



CONTRIBUTION

Guide des bonnes pratiques dans les marchés publics

Émise par le Conseil d'Administration du 17 mai 2018

Demandeurs	Ministre-Président Vervoort et Ministre Gosuin
Demande reçue le	11 avril 2018
Demande traitée par	Commission Économie-Emploi-Fiscalité-Finances
Demande traitée les	16 avril 2018, 2 et 15 mai 2018
Avis émis par le Conseil d'Administration du	17 mai 2018
	Demande dans le cadre des « priorités partagées » de la Stratégie 2025.

Préambule

Dans le cadre des *Priorités partagées* de la Stratégie 2025, le Ministre de l'Économie et de l'Emploi soumet aux interlocuteurs sociaux le « Guide des bonnes pratiques dans les marchés publics », rédigé par l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics suite aux travaux du groupe de travail « Lutte contre le dumping social ».

Mis sur pied suite à la décision du Gouvernement GRBC-RV-DG-19.48348 du 3 mars 2016 relative à la transposition de la Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et à la lutte contre le dumping social, le groupe de travail « Lutte contre le dumping social » (ci-après GT) a été déployé dans le cadre de l'Objectif 8 - Axe 2 de la Stratégie 2025 « Promotion de l'Emploi durable de qualité » dont le Chantier 2 porte précisément sur l'aide à une prise de décision administrative respectueuse de la législation en matière de marchés publics. Ce GT a été composé à partir des membres du Comité de Pilotage de l'Objectif susmentionné auxquels se sont joints l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics, des experts de Bruxelles Pouvoirs Locaux, du Secrétariat général du SPRB, des interlocuteurs sociaux et d'autres organisations selon les thématiques abordées.

Dans le cadre de ses travaux, le GT a formulé une série de recommandations de bonnes pratiques dans les marchés publics. Ces recommandations ont été consignées dans un rapport validé par le Comité de pilotage de l'Objectif 8 - Axe 2 en février 2017. Suite à ce rapport, l'Observatoire a été chargé de rédiger un guide de bonnes pratiques à l'attention des pouvoirs adjudicateurs reprenant les recommandations formulées lors des réunions du GT.

Ce guide a été rédigé en collaboration avec les cabinets ministériels porteurs et Bruxelles Pouvoirs Locaux. Il est soumis pour avis aux interlocuteurs sociaux.

Contribution

1. Considérations générales

Le Conseil accueille favorablement la rédaction d'un guide de bonnes pratiques dans les marchés publics et destiné aux pouvoirs adjudicateurs bruxellois, réalisé sur base des recommandations du GT Dumping social.

Le Conseil estime qu'il serait utile, par souci de clarté, de lister les (types de) pouvoirs adjudicateurs auxquels s'adressent le guide.

Le Conseil demande que le travail soit poursuivi via le développement de guides de bonnes pratiques sectoriels. Ce travail doit en priorité être mené dans les secteurs identifiés comme sensibles à la fraude (nettoyage, construction, gardiennage...). Ces guides devront, bien évidemment, être élaborés en concertation avec les interlocuteurs sociaux des secteurs concernés. A cet égard, il s'agit de pouvoir tenir compte et valoriser, dans le projet de guide, les guides sectoriels déjà élaborés (exemple des guides sectoriels détaillés publiés par la DG emploi de la COE).

Le Conseil estime toutefois que le projet de guide mériterait d'être recentré sur son objet principal afin de ne pas diluer le propos adressé aux pouvoirs adjudicateurs : la lutte contre le dumping social. Dans sa forme actuelle, il inclut en effet des pratiques, certes pertinentes pour les adjudicateurs, mais qui n'ont pas directement trait à la problématique de la lutte contre le dumping social (clauses de révisions, clauses facultatives, amendes pour retard, marchés de faibles montants...). Ces éléments pourraient utilement être renvoyés à d'autres documents relatifs à la problématique des marchés publics. Dans le même ordre d'idées, la dénomination du guide devrait être adaptée en ce sens (soit la lutte contre le dumping social) et l'introduction du guide, trop formelle actuellement, devrait mieux préciser les enjeux et le contexte du dumping social.

