pour la chaîne de sous-traitance et pourrait donc largement contribuer à la lutte contre le dumping social, notamment (mais pas seulement) dans le secteur de la construction<sup>20</sup>.

11. C'est-à-dire la sous-traitance qui n'est pas liée à une compétence particulière ou à des ressources additionnelles.

12. LAMBERT, M., *Op. Cit.*, p. 22.

13. Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, p. 138.

14. Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, p. 139.

15. DE COCK, M., « La nouvelle loi relative aux marchés publics : les changements majeurs pour les communes », <http://www.avcb-vsgb.be>.

16. CJUE (3e ch.) n° C-406/14, 14 juillet 2016 (Wroclaw - Miasto na prawach powiatu / Minister Infrastruktury i Rozwoju).

17. CJUE (4e ch.) n° C-292/15, 27 octobre 2016 (Hörmann Reisen GmbH/Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg) ; CJUE (5e ch.) n° C-298/15, 5 avril 2017 (Borta UAB/Klaidepos).

18. Arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 29 juin 2017, p. 68311.

19. Rapport au Roi, M.B., 29 juin 2017, p. 68317.

20. Guide Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions, p. 20.

9. De manière plus générale, la législation de 2016 et ses arrêtés royaux imposent plusieurs obligations aux adjudicateurs concernant le contrôle des sous-traitants :

- la vérification des motifs d'exclusion des sous-traitants<sup>21</sup> ;
- le respect des exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle par les sous-traitants<sup>22</sup> ;
- l'interdiction pour un sous-traitant de « *sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié* »<sup>23</sup> ;
- pour les marchés dans les secteurs sensibles à la fraude, la transmission d'informations sur le ou les sous-traitants par l'adjudicataire à l'adjudicateur<sup>24</sup>.

Par ailleurs, l'adjudicateur peut imposer à l'adjudicataire le recours à certains sous-traitants<sup>25</sup>.

### 3.3. Exemple de clauses à insérer

#### *Exemple de clause à insérer dans les documents d'un marché de travaux :*

Conformément à l'article 12/3, §2, 1° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le présent marché de travaux, qui est groupé selon sa nature dans une catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, limite la chaîne de sous-traitance et dès lors elle ne peut comporter plus de trois niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire, le sous-traitant de deuxième niveau et le sous-traitant de troisième niveau.

Conformément à l'article 12/3, §2, 2° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le présent marché de travaux, qui est groupé selon sa nature dans une sous-catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, limite la chaîne de sous-traitance et dès lors elle ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau.

21. A ce sujet, pour plus de détails, il est renvoyé à la fiche n°5 de ce guide.

22. Conformément à l'article 12/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, « *l'adjudicateur peut exiger que les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle imposées par les documents du marché* ».

23. A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.*, art. 12/3, §1<sup>er</sup>.

24. A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.*, art. 12/1, §1<sup>er</sup> : « *Lorsqu'il s'agit d'un marché dans un secteur sensible à la fraude, l'adjudicataire transmet, au plus tard au début de l'exécution du marché, les informations suivantes à l'adjudicateur : le nom, les coordonnées et les représentants légaux de tous les sous-traitants, quelle que soit la mesure dans laquelle ils participent à la chaîne de sous-traitance et quelle que soit leur place dans cette chaîne, participant aux travaux ou à la prestation des services, dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade. Il en va de même dans le cas de marchés de services qui doivent être fournis sur un site placé sous la surveillance directe de l'adjudicateur. L'adjudicataire est, pendant toute la durée des marchés visés à l'alinéa 1<sup>er</sup>, tenu de porter sans délai à la connaissance de l'adjudicateur de tout changement relatif à ces informations ainsi que des informations requises pour tout nouveau sous-traitant qui participera ultérieurement à ces travaux ou à la prestation de ces services* ». Si le soumissionnaire n'entend pas sous-traiter une/des partie(s) du marché, il n'est pas tenu d'apporter des informations relatives à la sous-traitance de ce marché (C.E., n°249.223 du 15 décembre 2020).

25. A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.*, art. 12, §2, al. 1, 2° et al.2. « *Dans ce cas, le recours à d'autres sous-traitants est soumis à l'autorisation préalable de l'adjudicateur* ».

**Exemple de clause à insérer dans les documents d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude<sup>26</sup> :**

Conformément à l'article 12/3, §2, 3° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le présent marché limite la chaîne de sous-traitance et dès lors elle ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau.

L'adjudicataire est tenu de/peut être tenu de fournir au pouvoir adjudicateur tout document, visé à l'article 12/1, alinéa 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal précité, relatif aux sous-traitants.

**Remarque à ajouter pour tout type de marché dans les deux cas de figure :**

L'adjudicataire rappelle que cette limitation se fait sans préjudice de la survenance de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de l'introduction de l'offre ou moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur.

Conformément à l'article 12/3, §1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié.

Pour les marchés européens, le pouvoir adjudicateur vérifie s'il existe, dans le chef du ou des sous-traitant(s) direct(s) de l'adjudicataire, des motifs d'exclusion au sens des articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016, conformément à l'article 12/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Pour les marchés belges, le pouvoir adjudicateur peut vérifier s'il existe, dans le chef du ou des sous-traitant(s) direct(s) de l'adjudicataire, des motifs d'exclusion au sens des articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016, conformément à l'article 12/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Les documents de marché indiquent si cette vérification sera faite.

En tout état de cause, le sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion a toujours la possibilité de prouver que les mesures qu'il a prises sont suffisantes pour démontrer sa fiabilité, malgré le motif d'exclusion applicable.

Sans préjudice de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, toute violation de ces interdictions peut donner lieu à l'application de mesures d'office.

**Exemple de clause de stipulation pour autrui relative à la responsabilité du sous-traitant à insérer dans les conditions d'exécution des documents du marché<sup>27</sup> :**

Conformément à l'article 12, §2, al. 1, 2° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'imposer le recours à certains sous-traitants. Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur reste responsable de la capacité financière et économique et de la capacité technique et professionnelle de ce(s) sous-traitant(s).

Le soumissionnaire, lorsqu'il a recours à un ou des sous-traitant(s) qui lui ont été ou lui seront imposés, se doit de se lier contractuellement avec celui ou ceux-ci en insérant dans le contrat de sous-traitance la clause suivante :

« Avant le début des travaux ou des prestations de services, le sous-traitant, soit la société **XX** en sa qualité de promettant s'engage auprès de l'entrepreneur, soit la société **XX** en sa qualité de stipulant à souscrire auprès du maître de l'ouvrage, soit la commune/ CPAS/ OIP/ Service public **XX** en sa qualité de bénéficiaire à un engagement permettant à ce dernier de mettre en cause directement sa responsabilité pénale et civile.

Le maître de l'ouvrage, soit la commune/ CPAS/ OIP/ Service public **XX**, en sa qualité de bénéficiaire dispose du droit d'exiger, directement et avant le début des travaux ou des prestations de services, que le sous-traitant, soit la société **XX** en sa qualité de promettant fournisse l'engagement écrit visé ci-dessus. »

26. Art. 2, 25° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 : « marché dans un secteur sensible à la fraude : a) un marché de travaux ; ou b) un marché de services passé dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales ; ». Pour la liste complète de ces secteurs, voir Annexe.

27. Cette clause n'est pas directement prévue dans la législation. Afin d'offrir aux adjudicateurs une possibilité d'action contre les sous-traitants, plusieurs auteurs préconisent de recourir à ce mécanisme en intégrant cette clause dans leurs cahiers des charges.

## 4. VISITE DES LIEUX

### 4.1. Recommandations du GT Dumping Social

Les pouvoirs adjudicateurs sont invités à imposer une visite de chantier dans leurs cahiers des charges.

Il est conseillé d'organiser des visites individuelles. Par conséquent, un délai suffisamment long doit être prévu avant l'introduction de l'offre. En plus, les informations échangées lors des visites doivent être communiquées d'une manière transparente à tous les soumissionnaires. Enfin, un formulaire spécifique à remplir et à joindre à l'offre est recommandé, afin d'attirer une attention spécifique.

### 4.2. Développements

**10.** Il n'y a aucune obligation d'organiser une visite sur les lieux. Cependant, celle-ci peut s'avérer utile dans le cadre d'un marché public puisque les soumissionnaires pourront alors prendre connaissance des locaux, des zones ou des surfaces, ... visés par le marché. S'il s'agit d'une possibilité laissée à l'adjudicateur, ce dernier se doit d'effectuer un examen d'opportunité quant à l'imposition d'une telle formalité. En effet, cette mesure doit revêtir une utilité réelle pour la compréhension, par les soumissionnaires, des différents aspects du besoin de l'adjudicateur.

**11.** Lors de cette visite, l'adjudicateur pourrait aussi, par exemple, recenser toutes les questions des soumissionnaires potentiels lors de la visite et adresser ensuite un courrier, comprenant les réponses, à l'ensemble des soumissionnaires potentiels.

 L'adjudicateur devra dans ce cas respecter le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. A ce sujet, il est rappelé que, conformément à l'article 59, §2 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics, en cas de visite des lieux imposée, le délai de réception des offres doit être adapté pour que tous les soumissionnaires puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires à la formulation de leurs offres.

**12.** La visite des lieux imposée permet à l'adjudicateur de s'assurer que les soumissionnaires ont tous eu, en toute connaissance de cause, accès à certaines informations indispensables à la construction de leur offre. Rendre plus accessibles aux soumissionnaires, par ce biais, ce type d'informations permet

notamment d'éviter les manquements en cours d'exécution<sup>28</sup>. Cela peut également permettre de limiter les modifications du marché basées sur des éléments imprévisibles au moment de la rédaction de l'offre et, indirectement, de restreindre le recours à la sous-traitance en cours d'exécution.

**13.** Le Conseil d'Etat rappelle que le fait que la formalité soit prescrite à peine de nullité absolue par le cahier spécial des charges suffit, en effet, à la qualifier de substantielle et sa violation entraîne la nullité absolue de l'offre sans que l'adjudicateur ne dispose d'un quelconque pouvoir d'appréciation quant à la sanction de l'irrégularité commise<sup>29</sup>.

Dans de tels cas, les soumissionnaires doivent démontrer dans leur offre qu'ils ont effectué la visite requise<sup>30</sup>. Un formulaire à remplir et à joindre à l'offre est recommandé.

La démonstration de ce que la visite a été effectuée incombe aux soumissionnaires.

Les soumissionnaires doivent en revanche agir de manière suffisamment proactive et le cas échéant prendre eux-mêmes contact avec l'administration afin de fixer un rendez-vous pour la visite<sup>31</sup>.

**14.** Il faut avoir conscience qu'une entreprise peut (en cas de nullité relative) ou doit (en cas de nullité absolue) être exclue du marché si elle ne fournit pas l'attestation de visite.

**15.** La visite des lieux se fait en principe sur rendez-vous ; évitez de la faire de manière collective, afin de réduire les risques liés aux ententes<sup>32</sup>.

28. Conformément à l'article 14, §4 de la loi du 17 juin 2016 précitée, la communication orale est permise pour la transmission d'autres communications que celles concernant les éléments essentiels de la procédure de passation, à condition de garder une trace suffisante du contenu de la communication orale.

29. C.E., arrêt n° 231.106 du 5 mai 2015.

30. Par respect du principe de proportionnalité, un soumissionnaire pouvant valablement attester qu'il a déjà effectué la visite des lieux dans le cadre d'un marché antérieur ou pouvant valablement attester avoir exécuté un marché antérieur sur les lieux visés par le présent cahier des charges pourrait se voir dispensé de l'obligation de démontrer qu'il a été présent à la visite des lieux du présent marché.

31. C.E., arrêt n° 213.633 du 1<sup>er</sup> juin 2011.

32. Conseil de la concurrence, *Collusion dans les marchés publics – Un guide pour les acheteurs chargés des marchés publics*, 31 janvier 2017.

### 4.3. Exemple de clauses à insérer dans les documents du marché

#### Visite des bâtiments

Vu la complexité du marché et l'importance accordée par **XX** à **< décrire la prestation de service >** de ces locaux, bâtiments et zones, l'adjudicateur a décidé que les bâtiments visés par le présent marché devront faire l'objet d'une visite des bâtiments.

La visite est obligatoire et prescrite à peine de nullité.

Une offre remise par un soumissionnaire non-présent lors des jours de visites ne sera pas acceptée. Toutefois, l'adjudicateur pourrait prendre en compte l'offre d'un soumissionnaire qui pourrait valablement attester auprès de l'adjudicateur avoir exécuté un marché antérieur sur les lieux visés par le présent cahier des charges, ou qui pourrait démontrer qu'il a déjà effectué la visite des lieux dans le cadre d'un marché antérieur.

Les visites se font sur rendez-vous. Lors de ces visites, il ne sera répondu à aucune question relative au marché.

La visite permettra aux soumissionnaires d'examiner les lieux de prestations et leurs particularités.

Sauf interdiction formulée expressément par le représentant de l'adjudicateur, l'utilisation des caméras et appareils de photographie est autorisée.

Lorsqu'il établit son offre, le soumissionnaire est censé connaître les caractéristiques des locaux, ainsi que les particularités ou difficultés quelles qu'elles soient qui pourraient se présenter lors de l'exécution du marché sauf les circonstances imprévisibles.

Avant d'établir son prix, le soumissionnaire examine soigneusement les locaux et tient compte de tous les facteurs influençant le prix de la prestation afin d'établir soigneusement le temps ou le délai à consacrer à cette prestation. Il est supposé avoir déterminé ses prix après une prise de connaissance approfondie sur place.

Il déclare être au courant de toutes les données ou informations qui lui sont nécessaires pour la mise en exécution des travaux concernés ; en outre, il est conscient des difficultés et/ou caractéristiques spécifiques des bâtiments pour effectuer ces travaux et ne pourra de ce fait invoquer une quelconque ignorance pour exiger l'une ou l'autre indemnité.

À la fin de chaque visite, une attestation signée et datée sera remise à tout soumissionnaire qui se sera conformé à cette obligation. Cette attestation doit être jointe à l'offre. Sera considérée comme irrégulière toute offre émanant d'une société n'ayant pas procédé à une visite des lieux ou ne pouvant apporter la preuve de cette visite.

## 5. MOTIFS D'EXCLUSION DES MARCHÉS PUBLICS

### 5.1. Principes

16. Dans la lignée de la réglementation européenne, le législateur belge entend exclure les opérateurs lorsqu'il peut être constaté des faits ou comportements de nature à jeter le discrédit sur leur honorabilité professionnelle ou sur leur aptitude économique ou financière à mener à bien le marché public auxquels ils soumissionnent<sup>33</sup>. Différentes hypothèses sont développées dans la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics et dans l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics du 18 avril 2017. Cette exclusion est soit obligatoire, soit facultative, selon la gravité des manquements observés<sup>34</sup>.

### 5.2. Motifs d'exclusion obligatoire

17. Les infractions suivantes sont des motifs justifiant l'exclusion, à tous stades de la procédure, du ou des candidats ou soumissionnaires visés<sup>35</sup>:

*« 1° la participation à une organisation criminelle, telle que définie à l'article 324bis du Code pénal ou à l'article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée ;*

*2° la corruption, telle que définie aux articles 246 et 250 du Code pénal ou à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne ou à l'article 2.1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ;*

*3° la fraude, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, approuvée par la loi du 17 février 2002 ;*

*4° les infractions terroristes ou infractions liées aux activités terroristes, telles qu'elles sont définies à l'article 137 du Code pénal, aux articles 1<sup>er</sup> ou 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, ou incitation à commettre une infraction, complicité ou tentative d'infraction telles qu'elles sont visées à l'article 4 de ladite décision-cadre<sup>36</sup> ;*

*5° le blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme, tels que définis à l'article 5 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ou à l'article 1<sup>er</sup> de la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ;*

*6° le travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains<sup>37</sup>, définis à l'article 433quinquies du code pénal ou à l'article 2 de la Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil ;*

*7° l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, au sens de l'article 35/7 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ou au sens de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers<sup>38</sup> ».*

#### 5.2.1. Une décision judiciaire définitive

18. En principe, le candidat ou le soumissionnaire doit être exclu en vertu de l'article 67 seulement si l'adjudicateur est informé qu'il a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire « ayant force de chose jugée », c'est-à-dire ne pouvant plus faire l'objet d'un recours. Néanmoins, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée, l'adjudicateur est tenu d'exclure le candidat ou le soumissionnaire qui a occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, et ce, dès l'instant où cette infraction a été constatée par une décision administrative ou judiciaire, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social. Une telle notification est rédigée par l'Inspection du travail et adressée aux entrepreneurs, sous-traitants et donneurs d'ordre<sup>39</sup>.

33. CJUE, arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki*, R.G - C-213/07, num. 42.

34. Pour plus de détails, voir « *Les motifs d'exclusion obligatoire des marchés publics (Législation 2016)* », Samuel Wauthier, Mercatus.

35. Art. 67, §1<sup>er</sup>, 1° à 7°, loi du 17 juin 2016, et Art. 61 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

36. Il s'agit d'une hypothèse nouvelle de motifs d'exclusion obligatoire, même si le financement du terrorisme constituait déjà une cause d'exclusion obligatoire prévue par l'article 61, §1<sup>er</sup>, 4°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

37. Il s'agit d'une hypothèse nouvelle – par rapport à la législation précédente – de motifs d'exclusion obligatoire.

38. Cette dernière hypothèse correspond en partie à celle de l'article 20, § 1/1, de la loi du 15 juin 2006, inséré par la loi du 15 mai 2014, et transpose (en partie) l'article 7 de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

39. Exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics, Doc. Parl., La Chambre, Sess. Ord. 2015-2016, n° 1541/001, p. 116.

## 5.2.2. Vérifier l'existence ou non de ces motifs d'exclusion obligatoire

### Pour les marchés qui atteignent les seuils européens

19. Pour ces marchés, les adjudicateurs doivent utiliser le DUME (Document Unique de Marché Européen)<sup>40</sup>, qui est une forme de déclaration sur l'honneur explicite.

Ainsi, pour les marchés qui atteignent le seuil de publication européenne, le système de déclaration sur l'honneur implicite, prévu par l'article 61, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est abandonné. Le DUME est un formulaire standard fourni uniquement sous forme électronique qui est établi sur la base d'un modèle fixé par la Commission européenne, qui est complété par les opérateurs économiques et soumis au moment de l'introduction des demandes de participation ou des offres. Il consiste en une déclaration officielle d'un participant à un marché public qu'il ne se trouve pas, entre autres<sup>41</sup>, dans l'une des situations d'exclusion.

