

BOÎTE À OUTILS
MESURES ANTI-DUMPING
DANS LES MARCHÉS DE TRAVAUX

1.	Nouveauté dans la réglementation : respect du droit social et du travail et secteurs sensibles à la fraude.	5
1.1.	Respect du droit environnemental, social et du travail	5
1.2.	Les secteurs sensibles à la fraude	8
2.	Privilégier le rapport qualité-prix plutôt que le prix	11
2.1.	Modification de la terminologie : procédures ouvertes/restreintes	11
	2.1.1. La procédure ouverte	11
	2.1.2. La procédure restreinte	13
2.2.	Critères d'attribution multiples	15
	2.2.1. Quels critères ?	15
	2.2.2. Critères d'attribution/critères de sélection	19
	2.2.3. Exemples de critères d'attribution admis par la jurisprudence	19
	2.2.4. A quelles conditions doivent répondre les critères d'attribution ?	20
	2.2.5. La pondération des critères et/ou sous-critères	20
	2.2.6. Quels documents associer aux critères d'attribution ?	21
	2.2.7. Contacts avec les soumissionnaires	21
2.3.	Examen des offres	22
	2.3.1. La vérification de la régularité des offres	22
	2.3.2. La rectification des erreurs arithmétiques et matérielles	24
	2.3.3. La vérification des corrections apportées par le soumissionnaire	27
	2.3.3.1. Théorie	27
	2.3.3.2. Exemples chiffrés : corrections des erreurs sur les quantités corrigées par le soumissionnaire	31
	2.3.3.3. Exemples chiffrés : traitement par le P .A. des postes omis par le soumissionnaire	33
	2.3.3.4. Exemples chiffrés : traitement par le P .A. des omissions signalées par le soumissionnaire	35
	2.3.4. La vérification des prix	37
2.4.	Attribution du marché	37
3.	Respecter le droit du travail et les conditions de travail	40
3.1.	Le respect des Conventions Collectives de Travail	40
3.2.	Le respect du paiement du salaire minimum	40
4.	Le respect du temps de travail et de la mise à disposition de personnel	44
4.1.	Temps de travail	44
4.2.	Heures supplémentaires et travail du samedi	44
5.	Respecter les conditions de logement	46
6.	Garantir le maintien du niveau de l'emploi	51
7.	Limiter l'impact des « ouvriers détachés »	54
7.1.	L'usage de la langue française sur chantier	54
7.2.	Le renforcement de la sélection qualitative	57
7.3.	L'insertion de clauses sociales	58
7.4.	La maîtrise et la surveillance des sous-traitants	58
	7.4.1. Sous-traitants obligatoires/changements de sous-traitants	59

	7.4.2. Sous-traitants dans un secteur sensible à la fraude	62
	7.4.3. Vérification des motifs d'exclusion dans la chaîne des sous-traitants	64
	7.4.4. Interdiction de sous-traiter la totalité du marché/limitation de la chaîne de sous-traitance	67
	7.4.5. Conformité des sous-traitants aux exigences minimales de capacité technique et professionnelle	72
	7.4.6. Interdiction à l'adjudicataire de certaines sous-traitances	73
	7.4.7. Modalités pratiques	75
7.5.	Le refus des prix anormalement bas	75
	7.5.1. Règles générales	76
	7.5.2. Vérification des prix et des coûts anormalement bas ou élevés	77
	7.5.3. Vérification sur place des pièces comptables et contrôle	83
	7.5.4. Quelles justifications demander aux soumissionnaires ?	84
	7.5.5. Comment débusquer les salaires trop bas ?	85
	7.5.6. La motivation de la décision du Pouvoir Adjudicateur	85
7.6.	La lutte contre le recours à la main d'œuvre détachée frauduleusement	86
8.	La déclaration sur l'honneur des clauses anti-dumping	88
9.	Favoriser la proximité	88
10.	Motifs d'exclusion	89
10.1.	Motifs d'exclusion obligatoires	89
	10.1.1. Condamnation coulée en force de chose jugée	89
	10.1.2. Motifs d'exclusion relatifs aux dettes sociales et fiscales	94
	10.1.2.1. Règles générales	94
	10.1.2.2. Procédure de vérification des dettes sociales	96
	10.1.2.3. Procédure de vérification des dettes fiscales	99
10.2.	Motifs d'exclusion facultatifs	101
10.3.	Mesures correctrices	104
10.4.	Application individuelle des motifs d'exclusion à tous les partenaires d'un groupement	106

1. Nouveauté dans la réglementation : respect du droit social et du travail et secteurs sensibles à la fraude.

1.1. Respect du droit environnemental, social et du travail

L'article 7 de la loi du 17 juin 2016 dispose que :

« Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II.