Le Conseil estime qu'un **examen comparatif avec les guides de bonnes pratiques réalisés au niveau du fédéral** (« Guide de lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions ») **et de la Région wallonne** (pour les marchés publics de travaux) **doit être réalisé afin de compléter le guide bruxellois**. L'on pense notamment à la question des **motifs d'exclusions et à leur contrôle** par les pouvoirs adjudicateurs présents dans les deux guides précités. Dans ce contexte de contrôle, il devrait également être précisé que les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander un extrait de casier judiciaire, une déclaration de DIRAME, voire une déclaration de l'inspection sociale pour vérifier que les candidats ne se trouvent pas dans une situation d'exclusion, liée notamment à une violation du droit social

Le Conseil considère que, **pour les marchés publics les plus importants**, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à **conclure des accords avec le SIRS** afin d'assurer l'effectivité de la lutte contre la fraude sociale durant la phase d'exécution des marchés publics. Il doit être mentionné explicitement dans le guide que tout manquement au droit social constaté pendant l'exécution du marché sera sanctionné par le pouvoir adjudicateur conformément aux sanctions prévues pour les manquements au marché.

Le Conseil estime que **le rôle de l'Observatoire des prix dans les marchés publics devrait être précisé** notamment dans la partie « vérification des prix » et que les pouvoirs adjudicateurs devraient être incités à y recourir.

2. Considérations particulières

2.1 Introduction

Le Conseil considère que, dans l'introduction, il importe de :

- Prévoir la rédaction d'un chapitre explicitant mieux les enjeux et le contexte (« qu'entend-on par dumping, en quoi est-il néfaste, pourquoi lutter contre ? »).
- Mieux préciser l'objectif du guide comme outil de lutte contre le dumping.
- Rappeler la nécessaire prise en compte **d'autres critères** que celui du seul prix et le justifier (nécessaire respect des législations sociales et environnementales, qualité du travail, durabilité...), avec une attention spécifique pour les secteurs sensibles à la fraude tels que défini dans l'annexe.
- Ajouter une recommandation sur la pondération du critère prix (cf. travaux du GT dumping : max. 40 points dans les secteurs à forte densité de main d'œuvre) et faire référence aux guides sectoriels existants. Il s'agit d'expliquer qu'il importe de comprendre le concept « d'offre économiquement la plus avantageuse » dans son sens le plus large.

2.2 Définir le besoin

Le Conseil propose de compléter le point 1.- par « **Dans l'intérêt de toutes les parties, le pouvoir adjudicateur doit veiller à établir un cahier des charges précis et détaillé, avec des délais d'introduction d'offres suffisamment longs. La rédaction du cahier des charges revêt en effet une importance cruciale, tant pour le pouvoir adjudicateur que pour les soumissionnaires potentiels. Il s'agit, d'une part, pour le pouvoir 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** ».

Le Conseil propose de rajouter, parmi les questions essentielles, des questions liées à l'impact sur l'emploi, les conditions de travail et le respect des différentes normes sociales en vigueur comme les CCT.

Le Conseil suggère de remplacer « Peut-on faire mieux avec moins ? » par « Peut-on faire mieux autrement ? ».

2.3 Favoriser l'allotissement du marché

Le Conseil propose de remplacer le titre « Favoriser l'allotissement du marché » par « **Envisager l'allotissement du marché et allotir, si opportun** ».

Le Conseil rappelle que l'allotissement, s'il peut être vecteur de concurrence loyale dans certains secteurs, ne peut être envisagé comme solution de lutte contre le dumping social dans les tous secteurs, notamment ceux intensifs en main d'œuvre.

Recommandations du GT Dumping social

Le Conseil suggère de préciser la recommandation de la façon suivante :

- « **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'offre, 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. 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 de plusieurs contractants (la coordination). Le choix de ne pas allotir pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 144.000 € HTVA doit toujours être motivé dans les documents du marché** ».
- Rajouter qu'aux risques subséquents d'entente, il existe un deuxième risque évoqué par le GT : « 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 que cela peut engendrer des difficultés en terme d'exécution du marché et de gestion du personnel.