Il doit être accepté par l'adjudicateur à titre de preuve *a priori* en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que l'opérateur économique concerné remplit toutes les conditions<sup>42</sup>.

Certes, l'adjudicateur a la possibilité demander à ces derniers, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure<sup>43</sup>.

20. Pour les procédures se déroulant en une phase avant l'attribution du marché, l'adjudicateur exige du seul soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché, qu'il présente les documents justificatifs et ce afin d'examiner si les déclarations faites par le soumissionnaire dans le DUME correspondent à la réalité et les documents fournis à l'appui de ces déclarations doivent faire l'objet d'un examen<sup>44</sup>. Ceci implique dans la pratique la remise d'un extrait du casier judiciaire<sup>45</sup> et ce récent, pour tous les membres des organes administratifs, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire<sup>46</sup>.

### Pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils européens

21. Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, l'article 74 de la loi dispose que le Roi peut prévoir un règlement alternatif en matière de preuve provisoire. Il en va de même si ce seuil est atteint dans le cas de certains marchés passés par procédure négociée sans publication préalable<sup>47</sup>.

L'article 39, §1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 exécute cette possibilité en imposant le mécanisme de la déclaration sur l'honneur<sup>48</sup>, reposant sur le fait d'introduire la demande de participation ou l'offre constitue une déclaration implicite sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire qu'il ne se trouve pas dans un cas d'exclusion<sup>49</sup>.

22. Néanmoins, l'application de cette déclaration implicite vaut uniquement pour les documents ou certificats relatifs aux situations d'exclusions qui sont gratuitement accessibles pour l'adjudicateur par le biais de l'application Télémarc. Or, jusqu'à présent, la consultation du casier judiciaire n'est pas possible via Télémarc. Si l'adjudicateur n'a pas prévu dans ses documents du marché un élargissement de la déclaration implicite sur l'honneur aux motifs d'exclusion obligatoires figurant sur l'extrait de casier judiciaire, celui-ci devra, pour chaque candidat ou soumissionnaire, être présenté au plus tard à la date ultime d'introduction des demandes de participation ou des offres<sup>50</sup>.

Il est donc important que l'adjudicateur qui souhaite mettre en œuvre la déclaration sur l'honneur « élargie » prenne soin de le préciser dans ses documents du marché. En pareil cas, la demande d'un extrait du casier judiciaire<sup>51</sup> aura lieu uniquement dans le chef du soumissionnaire (personne morale ou indépendant) auquel il a décidé d'attribuer le marché ou, s'il en a décidé ainsi, pour tous les membres des organes administratifs, de gestion ou de surveillance.

40. Art. 73 de la loi du 17 juin 2016.

41. Le champ d'application du DUME est plus large puisqu'il s'agit d'une déclaration officielle d'un participant à un marché public (1) qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations d'exclusion visées aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 ; (2) qu'il répond aux critères de sélection prévus dans les documents du marché et (3) que le cas échéant, il respecte les règles et critères relatifs à la réduction du nombre de candidats (*Loi du 17 juin 2016, article 73, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>*).

42. Loi du 17 juin 2016, article 73, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>.

44. Loi du 17 juin 2016, article 73, § 3, alinéa 2.

45. Art. 72, §2, al. 1, 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

46. Le législateur n'a fourni aucune précision pour appréhender concrètement le périmètre des personnes visées. Il peut cependant être envisagé de s'appuyer sur les articles 1 :14, 1 :16 à 1 :18 et 2 :49 du Code des sociétés et des associations.

47. Il s'agit des cas visés à l'article 42, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup>, b), et d), 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, b), et c), de la loi du 17 juin 2016.

48. Cet article reprend en le modifiant l'article 61, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

49. Lorsque le candidat ou le soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion et qu'il fait valoir des mesures correctrices conformément à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, la déclaration implicite sur l'honneur ne porte pas sur des éléments qui ont trait au motif d'exclusion concerné. Dans ce cas, il produit la description écrite des mesures prises.

50. Art. 39, §1<sup>er</sup>, al. 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

51. Si l'opérateur économique n'est pas établi en Belgique, les mêmes principes que ceux applicables pour les marchés qui atteignent les seuils européens doivent être mis en œuvre (article 72 de l'arrêté royal du 18 avril 2017).

23. Le DUME ne peut pas être demandé par l'adjudicateur pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne<sup>52</sup>, mais si le candidat ou soumissionnaire l'introduit quand-même, il ne viole pas les dispositions réglementaires<sup>53</sup>.

#### Pour tous les marchés

24. Les modalités de délivrance des extraits de casier judiciaires sont les mêmes, peu importe le montant du marché. C'est normalement le « modèle 596-1-32 »<sup>54</sup> correspondant au modèle demandé pour une activité dont les conditions d'accès ou d'exercice sont réglementées (définies par des dispositions légales ou réglementaires) et destiné aux administrations publiques, aux particuliers et organismes privés qui devrait être utilisé. En effet, le fait d'être candidat ou soumissionnaire à un marché public figure dans la liste (actualisée) non-exhaustive des activités réglementées reprise à l'annexe 4 de la Circulaire n° 204 du 10 juin 2013 du SPF Justice concernant les extraits de casier judiciaire<sup>55</sup>.

En pratique, il n'est cependant pas rare que le « Modèle 595 », c'est-à-dire le modèle de base prévu par l'article 595 du Code d'instruction criminelle et délivré en l'absence de « modèle 596-1 »<sup>56</sup> ou de « modèle 596-2 »<sup>57</sup>, soit présenté.

25. Lorsque l'extrait concerne une personne physique qui a son domicile ou sa résidence en Belgique, il est délivré par l'administration de la commune où la personne physique a son domicile ou sa résidence. Si cette personne n'a pas de domicile ou de résidence en Belgique ou si l'extrait concerne une personne morale, il est délivré par le service du Casier judiciaire du SPF Justice.
26. Dès lors que l'opérateur économique n'est pas établi en Belgique, et que le pays d'origine ou d'établissement ne délivre pas d'extrait de casier judiciaire, l'adjudicateur est tenu d'accepter comme preuve suffisante un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de ce pays<sup>58</sup>. Si le pays concerné ne délivre pas de tels documents ou certificats ou lorsque ceux-ci ne mentionnent pas tous les cas d'exclusion obligatoire, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les pays où un tel serment n'est pas prévu, par une déclaration solennelle faite par

l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou du pays dans lequel l'opérateur économique est établi<sup>59</sup>.

L'opérateur économique qui n'est pas établi en Belgique mais dans un pays membre de l'Union européenne peut également demander aux autorités compétentes de l'État membre dans lequel il est établi de lui transmettre une déclaration officielle démontrant que les documents ou certificats requis en vertu de la législation ne sont pas délivrés ou qu'ils ne couvrent pas tous les cas visés.

27. Une faculté est prévue à l'avantage de tous les opérateurs économiques leur permettant de ne pas de présenter des documents justificatifs dans deux situations<sup>60</sup> :

- Lorsque et dans la mesure où l'adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un État membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise, un système de stockage électronique de documents ou un système de préqualification.
- Lorsque l'adjudicateur a déjà ces documents en sa possession suite à un marché ou un accord-cadre conclu précédemment, et ce, à condition que les opérateurs économiques concernés identifient dans leur demande de participation ou dans leur offre la procédure au cours de laquelle lesdits documents ont déjà été fournis et pour autant que les renseignements et documents mentionnés répondent encore aux exigences requises.

### 5.2.3. Les dérogations à l'obligation d'exclure

28. Il est possible de ne pas exclure l'opérateur économique dans trois hypothèses :
- Soit celui-ci invoque la prise de mesures correctrices : il doit dans ce cas prouver qu'il a pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité ;

52. Art. 39, §1<sup>er</sup>, al. 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

53. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 (M.B., 9 mai 2017, p. 55345), commentaire relatif à l'article 39. Il eut évidemment été préférable que cette solution figure dans le dispositif même.

54. Prévu par l'article 596, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle.

55. M.B., 10 juin 2013, p. 36323.

56. Modèle destiné à l'exercice d'une activité réglementée (par exemple : marchés publics, agence de voyages, assurances, intermédiaires de crédit, professions comptables et fiscales, réviseurs d'entreprises, sécurité, sociétés de gestion, transport de marchandises, etc.) et à l'obtention d'une autorisation de détention d'arme ou d'un permis de pêche.

57. Modèle destiné à l'exercice d'une « activité qui relève de l'éducation, de la guidance psycho-médico-sociale, de l'aide à la jeunesse, de la protection infantile, de l'animation ou de l'encadrement de mineurs ».

58. Art. 72, §2, al. 1, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

59. Art. 72, §2, al. 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

60. Art. 73, § 4, loi du 17 juin 2016.

- Soit l'adjudicateur peut à titre exceptionnel et pour des raisons impératives d'intérêt général, autoriser une dérogation à l'exclusion obligatoire<sup>61</sup> ;
- Soit il s'agit d'un marché de « faible montant », visé à l'article 92 de la loi, pour lequel aucune vérification de l'existence de motifs d'exclusion n'est requise.

#### 5.2.4. Le champ d'application des motifs d'exclusion

##### Le principe

29. Ce sera toujours le candidat ou le soumissionnaire qui se verra exclure de la participation au marché. Il peut être exclu soit sur base du son propre casier judiciaire, soit sur base de celui d'un ou des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance ou de celui d'un ou des membres d'un organe détenant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein, quand bien même le casier judiciaire de la personne morale serait vierge.

L'article 67, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, de la loi prévoit expressément que l'exclusion s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein<sup>62</sup>. Les adjudicateurs sont donc dorénavant tenus de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef de ces personnes (sauf pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens).

##### Appréciation

30. Aucune ligne directrice n'a été fournie par le législateur pour appréhender concrètement le périmètre des personnes visées. Il est toutefois envisageable de s'appuyer sur les articles 1 :14, 1 :16 à 1 :18 et 2 :49 du Code des sociétés des associations pour déterminer les personnes visées<sup>63</sup>.

Ainsi, par exemple, l'article 5 de ce Code définit le « contrôle » d'une société, comme le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion. Ce contrôle est de droit et présumé de manière irréfragable dans cinq cas, par exemple lorsqu'un associé détient la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de la société en cause ou lorsqu'un associé a

le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants.

Les 5 présomptions irréfragables sont les suivantes :

« 1° lorsqu'il résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de la société en cause ;

2° lorsqu'un associé a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants ;

3° lorsqu'un associé dispose du pouvoir de contrôle en vertu des statuts de la société en cause ou de conventions conclues avec celle-ci ;

4° lorsque, par l'effet de conventions conclues avec d'autres associés de la société en cause, un associé dispose de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de celle-ci ;

5° en cas de contrôle conjoint ».

31. Le Code des sociétés et des associations prévoit également l'hypothèse du contrôle de fait lorsqu'il résulte d'autres éléments que ceux visés ci-avant. Un associé est, sauf preuve contraire, présumé disposer d'un contrôle de fait sur la société si, à l'avant-dernière et à la dernière assemblée générale de cette société, il a exercé des droits de vote représentant la majorité des voix attachées aux titres représentés à ces assemblées<sup>64</sup>.

##### Les exceptions

32. Par dérogation à l'article 67, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, de la loi, les adjudicateurs ne sont pas obligés, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens, de vérifier l'absence de motifs d'exclusion obligatoire dans le chef des personnes (physiques ou morales), membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance candidat ou soumissionnaire ou détenant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein. Le législateur considère que cette vérification pourrait en effet constituer une charge administrative supplémentaire trop importante dans le chef de l'adjudicateur. Si toutefois une telle vérification a lieu et qu'un tel motif d'exclusion est constaté, il y aura lieu de procéder à l'exclusion (sauf si des mesures correctrices sont prises)<sup>65</sup>.

61. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 novembre 2007 et Projet de loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, Doc. parl., La Chambre, 2005-2006, n° 2237/1, p. 36.

62. Au cas où il s'agit de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal et en l'absence de jugement définitif, la même obligation d'exclusion est d'application, lorsque la personne concernée est désignée dans une décision administrative ou judiciaire, comme étant une personne dans le chef de laquelle une infraction a été constatée en matière d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, et qui est membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

63. VASTMANS, M. et WAUTHIER, S., « Article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 », in VAN GARSSE, S. (éd.), Commentaire article par article de la (nouvelle) législation sur les marchés publics, Politeia, 2012 (feuillets mobiles actualisés en 2013 et 2014).

64. Art. 1 :14 du Code des sociétés et des associations.

65. Exposé des motifs, p. 116.

### 5.2.5. Le lieu de l'infraction

33. La loi demeure muette sur la question. Il n'y a donc a priori aucune raison de distinguer l'impact des infractions en fonction de leur lieu de survenance<sup>66</sup>, même si rapporter la preuve d'infractions commises dans d'autres pays de l'Union européenne, voire en dehors de celle-ci, risque de s'avérer malaisé. L'extrait de casier judiciaire délivré en Belgique mais concernant une personne (physique) de nationalité étrangère ne mentionne pas les condamnations éventuelles encourues à l'étranger<sup>67</sup>.

### 5.2.6. La durée de la période de référence et de l'exclusion

34. Conformément à l'article 67, § 2, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juin 2016, l'exclusion (générale) de la participation aux marchés publics en vertu de motifs d'exclusion obligatoire est applicable pour une période de cinq ans à compter de la date du jugement définitif.

Cette période de cinq ans doit être terminée au plus tard à la date ultime de remise des offres ou des demandes de participation pour les marchés auxquels l'opérateur concerné souhaite participer. Autrement dit, l'accès à un marché d'un opérateur économique qui se trouve encore dans une situation d'exclusion obligatoire au lendemain de la date ultime de l'introduction des demandes de participation ou des offres lui est en principe interdit, même lorsque le délai de cinq ans prend fin en cours de procédure et avant la prise de décision « finale » au niveau de la sélection<sup>68</sup>, sous réserve d'une dérogation possible.

35. Toutefois, il se déduit du libellé du texte légal qu'il s'agit d'une période d'exclusion fixe imposée alors que l'article 57, § 7, de la directive 2014/24/UE considère ces cinq années comme la « *durée maximale de la période d'exclusion* » et seulement lorsque « *la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif* »<sup>69</sup>.

L'imposition automatique d'une durée d'exclusion de 5 ans, d'une part méconnaît le pouvoir accordé par la directive au juge de fixer une période plus courte ou plus longue que cinq ans et, d'autre part, porte atteinte au principe de proportionnalité exprimé dans la directive (durée maximale) qui exige que la durée d'exclusion soit établie en fonction de la gravité de l'infraction<sup>70</sup>.

### 5.3. Motifs d'exclusion liés aux dettes fiscales et sociales

36. Sous réserve d'exigences impératives d'intérêt général et sous réserve d'un paiement ou d'un accord contraignant intervenu avant l'introduction d'une demande de participation ou des offres, l'adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, la participation à une procédure, d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale sauf :

- lorsque le montant impayé ne dépasse pas le montant de 3.000 euros ;
- ou lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles, libres de tout engagement à l'égard de tiers et équivalentes à 3.000 euros près.

37. L'adjudicateur donne la possibilité à tout opérateur économique de se mettre en règle avec ces obligations sociales et fiscales dans le courant de la procédure de passation et ce, après avoir constaté une première fois que le candidat ou le soumissionnaire ne satisfaisait pas aux exigences. A partir de cette constatation, l'adjudicateur laisse à l'opérateur économique un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation. Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise<sup>71</sup>.

38. L'adjudicateur procède à la vérification de la situation sur le plan des dettes sociales et de la situation fiscale des candidats ou soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement pour l'adjudicateur via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres Etats membres, dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres<sup>72</sup>.

### 5.4. Motifs d'exclusion facultatifs

39. Sauf dans le cas où l'opérateur économique démontre avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, l'adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

66. VASTMANS, M. et WAUTHIER, S., id., *ibid.*

67. Art. 11 de l'arrêté royal du 21 novembre 2016 fixant les modalités de délivrance des extraits de casier judiciaire aux particuliers.

68. Exposé des motifs, p. 117.

69. Directive 2014/24/UE, article 57, § 7 : « Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 6 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 1 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 4 ».

70. Voy. FLAMEY, P., WAUTHIER, S. et DE KONINCK, C., « La loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016 – Ratio legis, champ d'application et nouveautés », *Entr. & Dr.*, 2017.

71. Art. 68, loi du 17 juin 2016.

72. Art. 62, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, et 63, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, arrêté royal du 18 avril 2017.

« 1. lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail ;

2. lorsque le candidat ou le soumissionnaire est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire ;

3. lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

4. lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence ;

5. lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de la réglementation par d'autres mesures moins intrusives ;

6. lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de passation, par d'autres mesures moins intrusives ;

7. lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;

8. le candidat ou le soumissionnaire s'est rendu gravement coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis ;

9. le candidat ou le soumissionnaire a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution »<sup>74</sup>.

40. Toutefois, sauf disposition contraire dans les documents du marché, les dispositions relatives aux motifs d'exclusion facultatifs ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne<sup>74</sup>.

74. Art. 42, § 3, alinéa 2, loi du 17 juin 2016.

## 6. VÉRIFIER LA CAPACITÉ ÉCONOMIQUE, FINANCIÈRE, TECHNIQUE ET/OU PROFESSIONNELLE DE L'OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE

### 6.1. Recommandations du GT Dumping Social

Les pouvoirs adjudicateurs doivent être formés aux critères de capacité technique à destination des soumissionnaires. Des exemples de « bons » critères doivent être fournis, tenant compte de la problématique du dumping social. En tout état de cause, les critères doivent être proportionnels avec l'objet du marché.

Il faut travailler sur les niveaux d'exigence demandés et approfondir la grille de lecture de ces critères.

Les pouvoirs adjudicateurs sont invités à procéder à l'analyse des bilans annuels afin que des critères de bonne santé économique et financière des entreprises puissent être pris en compte.

### 6.2. Développements

41. Les critères de sélection visés à l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 tendent à garantir l'aptitude du candidat à exercer l'activité professionnelle concernée, sa capacité économique et financière ou ses capacités techniques et professionnelles. Ils visent à permettre au pouvoir adjudicateur de juger de la compétence des candidats pour mener à bien la mission considérée, à la différence des critères d'attribution qui ont pour but de juger la valeur intrinsèque des offres<sup>75</sup>. S'agissant des critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel, **l'adjudicateur doit préciser des critères et niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché**<sup>76</sup>. Les guides sectoriels existants peuvent constituer une aide à la détermination de critères adéquats.