Sans préjudice de l'application des sanctions visées dans d'autres dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, les manquements aux obligations visées à l'alinéa 1er sont constatés par l'adjudicateur et donnent lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché. »

Ajout du respect du droit environnemental :

L'exposé des motifs du projet de loi précise que l'alinéa 1er de cet article correspond en partie à l'article 42 de la loi du 15 juin 2006. La disposition a toutefois été profondément remaniée. Outre les obligations dans les domaines du droit social et du travail, il est précisé pour la première fois que les opérateurs économiques sont tenus de respecter les obligations dans le domaine du droit environnemental. A l'instar du non-respect du droit du travail, le non-respect du droit environnemental pourra amener l'adjudicateur à appliquer, si nécessaire, les mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché, telles que visées à l'alinéa 2. Autrement dit, le non-respect du droit environnemental peut être considéré comme un manquement aux clauses du marché, comme c'est le cas pour le non-respect du droit du travail.

Obligation de respect dès la passation des marchés :

Contrairement à la loi du 15 juin 2006, dont l'article 42 concernant les obligations sociales et fiscales figurait au chapitre 5 intitulé "Conditions d'exécution", une portée plus générale est conférée au respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. Tout comme à l'article 18.2 de la directive 2014/24/UE et à l'article 36.2 de la directive 2014/25/UE, le respect de ces obligations est érigé en principe général lors de la passation de marchés publics. Cette disposition figure dès lors au chapitre 2 du projet, intitulé "Principes généraux".

Il faut en effet constater que le non-respect des obligations concernées aura souvent pour effet de fausser la concurrence, notamment en cas de manquement grave.

L'obligation incombant aux opérateurs économiques de respecter le droit environnemental, social et du travail est dès lors une suite logique de l'obligation figurant à l'article 4, alinéa 1er, du présent projet, selon laquelle les opérateurs économiques doivent être traités sur un pied d'égalité et sans discrimination.

Le respect des obligations visées joue d'ailleurs non seulement un rôle lors de l'exécution du marché, mais aussi aux autres stades de la passation. Un manquement aux obligations visées peut, par exemple, avoir pour effet qu'un candidat ou un soumissionnaire sera exclu, dans le cadre de l'examen du droit d'accès, de la participation à une procédure de passation.

Conformément à l'article 68, alinéa 1er, 1°, (art. 57, 4, a), directive) le non-respect des obligations dans le domaine du droit environnemental, social et du travail est effectivement considéré comme un motif d'exclusion facultatif distinct. D'un autre côté, les mesures prises par un candidat ou soumissionnaire en matière de gestion environnementale peuvent également jouer dans le cadre de la sélection.

Enfin, la vérification du respect des obligations dans les domaines du droit environnemental, social et du travail pourra également jouer un rôle indirect lors de l'application des dispositions relatives aux prix anormalement bas. L'adjudicateur se verra en effet contraint de rejeter l'offre s'il constate que les prix ou les coûts anormalement bas sont dus à des manquements aux obligations découlant du droit de l'Union ou du droit national compatible avec celui-ci en matière de droit social et du travail ou de droit environnemental, ou de dispositions internationales en matière de droit du travail.

Le principe selon lequel les opérateurs économiques doivent respecter les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail peut, pour les raisons précitées, être considéré comme un principe directeur dans la législation relative aux marchés publics. La manière concrète dont l'adjudicateur doit/peut veiller au respect de ces obligations dépend toutefois du stade de la passation.

Respect du droit social :

Il s'agit notamment, en ce qui concerne le droit social et du travail belge, des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles, que celles-ci résultent de la loi ou d'accords paritaires sur le plan national, régional ou local, concernant:

- le paiement de la rémunération;
- le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail;
- les conditions générales de travail;
- l'occupation de travailleurs étrangers;
- les obligations en matière de sécurité sociale.