Marchés de montant égal ou supérieur à 144 000 € HTVA

Le Conseil souhaite que soit précisé que le pouvoir adjudicateur devra allotir que s'il est **opportun** de le faire.

Marchés de montant inférieur à 144 000 € HTVA

A la formulation « Toutefois, il est également conseillé de favoriser l'allotissement du marché sauf pour des raisons justifiées en opportunité », le **Conseil** préfère « Toutefois, il est également conseillé **d'envisager l'allotissement du marché et d'allotir** sauf pour des raisons justifiées en opportunité ».

Exemples de clause à insérer dans les documents du marché

Le Conseil demande la **suppression de la clause** car elle n'a pas de lien avec la lutte contre le dumping social.

2.4 Sous-traitance

Le Conseil soutient le principe d'une limitation de la chaîne de sous-traitance et ce principalement dans les secteurs sensibles à la fraude sociale.

Le Conseil estime plus opportun de reformuler le titre « Limiter l'emploi de la sous-traitance » par « **Limiter la chaîne de sous-traitance** ».

Le Conseil est particulièrement attentif à ce que l'ensemble de la chaîne de sous-traitance de chaque offre veille à respecter le droit du travail et le droit social et environnemental. Pour autant, **le Conseil** souligne l'intérêt du recours à la sous-traitance dans le cadre de nombreuses offres réclamant des compétences spécifiques qu'un adjudicataire général ne compte pas forcément dans ses rangs. C'est également un moyen pour les PME d'accéder à certains marchés. Un juste équilibre doit donc être déterminé au cas par cas en tenant compte des dimensions sectorielles.

Recommandations du GT Dumping social

Le Conseil estime que la phrase « De plus, limiter la part pouvant être sous-traitée est pertinent » de la recommandation n'est pas claire et rappelle que l'art. 12/3, §1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 interdit la sous-traitance totale.

A la phrase « La sous-traitance est souvent vue comme une pratique favorisant le risque de dumping social », **le Conseil** préfère « La sous-traitance **purement économique (qui n'est pas liée à une compétence particulière ou à des ressources additionnelles) est souvent un indicateur** favorisant le dumping social ».

Développement

Le Conseil rappelle qu'il est possible de **vérifier certains éléments dans le chef des sous-traitants**. Il signale qu'il doit être rappelé aux pouvoirs adjudicateurs qu'ils peuvent contrôler, dès le stade de l'attribution, l'identité des sous-traitants, les raisons qui motivent le recours à la sous-traitance, et les motifs d'exclusion en demandant aux soumissionnaires, dans les documents du marché, s'ils envisagent de sous-traiter et si oui, à quels sous-traitants (à défaut, potentiels). Ceci doit être particulièrement vérifié dans les secteurs sensibles à la fraude (cf. annexe 1). Le guide doit également mentionner les dispositions sectorielles en la matière.

Le Conseil doit s'assurer que l'ensemble des sous-traitants répondent aux mêmes niveaux d'exigence (solvabilité financière, communication des comptes annuels, effectifs moyens, emploi des langues, pointage, respect du droit social (possibilité de contrôle), etc.).

Le Conseil propose de supprimer le paragraphe « Toutefois, la Cour de justice...cette mesure est bien nécessaire et proportionnée ».

Exemple de clauses à insérer

Le Conseil considère que la vérification des motifs d'exclusion n'est pas expliquée dans le texte même. De plus, la distinction entre les marchés belges et européens n'est pas faite.

Dès lors, **le Conseil** suggère de remplacer « Le pouvoir adjudicateur vérifie/se réserve le droit de 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 (...) » par :

« 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 (...).

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 (...) 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. »

Le Conseil propose de compléter la phrase « Toute violation de ces interdictions peut donner lieu à l'application des mesures d'office » par « Sans préjudice de l'art.70 de la loi du 17 juin 2016, toute violation... ».

Au paragraphe « 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 Conseil** souhaite l'ajout de la phrase « **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)** ».