42. **Il appartient à tout adjudicateur de vérifier de façon effective si les soumissionnaires, dont l'attributaire du marché, répondent aux exigences de sélection qualitative et qu'il expose, dans sa décision d'attribution, les raisons pour lesquelles il estimait qu'ils y satisfaisaient.** De même, l'adjudicateur qui demande des références spécifiques aux soumissionnaires a le devoir **d'énoncer dans la décision d'attribution les motifs pour lesquels ces références peuvent être retenues et, le cas échéant, d'écarter un soumissionnaire si celle-ci ne satisfait pas aux exigences requises** en termes de la sélection qualitative<sup>77</sup>.

43. Lorsqu'un adjudicateur admet que des soumissionnaires répondent à un critère de capacité technique pour la vérification duquel la production de références était exigée, **il peut se contenter de fournir une motivation succincte si l'appréciation des références fournies ne suscite aucune question.** En revanche, lorsque cette décision d'admettre que les références établissent qu'il est satisfait au critère de capacité technique n'a nécessairement pu être prise qu'au prix d'une appréciation circonstanciée amenant l'adjudicateur à cette conclusion, il lui appartient d'indiquer dans sa décision la ou les références qu'il retient et les motifs sur lesquels repose son appréciation<sup>78</sup>.

44. Dans le cas d'un marché de services, la capacité technique ou professionnelle du soumissionnaire peut être justifiée d'une ou de plusieurs façons, selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des services.

**Il revient à l'adjudicateur d'évaluer la pertinence des références qui lui sont présentées au regard de l'objet du marché et, partant, au regard des caractéristiques annoncées du projet.** Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à la sienne à cet égard, **sous réserve de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation** et sans préjudice du contrôle de la légalité de la décision attaquée au regard notamment du respect du principe de transparence et de l'obligation de motivation qui incombe à l'adjudicateur<sup>79</sup>.

75. C.E., arrêt n° 243.855 du 28 février 2019.

76. C.E., arrêt n° 236.937 du 27 décembre 2016. Le pouvoir adjudicateur peut fixer d'autres critères que ceux imposés par l'agrément mais s'il demande un chiffre d'affaires plus élevé, il doit faire état de tout élément nécessaire pour comprendre la détermination de ce chiffre d'affaires (C.E., arrêt n°248.728 du 23 octobre 2020).

77. C.E., arrêt n° 236.445 du 17 novembre 2016 ; C.E., arrêt n° 237.583 du 07 mars 2017.

78. C.E., arrêt n° 236.742 du 13 décembre 2016.

79. C.E., arrêt n° 236.946 du 28 décembre 2016 ; C.E., arrêt n° 245.249 du 31 juillet 2019.

45. Il est imposé la fixation de niveaux minimums d'exigence au regard des critères de caractère financier, économique, technique ou professionnel<sup>80</sup>.
46. L'adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur.

La capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée, notamment par la présentation de la **liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années**, cette liste étant appuyée de **certificats de bonne exécution** pour les travaux les plus importants<sup>81</sup>. Ces exigences doivent être proportionnelles à l'objet du marché et tenir compte des références déjà données dans le cadre de l'obtention de l'agrément, pour les marchés de travaux.

Il est à noter qu'une **flexibilité supplémentaire** a été créée sur le plan des références. Une liste des travaux/fournitures/services exécutés au cours des années précédentes peut être demandée. En ce qui concerne les travaux, la liste porte au maximum sur les cinq dernières années.

En ce qui concerne les principaux services ou fournitures, elle concerne au maximum les trois dernières années. Un assouplissement a toutefois été ajouté au niveau du délai. En effet, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les adjudicateurs peuvent également **prendre en considération les éléments de preuve relatifs à des travaux/fournitures/services pertinents exécutés il y a plus de cinq ans ou exécutés il y a plus de trois ans, selon le cas**<sup>82</sup>.

Il est également rappelé que le Conseil d'Etat estime que la fourniture d'une liste de sous-traitants n'est pas un critère de sélection valable, de sorte que sa non-production ne peut justifier une décision de non-sélection<sup>83</sup>.

47. Un adjudicateur ne peut pas sélectionner un opérateur économique qui ne répondait pas aux conditions fixées par le cahier spécial des charges, notamment aux critères de capacité technique et professionnelle fixés dans le cahier spécial des charges<sup>84</sup>.
48. Il est à noter que, conformément aux articles 38 et suivants de l'A.R. du 18 avril 2017, le **Document Unique de Marché Européen (DUME)** est désormais utilisé, notamment pour attester que le soumissionnaire répond aux critères de sélection qualitative. Le DUME peut uniquement être rempli en version électronique. A ce sujet, il est conseillé de se référer aux articles susmentionnés.

80. A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.*, art. 65, al. 2. Voir aussi C.E., arrêt n° 237.316 du 08 février 2017 ; C.E., arrêt n° 240.225 du 18 décembre 2017.

81. Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques pouvant être fournies par les soumissionnaires sont ceux énoncés à l'article 68, §4, 1°, a) de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, M.B., 9 mai 2017, p. 55345.

82. Rapport au Roi, M.B., 9 mai 2017, p. 55372.

83. C.E., arrêt n° 244.461 du 9 mai 2019.

84. C.E., arrêt n° 237.771 du 23 mars 2017.

### 6.3. Exemple de clauses à insérer

*Exemple de clause relative à la **capacité économique et financière** à insérer dans les documents d'un marché :*

Le soumissionnaire doit prouver sa solvabilité financière.

Le soumissionnaire doit avoir réalisé au cours d'**XX** des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à **<montant>**€<sup>85</sup>. Il fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration relative au chiffre d'affaires total réalisé pendant les trois derniers exercices, à moins que le chiffre d'affaires total soit mentionné dans les comptes annuels approuvés qui peuvent être consultés via le guichet électronique (il s'agit des comptes annuels déposés auprès de la Banque nationale de Belgique, libellés selon le schéma comptable complet, ou selon le schéma comptable raccourci dans laquelle la mention facultative du chiffre d'affaires total réalisé, a été complétée).

Le chiffre d'affaires réalisé dans le cadre d'une société momentanée est également pris en compte, plus particulièrement pour la part réalisée par le soumissionnaire.

Cette capacité financière sera analysée sur base des comptes annuels approuvés au cours des trois dernières années et déposés auprès de la Banque nationale de Belgique. Les soumissionnaires doivent avoir déposé leurs comptes annuels auprès de la Banque nationale de Belgique conformément aux articles 3:10 et 3:12 du code des sociétés et des associations. Les soumissionnaires qui ont déposé les comptes annuels approuvés auprès de la Banque nationale de Belgique, ne sont pas tenus de les joindre à leur offre, étant donné que l'adjudicateur est à même de les consulter via le guichet électronique de l'autorité fédérale.

Les soumissionnaires qui n'ont pas déposé les comptes annuels approuvés des trois dernières années comptables auprès de la Banque nationale de Belgique, sont tenus de les joindre à leur offre. Cette obligation vaut également pour les comptes annuels approuvés récemment et qui n'ont pas encore été déposés auprès de la Banque nationale de Belgique, parce que le délai légal accordé pour le dépôt de ceux-ci n'est pas encore échu. Pour les entreprises individuelles, il convient de faire rédiger un document reprenant tous les actifs et tous les passifs par un comptable IEC ou un réviseur d'entreprise. Ce document doit être certifié conforme par un comptable IEC agréé ou par le réviseur d'entreprise, selon le cas. Le document doit refléter une situation financière récente (datant de 6 mois au maximum, à compter de la date d'ouverture des offres). Au cas où l'entreprise n'a pas encore publié de compte annuel, un bilan intermédiaire certifié conforme par le comptable IEC ou par le réviseur d'entreprise suffit.

Les entreprises étrangères doivent joindre également à leur offre les comptes annuels approuvés des trois dernières années ou un document reprenant tous les actifs et tous les passifs de l'entreprise. Au cas où l'entreprise n'a pas encore publié de compte annuel, un bilan intermédiaire certifié conforme par le comptable ou par le réviseur d'entreprise ou par la personne ou l'organisme qui exerce ce type de fonction dans le pays concerné suffit.

Conformément à l'article 73 de l'arrêté du 18 avril 2017, lorsque le soumissionnaire entend avoir recours à la capacité d'autres entités en ce qui concerne la capacité économique et financière, l'adjudicateur vérifie dans le chef de ces entités qu'elles répondent aux critères de sélection et qu'elles ne sont pas entachées de motifs d'exclusion.

#### Seuils minimum d'exigence

1° Le soumissionnaire doit avoir réalisé au cours d'un des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à **<montant>**€. Il fournit, dans le cadre de son offre, **XX** déclaration(s) relative(s) au chiffre d'affaires total réalisé pendant les trois derniers exercices, à moins que le chiffre d'affaires total soit mentionné dans les comptes annuels approuvés qui peuvent être consultés via le guichet électronique (il s'agit des comptes annuels déposés auprès de la Banque nationale de Belgique, libellés selon le schéma comptable complet, ou selon le schéma comptable raccourci dans laquelle la mention facultative du chiffre d'affaires total réalisé, a été complétée).

2° Le soumissionnaire doit avoir réalisé au cours d'un des trois derniers exercices un chiffre d'affaires relatif aux activités directement liées aux services décrits dans le présent cahier spécial des charges, au moins égal à **<montant>**€. Il fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration relative à ce chiffre d'affaires réalisé pendant les trois derniers exercices.

3° *< Conformément à l'article 65, al. 2 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur détermine les seuils minimums relatifs aux critères de capacité économique et financière analysés sur base des bilans >*<sup>86</sup>.

85. Il est rappelé que, conformément à l'article 67, §3, al. 2 de l'A.R. de passation précité, l'adjudicateur ne peut exiger la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel minimal qui dépasserait le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature du marché public.

86. L'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics développe une méthodologie d'analyse des bilans qui comprendra un/des seuil(s) minimum(s). Les adjudicateurs seront invités à prendre contact avec l'Observatoire. Ce(s) seuil(s) minimum(s) de référence variant selon le secteur, il(s) sera(ont) à déterminer au cas par cas avec l'Observatoire dans le cadre de la rédaction du cahier spécial des charges.

Exemple de clause relative à une liste de **[travaux, services, fournitures]** antérieurs à insérer dans les documents d'un marché (Art. 65-66-67 A.R. 18.04.2017) :

La capacité technique ou professionnelle est justifiée par :

La présentation de la liste des **[travaux, services, fournitures]** exécutés au cours des **XX** dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les **[travaux, services, fournitures]** les plus importants.

Ces attestations sont émises et signées par l'autorité compétente. Lorsque le maître d'ouvrage est une personne privée, elles le sont par celui-ci. A défaut, une simple déclaration de l'entrepreneur est admise. Elles indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces attestations sont transmises directement à l'adjudicateur par l'autorité compétente. Seuil minimum : XX références à un **[Marché public similaire]** d'un montant minimum de **XX** EUR HTVA.

Exemple de clause relative aux **techniciens ou responsables contrôle qualité** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 2° A.R. 18.04.2017) :

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration indiquant des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à son entreprise, en particulier ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entre-

preneur pourra faire appel pour l'exécution des travaux :

- 1) **XX** ;
- 2) **XX** ;
- 3) **XX**.

Exemple de clause relative à **l'équipement technique, la qualité et les moyens d'étude** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 3° A.R. 18.04.2017) :

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration décrivant l'équipement technique, les mesures employées pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise :

- 1) **XX** ;
- 2) **XX** ;
- 3) **XX**.

Exemple de clause relative à **la gestion et à l'approvisionnement** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 4° A.R. 18.04.2017) :

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration indiquant les systèmes de gestion et le suivi de la chaîne d'approvisionnement qu'il peut mettre en œuvre lors de l'exécution du marché :

- 1) **XX** ;
- 2) **XX** ;
- 3) **XX**.

*Exemple de clause relative aux **contrôles pour produits et services complexes** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 5° A.R. 18.04.2017) :*

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par l'adjudicateur ou, au

nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme.

Ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour garantir la qualité.

*Exemple de clause relative aux **titres d'études et professionnels** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 6° A.R. 18.04.2017<sup>87</sup>) :*

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, les titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise dont au moins **XX** est porteur d'un diplôme de **XX** ou **XX** d'années d'expérience dans le domaine.

*Exemple de clause relatives aux **mesures de gestion environnementale** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 7° A.R. 18.04.2017) :*

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, les mesures de gestion environnementale qu'il peut appliquer lors de l'exécution du marché.

Exemple : Le soumissionnaire fournira la preuve que son entreprise est certifiée suivant la norme ISO 14001 et/ou EMAS ou équivalent, démontrant sa capacité à minimiser les effets dommageables de ses activités sur l'environnement et l'amélioration en permanence de sa performance environnementale.

*Exemple de clause relative aux **effectifs moyens** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 8° A.R. 18.04.2017) :*

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels (en équivalent temps plein) dont il a disposé les **XX** dernières années. Il présentera ces effectifs sur la base au minimum des subdivisions suivantes :

1) **XX** ;

2) **XX** ;

3) **XX**.

S'il ne dispose pas d'une de ces subdivisions, il expliquera ce qui la remplace.

*Exemple de clause relative **aux outils et équipements** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 9° A.R. 18.04.2017) :*

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché.

1) **XX** ;

2) **XX** ;

3) **XX**.

*Exemple de clause relative à la **part de sous-traitance** à insérer dans les documents d'un marché (Art. 68, §4, 10° A.R. 18.04.2017)<sup>88</sup> :*

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration indiquant la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter.

87. Il doit aussi être fait référence à une modification importante en matière de titres d'études et professionnels de l'entrepreneur, du prestataire de services ou des cadres de l'entreprise. Il est en effet important de souligner qu'il ne peut être recouru à ce moyen de preuve dans le cas où un tel critère est déjà utilisé comme critère d'attribution.

Il est, en outre, rappelé que la possibilité d'utiliser comme critère d'attribution l'organisation, la qualification et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, a été entérinée, à l'article 81, § 2, 3°, b), de la loi du 17 juin 2016. Dans un tel cas, il ne pourra pas être fait usage des moyens de preuve relatif aux titres d'études et professionnels (Rapport au Roi, M.B., 9 mai 2017, p. 55372).

88. Voir fiche n°3 du Guide.

*Exemple de clause relative aux **échantillons, descriptions, photographies et certifications** à insérer dans les documents d'un marché de fournitures de produits (Art. 68, §4, 11° A.R. 18.04.2017) :*

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande de l'adjudicateur.

**Ou**

Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une déclaration des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à des spécifications ou normes techniques.

*Exemple de clause relative à l'**occupation effective du personnel repris dans les références** à insérer dans les documents de marchés de prestations intellectuelles et les marchés de travaux spécialisés (Art. 68, §4, 1°, a), b) A.R. 18.04.2017) :*

Dans le cas où le soumissionnaire a fourni, conformément à l'article 68, §4, 1°, a) ou b) de l'arrêté royal du 18 avril 2017 comme moyens de preuve attestant de sa capacité technique à exécuter le marché, une liste de travaux exécutés ou de service fournis dans lesquels il est fait référence à des travailleurs en particulier, celui-ci s'engage à employer ces mêmes travailleurs pour le présent marché.

# 7. CHOISIR LA PROCÉDURE DE PASSATION ET LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION AD HOC

## 7.1. Recommandations du GT Dumping Social

Le poids du critère « prix » gagne à être limité. Cela paraît particulièrement opportun pour les prestations à forte densité de main d'œuvre.

Il faut être attentif au caractère vérifiable des critères d'attribution.

## 7.2. Développements

49. Les procédures de passation introduites par la législation de 2016 privilégient moins qu'avant les procédures rigides, telles que les procédures ouvertes et restreintes, mais encouragent désormais, pour autant que les conditions soient remplies, le recours aux **procédures intégrant des éléments de négociation**<sup>89</sup>, spécialement lorsque le marché est fait avec une publicité.

**La négociation est en effet dorénavant perçue comme un moyen sûr et efficace pour stimuler la concurrence, mieux identifier les risques dans les marchés complexes et permettre une meilleure utilisation des marchés publics**<sup>90</sup>. **Tenant compte de son caractère moins transparent, il faut veiller à l'obligation de motivation. Les exigences minimales et la nature même des critères d'attribution ne peuvent pas être négociées.**

Ainsi, la procédure de **l'adjudication, comme procédure distincte, disparaît** et le critère d'attribution devient **l'offre économiquement la plus avantageuse**. Cela n'empêchera pas d'attribuer un marché sur la base du prix uniquement, même si cela est déconseillé.

50. Le marché doit être attribué à l'offre « économiquement la plus avantageuse », laquelle se détermine d'après<sup>91</sup> :

- le critère du prix ;
- le critère du coût ;
- le rapport qualité/prix ;
- le rapport qualité/coût si d'autres critères sont pris en considération.

La procédure négociée avec publicité se dénomme désormais « procédure concurrentielle avec négociation » et la procédure négociée sans publicité devient la « procédure négociée sans publication préalable »<sup>92</sup>.

51. Il est à noter que le critère du coût est plus large que le critère du prix. Il est en effet constitué aussi bien du prix que d'autres coûts économiques liés à l'achat et à la propriété<sup>93</sup>.

Ce principe devient d'application généralisée à tous les marchés publics, quels qu'ils soient<sup>94</sup>.

Le coût pris en compte peut être celui du cycle de vie, qui lui-même peut couvrir le coût lié à l'acquisition, le coût lié à l'utilisation, le coût lié à la fin de vie et le coût lié à l'environnement. La méthode pour apprécier ce cycle de vie devra être indiquée dans les documents du marché.

52. Autre nouveauté, parmi les critères autres que le prix ou le coût, peuvent figurer **l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel affecté à l'exécution du marché si la qualité de celui-ci peut avoir « une influence significative sur le niveau d'exécution du marché »**. Cette nouveauté sera d'une grande aide pour les marchés de services<sup>95</sup>.

Les adjudicateurs ayant recours à cette possibilité devraient s'assurer, par des moyens contractuels appropriés, que le personnel assigné à l'exécution du marché répond effectivement aux normes de qualité spécifiées et qu'il ne peut être remplacé qu'avec l'accord de l'adjudicateur qui vérifie que le personnel de remplacement offre un niveau de qualité équivalent<sup>96</sup>.

Selon le marché public concerné, **les critères choisis pourraient inclure les conditions et modalités de livraison, des aspects liés au service après-vente ou des aspects sociaux** comme l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables. Cela peut également concerner des **aspects environnementaux** tels que, notamment,

89. LAMBERT, M., *Op. Cit.*, p. 16-17.

90. Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, p. 69.