Il est rappelé que les opérateurs économiques qui mettent à disposition, pour l'exécution du marché, des travailleurs détachés en Belgique, tels que visés dans la loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et instaurant un régime simplifié pour la tenue de documents sociaux par les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique, sont tenus de respecter au moins les conditions de travail, de rémunérations et d'emploi applicables en vertu de la présente loi et de les faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit, et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché.

Suppression de la loi de la disposition sur la responsabilité solidaire :

La disposition de l'article 42, § 1er, 3°, de la loi du 15 juin 2006, en vertu de laquelle l'adjudicataire, dans le cas d'un marché public de travaux et en cas de carence de l'employeur à l'égard du personnel

ayant travaillé ou travaillant sur le chantier pour compte d'un de ses sous-traitants, est tenu d'assurer le paiement des sommes dues pour les prestations effectuées par ce personnel sur le chantier, n'a plus été intégrée dans le présent projet. En effet, le législateur a récemment prévu un certain nombre de régimes plus détaillés en matière de responsabilité solidaire pour les dettes salariales.

Plus précisément, le législateur a inséré, par le biais de la loi-programme du 29 mars 2012, les articles 35/1 à 35/6 inclus dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, ci-après dénommée la loi du 12 avril 1965. Un régime de responsabilité solidaire pour les dettes salariales a été prévu, qui s'applique à certaines activités, que le marché principal soit ou non un marché public. La responsabilité solidaire ainsi instaurée ne s'applique pas automatiquement, mais dépend d'une notification de l'inspection du travail (article 35/2 de la loi du 12 avril 1965) établie conformément à l'article 49/1 du Code pénal social, par laquelle les donneurs d'ordre, les entrepreneurs et les sous-traitants qui font appel, pour les activités concernées (notamment les activités de gardiennage et/ou de surveillance, activités exercées dans le secteur de la construction, activités exercées dans le secteur de l'agriculture, ...) à un ou à plusieurs entrepreneurs ou sous-traitants, sont informés par écrit que leurs entrepreneurs ou les sous-traitants se succédant à ceux-ci, manquent gravement à leur obligation de payer dans les délais, à leurs travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit. Cette notification mettra en œuvre un mécanisme qui consiste grosso modo à permettre d'abord au donneur d'ordre, aux entrepreneurs et aux sous-traitants concernés de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires. La période de responsabilité solidaire pour les dettes salariales ne commence en effet à courir qu'après l'expiration d'un délai de 14 jours ouvrables (article 35/3, § 4, de la loi du 12 avril 1965).

Pour l'application de l'article 42, § 1er, 3°, de la loi du 15 juin 2006, l'intervention de l'inspection du travail n'est pas requise, contrairement au régime susmentionné en matière de responsabilité solidaire pour les dettes salariales.

Les différentes modalités telles que résultant de la loi du 12 avril 1965 ne s'appliquent pas non plus. Pour que l'adjudicataire soit tenu de payer la rémunération due, il suffit que les travailleurs du sous-traitant concerné envoient une réclamation par lettre recommandée (article 42, § 4, de la loi du 15 juin 2006). La disposition précitée de la loi du 15 juin 2006, peu appliquée dans la pratique, est dès lors difficilement compatible avec les nouveaux régimes instaurés en matière de responsabilité solidaire.

La même constatation s'impose à l'égard de l'article 42, § 3, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006. Selon cette disposition, les sous-traitants sont, entre autres, également tenus, dans les marchés publics de travaux et si l'employeur manque à son obligation de payer la rémunération, d'assurer le paiement des sommes dues pour les prestations effectuées par le personnel ayant travaillé ou travaillant sur le chantier pour compte d'un de leurs sous-traitants directs (à cet égard, cette règle déroge à l'obligation qui incombe à l'adjudicataire).

La coexistence des différents régimes rendrait l'ensemble peu compréhensible, ce qui risque de renforcer l'insécurité juridique.