Exemple de clause de stipulation pour autrui relative à la responsabilité du sous-traitant

Le Conseil demande de préciser la phrase « Le soumissionnaire, lorsqu'il a recours à un ou des sous-traitants... » par « ...recours à un ou des sous-traitants **qui lui ont été ou lui seront imposés** ».

2.5 Visite des lieux

Le Conseil suggère de remplacer le titre « Imposer la visite des lieux » par « **La visite des lieux** ».

Recommandations du GT Dumping social

Le Conseil estime qu'il importe de préciser dans le texte que son imposition doit être liée à l'objet du marché.

Au texte de la recommandation, **le Conseil** propose d'ajouter « **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** ».

Développements

Le Conseil demande que la note de bas de page 21 soit intégrée dans le corps de texte.

A la phrase « Le Conseil d'Etat rappelle que le fait que la formalité soit prescrite à peine de nullité par le cahier des charges suffit (...) », **le Conseil** demande l'ajout de « nullité **absolue** ».

Au paragraphe « Dans de tels cas, les soumissionnaires doivent démontrer dans leur offre qu'ils ont effectué la visite requise », **le Conseil** demande l'ajout de la phrase « **Un formulaire à remplir et à joindre à l'offre est recommandé** ».

Le Conseil propose les précisions suivantes au paragraphe « Il faut avoir conscience qu'une entreprise peut être exclue du marché si elle ne fournit pas l'attestation de visite » : « 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 ».

Exemple de clauses à insérer dans les documents du marché

Au paragraphe « Lorsqu'il établit son offre, le soumissionnaire est censé (...) l'exécution du marché », **le Conseil** demande l'ajout de « **sauf les circonstances imprévisibles** ».

Au paragraphe suivant (« Avant d'établir son prix (...) »), **le Conseil** propose de compléter « temps » par « **ou délai** ».

Le Conseil demande la suppression de « Le prix proposé par le soumissionnaire dans son offre ne fera l'objet d'aucune modification ».

2.6 Vérifier la capacité économique et financière, technique et ou professionnelle de l'opérateur économique

Recommandations du GT Dumping social

Le Conseil insiste sur le caractère proportionné des demandes de capacité faites pour chaque appel d'offres afin de ne pas pénaliser les opérateurs économiques, notamment les plus petits, qui souhaiteraient mettre leurs compétences au service des organisations publiques et propose de rajouter au premier paragraphe : « **En tout état de cause, les critères doivent être proportionnels avec l'objet du marché** ».

Le Conseil demande que les **critères d'analyse de la bonne santé économique et financière des entreprises via les comptes annuels**, tels que proposés dans le cadre du groupe de travail dumping social, **fassent l'objet de développement et de recommandations dans le cadre du projet de guide**. Il conviendrait également de rappeler aussi le rôle et l'existence de l'Observatoire des prix.

Développements

Au paragraphe « La capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée (...) pour les travaux les plus importants », **le Conseil** demande l'ajout de « **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** ».

Relativement au paragraphe consacré au DUME, **le Conseil** signale que celui-ci est uniquement obligatoire **pour les marchés européens** (voir article 39 ar. Passation du 18 avril 2017). Pour les marchés belges le DUME est exclu. Un DUME belge est en cours d'élaboration (par l'ASA). Il conviendrait de le préciser, ainsi que d'ajouter que « **Depuis le 18 avril 2018, le DUME peut uniquement être rempli en version électronique** ».

Exemple de clauses à insérer

Le Conseil estime que la clause devrait être adaptée afin de tenir compte de l'accès à **Télémarc** (la demande d'accès est obligatoire et au plus tard à prévoir pour le 1 mai 2018).

Le Conseil propose d'ajouter, avant le paragraphe « Le soumissionnaire doit avoir réalisé au cours des trois derniers exercices (...) », la phrase « **Le chiffre d'affaire réalisé dans le cadre d'une société momentanée est également pris en compte, plus particulièrement pour la part réalisée par le soumissionnaire** ».