91. Art. 81 de la loi du 17 juin 2016.

92. THIEL, P. et DUBOIS, C., « Marchés publics : principales nouveautés de la loi du 17 juin 2016 », *Cahier du juriste*, n°2016/3, p. 46.

93. Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, p. 134.

94. LAMBERT, M., *Op. Cit.*, p. 21.

95. BERTRAND, V., « La nouvelle loi sur les marchés publics en dix points », [www.acteo.be](http://www.acteo.be).

96. Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, pp. 134-135.

la fabrication de produits n'impliquant pas l'utilisation de produits chimiques toxiques, le recours à l'économie circulaire, et ceci afin de valoriser les offres ayant le plus faible impact sur l'écosystème planétaire<sup>97</sup>.

Pour ce qui est **des aspects environnementaux, le marché public** contiendra, autant que faire se peut, des critères tels que repris dans les recommandations et législations, actuelles et futures, de Bruxelles Environnement qui travaille spécifiquement sur ces aspects, et ceci afin de valoriser les offres ayant le plus faible impact sur l'écosystème planétaire<sup>98</sup>.

De manière générale, la loi sur les marchés publics propose une série d'alternatives concrètes à l'utilisation exclusive du seul critère du prix. Diminuer l'importance du critère du prix en faveur de critères liés à la qualité du service, des fournitures ou des travaux permet de limiter la pression à la baisse qui est exercée sur les prix dans de nombreux secteurs économiques et qui engendre des pratiques liées au dumping social.

### 53. Trouver des **critères d'attribution pertinents est fondamental.**

Cela suppose que l'on connaisse bien le besoin à satisfaire, et ce qui apparaît déterminant en termes de choix. En général, il ne sert pas à grand-chose d'indiquer une multitude de critères, car le poids de chacun d'entre eux s'avère alors de peu d'impact. Mieux vaut un nombre limité de critères d'attribution, pour qu'il y ait un choix qui s'effectue réellement. Suivant le type de marché, il est pertinent de mieux pondérer les critères afin de limiter l'impact du critère du prix sur l'attribution du marché.

La loi sur les marchés publics du 17 juin 2016 et l'arrêté royal du 18 avril 2017 proposent un certain nombre d'alternatives qu'il est intéressant d'envisager lorsque le marché s'y prête.

### 54. Bien entendu, dans le choix des critères d'attribution, **l'adjudicateur agit de manière discrétionnaire**<sup>99</sup>.

Toutefois, cette liberté de choix n'est pas illimitée. En effet, **les critères retenus doivent viser à identifier l'offre « économiquement la plus avantageuse ».**

Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou

2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, l'adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché<sup>100</sup>.

Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, l'adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix<sup>101</sup>.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, l'adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, l'adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur<sup>102</sup>.

A défaut d'annonce de (sous-)sous-critères d'attribution et d'éléments d'évaluation des offres dans les documents du marché, il n'est pas interdit à un adjudicateur de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires. Il faut toutefois que ces (sous-)sous-critères d'attribution correspondent en substance aux critères connus des soumissionnaires et répondent à trois conditions :

97. Pour de plus amples sur les aspects environnementaux, il est renvoyé vers : <https://environnement.brussels/thematiques/consommation-durable/marches-publics-durables/cahiers-des-charges-types-et-documents> ; <http://www.brusselsgpp.be/BrusselsNetworkGPP/page/> ; <https://gidsvoorduurzameaankopen.be/fr>.

98. Pour de plus amples sur les aspects environnementaux, il est renvoyé vers : <https://environnement.brussels/thematiques/consommation-durable/marches-publics-durables/cahiers-des-charges-types-et-documents> ; <http://www.brusselsgpp.be/BrusselsNetworkGPP/page/> ; <https://gidsvoorduurzameaankopen.be/fr>.

99. Civ. Bruxelles, 11 février 1993, J.T., 1993, p. 539.

100. Art. 81 § 3 de la loi du 17 juin 2016.

101. Pour des postes forfaitaires, qui ne sont évalués que sur la base du prix, l'offre la plus avantageuse est nécessairement celle qui propose le prix régulier le plus bas. (Voir C.E., arrêt n° 245.257 du 31 juillet 2019).

102. Art. 81 § 4 de la loi du 17 juin 2016.

- les critères d'attribution préalablement définis ne soient pas modifiés ;
- il n'y ait aucun élément qui, connu lors de la préparation des offres, aurait pu influencer celles-ci ;
- les (sous-)sous-critères d'attribution et éléments d'évaluation n'aient pas été déterminés dans des conditions qui entraîneraient un effet discriminatoire envers un des soumissionnaires<sup>103</sup>.

**Si l'adjudicateur a annoncé la méthode d'analyse des critères dans les documents du marché, il doit la respecter<sup>104</sup>.**

### 7.3. Ecolabels

**55.** L'article 54 de la loi du 17 juin 2016 permet à l'adjudicateur qui souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant des caractéristiques spécifiques d'ordre environnemental, social ou autres, **d'utiliser des ecolabels suivant les modalités décrites dans cet article et à condition de satisfaire à un certain nombre de conditions.** Il est intéressant de relever qu'à côté des labels environnementaux, il est désormais fait mention de labels sociaux et d'autres labels.

**La possibilité d'utiliser des ecolabels est élargie.** En effet, il est affirmé que cette possibilité existe pour les caractéristiques sociales ou autres, mais elle n'est plus cadrée uniquement dans les spécifications techniques<sup>105</sup>. Il est sans nul doute établi que les ecolabels peuvent également être utilisés dans les conditions du marché ayant trait à son exécution et même dans le cadre des critères d'attribution. Ce dernier cas se produira sans doute moins souvent, par exemple lorsqu'une valeur supplémentaire serait attribuée aux produits répondant à l'ecolabel demandé<sup>106</sup>.

**56.** **L'adjudicateur qui exige un label, doit accepter tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services concernés répondent à des exigences de label équivalentes.** Si le soumissionnaire démontre qu'il n'a pas eu la possibilité d'acquérir le label visé à temps, l'adjudicateur doit également accepter d'autres moyens de preuve adéquats.

**Les adjudicateurs doivent veiller à ce que les labels soient toujours proportionnés à l'objet du marché, et ce notamment afin de ne pas entraver l'accès des PME au marché.** À cette fin, un assouplissement a été prévu pour les marchés n'atteignant pas le seuil requis pour la publicité européenne. En effet, le soumissionnaire dispose toujours de la faculté de produire d'autres moyens de preuve mais ces derniers doivent

préciser qu'il a été satisfait aux exigences spécifiques ou aux exigences concernant le label. A cette fin, il est important de préciser dans les documents de marché les exigences spécifiques en matière de label qui sont requises, afin de pouvoir évaluer en tant qu'adjudicateur les autres moyens de preuve apportés par des soumissionnaires.

**En effet, il est contraire à l'exigence, d'ordre public, de libre concurrence qui vaut pour les marchés publics, de refuser un produit provenant d'un autre Etat-membre uniquement pour cause de non-production d'un label de qualité purement interne, sans donner au fournisseur dudit produit la moindre opportunité de démontrer que son produit répond aux exigences de qualité énoncées dans le cahier des charges et est protégé par un label de qualité au moins équivalent<sup>107</sup>.**

### 7.4. Handistreaming

**56 bis.** L'article 4 §4 de l'ordonnance du 8 décembre 2016 du Gouvernement portant sur l'intégration de la dimension du handicap dans les lignes politiques de la Région de Bruxelles-capitale **impose à l'adjudicateur, dans l'ensemble des compétences exercées par la Région, de veiller au handistreaming dans le cadre des procédures de passation des marchés publics.** L'adjudicateur veille dès lors à mener une politique proactive et des actions transversales en vue d'assurer la concrétisation du principe d'inclusion des personnes en situation de handicap dans l'ensemble des domaines couverts par le marché public.

Dans ce cadre, le handistreaming consiste, *notamment* :

- A veiller à l'inclusion des personnes en situation de handicap au niveau de **la définition de l'objet des travaux, des services ou des fournitures** à commander ou, le cas échéant, aux **aménagements à opérer par l'adjudicataire du marché dans l'exécution des travaux, services ou produits** visés par le marché pour y favoriser l'inclusion des personnes en situation de handicap ;
- A recourir - lorsque c'est possible et dans le respect des seuils fixés par la réglementation respectivement pour les marchés de travaux, de fournitures ou de services - aux **marchés réservés** confiés aux ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont *l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées et ce, à la condition qu'au moins trente pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés* ;

103. C.E., arrêt n° 230.648 du 25 mars 2015. Voir aussi C.E. arrêt n°247.115 du 21 février 2020.

104. C.E., arrêt n° 237.077 du 18 janvier 2017.

105. DUBOIS, C., DUVAL, J., « Marchés publics et 'Max Havelaar' : une (simple et équitable ?) histoire de labels... Commentaires sur la prise en compte de considérations environnementales et sociales en matière de marchés publics », *M.C.P.*, 2013, liv. 2, pp. 143-150.

106. Le seul fait d'avoir un label hautement certifié ne suffit pas à rendre une offre économiquement la plus avantageuse (C.E., arrêt n° 229.830 du 16 janvier 2015).

107. Gand, 3 décembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, liv. 15, p. 1413.

- **A prévoir des clauses sociales** permettant l'inclusion des personnes en situation de handicap dans, par exemple, la formation ou la mise à l'emploi du groupe cible (personnes en situation de handicap).

A ces fins l'adjudicateur se référera aux recommandations, actuelles et futures, édictées en la matière par Actiris, en partenariat avec les acteurs de terrain<sup>108</sup>.

## 7.5. Exemple de clauses

*Exemples de critères d'attribution à titre indicatif à insérer dans un document de marché<sup>109</sup>:*

- **Le prix ;**
- **Le système de contrôle proposé par le soumissionnaire, comme la fréquence de ces contrôles, la liste des éléments contrôlés, le nombre d'inspecteurs et de chefs d'équipe par agents, etc ;**
- **La supervision (des cadres parmi les employés, etc.) ;**
- **Le nombre d'heures destinées à l'exécution du marché ;**

*Par exemple, ce critère pourrait, le cas échéant, être formulé de la façon suivante :*

« Nombre d'heures prévues pour effectuer les tâches courantes : **XX** points.

*Le rapport suivant est considéré :  $X_i/X_1$*

*où  $X_i$  = nombre d'heures prévues par le soumissionnaire pour l'exécution du poste 1 (...) sur une année ;*

*$X_1$  = nombre d'heures prévues par l'adjudicateur pour l'exécution du poste 1 (...) sur une année.*

*Le soumissionnaire qui obtient le rapport le plus élevé reçoit la cote maximale de **XX** points et les autres soumissionnaires reçoivent une cote proportionnelle inférieure ».*

- **La cadence<sup>110</sup> ;**
- **Les moyens mis en œuvre pour assurer la qualité des services.**

En vue d'évaluer ce critère d'attribution, l'adjudicateur pourrait demander une proposition de système de la gestion opérationnelle de la qualité et ce le plus complet en termes de :

- respect des normes en vigueur dans le secteur ;
- méthodologie de contrôle ;
- mise en application et proposition d'améliorations.

- **Le programme environnemental/les aspects environnementaux.**

L'évaluation de produits et de processus respectueux de l'environnement par le biais de fiches techniques, le critère d'attribution relatif aux aspects durables de la solution proposée sera évalué sur base de la liste des produits. Le soumissionnaire fournit, dans le cadre de son offre, une liste de tous les produits utilisés pour garantir un service qualitatif selon les clauses techniques. L'évaluation de l'aspect écologique de cette liste de produits est le pourcentage de produits « éco-labellisés » par rapport au nombre global de produits. Un produit « éco-labellisé » répond à toutes les exigences des cahiers spéciaux des charges de l'Ecolabel européen ou le label Nordic Swan (d'autres moyens de preuve sont acceptés pour autant qu'ils répondent aux exigences mentionnées ci-dessus).

Il est important de mentionner que si l'adjudicateur entend le critère environnemental comme critère d'attribution, il ne pourra plus préciser les considérations environnementales dans les clauses techniques.

## 7bis. Publication des prix totaux

- 57.** Il est recommandé que les pouvoirs publics publient dans le cadre du PV d'ouverture de remise des offres, les prix TOTAUX

des soumissionnaires en vue du respect du planning et la compétitivité des entreprises, ainsi que la continuité du marché<sup>111</sup>.

108. <https://www.actiris.brussels/fr/employeurs/clauses-sociales/>.

109. Des exemples de critères d'attribution propres à certains secteurs d'activités sont mis à disposition des acheteurs publics dans les documents disponibles dans la rubrique « documents utiles » des pages web de l'Observatoire du site de Brupartners : <https://www.brupartners.brussels/fr/observatory/publications-et-documents-utiles>.

110. L'application d'un critère lié à la cadence peut être pertinente pour certains types de marchés, comme les marchés de nettoyage. Pour pouvoir employer un tel critère, l'adjudicateur doit disposer d'une valeur – ou d'une fourchette de valeurs – de référence.

111. Art. 84 de l'AR du 18 avril 2017.

## 8. JUSTIFIER LES ÉLÉMENTS DE L'OFFRE LORS DE LA VÉRIFICATION DES PRIX

### 8.1. Recommandations du GT Dumping Social

Il faut solliciter auprès des opérateurs économiques des secteurs sensibles à la fraude la décomposition du tarif en ses différents postes afin de procéder à la vérification des prix.

Dans les secteurs à forte intensité de main d'œuvre, il importe que le poste principal, c'est-à-dire le « coût salaire », soit également décomposé en différents postes afin de pouvoir identifier le coût salarial brut et ceci afin de détecter les offres anormalement basses.

### 8.2. Objectifs poursuivis

58. L'objectif de la réglementation sur la vérification des prix est double. Il s'agit d'une part, de **protéger l'adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges** et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux de l'adjudicateur et des deniers publics. D'autre part, elle vise à **protéger les exigences d'une saine concurrence** en évitant que l'adjudicateur avalise des comportements contraires aux règles en la matière et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence. Ces comportements sont régulièrement le signe de **pratiques liées au dumping social qui constituent, désormais dans la réglementation des marchés publics, un phénomène contre lequel le législateur entend lutter.**

59. A ce sujet, il convient de rappeler l'existence de l'**Observatoire des prix de référence dans les marchés publics**, créé par l'ordonnance du 3 avril 2014. En effet, les missions de cet Observatoire ont pour but d'apporter une aide aux adjudicateurs régionaux dans le cadre de leurs marchés publics de travaux et de services par la mise en œuvre d'objectifs spécifiques consistant notamment à fournir des résultats d'analyse sur les prix soumissionnés lorsque l'adjudicateur a des raisons d'interroger le caractère anormalement bas des prix<sup>112</sup>.

C'est donc au regard du double objectif susmentionné que l'adjudicateur, lorsque cela est précisément contesté par l'un des soumissionnaires, doit pouvoir raisonnablement établir qu'il a bien procédé au contrôle des prix et ce, dans le respect des principes rappelés<sup>113</sup>.

### 8.3. Formalisme du contrôle

60. Le § 1<sup>er</sup> de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précise qu'une offre est affectée, sur le plan matériel, d'une irrégularité substantielle, entraînant sa nullité et son écartement de la procédure d'attribution, lorsque l'offre est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues. Il apparaît ainsi qu'**une offre présentant un prix anormal doit être considérée comme entachée d'une irrégularité substantielle devant pousser l'adjudicateur à l'écarter**<sup>114</sup>.

112. La vérification des prix anormalement hauts et anormalement bas poursuit des objectifs quelque peu différents. En effet, « un prix apparemment anormalement élevé ne fait a priori pas craindre que le soumissionnaire ne serait pas en mesure d'exécuter les obligations qui découlent du cahier des charges. De même, lorsqu'est vérifié un prix anormalement haut, la question de l'égalité entre les soumissionnaires et celle de la libre concurrence ne se posent pas avec la même acuité. Dans cette hypothèse, il semble qu'une attitude plus flexible du pouvoir adjudicateur dans l'acceptation des justifications de prix puisse être autorisée et, dans la foulée, une motivation plus succincte des raisons qui l'ont déterminé à décider que ces prix hauts sont finalement tenus pour normaux. (...) » (Voir C.E., n°248.853 du 9 novembre 2020).

113. C.E., arrêt n° 235.628 du 19 août 2016. Voir aussi C.E., n° 239.056 du 12 septembre 2017.

114. C.E., arrêt n° 236548 du 25 novembre 2016. Voir aussi A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, art. 36, §3, M.B., 9 mai 2017, p. 55345.

Désormais, **tout adjudicateur est obligé de procéder, une fois la rectification éventuelle des offres opérée conformément à l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017<sup>115</sup>, à la vérification des prix des offres introduites, quels que soient l'objet du marché, le montant et la procédure de passation<sup>116</sup>.** L'adjudicateur se doit de contrôler les prix poste par poste<sup>117</sup>. A ce sujet, l'acheteur public bénéficie d'une certaine latitude, tant pour procéder au contrôle des prix que pour déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications<sup>118</sup>. Le pouvoir adjudicateur peut, à ce stade, inviter le(s) soumissionnaire(s) à fournir toutes les informations nécessaires<sup>119</sup> et toutes les indications permettant cette vérification<sup>120</sup>.

61. Quand l'adjudicateur constate, lors de la vérification des prix effectuée conformément à l'article 35<sup>121</sup>, qu'un prix ou des prix remis paraissent anormalement bas ou élevé(s), **il procède à l'examen de ces derniers<sup>122</sup>.** Avant d'écarter l'offre en cause, il invite le soumissionnaire en cause à **fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours calendrier, à moins que l'invitation ne prévoise un délai plus long<sup>123</sup>.** **Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, l'adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée<sup>124</sup>.**

62. Dans sa demande de justifications de prix, l'adjudicateur doit exiger d'obtenir la composition exacte et précise du ou des prix concerné(s)<sup>125</sup>. Pour ce faire, il est important que l'adjudicateur invite le soumissionnaire à lui **communiquer le détail du prix de chacun des postes et notamment le « coût salaire » si le marché en question se trouve être un marché à forte densité de main-d'œuvre<sup>126</sup>.** L'adjudicateur doit être informé des obligations légales en vigueur dans le secteur afin d'opérer la vérification de prix<sup>127</sup>.