Un employeur établi dans un autre Etat membre qui met à disposition des travailleurs dans notre pays ne sera d'ailleurs, en principe, pas non plus soumis au régime de responsabilité solidaire pour les dettes salariales visé à l'article 42, § 1er, 3°, et § 3, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006, ces

dispositions n'étant pas sanctionnées pénalement. Ces dispositions sont dès lors de nature à fausser la concurrence, de sorte que la non-intégration semble également justifiée de ce point de vue.

Pour les raisons précitées, il a été jugé préférable de ne pas intégrer les dispositions de l'article 42, § 1er, 3°, et § 3, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006. Ainsi, la matière de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales (régime classique et régime spécifique en cas d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal) sera exclusivement régie par la loi du 12 avril 1965, ce qui accroîtra la cohérence de la doctrine de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales. La disposition de l'article 42, § 4, de la loi du 15 juin 2006 ne sera évidemment pas non plus intégrée.

Introduction du principe de proportionnalité :

Contrairement à l'article 42, § 5, de la loi du 15 juin 2006, qui dispose que les manquements aux obligations sociales sont constatés par le pouvoir adjudicateur et donnent lieu à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché public, l'alinéa 2 précise que l'adjudicateur n'applique que les mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché, si cela s'avère nécessaire. Dans de nombreux cas, l'adjudicataire donnera immédiatement suite au constat de l'existence d'un manquement, tel qu'envoyé par l'adjudicateur, et appliquera des mesures correctrices.

Par ailleurs, l'application de mesures d'office pourrait être contraire au principe de proportionnalité visé à l'article 4, alinéa 1er, plus précisément en cas de manquement plutôt léger.

Les mesures que l'adjudicateur doit le cas échéant prendre en cas de manquements aux obligations visées à l'alinéa 1er, sont identiques à celles prévues en cas de manquements aux clauses du marché (tel que la révision du marché, la résiliation, ...).

Contrairement à ce qui est prévu à l'article 42, § 1er, 2°, de la loi du 15 juin 2006, l'obligation de respecter et de faire respecter toutes les dispositions légales, réglementaires et conventionnelles sur le plan fiscal n'est pas mentionnée, ce qui n'empêche évidemment pas qu'un opérateur économique doive être exclu, dans le cadre de l'examen du droit d'accès, s'il s'avère que les obligations fiscales n'ont pas été remplies, conformément à l'article 67. En effet, l'article 18, § 2, de la directive 2014/24/UE ne mentionne pas comme principe distinct l'obligation dans le chef des opérateurs économiques de respecter les obligations fiscales.

Les obligations en matière de sécurité sociale sont censées faire partie des obligations du droit social.

1.2. Les secteurs sensibles à la fraude

L'article 2.25° de l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics définit comme suit les secteurs sensibles à la fraude :

« a) un marché de travaux ;.. ».

Le Rapport au Roi qui accompagne l'A.R. du 22 juin 2017 apportant des modifications à l'A.R. du 14 janvier 2013 précise que cette disposition apporte certaines adaptations terminologiques dans les définitions.

Dans cette même disposition figure une définition de la notion « marche dans un secteur sensible à la fraude ». Sont considérés comme des marchés dans un secteur sensible à la fraude, les marchés de travaux. Pour ces marchés dans un secteur sensible à la fraude, des mesures spécifiques sont prévues, qui contribuent à la lutte contre le dumping social, plus particulièrement l'obligation pour l'adjudicataire de transmettre certaines informations relatives à la chaîne de sous-traitance à l'adjudicateur et la vérification de l'absence d'un motif d'exclusion par le pouvoir adjudicateur.

N.D.A. :

Selon la circulaire du 22 juillet 2014 -Circulaire marchés publics - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal - Extension de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales à certains secteurs sensibles à la fraude :

Les activités concernées par cette nouvelle mesure sont notamment celles relevant de la notion de «travaux immobiliers » au sens du Code de la taxe sur la valeur ajoutée et de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992, relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée. Elles concernent donc essentiellement, mais pas uniquement, les marchés de travaux.

Interrogés sur la définition du champ d'application de cette mesure, les Commissions paritaires ont, en effet, choisi de ne pas limiter la portée de la mesure à certaines activités mais bien d'envisager l'ensemble des activités relevant de la définition précitée de travaux immobiliers et de l'étendre à d'autres catégories de travaux et de services.