Le Conseil considère que la référence à « **un des trois derniers exercices** » est **totalelement insuffisante** pour prouver la capacité économique et financière d'une entreprise ainsi que la capacité opérationnelle. En outre, il estime que pour pouvoir prétendre aux critères de capacités économiques et financières, il faut au minimum **avoir** déposé ses comptes annuels auprès de la Banque nationale de Belgique afin de permettre au pouvoir adjudicateur de procéder à une analyse des bilans et comptes annuels.

Seuils minimums d'exigence

Le Conseil souhaite nuancer le 2° en précisant qu'il n'est pas opportun d'exiger un chiffre d'affaire minimum relatif aux activités directement liées aux services décrits dans le cahier des charges si des références spécifiques à des marchés antérieurs sont exigées dans un autre critère de capacité technique et professionnelle.

Critères de capacité technique

Le Conseil estime, d'une manière générale, qu'il importe de faire référence aux guides sectoriels en vigueur.

Le Conseil s'interroge sur l'absence de critères liés à la qualification du personnel qui doivent être déterminés sectoriellement.

Exemple de clause relative aux titres d'études et professionnels à insérer dans les documents d'un marché

Le Conseil demande l'ajout de « (...) **ou XX d'années d'expériences dans le domaine** » au paragraphe.

2.7 Choisir la procédure de passation et les critères d'attribution ad hoc

Le Conseil rappelle que le prix ne doit effectivement plus être considéré comme l'unique élément de cotation, ou même encore le principal, afin de donner droit aux ratios (qualité/prix) et aux autres éléments qualitatifs (méthodologie, références, équipe, planning...). Ceci permettrait, entre autre, de limiter les pratiques liées au dumping social particulièrement dans le cadre des marchés intensifs en main d'œuvre. Il s'agit également ici de faire référence aux guides de bonnes pratiques sectoriels afin d'illustrer les critères pertinents et leur pondération en fonction des secteurs et des types de marché.

Le Conseil recommande d'approfondir la définition des clauses environnementales, de sorte à discriminer positivement les offres ayant le plus faible impact sur l'écosystème planétaire.

Développements

Au paragraphe « La négociation est en effet dorénavant perçue (...) », **le Conseil** propose l'ajout de la phrase « **Tenant compte de son caractère moins transparent, il faut veiller à l'obligation de motivation et à l'interdiction de négocier sur les exigences minimales et les critères d'attribution** ».

Le Conseil souligne également qu'il faudrait mentionner comme critères possibles celui du respect de la législation sociale et des CCT et celui de la formation du personnel.

A la phrase « Diminuer l'importance du critère du prix... parfois des pratiques liées au dumping social », **le Conseil** demande la suppression du mot « parfois ».

Le Conseil considère que, 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.

Concernant les critères environnementaux, **le Conseil** est favorable à une référence à la notion de **circuit court** en ce qui concerne l'origine des matériaux/fournitures nécessaires à l'exécution du chantier. Le recours à l'économie circulaire peut également constituer un critère à valoriser pour définir l'offre « économiquement la plus avantageuse ».

Le Conseil estime que la fiabilité du soumissionnaire peut être évaluée par son expertise, son expérience, ses réalisations antérieures. Elle pourrait également être évaluée par sa **capacité/rapidité de réaction** en cas de problèmes. **Le Conseil** estime qu'il faudrait travailler sur des critères objectifs permettant d'évaluer la capacité/rapidité de réaction.

Ecolabels

Précédant le dernier paragraphe du point 6.3, **le Conseil** demande l'ajout du paragraphe suivant : « **A cette fin, il est important de préciser dans les documents de marché quelles exigences spécifiques en matière de label sont exigées, afin de pouvoir évaluer en tant que pouvoir adjudicateur les autres moyens de preuve apportés par des soumissionnaires** ».

Exemples de clauses

Exemples de critères d'attribution à titre indicatif à insérer dans un document de marché

Le Conseil rappelle que, pour certains secteurs à déterminer, il importe que les critères basés sur des obligations de moyen deviennent des clauses contractuelles (par exemple le nombre d'heures).

Ajout d'un point 6bis

Le Conseil propose l'ajout d'un point 6bis relatif à la **publication des prix totaux des offres remis dans le PV d'ouverture** avec la recommandation suivante : « **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 marché¹** ». En effet, les prix totaux des offres remises ne sont pas confidentiels et la publication donne la transparence qui permet d'également pouvoir lutter contre les offres anormalement basses.