63. L'adjudicateur doit également vérifier les justifications fournies et **interroger à nouveau le soumissionnaire** si ses premières justifications ne sont pas de nature à établir la normalité de son/ses prix. Ceci implique que **l'adjudicateur ne peut déclarer une offre régulière en renvoyant simplement aux justifications apportées par le soumissionnaire interrogé sans en apprécier la précision, l'exactitude et la pertinence.** Pour pouvoir être admises par l'adjudicateur, **les justifications de prix avancées par le soumissionnaire en cause doivent par ailleurs être acceptables, précises, concrètes et étayées en fait<sup>128</sup>.**

115. Il peut s'agir d'erreurs dans les opérations arithmétiques ou d'erreurs purement matérielles. Une erreur purement matérielle est celle « *qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire. Pour parvenir à cette conclusion, il faut que l'erreur soit telle que sa réalité ne prête pas à discussion* ». (C.E., arrêt n° 232.738, 28 octobre 2015). Par contre, ne constitue pas la réparation d'une erreur matérielle, la correction de prix unitaires dont il n'apparaît pas du reste de l'offre que les prix seraient erronés ou ne correspondraient pas à la volonté du soumissionnaire (CE, arrêt n°234.045 du 7 mars 2016). Constitue une erreur purement matérielle, l'erreur dénoncée par le soumissionnaire lui-même dès le lendemain de la remise d'offre et qui apparaît effectivement comme une aberration sur la base de l'analyse des prix du pouvoir adjudicateur et des prix des autres soumissionnaires (CE, arrêt n° 232.738, 28 octobre 2015).

116. Art. 35 de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.* ; C.E., n°248.086, 28 juillet 2020 ; C.E., arrêt n° 243.418 du 17 janvier 2019 ; C.E., n°248.311 du 21 septembre 2020.

117. C.E., arrêt n°248.853 du 9 novembre 2020.

118. C.E., arrêt n° 222.635 du 26 février 2013. La valeur estimée du marché constitue en principe une donnée pertinente et objective dans le cadre de la vérification des prix (*RvS, n°246.346, 10 décembre 2019*). Toutefois, le fait qu'une offre soit inférieure à la valeur estimée n'implique pas nécessairement qu'elle soit (apparemment) anormalement basse et qu'elle nécessite une justification du/des prix (*RvS, n° 248.690, 22 octobre 2020*).

119. Art. 35 de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.* L'adjudicateur a donc la possibilité de demander au soumissionnaire des informations complémentaires relatives à son prix lorsqu'il apparaît que l'acheteur public doit se questionner quant à la normalité du prix en question. Il ne s'agit pas, à ce stade, de justifications de prix au sens de l'article 36 du même arrêté.

120. Art. 84, al. 2, de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016, 44219.

121. Art. 35 de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.*

122. Art. 36, §1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.*: « *Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure* ».

123. Art. 36, §2, de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.*. L'utilisation d'une lettre recommandée pour l'envoi de la demande de justification de prix est fortement conseillée afin de s'assurer de disposer d'un moyen de preuve.

124. Art. 36, §1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.*

125. Art. 36 de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.*. Voir aussi C.E., arrêt n°238.961 du 21 août 2017.

126. A noter qu'il existe plusieurs tempéraments à cette obligation de demande justifications de prix à l'art. 36 § 6 de l'A.R. du 18 avril 2017 établissant que « *sauf disposition contraire dans les documents du marché, le présent article n'est applicable ni à la procédure concurrentielle avec négociation, ni à la procédure négociée directe avec publication préalable, ni à la procédure négociée sans publication préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 500.000 euros* ».

127. A ce sujet, il est renvoyé aux CCT applicables.

128. C.E., arrêt n° 218.422 du 12 mars 2012.

64. Si le constat du caractère anormal ou non d'un prix, préalable à l'invitation à fournir des justifications, relève de la compétence discrétionnaire de l'adjudicateur, la décision de ne pas interroger un soumissionnaire doit reposer sur des motifs raisonnables qui ne démentent pas l'obligation qui repose sur l'adjudicateur de vérifier les prix<sup>129</sup>. L'adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables<sup>130</sup>.

65. Il est à noter qu'un adjudicateur ne doit pas interroger un soumissionnaire s'il n'estime pas devoir écarter l'offre de ce dernier pour cause de prix anormaux<sup>131</sup>. Par ailleurs, lorsque l'adjudicateur estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier ses prix, **c'est à ce dernier qu'il incombe, en réponse à cette invitation, de fournir les justifications qui permettront utilement à l'autorité de considérer qu'en dépit des apparences, les prix proposés sont normaux**. A cette fin, le soumissionnaire doit justifier les prix proposés de manière précise, concrète et soigneusement étayée<sup>132</sup>.

Sauf lorsque la loi l'y oblige explicitement<sup>133</sup>, un adjudicateur ne doit pas spécialement motiver sa décision lorsqu'il estime qu'un prix proposé ne présente aucun caractère anormal. Il n'en reste pas moins qu'**il doit ressortir du dossier administratif que l'autorité a bien procédé concrètement à la vérification des prix**<sup>134</sup>.

66. Si nécessaire, l'**adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire** par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit<sup>135</sup>.

## 8.4. Analyse des justifications de prix

67. Dans son contentieux sur l'attribution des marchés publics, le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la qualité des justifications fournies par les soumissionnaires. A titre d'exemples, tout en gardant à l'esprit que la jurisprudence de la plus haute juridiction administrative est évolutive, nous pouvons citer les plus importantes :

- **Le respect des conditions techniques :**

« [...] Le soumissionnaire ne peut justifier son prix par une description des prestations ne correspondant pas aux conditions techniques des documents de marchés [...]»<sup>136</sup>.

- **Une justification basée sur la majoration du prix des sous-traitants :**

« [...] Une justification consistant uniquement en l'indication des prix des sous-traitants, majorés d'une marge bénéficiaire ne peut être suffisante [...]»<sup>137</sup>.

- **L'utilisation de formules de styles et de généralités :**

« [...] Le soumissionnaire ne peut se contenter de formules de styles et de généralités pour justifier son prix. Lorsque le pouvoir adjudicateur estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier ses prix, l'appréciation qui conduit à estimer ces justifications suffisantes doit faire l'objet d'une motivation précise. En l'espèce, la motivation constatant la normalité des prix ne répond manifestement pas à l'exigence de précision requise. Elle est, en outre, stéréotypée, étant susceptible d'être reproduite dans toute décision qui porte un tel constat de normalité des prix justifiés par un soumissionnaire interpellé à cette fin [...]»<sup>138</sup>.

129. C.E., arrêt n° 222.782 du 8 mars 2013.

130. Art. 36, §2, al. 5, de l'A.R. du 18 avril 2017, Op. Cit.. Voir aussi le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017, art. 36 : « De plus, l'alinéa 5 du paragraphe 2 prévoit expressément que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter formellement à fournir des justifications concernant les prix pour des postes d'une importance négligeable. Il peut en effet être présumé que ceux-ci n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière. En effet, il est clarifié au paragraphe 3 que l'offre doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses : en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s). Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'Etat d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné ». A titre d'exemple, le Conseil d'Etat dans son arrêt n°233.319 du 18 décembre 2015 considère que « le poste litigieux 5L, -qui dans [son] estimation [...] est de 41.520,00 EUR-, est d'une importance assez négligeable pour un marché évalué à environ 11.000.000,00 EUR ». Voir également RvS, n°247.967, 30 juin 2020.

131. C.E., arrêt n° 226.235 du 28 janvier 2014. Voir aussi C.E., arrêt n° 239.002 du 5 septembre 2017.

132. C.E., arrêt n° 229.457 du 3 décembre 2014.

133. Art. 36, §3, 3°, de l'A.R. du 18 avril 2017, Op. Cit..

134. C.E., arrêt n°235.416 du 12 juillet 2016.

135. Art. 36, §2, al.6, de l'A.R. du 18 avril 2017, Op. Cit..

136. C.E., arrêt n°228.545 du 26 septembre 2014. Dans le cas d'espèce, le soumissionnaire a, à travers les justifications de prix qu'il a fournies à l'adjudicateur, démontré que son offre ne satisfaisait pas à une condition technique essentielle du marché. Cela lui a valu d'être écarté de la procédure. Voir aussi C.E., arrêt n°237.493 du 24 février 2017.

137. C.E., arrêt n°223.475 du 15 mai 2013. Voir aussi C.E. n°247.967, 30 juin 2020.

138. C.E., arrêt n°229.425 du 2 décembre 2014. Voir aussi C.E., arrêt n°240.574 du 25 janvier 2018.

- **La simple référence aux justifications du soumissionnaire :**

« [...] Une motivation, par laquelle le pouvoir adjudicateur se borne, en substance, à se référer aux justifications fournies par un soumissionnaire, sans même expliciter celles-ci, ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle des prix qui apparaissent anormalement bas sont finalement tenus pour normaux [...]»<sup>139</sup>. »

- **« [...] Les justifications doivent être acceptables, précises, concrètes et étayées en fait [...]»<sup>140</sup>. »**

- **Le détail du coût horaire et de la structure du prix :**

« [...] Le soumissionnaire n'a exposé que sommairement - c'est-à-dire sans chiffrer ni les heures, ni le coût horaire - la structure de son prix. Pareille justification est, en soi, insuffisante. Il déclare en effet avoir évalué, pour obtenir un prix global, le nombre d'heures de travail nécessaires sur la base de l'échantillon réalisé et l'avoir multiplié par le coût horaire de son sous-traitant. Il se borne à donner cette explication succincte alors cependant que la lettre d'invitation à justifier les prix demandait de ne pas se limiter à se référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire et précisait que, dans ce cas, il convenait de justifier le prix du sous-traitant [...]»<sup>141</sup>. »

- **Une justification basée sur des réductions liées à des groupes cibles :**

« [...] Opgemerkt kan worden dat de uurtarieven van laatstgenoemde twee inschrijvers verschillen maar dat deze beide normaal worden bevonden, onder verwijzing naar sociaal gesteunde en gesubsidieerde contracten. Zoals hiervoor reeds vermeld, verwijst de nv \*\*\*\* naar "Activa en "artikel 60". De verzoekende partij verwijst onder meer naar "Actiris plan" en "artikel 60" maar niet naar "Activa". Mocht dit gegeven het prijsverschil verklaren, blijkt een dergelijke verklaring in ieder geval niet afdoende uit de formele motivering van het evaluatieverslag en van de bestreden beslissing, noch uit het dossier. Blijft dan enkel de, zoals gezegd, niet onderbouwde, verwijzing in het evaluatieverslag en de bestreden beslissing over, naar vergelijkbare prijzen in andere schoonmaak-opdrachten. Ook de beoordeling van de prijzen van de als tweede gerangschikte inschrijver lijkt aldus prima facie niet voldoende draagkrachtig noch afdoende formeel gemotiveerd zodat de verzoekende partij belang lijkt te hebben bij het middel [...]»<sup>142</sup>. »

- **Une justification basée sur l'amortissement du matériel :**

« [...] La partie requérante échoue toutefois à démontrer qu'il serait manifestement déraisonnable de considérer qu'une société qui dispose de son propre matériel, dont le prix est déjà amorti, peut en tirer un avantage en termes de coût par rapport à des concurrents tenus de louer ou d'amortir le même matériel et qu'elle est en mesure de répercuter ce gain sur le prix qu'elle offre. L'affirmation générale selon laquelle « tous les entrepreneurs tiennent compte, lors du calcul du prix de leur offre, de l'état d'amortissement de leur matériel ou de leurs machines », n'établit nullement qu'ils se trouvent tous dans une situation similaire au regard du degré d'amortissement de leurs machines ou matériel et encore moins qu'ils se trouveraient tous dans la même situation au regard de la possession ou non en propre de ces machines ou de la nécessité de les louer. Rien n'autorise, à l'inverse, à considérer que l'ensemble des entreprises œuvrant sur le marché se trouveraient sur ce plan dans la même situation que l'adjudicataire [...]»<sup>143</sup>. »

- **Une justification basée sur une compensation entre les prix des différents postes :**

« [...] La prise en compte de la normalité ou de l'anormalité des prix ne peut s'opérer que prix unitaire par prix unitaire, sans qu'un ou plusieurs prix unitaires élevés puissent justifier l'acceptation sans inventaire d'un ou plusieurs autres prix très bas [...]»<sup>144</sup>. »

- **Une justification basée sur la valorisation des matériaux issus de la démolition et sur leur recyclage :**

« [...] En ce qui concerne l'amortissement du matériel, cette justification est retenue par le pouvoir adjudicateur pour chacun des postes apparaissant être anormalement bas. Elle n'est, toutefois, jamais admise seule. Pour cinq des six postes litigieux, elle est associée à des justifications qui ne font l'objet d'aucune critique de la part de la requérante. Il en va ainsi du poste « enlèvement des faux plafonds », pour lequel cette justification est associée à la possibilité d'obtenir des prix préférentiels dans les secteurs de l'élimination et de la valorisation des déchets. Cette justification ne se confond pas avec la capacité à négocier des ristournes sur le matériel nécessaire au chantier, justification critiquée par la requérante, mais concerne la capacité de l'adjudicataire à tirer un certain profit de la valorisation et du recyclage des décombres et matériaux issus de la

139. C.E., arrêt n°236.950 du 29 décembre 2016.

140. C.E., arrêt n° 229.457 du 3 décembre 2014 et C.E., arrêt n°238.183 du 12 mai 2017.

141. C.E., arrêt n°231.392 du 1<sup>er</sup> juin 2015.

142. C.E., arrêt n°237. 693 du 16 mars 2017.

143. C.E., arrêt n°230.258 du 19 février 2015.

144. C.E., arrêt n°222.782 du 8 mars 2013.

démolition. Cette justification est présentée comme découlant du profil spécifique des sociétés composant la société momentanée adjudicataire, spécificité dont la réalité n'est pas contestée par la requérante [...]»<sup>145</sup>.

- **Une justification basée sur l'appartenance du soumissionnaire à un groupe plus important et sur son expérience particulière :**

« [...] Pour ce qui est du sixième poste paraissant être anormalement bas, celui de l'enlèvement de l'amiante, le motif litigieux s'ajoute à deux autres justifications, également critiquées par la requérante, ayant trait à l'expérience de plus de trente ans du sous-traitant, à sa capacité à obtenir de ses « fournisseurs et organismes de contrôle des réductions plus importantes que la majorité de ses concurrents » et à son appartenance au groupe Renotec lui permettant d'obtenir un meilleur prix et des ristournes substantielles. [...] L'expérience de trente ans du sous-traitant n'est également retenue comme justification que concernant le poste « enlèvement de l'amiante ». La lecture du rapport d'analyse des offres fait, par ailleurs, apparaître qu'elle n'est pas retenue en tant que telle, mais bien parce qu'elle explique, parmi d'autres considérations, la capacité du sous-traitant d'obtenir des réductions plus importantes que la majorité de ses concurrents [...]»<sup>146</sup>.

- **Une justification non-chiffrée d'un prix total basée sur des économies d'échelle en cas d'attribution de tous les lots pour lesquels il a été remis offre :**

Des données non chiffrées peuvent constituer une justification acceptable d'un prix lorsqu'il s'agit de justifier un prix total par des économies d'échelle (que le soumissionnaire décrit dans sa justification en cas d'attribution de tous les lots pour lesquels il a remis offre) et lorsque l'adjudicateur considère que ces économies ont un impact positif sur le prix<sup>147</sup>.

Dans sa vérification de prix, l'adjudicateur apprécie les justifications de prix et<sup>148</sup> :

- soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s)<sup>149</sup> présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ;
- soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée<sup>150</sup> ;
- soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

145. C.E., arrêt n°230.258 du 19 février 2015.

146. C.E., arrêt n°230.258 du 19 février 2015.

147. C.E., arrêt n°247.932, du 26 juin 2020.

148. Art. 36, §3, de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.*: « Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2 ».

149. Voir la note de bas page n°117 pour plus de précisions quant au caractère négligeable du poste.

150. La décision par laquelle un adjudicateur déclare une offre irrégulière car elle comporte des prix anormaux doit faire l'objet d'une motivation précise, devant permettre, d'une part, de vérifier que l'adjudicateur a analysé avec soin les justifications invoquées et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il n'a pas admis ces justifications (Voir C.E., arrêt n°248.729, 23 octobre 2020).

## 8.5. Exemple de demande de justification concernant des prix paraissant anormalement élevés ou bas d'une offre (A.R. 18.04.2017, art. 36)

**POUVOIR ADJUDICATEUR**

**DÉPARTEMENT/ SERVICE XX**

À l'attention de : **XX**

**XX** Date, **XX**

Qualité : **XX**

Adresse : **XX**

Téléphone : **XX**

Fax : **XX**

Le soumissionnaire **XX**

E-mail : **XX**

Nos références : **XX**

Vos références : **XX**

Annexe : **XX**

RECOMMANDÉ

Objet : Justification de prix de votre offre pour le marché (description)  
**XX**

Madame, Monsieur,

Nous nous référons à votre offre du **XX** pour le marché susmentionné.

Lors de la vérification de votre offre, vos prix *unitaires / prix totaux*<sup>151</sup> pour le lot **XX** pour l'ensemble du marché nous paraissent anormalement *élevés / bas* par rapport aux prestations à exécuter.

Nous vous prions par conséquent de bien vouloir nous communiquer la justification écrite nécessaire sur la composition du prix en question dans un délai de 12 jours calendrier<sup>152</sup> suivant la date de la présente lettre.

Cette justification devra comprendre une décomposition précise du prix, et notamment le prix de chacun des postes.

Conformément à l'article 36, § 2, 3° de l'AR du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, les justifications concernent notamment :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;
- 2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services ;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
- 4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications vous incombe, en tant que soumissionnaire.

Si, après l'examen de ces justifications, il apparaît que le montant total ou le montant d'un poste non-négligeable de l'offre est effectivement anormal ou à défaut de justification dans le délai imparti, l'offre est irrégulière.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'expression de notre considération distinguée.

Par ordre,

**XX,**

**XX,**

.....

.....

151. Biffer la mention inutile.

152. L'art. 36 § 2 de l'A.R. du 18 avril 2017 autorise également un délai plus long.

## 9. ÊTRE ATTENTIF AUX RÈGLES D'EXÉCUTION DES MARCHÉS

Les règles d'exécution des marchés ont été revues, et il importe d'attirer votre attention sur les points suivants.

### 9.1. Clauses de révision

**68.** Certaines clauses de révision sont prévues d'office dans la réglementation. À leur égard, il n'est pas nécessaire que l'adjudicateur inscrive une mention dans le cahier spécial des charges.

**69.** Par contre, il existe désormais plusieurs clauses de révision qui doivent être expressément indiquées dans le cahier spécial des charges. Il s'agit des clauses suivantes :

- Révision des prix (art. 38/7 AR du 14 janvier 2013) ;
- Incidence des impositions (art. 38/8 AR du 14 janvier 2013) ;
- Circonstances imprévisibles au détriment de l'adjudicataire (art. 38/9 AR du 14 janvier 2013) ;
- Circonstances imprévisibles en faveur de l'adjudicataire (art. 38/10 AR du 14 janvier 2013) ;
- Faits de l'adjudicateur ou de l'adjudicataire (art. 38/11 AR du 14 janvier 2013) ;
- Suspensions ordonnées par l'adjudicateur et incidents durant l'exécution (art. 38/12 AR du 14 janvier 2013).

### 9.2. Clauses facultatives

**70.** Plusieurs dispositions des règles générales d'exécution organisent un régime supplétif. Cela signifie que ces règles sont d'application, à défaut pour le cahier spécial des charges d'avoir prévu d'autres dispositions.

Dans ce cadre, il est recommandé d'avoir une attention particulière aux points suivants :

Lorsque les règles générales d'exécution s'appliquent, plusieurs dispositions sont organisées à titre supplétif. Il est alors expressément prévu que le régime juridique organisé dans l'arrêté s'applique, sauf si l'adjudicateur a prévu un régime spécifique différent dans le cahier spécial des charges et ceci conformément à l'article 9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Tel est le cas pour :

- le fait que chaque lot est un marché distinct pour l'exécution<sup>153</sup> ;
- la transformation<sup>154</sup> ou l'entretien<sup>155</sup> des fournitures en cas de leasing ;
- la libération du cautionnement en cas de leasing de fournitures<sup>156</sup> ;
- le montant du cautionnement pour les marchés de fournitures et services sans prix total<sup>157</sup> ;
- le transfert de cautionnement en cas de reconduction du marché<sup>158</sup> ;
- le délai de garantie, par défaut fixé à un an, dans les marchés de travaux<sup>159</sup> ;
- l'acquisition des droits intellectuels<sup>160</sup> ;
- l'acquisition des droits sur les méthodes et savoir-faire<sup>161</sup> ;
- le montant de la responsabilité de l'attributaire en cas d'appel en garantie relatif aux droits intellectuels<sup>162</sup> ;
- le caractère non obligatoire du cautionnement pour les marchés de fourniture et de services dont le délai d'exécution ne dépasse pas 45 jours, et pour certains services<sup>163</sup> ;
- la propriété des emballages dans les marchés de fourniture<sup>164</sup> ;
- la libération du cautionnement après la réception provisoire pour les marchés de fourniture<sup>165</sup> ;
- les accords-cadres, hormis quelques particularités en terme de paiement<sup>166</sup>.

Pour ces dispositions, il n'est pas nécessaire d'indiquer en tête du cahier des charges que l'on y « dérogerait », puisqu'il ne s'agit pas d'une dérogation.

153. Art 17 § 2, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

154. Art. 136 de l'A.R. du 14 janvier 2013.

155. Art. 137, 2°, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

156. Art. 144 de l'A.R. du 14 janvier 2013.

157. Art. 25, § 2, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

### 9.3. Cas dans lesquels les règles d'exécution ne s'appliquent pas

71. Les commandes suivantes ne sont pas soumises aux règles générales d'exécution<sup>167</sup> :

- les **marchés de fournitures passés par procédure négociée sans publication préalable ou par procédure négociée sans mise en concurrence préalable** conformément aux articles 42, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, c), et 124, § 1<sup>er</sup>, 9<sup>o</sup> à 11<sup>o</sup>, de la loi et à l'article 25, 3<sup>o</sup>, b) et c), de la loi défense et sécurité ;
- les marchés de **services d'assurance, services bancaires et services relatifs aux investissements des institutions financières** qui tombent sous les codes CPV 66100000-1 jusqu'à et y compris 66720000-3 ainsi que les services des institutions financières de la catégorie 12 de l'annexe 1<sup>re</sup> de la loi défense et sécurité ;
- les marchés relatifs aux **services sociaux et sanitaires** de la catégorie 25 de l'annexe 2 de la loi défense et sécurité ;
- les **services sociaux et autres services spécifiques** visés à l'annexe III de la loi, à l'exception de ceux repris dans l'annexe précitée sous la description « Services d'hôtellerie et de restauration » et « Services juridiques dans la mesure où ils ne sont pas exclus en vertu de l'article 28, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> ou 108, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, lu en combinaison avec l'article 28, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> » ;
- les **marchés conjoints d'adjudicateurs de plusieurs pays** ;
- les **marchés qui concernent la création et le fonctionnement d'une société mixte** en vue de l'exécution d'un marché ;
- les **marchés tombant sous le champ d'application du titre 3 de la loi et qui sont passés soit par des personnes bénéficiaires de droits spéciaux ou exclusifs**, soit par des entreprises publiques pour les marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ;
- les **marchés de désignation d'un réviseur d'entreprises** ;
- les **marchés de désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une**

**procédure judiciaire**, visés à l'article 28, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, a) et b), de la loi. Il en va de même pour les services juridiques mentionnés à l'article 28, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, c) à e), de la loi<sup>168</sup> ;

- **les marchés en dessous d'un montant de 30.000€ HTVA**<sup>169</sup>.

L'article 6, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précise les dispositions des règles générales d'exécution qui sont tout de même applicables aux marchés évoqués ci-dessus.

À défaut de s'appliquer de plein droit, les documents du marché peuvent – en opportunité – rendre tout ou partie des règles générales d'exécution applicables<sup>170</sup>.

### 9.4. Motivation formelle

72. Une motivation formelle est requise lorsque l'on déroge aux conditions d'exécution des marchés. Il convient de préciser à cet égard ce qui suit.

En ce qui concerne les dispositions supplétives dans les règles générales d'exécution : il n'y a pas de motivation requise, si le régime organisé dans le cahier spécial des charges est différent. Tous les sujets visés au point 8.2 peuvent être organisés différemment que ce que l'arrêté prévoit par défaut. Il ne s'agit pas d'une dérogation, puisque le régime réglementaire est supplétif.

Pour les autres dispositions, l'intensité de la motivation varie. Il s'agit en général d'une motivation renforcée. Dans ce cas, conformément à l'article 9, §4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, la motivation doit indiquer pourquoi la dérogation est « rendue indispensable par les exigences particulières du marché ».

Pour le cas suivant, il suffit d'exposer, en fait, pourquoi se justifie la dérogation<sup>171</sup> :

- 38/7 – révision des prix.

Sont, par contre, à motiver d'une manière formelle dans les documents du marché mêmes :

- 38/9 § 1 à 3 – circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire et à son détriment ;
- 38/10 § 1 à 3 – circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire et à son avantage.

158. Art. 32 de l'A.R. du 14 janvier 2013.

159. Art. 92, § 2, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

160. Art. 19 § 1, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

161. Art. 20 de l'A.R. du 14 janvier 2013.

162. Art. 23 dernier alinéa de l'A.R. du 14 janvier 2013.

163. Art. 25, § 1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

164. Art. 119, § 1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

165. Art. 133 de l'A.R. du 14 janvier 2013.

166. Art. 7 de l'AR. du 14 janvier 2013.

167. Art. 6, § 1, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

168. Art. 6, § 3, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

169. Art. 5, § 2, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

170. Art. 6, § 5, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

171. Art. 9 § 4, al. 1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

# 10. IMPOSER LA MAÎTRISE DE LA LANGUE DU MARCHÉ À CERTAINS TRAVAILLEURS

## 10.1. Recommandations du GT Dumping social

Les documents du marché peuvent exiger la maîtrise de la langue du marché (français ou néerlandais) pour les agents occupant certaines fonctions d'encadrement.

En matière d'emploi des langues, l'exigence doit être proportionnelle à l'objet du marché.

## 10.2. Développements

**73.** L'imposition de l'emploi d'une ou de plusieurs langues sur le chantier par l'adjudicateur est un sujet délicat, car cela pourrait engendrer des pratiques discriminantes et contraires au droit européen. Toutefois, l'article 3 du règlement n°492/2011 du Parlement européen et du Conseil précise que les conditions relatives aux connaissances linguistiques requises en raison de la nature de l'emploi ne doivent pas être considérées comme des mesures discriminantes et contraires à la libre circulation des travailleurs.

**74.** En pratique, les conséquences liées à la méconnaissance des langues nationales se ressentent en particulier dans le secteur de la construction et peuvent se traduire par des problèmes de sécurité sur le lieu d'exécution<sup>172</sup>.

**75.** Dans ce contexte, il semble être opportun et légalement admissible d'**imposer à travers les documents de marchés que certains agents occupant des fonctions d'encadrement sur les lieux d'exécution du marché puissent attester de connaissances suffisantes du néerlandais ou du français**<sup>173</sup>. La maîtrise d'une de ces deux langues pourrait être attestée par un certificat linguistique A2 ou par au minimum un diplôme de l'enseignement primaire officiel dans une des deux langues ou par un équivalent. Les travailleurs qui rejoindraient le chantier une fois l'exécution du marché entamée devraient également démontrer qu'ils répondent aux conditions précitées. Les éventuels sous-traitants de l'adjudicataire devraient alors se soumettre à la même obligation<sup>174</sup>.

**76.** Cette clause devrait, toutefois, être justifiée et motivée par l'adjudicateur quant à sa nécessité par rapport à l'objet du marché et quant à sa proportionnalité. Sur ce point, il est donc nécessaire que l'adjudicateur puisse démontrer qu'une telle mesure est nécessaire et proportionnée quant à la nature du marché. Il est ainsi conseillé à l'adjudicateur d'**insérer une telle clause dans les marchés de travaux ou de services comportant un risque au niveau de la sécurité physique des travailleurs.**

**77.** L'adjudicateur qui intègre cette clause dans ses documents de marché doit alors vérifier, par exemple par le biais de son surveillant de chantier et avant le début du chantier, que les agents visés de l'adjudicataire ou de(s) sous-traitant(s) peuvent attester valablement de leur maîtrise du français ou du néerlandais.

172. *Mesures anti-dumping : boîte à outils*, Comité du développement Stratégique Charleroi-Sud Hainaut, 12 octobre 2016, p. 40. Voir également l'Annexe n°4 dont la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, M.B., art. 5, §1<sup>er</sup>, et art. 9, §2, 18 septembre 1996, p. 24309 ; Code du bien-être au travail du 28 avril 2017, M.B., art. 1.2-11, 2 juin 2017, p. 60905 ; l'article 11 de la directive 92/57/CEE du Conseil du 24 juin 1992 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles.

173. Il s'agirait des agents suivants : le contremaître, le tuteur social, le coordinateur sécurité-santé et chaque travailleur occupant un poste de sécurité et/ou un poste de vigilance au sens du Code du bien-être au travail. Code du bien-être au travail du 28 avril 2017, M.B., art. 1.4-1, 2 juin 2017, p. 60905 : « Art. 2.- Pour l'application des dispositions du présent arrêté, on entend par :

1° poste de sécurité: tout poste de travail impliquant l'utilisation d'équipements de travail, la conduite de véhicules à moteur, de grues, de ponts roulants, d'engins de levage quelconques, ou de machines mettant en action des installations ou des appareils dangereux, ou encore le port d'armes en service, pour autant que l'utilisation de ces équipements de travail, la conduite de ces engins et de ces installations, ou le port de ces armes puissent mettre en danger la sécurité et la santé d'autres travailleurs de l'entreprise ou d'entreprises extérieures ;

2° poste de vigilance: tout poste de travail qui consiste en une surveillance permanente du fonctionnement d'une installation où un défaut de vigilance lors de cette surveillance du fonctionnement peut mettre en danger la santé et la sécurité d'autres travailleurs de l'entreprise ou d'entreprises extérieures ; [...] ».

174. Cette clause se base sur la proposition des *Mesures anti-dumping : boîte à outils*, Comité du développement Stratégique Charleroi-Sud Hainaut, 12 octobre 2016, p. 40. Voir aussi *Boîte à outils*, Confédération Construction Wallonie, version du 30 novembre 2015, p. 26.

78. Il revient également à l'adjudicateur de **prévoir dans ses documents de marchés qu'il compte opérer des contrôles aléatoires** pendant la durée du marché par lesquels il comparera la liste journalière des travailleurs présents sur le chantier avec les attestations qu'il a récoltées avant le début du chantier. Cela doit lui permettre de vérifier que les éventuels nouveaux agents d'encadrement présents sur le chantier répondent également aux conditions linguistiques<sup>175</sup>.
79. L'adjudicateur peut également **prévoir**, dans ses documents de marché, **la possibilité d'établir des procès-verbaux de manquement et des pénalités** correspondantes lorsqu'il constate que les travailleurs présents sur le chantier ne sont pas ceux pour lesquels il a reçu les attestations linguistiques.

### 10.3. Exemple de clauses à insérer – marché de travaux et assimilés

*Exemple de clause à insérer dans les documents du marché :*

L'adjudicataire et chaque sous-traitant doit occuper obligatoirement, au sein de l'équipe de travailleurs présents sur le chantier, des agents occupant une fonction d'encadrement (en ce compris le contremaître, le tuteur social, le coordinateur sécurité-santé et chaque travailleur occupant un poste de sécurité et/ou un poste de vigilance au sens de vigilance au sens du Code du bien-être au travail) ayant une connaissance suffisante de la langue française ou néerlandaise.

Cela signifie que l'adjudicataire doit pouvoir fournir la preuve que les travailleurs occupant les fonctions susmentionnées soit disposent d'un certificat linguistique de niveau A2 minimum de maîtrise de la langue française ou néerlandaise venant d'un opérateur agréé ou d'un certificat équivalent, soit disposent au minimum d'un diplôme de l'enseignement primaire officiel dont la scolarité a été suivie dans la langue française ou néerlandaise ou un diplôme équivalent.

Cette obligation vaut à tous les échelons de la sous-traitance. L'entreprise adjudicataire a donc la responsabilité de pouvoir fournir les documents concernant la langue du marché à l'adjudicateur et dans la langue du marché ou par une traduction jurée, au plus tard **XX jours** avant le début du chantier de l'adjudicataire ou de chaque sous-traitant.

Le nom de ces personnes est communiqué à l'adjudicateur au départ du chantier, et à l'occasion de toute changement lié aux agents occupant une fonction d'encadrement.

L'adjudicateur contrôlera, par le biais de son surveillant de chantier et avant le début du chantier, que les agents occupant une fonction d'encadrement peuvent attester valablement, à sa première demande, de leur maîtrise du français ou du néerlandais par un des moyens précités.

L'adjudicateur se réserve également le droit d'opérer des contrôles aléatoires par lesquels il vérifiera que les agents présents sur le chantier et visés par cette disposition ont fourni les attestations linguistiques nécessaires.

Toute infraction à cette disposition donne le droit à l'adjudicateur de demander le remplacement de l'agent en question. A défaut, cela entraîne l'application d'une pénalité spéciale d'un montant de **XX€** par homme en infraction/jour.

En cas de récidive, l'adjudicataire encourt l'application des mesures d'office visées à l'article 47 § 2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. En outre, l'adjudicataire pourra être considéré comme étant en défaut d'exécution et se voir appliquer la sanction prévue à l'article 48 de l'A.R. du 14 janvier 2013. Les possibles sanctions susmentionnées seront, le cas échéant, appliquées tout en respectant le principe de la proportionnalité.

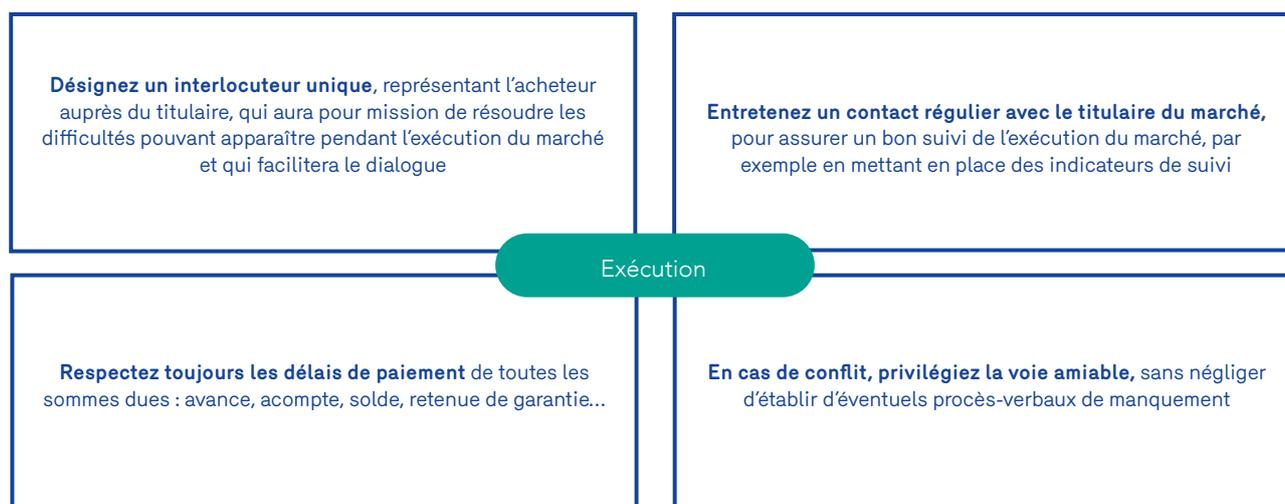
175. Mesures anti-dumping : boîte à outils, Op. Cit., p. 42.

# 11. SUPERVISER ET CONTRÔLER L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

## 11.1. Recommandations du GT Dumping Social

Le pouvoir adjudicateur doit désigner les personnes qui effectuent le contrôle et le rapportage. Ceci est trop souvent négligé.

Il faudrait mettre en place des systèmes de pointage afin de permettre et de faciliter un meilleur contrôle.



## 11.2. Constats

80. Un des principaux freins à la bonne exécution des marchés publics est le manque de contrôle. Il est ainsi courant de constater que les clauses imposées par l'adjudicateur et les engagements pris par l'adjudicataire, ne sont pas respectés. En effet, **les politiques d'achats publics ne peuvent être mises réellement en œuvre que si elles se donnent les moyens de contrôler leur application. Le moyen le plus efficace de lutter contre cette distorsion est d'assurer un contrôle de l'exécution, voire d'appliquer des pénalités.** Les services ou travaux faisant l'objet du marché doivent être soumis à des vérifications destinées à constater qu'ils répondent aux conditions imposées dans les documents du marché<sup>176</sup>. Ce contrôle, indispensable, ne doit pas verser dans l'excès de zèle mais doit, à tout le moins, envisager les éventuels manquements lors de l'exécution qui seront sanctionnés par l'adjudicateur conformément aux sanctions prévues pour les manquements au marché. Les manquements au droit social, notamment, doivent faire l'objet d'une attention particulière.