2.8 Justifier les éléments de l'offre lors de la vérification des prix

Le Conseil propose de préciser ici le rôle de l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics et d'inciter les pouvoirs adjudicateurs à y recourir.

Objectifs poursuivis

A la phrase « Dans certains cas, ces comportements... contre lequel le législateur entend lutter », le Conseil souhaite la **suppression de « Dans certains cas », ainsi que le remplacement de « peuvent être » par « sont régulièrement »**.

Formalisme du contrôle

Le Conseil souhaite que soit mentionné que les obligations de reprise du personnel et les règles sectorielles peuvent être utilisées pour démontrer l'inexactitude et les incohérences de certaines justifications.

L'analyse des justifications de prix

Le Conseil rappelle que les mesures sociales d'insertion (telles que par exemple les articles 60), **doivent permettre l'engagement de personnel supplémentaire et garantir son encadrement**.

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

Le Conseil propose d'ajouter, dans le courrier type de justification de prix, « **un poste non-négligeable** » après « (...) montant total (...) ».

2.9 Etre attentif aux règles d'exécution des marchés

Le Conseil s'interroge sur le lien entre ce chapitre et la problématique visée par le Guide. Il pourrait donc être supprimé du guide relatif au dumping social.

Clauses de révision

Le Conseil propose d'ajouter, après l'énumération des clauses, la phrase « **A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs prévoient les liens URL vers les références des textes susmentionnés dans leurs cahiers des charges** ».

¹ Cf. art. 84 de l'AR du 18 avril 2018.

Clauses facultatives

Le Conseil propose d'ajouter à la suite « (...) régime spécifique différent dans le cahier spécial des charges (...) », l'expression « **et ceci conformément à l'article 9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013** ». En outre, il est proposé de renvoyer explicitement au paragraphe 4 de cet article pour répondre aux exigences de motivation formelle en cas de dérogation aux dispositions énumérées à ce paragraphe.

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

Le Conseil propose d'ajouter à l'énumération « Les marchés en dessous d'un montant de 30.000 € HTVA ».

Motivation formelle

Le Conseil propose d'ajouter au paragraphe « Pour les autres dispositions, l'intensité (...) », « **conformément à l'article 9, §4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013** ».

Le Conseil propose d'ajouter que les dispositions 38/9 §1 à 3 et 38/10 §1 à 3 « **Sont par contre à motiver d'une manière formelle dans les documents du marché mêmes :** ».

2.10 Imposer la maîtrise de la langue du marché à certains travailleurs

Le Conseil souscrit à la proposition tout en invitant à la plus grande prudence et vigilance dans sa formulation et sa mise en œuvre.

Le Conseil souligne que l'imposition d'une telle clause ne doit pas apparaître comme une clause protectionniste mais bien comme une exigence relative à la bonne exécution du marché. Il importe dès lors de supprimer le lien fait entre son imposition et la lutte contre le dumping social. Il pourrait être mentionné également, de la part du soumissionnaire, l'organisation des formations de son personnel en lien avec la maîtrise d'une des deux langues nationales.

Développements

Le Conseil demande la suppression de la phrase « une autre conséquence est également une augmentation du risque de dumping social (...) législateurs belge et européen », ainsi que le passage « qu'au niveau des pratiques de dumping social » se trouvant dans la phrase « Il est ainsi conseillé...au niveau des pratiques de dumping social ».

Exemple de clauses à insérer - marché de travaux et assimilés

Le Conseil propose d'ajouter le mot « pouvoir » avant le mot « fournir » aux 2^{ème} et 3^{ème} paragraphes de la clause.

Le Conseil propose de remplacer « Le pouvoir 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 de leur maîtrise du français ou du néerlandais par un des moyens précités » par « Le pouvoir 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 à sa première demande valablement de leur maîtrise du français ou du néerlandais par un des moyens précités ».