## 11.3. Outils légaux disponibles

81. L'adjudicateur se doit de **désigner une personne responsable du contrôle du marché**. Un rôle important est dévolu au fonctionnaire dirigeant dans la phase d'exécution<sup>177</sup>. Cette personne exerce la direction et le contrôle de l'exécution au nom de l'adjudicateur. Ce dernier peut nommer à ce poste tant un membre de son propre personnel qu'une personne qui lui est étrangère. Quoi qu'il en soit, la personne en charge du contrôle doit bénéficier d'une position lui permettant de prendre ses décisions en toute impartialité. La première priorité du contrôleur est de garantir que le marché soit réalisé correctement.

82. Dans le cadre d'un marché public de travaux, un **journal des travaux** établi dans la forme admise par l'adjudicateur et **fourni par l'entrepreneur est tenu, en principe, sur chaque chantier par les soins du délégué de l'adjudicateur**. La plupart du temps, ce délégué sera le fonctionnaire dirigeant, mais l'adjudicateur peut également désigner quelqu'un d'autre<sup>178</sup>.

176. A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *M.B.*, art. 150, 14 février 2013, p. 8752. Les services doivent être conformes sous tous les rapports aux documents du marché. Même en l'absence de spécifications techniques mentionnées dans les documents du marché, ils répondent en tous points aux règles de l'art. (Art 34 de l'Arrêté royal du 14 janvier 2013, *Op. Cit.*).

177. Art. 11 de l'A.R. du 14 janvier 2013, *Op. Cit.*

178. Art. 83, *Ibidem*.

Sur ce journal des travaux doivent être mentionnés notamment, les heures de travail, le nombre et la qualité des ouvriers, le matériel utilisé, les éléments utiles pour calculer le paiement des salaires. D'autres informations à inscrire peuvent être précisées par l'adjudicateur, l'entrepreneur ou le coordinateur en matière de sécurité et de santé. Il appartient à l'adjudicateur de signer les mentions de ce journal et les attachements détaillés<sup>179</sup>

**83. La réglementation des marchés publics impose, dans le cadre de marchés de travaux et sauf pour les chantiers pour lesquels le système électronique d'enregistrement est obligatoire<sup>180</sup>, que l'entrepreneur tienne à disposition de l'adjudicateur une liste du personnel occupé sur le chantier.** Cette liste doit contenir **le nom ; le prénom ; la date de naissance ; le métier ; la qualification et l'occupation réelle par journée effectuée sur le chantier<sup>181</sup>.** Cette obligation vaut également pour **les sous-traitants**, à quelque stade que ce soit<sup>182</sup>. Avant d'entamer les travaux, **l'entrepreneur et tous ses sous-traitants se doivent de fournir à l'adjudicateur l'adresse précise ou ce dernier peut se faire produire : 1° le compte individuel périodique établi selon le modèle prescrit par la législation sociale pour chaque ouvrier occupé sur le chantier et 2° la déclaration périodique à l'organisme compétent en matière de sécurité sociale<sup>183</sup>.**

**84.** Pour assurer un suivi efficace des marchés de services pour lesquels il n'existe pas d'obligation de tenir un journal des travaux, **il est conseillé d'imposer dans les documents du marché une clause obligeant l'adjudicataire à remettre un rapport régulier sur l'exécution du marché à l'agent responsable de l'adjudicateur.** Ce rapport devrait permettre à l'adjudicateur de contrôler que le marché est exécuté conformément aux spécifications techniques et aux conditions d'exécution des documents du marché. Un accent particulier doit être mis sur le contrôle des dispositions relatives au droit social et au droit du travail.

**85.** De plus, il existe la possibilité pour l'adjudicateur de **renseigner dans ses documents de marchés les plans de détail et d'exécution** que l'adjudicataire doit établir et ensuite faire approuver dans un délai de trente jours par l'adjudicateur. Ces plans permettent de fixer de manière claire et précise la façon dont le marché doit être exécuté<sup>184</sup>.

## 11.4. Types de contrôles

**86.** Pour que le contrôle soit efficace, celui-ci doit être double. D'une part, il faut prévoir un **contrôle effectif, voire sur place**. D'autre part, il est possible de permettre un **contrôle en cas de problème sous la forme d'un audit externe**.

**Le contrôle effectif** peut par exemple être organisé à une périodicité rapprochée (mensuelle, par exemple, en même temps que les déclarations de créance) et opéré sur base des documents à fournir par le soumissionnaire (attestations, documents particuliers, etc.). Dans l'idéal, ce contrôle effectif devrait être complété, par la possibilité pour l'adjudicateur d'effectuer un **contrôle de visu, sur le(s) lieu(x) d'exécution du marché**. Ce contrôle *de visu* est, notamment, l'occasion de vérifier que l'exécution du marché correspond aux spécifications techniques que s'est engagé de respecter l'adjudicataire. Ces contrôles *de visu* sont également **l'occasion de contrôler l'exactitude des informations reprises dans le journal des travaux et de comparer la liste du personnel présent sur le(s) lieu(x) d'exécution du marché avec le personnel réellement employé sur place**. Ces contrôles doivent aussi permettre de vérifier que la réglementation liée à la sous-traitance et aux travailleurs détachés est respectée<sup>185</sup>.

Lorsque les prestations de service engendrent l'utilisation de substances ou de matériaux spécifiques ou que les travaux sont de nature à impliquer l'utilisation de substances à risque, il est **conseillé de prévoir des contrôles de visu plus fréquents** destinés à vérifier le respect des prescriptions légales en matière de sécurité, de bien-être au travail ou de protection de l'environnement<sup>186</sup>.

Enfin, il est également nécessaire de **prévoir dans les documents de marché la possibilité d'effectuer un contrôle externe en cas de problème(s) constaté(s) par le fonctionnaire dirigeant**.

**87.** Dans certains cas, ces contrôles peuvent s'avérer longs et complexes. Il peut être alors préférable de les confier à un tiers. Ainsi, **concernant les marchés qui intègrent des exigences techniques complexes<sup>187</sup>**, une solution consisterait à imposer, à travers les documents du marché, l'obligation pour l'adjudicataire de **se faire certifier par un organisme extérieur et indépendant**. Dans ce cas, **une part de budget doit être consacrée au contrôle de l'exécution du marché**.

179. Art. 83, §3, al. 2, *Ibidem*.

180. Art. 31ter, de la Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996, p.24309.

181. A.R. du 14 janvier 2013, *Op. Cit.*, art. 78, §3.

182. Art.78, §4, *Ibidem*.

183. Art. 78, §5, *Ibidem*.

184. Art. 36, *Ibidem*. Le délai de trente jours débute au moment où les plans sont présentés à l'adjudicateur.

185. Art. 12 et *s Ibidem*. Voir également la fiche n°3 sur la limitation de la sous-traitance.

186. Ce contrôle peut se faire mensuellement ou bi-mensuellement.

187. Par exemple : les services de restauration collective imposant le respect de normes et labels environnementaux ou éthiques, les marchés de travaux lourds, etc.

### 11.5. Réception technique des services ou travaux

88. La réglementation établit également un système de réception technique des travaux, services ou fournitures commandés qui peut se faire au **préalable ou a posteriori**. Celle-ci précise que « en règle générale, les produits ne peuvent être mis en œuvre s'ils n'ont été, au préalable, réceptionnés par le fonctionnaire dirigeant ou son délégué »<sup>188</sup>. Cette réception peut être effectuée à différents stades de la production ou de la prestation. « A la demande de l'adjudicataire, l'adjudicateur vérifie conformément aux documents du marché si les produits présentent les qualités requises ou, à tout le moins, sont conformes aux règles de l'art et satisfont aux conditions du marché »<sup>189</sup>. Il faut noter que des produits qui auraient été considérés comme satisfaisants lors de la réception technique préalable peuvent encore être refusés ultérieurement. A moins que les documents de marché ne prévoient des délais plus réduits, l'adjudicateur a, soit trente jours, soit soixante jours pour notifier sa décision d'acceptation ou de refus<sup>190</sup>. Cette réception doit se faire contradictoirement, c'est-à-dire de préférence en présence de l'entrepreneur ou du prestataire de services.

89. Il est également possible d'effectuer contradictoirement une **réception technique a posteriori** dans le respect des prescriptions des documents de marché qui en précisent la portée. Sauf si des délais plus courts sont prévus dans les documents de marchés, les résultats de cette réception sont communiqués dans les trente ou soixante jours suivant l'exécution du marché<sup>191</sup>.

### 11.6. Contrôle et constatation du défaut d'exécution

90. Comme le prévoit l'article 39 de l'Arrêté Royal du 14 janvier 2013, **l'adjudicateur peut faire surveiller ou contrôler partout la préparation ou la réalisation des prestations par tous moyens appropriés**. L'article 44 du même Arrêté établit les circonstances par lesquelles l'adjudicataire doit être considéré comme étant en défaut d'exécution. Le paragraphe premier envisage les hypothèses où l'adjudicataire est **en défaut d'exécution par rapport aux obligations des dispositions des documents de marchés et les obligations liées aux délais d'exécution prévus dans ces documents**.

91. Dans l'objectif d'éviter l'arbitraire de l'adjudicateur, une **procédure de constatation des manquements formalisée** est mise en place pour assurer des garanties minimales à l'adjudicataire<sup>192</sup>. Pour pouvoir mettre en œuvre des mesures, **il est ainsi indispensable que l'adjudicateur établisse un procès-verbal par lequel il constate officiellement la contravention au marché**<sup>193</sup>. Toutefois, selon la Cour de Cassation, la preuve d'un manquement de l'adjudicataire peut être apportée par d'autres moyens que par un procès-verbal lorsque les droits de l'adjudicataire sont assurés<sup>194</sup>. Par ailleurs, un procès-verbal de constat n'est pas nécessaire pour l'application des amendes pour retard ou des amendes relatives au cautionnement<sup>195</sup>.

92. Ce même article 44 précise également que « **l'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements** »<sup>196</sup>. **La possibilité existe pour l'adjudicataire de « faire valoir ses moyens de défense par envoi recommandé adressé au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal »**<sup>197</sup>. Par ailleurs, le silence de l'adjudicataire est « *considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés* ».

### 11.7. Certificats de bonne exécution

93. Comme cela est précisé dans la fiche n°6 de ce guide, l'article 68, §4, 1°, a) de l'arrêté royal du 18 avril 2017<sup>198</sup> prévoit la possibilité pour l'adjudicateur d'accepter, de la part des soumissionnaires et comme moyens de preuve justifiant de la capacité technique et professionnelle, la production de certificats de bonne exécution. A cet effet, il est intéressant, en fin d'exécution du marché, que l'adjudicateur délivre un tel certificat. Afin que celui-ci soit objectif et concret, il est préférable que sa rédaction soit confiée au fonctionnaire dirigeant du marché. Ce dernier devrait y reprendre les éléments et objectifs du marché tout en explicitant de quelle manière ils ont été réalisés.

188. Art. 42, §1<sup>er</sup>, al.1, de l'A.R. du 14 janvier 2013, *Op. Cit.*. Par produit, l'on entend les fournitures, services ou travaux.

189. Art. 42, §2, al.1, *Ibidem*.

190. Art. 42, §3, *Ibidem*. Soixante jours si des formalités de réception sont accomplies en laboratoire.

191. Art. 43, §2, *Ibidem*.

192. Y. CABUY, G. DEREAU, « L'exécution des marchés publics », in *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique : de l'article à la pratique*, Larcier, 2013, p. 858.

193. Art. 44, §2, al. 1, de l'A.R. du 14 janvier 2013, *Op. Cit.*

194. Cass., 5 octobre 1972, *Pas.*, 1973, I, pp. 134-136.

195. Art. 46 et art. 29 de l'A.R. du 14 janvier 2013, *Op. Cit.*

196. Art. 44, §2, al. 2, *Ibidem*.

197. Cass., 13 janvier 2011, R.G. n°C.040539F-C.050232F, Inforum, n°252605.

*Exemple de clauses relatives à l'exécution du marché à insérer dans les conditions d'exécution des documents du marché*

### Qualité du travail

Le travail effectué doit être parfaitement conforme à l'exigence qualitative. L'adjudicataire ne pourra argumenter du manque de personnel, de son absentéisme, ou de tout autre motif pour justifier une moindre qualité du travail fourni ou le non-respect du planning. La bonne exécution du travail et la garantie de sa continuité sont impératives.

L'adjudicataire doit effectuer des contrôles de qualité réguliers et mettra en place une supervision compétente de l'exécution des travaux. Ces travaux doivent être validés par un système de contrôle de la qualité objective ; le soumissionnaire décrit son système de contrôle de la qualité des travaux journaliers et périodiques.

L'adjudicateur se réserve également le droit d'opérer des contrôles inopinés sur le(s) lieu(x) d'exécution du marché.

### Vérification des services exécutés

Les services faisant l'objet du marché sont soumis à des vérifications destinées à constater qu'ils répondent aux conditions imposées dans les documents du marché.

La vérification des services prestés s'effectuera avant chaque paiement. Conformément à l'article 150 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le prestataire de services avise l'adjudicateur de la date à laquelle les prestations peuvent être contrôlées.

L'adjudicateur bénéficiera alors d'un délai de 30 jours à compter de la date de la fin des services pour procéder aux formalités de réception et pour notifier sa décision d'acceptation ou de refus des services prestés. Ce délai prend cours pour autant que l'adjudicateur soit en même temps en possession de la liste des services prestés ou de la facture.

La réception des services décrite au présent paragraphe est définitive.

Le fonctionnaire dirigeant ou son représentant assure, avec l'assistance éventuelle de tiers, le contrôle de l'exécution appropriée des prestations indiquées notamment dans les clauses techniques du présent cahier spécial des charges.

L'adjudicateur se réserve également le droit de procéder, pendant toute la durée du marché, à des contrôles de visu sur le(s) lieu(x) d'exécution du marché.

L'adjudicateur se réserve également le droit, lorsque le fonctionnaire dirigeant constate un manquement, de procéder à un contrôle sur le(s) lieu(x) d'exécution du marché.

**Ou,**

### Vérification des travaux exécutés

Les travaux faisant l'objet du marché sont soumis à des vérifications destinées à constater qu'ils répondent aux conditions imposées dans les documents du marché.

La vérification des travaux prestés s'effectuera avant chaque paiement. Conformément à l'article 75, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, l'entrepreneur ou son délégué assure la conduite et la surveillance des travaux.

Conformément à l'article 83 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, l'adjudicateur tient un journal des travaux établi, sur chaque chantier. Le journal des travaux est rempli quotidiennement par l'entrepreneur, et est contresigné par l'adjudicateur ensuite.

Conformément à l'article 78, § 3 l'arrêté royal du 14 janvier 2013, l'entrepreneur tient à disposition de l'adjudicateur une liste du personnel occupé sur le chantier, sauf si l'enregistrement de présence est d'application.

Conformément à l'article 84 de l'arrêté du 14 janvier 2013, l'entrepreneur est responsable de la totalité des travaux exécutés par lui-même ou par ses sous-traitants jusqu'à la réception définitive de leur ensemble.

L'adjudicateur se réserve également le droit de procéder, pendant toute la durée du marché, à des contrôles inopinés sur le(s) lieu(x) d'exécution du marché.

### Journal des travaux

Avant le début des travaux, l'adjudicataire soumet au visa du fonctionnaire dirigeant le cadre du journal des travaux qui doit notamment préciser :

- l'indication des conditions atmosphériques, des interruptions de travaux pour cause de conditions météorologiques défavorables, des heures de travail, du nombre et de la qualité des ouvriers occupés sur le chantier, des matériaux approvisionnés, du matériel utilisé, du matériel hors service, des essais effectués sur place, des échantillons expédiés, des événements imprévus, ainsi que des ordres purement occasionnels et de portée mineure donnés à l'entrepreneur ;
- les attachements détaillés de tous les éléments contrôlables sur chantier et utiles au calcul des paiements à effectuer à l'entrepreneur, tels que travaux réalisés, quantités exécutées, approvisionnements admis en compte. Ces attachements font partie intégrante du journal des travaux, mais peuvent, le cas échéant, être consignés dans des documents séparés ;
- s'il y a lieu, les éléments et remarques correspondant au contenu du journal de coordination au sens de la réglementation concernant les chantiers temporaires ou mobiles.

Le journal des travaux est quotidiennement rempli par l'adjudicataire. Il est contresigné par l'adjudicateur de manière hebdomadaire, qui ce faisant valide les informations qui y sont portées.

## 11.8. Sanctions

### 11.8.1. Les pénalités

#### Généralités

94. En réaction aux manquements dont peut être tenu responsable l'opérateur économique, l'adjudicateur peut adopter deux types de mesures. D'une part, il peut réagir en adoptant des mesures à caractère coercitif pour pousser le prestataire à exécuter correctement ses obligations. Il peut s'agir de pénalités ou d'amendes pour retard. D'autre part, il peut exercer des mesures d'office par l'exécution du marché en gestion propre, par la résiliation pure et simple du contrat accompagné de la confiscation de plein droit du cautionnement et par l'exécution d'un marché pour compte.

#### La pénalité générale

95. Lorsque les documents du marché ne prévoient pas de pénalités propres pour une contravention spécifique

pour laquelle l'adjudicateur n'a reçu ou n'a admis aucune justification dans les délais requis, une pénalité unique ou une pénalité par jour de calendrier de non-exécution peut être infligée.

96. Cette pénalité générale doit être calculée proportionnellement à la contravention survenue lors de l'exécution du marché. L'article 45 de l'Arrêté Royal du 14 janvier 2013 établit, par ailleurs, un système de calcul qui doit permettre de limiter la lourdeur des pénalités en fonction du montant du marché :

« Une pénalité unique d'un montant de 0,07 % du montant initial du marché avec un minimum de 40 euros et un maximum de 400 euros »

ou

« Une pénalité journalière d'un montant de 0,02 % du montant initial du marché avec un minimum 20 euros et un maximum de 200 euros au cas où il importe de faire disparaître immédiatement l'objet du défaut d'exécution ».

Pénalité générale :	Travaux	Fournitures	Services
De manière générale	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 0,07 % du montant initial du marché</li> <li>• min. : 40€</li> <li>• max. : 400€</li> </ul>		
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 0,02 % par jour de calendrier de non-exécution</li> <li>• min. : 20€ par jour</li> <li>• max. : 200€ par jour</li> </ul>		

97. Le paragraphe 3 de l'article 45 précise que cette pénalité est à appliquer « à compter du troisième jour suivant la date du dépôt de l'envoi recommandé prévue à l'article 44, § 2, jusqu'au jour où le défaut d'exécution a disparu par le fait de l'adjudicataire ou du pouvoir adjudicateur qui lui-même y a mis fin ».

#### La pénalité spéciale

98. Les documents du marché peuvent prévoir l'application d'une pénalité spéciale pour tout défaut d'exécution. Le montant de la pénalité spéciale doit être proportionné à la gravité du manquement à sanctionner.

L'adjudicateur appliquera ces pénalités en cas de manquement de l'adjudicataire. Il est donc nécessaire qu'une telle pénalité, son objet ainsi que ses modalités d'application soient définis de manière particulièrement précise dans le cahier spécial des charges. Il est à noter que l'utilisation de telles pénalités n'est pas à motiver formellement au sens de l'article 9, §4 de l'A.R. du 14 janvier 2013 car ce dernier prévoit explicitement qu'il peut y être fait usage. Ces pénalités doivent être considérées comme des clauses pénales au sens de l'article 1226 du Code Civil et sont ainsi sujettes au contrôle des cours et tribunaux.

*Exemple de clauses – les montants sont à adapter en fonction de l'importance présumée de la commande*

Tous travaux non conformes<sup>199</sup> à mettre en ordre, seront sanctionnés par une pénalité journalière d'un montant de XX€ par manquement.

Tous les travaux non conformes à la réception provisoire, seront sanctionnés par une pénalité journalière, supplémentaire à la précédente, d'un montant de XX€ par manquement.

Tout dépassement du délai d'exécution consécutif au refus de réception provisoire, sera sanctionné par une pénalité journalière de XX€.

Tout dépassement du délai d'exécution/Toute non mise à disposition entraînant un refus de réception définitive, sera sanctionné(e) par une pénalité journalière d'un montant de XX€<sup>200</sup>.

Absence de planning ou de mise à jour du planning : XX€ par jour

Nettoyage du chantier : XX€ par jour de retard.

Défaut de production des Plan as build ou production incomplète : XX€ par jour.

Défaut de production des fiches techniques ou production de fiches incorrectes ou incomplètes : XX€ par jour et par fiche.

Absence d'intervention durant le délai de garantie : XX€ par jour de retard et par manquement.

### 11.8.2. Les amendes pour retard

99. L'amende pour retard constitue une indemnisation forfaitaire pour les dommages résultant du retard dans l'exécution du marché<sup>201</sup>. Pour cette raison, l'adjudicateur ne doit pas prouver l'existence et l'étendue du préjudice subi à la suite du retard. De plus, la simple expiration du délai d'exécution suffit à entraîner une amende de retard. Ainsi, cette dernière est indépendante des pénalités spéciales ou générales car une contravention à l'exécution du marché peut entraîner une pénalité et également une amende de retard lorsqu'elle est à l'origine du dépassement du délai d'exécution. Pour éviter l'amende de retard, l'adjudicataire se doit de prouver que le retard d'exécution est dû à une ou des décisions de l'adjudicateur, à une autre entité, à un cas de force majeure ou suite à un événement imprévisible<sup>202</sup>.

100. Cependant, l'amende de retard ne peut couvrir que le préjudice subi par l'adjudicateur. Il ne peut s'agir d'indemniser le dommage subi par un tiers.

Amendes pour retard :	Travaux	Fournitures	Services
<b>Pour retard, indépendamment des pénalités prévues ci-dessus, sans mise en demeure</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• max. 5 % du montant du marché si pas réalisé</li> <li>• max. 10 % si le délai est un critère d'attribution</li> <li>• pas de perception en dessous de 75€</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 0,1 % par jour</li> <li>• max. 7,5 % de la valeur des marchandises livrées en retard, porté à 10 % si le délai est un critère d'attribution</li> <li>• pas de perception en dessous de 75€</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 0,1 % par jour</li> <li>• max. 5 % de la valeur des services prestés en retard, porté à 10 % si le délai est un critère d'attribution</li> <li>• pas de perception en dessous de 75€</li> </ul>

198. Art. 68, §4, 1°, a), de l'A.R. du 18 avril 2017, *Op. Cit.*

199. Le pouvoir adjudicateur se doit de préciser, dans son cahier des charges, que cette non-conformité est évaluée sur base du respect des spécifications techniques.

200. Il est rappelé que le cumul entre amendes et pénalités n'est pas autorisé conformément aux articles 45 et 46 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, sauf si le dommage du pouvoir adjudicateur est différent.

201. Gand, 4 octobre 2002, n°77.186, *NjW*, 2003, liv. 21, p. 205.

202. Civ. Bruxelles, 18 janvier 2007, cité par Y. CABUY, G. DEREAU, *Op. Cit.*, p. 865.

### 11.8.3. Les mesures d'office

**101.** Pour appliquer une mesure d'office, l'adjudicateur doit constater un manquement fautif dans le chef de l'adjudicataire qui doit être considéré comme suffisamment grave<sup>203</sup>.

L'adjudicateur peut toutefois recourir aux mesures d'office sans attendre l'expiration du délai de quinze jours calendrier, lorsqu'au préalable, l'adjudicataire a expressément reconnu les manquements constatés.

**102.** Les mesures d'office sont :

1° la résiliation unilatérale du marché. Dans ce cas, la totalité du cautionnement ou, à défaut de constitution, un montant équivalent est acquis de plein droit à l'adjudicateur à titre de dommages et intérêts forfaitaires. Cette mesure exclut l'application de toute amende du chef de retard d'exécution pour la partie résiliée ;

2° l'exécution en gestion propre de tout ou partie du marché non exécuté ;

3° la conclusion d'un ou de plusieurs marchés pour compte avec un ou plusieurs tiers pour tout ou partie du marché restant à exécuter.

La décision de l'adjudicateur de passer à la mesure d'office choisie est notifiée par lettre recommandée ou par lettre remise contre récépissé à l'adjudicataire défaillant.

### 11.8.4. Autres sanctions

**103.** Sans préjudice des sanctions prévues ci-dessus, l'adjudicataire en défaut d'exécution peut être exclu par l'adjudicateur de ses marchés pour une durée déterminée.

Ces sanctions consistent :

- en cas de marché de travaux, à appliquer les sanctions prévues par l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux. Ces sanctions sont le déclassement, la suspension ou le retrait de l'agrégation et enfin, l'exclusion des marchés publics ;
- en cas de marché de travaux, de fournitures ou de services, à exclure l'adjudicataire de la participation aux marchés de l'adjudicateur pour une durée déterminée qui doit être précisée par l'adjudicateur dans les documents du marché. Cette possibilité d'exclusion par l'adjudicateur a été étendue aux marchés de travaux, dans la mesure où cette sanction revêt un caractère moins pénalisant que l'application de l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.

203. Civ. Bruxelles, 16 novembre 1998, cité par Y. CABUY, G. DEREAU, *Op. Cit.*, p. 865.

# 12. FAVORISER LA RÉALISATION DE MARCHÉS PUBLICS INNOVANTS

## 12.1. Recommandations du GT Dumping Social

Opter, dans certains domaines, pour des marchés publics innovants en lien avec la question de la lutte contre le dumping social.

## 12.2. Développements

### 104. La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit plusieurs possibilités d'encourager l'innovation dans les marchés publics.

Par « innovation »<sup>204</sup>, il est entendu l'application :

- d'un produit nouveau ou sensiblement amélioré ;
- d'un service nouveau ou sensiblement amélioré ;
- d'un processus nouveau ou sensiblement amélioré, y compris mais pas exclusivement les procédés de production ou de construction ;
- d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie européenne pour une croissance intelligente, durable et inclusive.

**La loi introduit un nouveau mode de passation pour les marchés publics, le partenariat d'innovation.** Il s'agit d'une procédure qui permet l'acquisition de produits, services ou travaux innovants qui ne sont pas encore disponibles sur le marché et qui ne peuvent dès lors pourvoir les besoins des adjudicateurs. L'autorité crée ainsi une demande sur le marché.

Dans le **partenariat d'innovation**, « tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché en fournissant les informations aux fins de la sélection qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

*Dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur définit le besoin relatif à un produit, un service ou à des travaux innovants qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché. Il indique les éléments de cette définition qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure<sup>205</sup> ».*

Le partenariat d'innovation met dès lors fin à l'obligation de conclure des marchés séparés de recherche et développement, d'une part, puis d'acquisition de travaux, de fournitures ou de services résultants de la recherche et du développement, d'autre part.

A l'issue de la phase de recherche et développement, l'adjudicateur pourra ainsi confier au même opérateur économique le marché d'acquisition de travaux, de fournitures ou de services<sup>206</sup>. Il est à noter que l'exercice est délicat. En effet, l'adjudicateur doit en dire suffisamment et ces informations doivent permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise mais aussi de décider de demander ou non à participer à la procédure<sup>207</sup>.

### 105. L'un des principaux points d'attention en matière d'innovation est la **stratégie d'achat circulaire**<sup>208</sup>.

204. Art. 2, 32° de la loi du 17 juin 2016.

205. Art. 40 de la loi du 17 juin 2016. Voir aussi : <https://www.agoria.be/fr/Focus-sur-le-partenariat-d-innovation>.

206. Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, p. 81.

207. THIEL, P. et DUBOIS, C., *Op. Cit.*, p. 47.

208. « L'économie circulaire est un système économique et industriel visant à maintenir les produits, leurs composants et les matériaux en circulation le plus longtemps possible à l'intérieur du système, tout en veillant à garantir la qualité de leur utilisation. L'économie circulaire s'oppose en cela à l'économie linéaire qui se débarrasse des produits et matériaux en fin de vie économique » tiré de [https://www.belgium.be/fr/economie/developpement\\_durable/economie\\_durable/economie\\_circulaire](https://www.belgium.be/fr/economie/developpement_durable/economie_durable/economie_circulaire).

L'économie circulaire s'oppose en cela à l'économie linéaire, qui est la nôtre, qui se débarrasse des produits et matériaux en fin de vie économique<sup>209</sup>.

La commande publique joue un rôle prépondérant pour l'innovation dans les domaines qui sont majoritairement ou exclusivement réservés au secteur public. En effet, la qualité de la commande pu-

blique détermine celle de l'objet du marché, ainsi que son caractère innovant. Si les acheteurs publics restent conservateurs, les opérateurs économiques ne sont pas incités, voire même autorisés, à innover. La valeur de l'innovation se mesure aux résultats obtenus (amélioration de la qualité et/ou prix plus compétitif). Elle permet d'optimiser le fonctionnement du service public en intégrant de nouveaux processus, technologies ou matières<sup>210</sup>.

Partenariat d'innovation	
Montant du marché	Au-delà du seuil de publication belge.
Autorité adjudicatrice	<p><i>Les pouvoirs adjudicateurs, c'est à dire :</i></p> <p>L'Etat ; les Régions ; Communautés, les autorités locales ; les organismes de droit public et les personnes remplissant les conditions de l'article 2, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, c) de la loi ; les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs.</p>
Présélection des candidats	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Seuls les candidats ayant reçu une invitation à la suite de l'évaluation des informations peuvent participer à la procédure.</li> <li>• Le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats respectant les critères de sélection qu'il invite à participer à la procédure.</li> <li>• Il doit préciser les critères dans l'avis de marché (sauf pour les marchés en dessous des seuils de publication européenne). Le pouvoir adjudicateur applique particulièrement les critères liés aux capacités des candidats dans le domaine de la recherche et du développement.</li> <li>• Le nombre minimal est de 3 (art. 79 de la loi).</li> </ul>
Négociation avec les candidats	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Le pouvoir adjudicateur définit le besoin relatif à un produit, un service ou à des travaux innovants qui ne peuvent être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponible sur le marché.</li> <li>• Le partenariat se déroule en phases successives suivant le processus d'innovation et de recherche.</li> <li>• Le partenariat prévoit des objectifs intermédiaires à atteindre par les participants avec un paiement intermédiaire.</li> <li>• Si cela est prévu dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur peut décider, après chaque phase, de résilier le partenariat ou de réduire le nombre de partenaires s'il y en a plusieurs.</li> <li>• Le pouvoir adjudicateur négocie avec les participants les offres initiales et les offres ultérieures.</li> <li>• Si cela est prévu dans le CSC et afin de limiter le nombre de solutions à discuter, le dialogue peut se dérouler en phases successives en appliquant les critères d'attribution.</li> </ul>
Types de marchés	Tout type de marché <u>des secteurs classiques ET spéciaux.</u>
Délais de réception	Le délai minimal de réception des demandes de participation est de 30 jours.

209. Brochure « Ensemble, faisons tourner l'économie en développant l'économie circulaire en Belgique », 2016, <http://guidedesachatsdurables.be/fr/telechargements/brochure-fr-economie-circulaire>, p. 8.

210. <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15527/attachments/1/translations/fr/renditions/native>.

# 13. GÉRER LES MARCHÉS DE FAIBLE MONTANT

## 13.1. Principes

**106.** Les marchés de faible montant sont relatifs aux fournitures, services et travaux inférieurs à 30.000€ HTVA. Ceux-ci peuvent avoir un spectre varié : achat de fournitures de bureau, services divers, achat de pralines pour une occasion festive, commande de décorations de Noël ... Quel que soit l'objet des fournitures, services ou travaux, il importe que la facture reçue soit inférieure à 30.000€ HTVA, et qu'il n'y ait pas de scission artificielle de la commande.

Les marchés de faible montant sont régis par deux dispositions principales :

- l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- l'article 124 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Ces marchés doivent rester aisés dans leur mise en œuvre, sans toutefois déroger à la moindre règle en matière du droit du travail et du droit social et environnemental.

## 13.2. Offre ou simple consultation des « conditions générales »

**107.** Aux termes du régime légal, il n'est pas obligatoire de demander le dépôt d'une offre. Il n'est pas requis non plus de déterminer des critères d'attribution, ni de demander des informations quant au droit d'accès. En opportunité, les adjudicateurs peuvent, s'ils le souhaitent, néanmoins prévoir le dépôt d'une offre, l'établissement de critères de sélection ou d'attribution. Attention néanmoins à ne pas mettre en place un mécanisme lourd.

En termes de concurrence, la réglementation précise expressément que :

*(...) le pouvoir adjudicateur passe son marché après consultation, si possible, des conditions de plusieurs opérateurs économiques mais sans obligation de demander l'introduction d'offres.*

*La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur.*

En droit, il convient par conséquent d'avoir consulté les conditions générales de plusieurs opérateurs économiques.

Les conditions générales, de quoi s'agit-il ?

Il peut s'agir des conditions générales de vente de produits disponibles sur le marché, tel que :

- Une liste de prix de menus, pour la commande de repas ;
- Des captures d'écran identifiant le produit et son prix, pour des biens achetés via internet ;
- Des feuillets publicitaires, pour des biens achetés dans le commerce ;
- Des conditions générales de vente, pour des biens et services divers.

## 13.3. Décision motivée

**108.** La loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, en son article 29/1, dispense expressément les adjudicateurs de semblable obligation.

Attention néanmoins au constat suivant. La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs s'applique aux autorités administratives. Par conséquent, les communes, CPAS et autres doivent disposer d'une décision motivée quant à l'attribution de semblable commande.

La motivation pourra se fonder sur les éléments factuels qui ont déterminé le choix.

Si plusieurs (au moins deux, en droit) conditions générales n'ont pas été consultées, la motivation de la décision exposera pourquoi. Il peut y avoir un lien de proportionnalité entre la consultation des conditions générales et l'objet commandé (Exemple : il ne sert pas à grand-chose de comparer le prix d'un quotidien, lorsqu'il est le même partout. Autre exemple : il n'est pas de bonne administration de passer une demi-journée à comparer le prix et la qualité d'un ballotin de pralines, dont la valeur est de 20€).

## 13.4. Autres caractéristiques

**109.** Les règles générales d'exécution ne s'appliquent pas à ce type de marché, conformément à l'article 5 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. En opportunité, l'adjudicateur peut, s'il le souhaite, les rendre applicables en tout ou en partie. Comme pour les règles de passation, attention néanmoins à ne pas mettre en place un mécanisme lourd eu égard à l'objet de la commande.

### 13.4bis. Offres spontanées

- 110.** Conformément à l'article 93 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, « dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, les offres spontanées sont rejetées par le pouvoir adjudicateur, sauf décision contraire expressément motivée ».

Il peut toutefois être intéressant de prendre en compte des offres spontanées, notamment dans les cas où les offres remises s'avèrent insuffisantes ou inadéquates<sup>211</sup>.

### 13.5. Exemple de décision d'attribution

**Objet :** marché de faible montant relatif à la commande de ....

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, spécialement son article 92, aux termes duquel :

*Les marchés dont le montant estimé est inférieur à 30 000 euros sont uniquement soumis :*

- 1° aux dispositions du titre 1<sup>er</sup>, à l'exception des articles 12 et 14;*
- 2° aux dispositions relatives au champ d'application ratione personae et ratione materiae visé au chapitre 1<sup>er</sup> du titre 2.*

*Ces marchés peuvent être conclus par facture acceptée.*

Vu l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, spécialement en son article 124, aux termes duquel :

*Pour les marchés publics de faible montant visés au chapitre 7 du titre 2 de la loi, le pouvoir adjudicateur passe son marché après consultation, si possible, des conditions de plusieurs opérateurs économiques, mais sans obligation de demander l'introduction d'offres.*

*La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur.*

Considérant que la remise d'une offre et l'énoncé de critères d'attribution ne sont pas nécessaires en droit;

Considérant qu'aucune condition légale particulière ne s'impose en matière de droit d'accès;

Considérant qu'en application du principe de concurrence prescrit aux articles 4 et 5 de la loi et dans le respect de l'article 124 de l'arrêté royal, l'adjudicateur a examiné à qui recourir au vu de la nature du dossier et des conseils à qui il a déjà fait appel;

Considérant que l'adjudicateur a consulté les conditions générales des opérateurs suivants :

- XX
- XX

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, spécialement son article 5;

Considérant que les règles générales d'exécution, précitées, ne s'appliquent pas au présent marché;

Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, spécialement son article 29/1

Considérant qu'au vu de la disposition ci-devant, il n'est pas légalement requis de rédiger une décision motivée ni de la communiquer;

Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs,

Considérant que la loi précitée s'applique à la présente autorité administrative;

Considérant que le choix de l'opérateur économique est fondé sur les éléments factuels suivants :

- XX;
- XX;
- XX;

Il est décidé ce qui suit :

Le marché est attribué à XX

La facture ne peut excéder 30.000€ HTVA.

211. Charte « Accès des PME aux marchés publics », SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie, janvier 2018. Disponible sur : <https://economie.fgov.be>.