Le Conseil propose de remplacer « Toute infraction à cette disposition entraîne l'application d'une pénalité spéciale d'un montant de XX € par homme en infraction/jour » par « Toute infraction à cette disposition donne le droit au pouvoir 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 ».

Le Conseil propose d'ajouter, au dernier paragraphe, que « les possibles sanctions susmentionnées seront, le cas échéant, appliquées tout en respectant le principe de la proportionnalité ».

2.11 Superviser et contrôler l'exécution du marché

Le Conseil souligne que si les contrôles sont importants, ils ne doivent néanmoins pas prendre le pas sur l'exécution d'un marché à proprement parlé, de par un caractère trop systématique propice à la génération d'un climat de méfiance. Il s'agit plutôt d'envisager les éventuels manquements lors de l'exécution et la manière d'y remédier. Les pénalités doivent être établies dans le cahier des charges et bien connues de l'opérateur économique qui s'y verrait soumis.

Le Conseil renvoie aux considérations générales et aux nécessaires protocoles d'accord entre les pouvoirs adjudicateurs et le SIRS, l'IRE, etc. Il faudrait mentionner **explicitement** dans le guide que tout manquement au droit social constaté pendant l'exécution du marché sera sanctionné par le pouvoir adjudicateur conformément aux sanctions prévues pour les manquements au marché.

Le Conseil rappelle que, comme le relève le « guide », le contrôle du travail réalisé ou en cours de réalisation est indispensable pour s'assurer notamment de la bonne utilisation des deniers publics. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur doit investir pleinement cette fonction de contrôle et de réception des travaux. La personne en charge du contrôle doit également bénéficier d'une position lui permettant de prendre ses décisions en toute impartialité. La première priorité du contrôleur est de garantir que le travail a été réalisé **correctement**.

Types de contrôles

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

Le Conseil propose d'ajouter que l'entrepreneur tient à disposition du pouvoir adjudicateur une liste du personnel occupé sur le chantier, « sauf si l'enregistrement de présence est d'application ».

Journal des travaux

Le Conseil demande que la pertinence des éléments proposés à faire figurer dans le journal des travaux soit vérifiée. **Le Conseil** rappelle que ces éléments ont été intégrés par le cabinet d'avocat du cabinet du Ministre Didier Gosuin.

La pénalité spéciale

Le Conseil précise que la référence à l'article 9, §3 de l'A.R. du 14 janvier 2013 devrait être remplacée par l'article 9, §4 du même arrêté.

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

Le Conseil précise 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.

Les amendes pour retard

Le Conseil attire l'attention sur une erreur dans la phrase « Om de vertragingsboete te voorkomen... onvoorzienbare gebeurtenis ». Et en ce qui concerne la phrase « De vertragingsboete kan echter enkel de schade dekken die de aanbestedende overheid heeft geleden », l'objectif ne peut consister à ce que l'on indemnise les dommages subis par un tiers.

2.12 Favoriser la réalisation de marchés publics innovants

Le Conseil considère, à la lecture du chapitre, que le lien entre marchés publics innovants et lutte contre le dumping social n'est pas démontré. **Le Conseil** précise que les marchés publics innovants sont un facteur de discrimination positive et qu'il convient de déterminer l'impact non seulement en matière de lutte contre le dumping social, mais également et surtout au niveau de la qualité des résultats obtenus. **Le Conseil** rappelle que les marchés publics innovants sont un outil issu de la nouvelle législation et qu'il est actuellement difficile d'analyser l'impact qu'ils ont sur la lutte contre le dumping social.

2.13 Gérer les marchés de faible montant

Le Conseil considère que le lien entre ce chapitre et la problématique du dumping social gagnerait à être mis en évidence.

Le Conseil considère que ces marchés, à destination d'opérateurs économiques de plus petite taille ou pour des quantités commandées très faibles, doivent rester faciles dans leur mise en œuvre, sans toutefois déroger à la moindre règle en matière du droit du travail et du droit social et environnemental.

Le Conseil propose d'ajouter, après le point 12.4, un point 12.4bis concernant les offres spontanées qui serait inspiré du document SPF Economie (p.11-12 de la Charte Accès des PME aux marchés publics).

*
* *