Le dispositif légal en matière de responsabilité solidaire salariale a été exécuté à travers différents arrêtés royaux (13) qui concernent les secteurs suivants:

- activités exercées dans le secteur de la construction;
- certaines activités en matière d'électricité qui constituent des travaux immobiliers au sens de l'article 20, §2 de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée;
- certaines activités de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois qui constituent des travaux immobiliers au sens de l'article 20, §2 de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée;
- certaines activités exercées en matière de constructions métallique, mécanique et électrique qui constituent des travaux immobiliers au sens de l'article 20, §2 de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée;

L'article 71, paragraphe 8, de la directive 2014/24/UE et l'article 88, paragraphe 8, de la directive 2014/25/UE autorisent les États membres à limiter l'application de telles mesures « notamment à l'égard de certains types de marchés, certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou d'opérateurs économiques ou à partir de certains montants ». Cette possibilité de limitation n'empêche pas que les critères utilisés doivent pouvoir se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. Le présent projet respecte d'ailleurs ces principes. Le projet prévoit des mesures spécifiques aux marchés passés dans des secteurs sensibles à la fraude, ce qui n'est pas contradictoire avec les principes précités puisqu'il a déjà été établi que des mesures spécifiques

étaient nécessaires pour ces secteurs qui sont, comme leur nom l'indique, beaucoup plus touchés par la fraude.

En ce qui concerne les marchés de travaux, il a été décidé de les considérer comme étant sensibles à la fraude.

2. Privilégier le rapport qualité-prix plutôt que le prix

L'usage, par les pouvoirs publics, de procédures dont le seul critère d'attribution est le prix¹ contribue à pousser les entreprises :

- À du dumping social en abaissant le niveau des conditions de travail, des salaires et de la sécurité des travailleurs ;
- À du dumping environnemental en privilégiant des matériaux extraits ou produits dans des pays ne prescrivant pas de normes environnementales au détriment des productions, forcément plus chères, des pays qui imposent le respect de ces normes.

Plutôt que de viser l'offre la moins-disante, mieux vaut viser l'offre la mieux-disante, soit la plus intéressante, tous critères confondus.

En outre, il est intéressant de rappeler que pour la Procédure Négociée avec ou sans Publication Préalable, le Pouvoir Adjudicateur peut attribuer sur base de critères d'attribution multiples plutôt que sur le seul prix².

2.1. Modification de la terminologie : procédures ouvertes/restreintes.

2.1.1. La procédure ouverte

L'article 2.22° de la loi du 17 juin 2016 définit la « procédure ouverte » comme « la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché »

L'article 36 de la loi du 17 juin 2016 dispose que :

« § 1er. Dans une procédure ouverte, tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché.

Le délai minimal de réception des offres est de trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

L'offre est assortie des informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur.

§ 2. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation le délai minimal de réception des offres visé au paragraphe 1er, alinéa 2, peut être ramené à quinze jours, à condition que toutes les conditions suivantes soient réunies :

1° l'avis de préinformation contenait toutes les informations fixées par le Roi, dans la mesure où celles-ci étaient disponibles au moment de la publication de l'avis de préinformation;

2° l'avis de préinformation a été envoyé pour publication au moins trente-cinq jours à douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

§ 3. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur, rend le délai minimal prévu au paragraphe 1er, alinéa 2, impossible à respecter, il peut fixer un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

¹ Type adjudication dans les réglementations précédentes.

² A l'exception de celles qui font suite à une adjudication ou appel d'offres infructueux qui, elles, doivent respecter les prescriptions du CSCH de la procédure initiale.

§ 4. Le pouvoir adjudicateur peut réduire de cinq jours le délai de réception des offres prévu au paragraphe 1er, alinéa 2, si les offres sont soumises par voie électronique conformément aux règles relatives aux plateformes électroniques prises par et en vertu de l'article 14, § 1er, alinéa 2 et §§ 5 à 7.

§ 5. Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles applicables à la procédure ouverte »

Selon l'exposé des motifs de la loi :

Les articles 36 et 37 relatifs aux procédures ouvertes et restreintes transposent les articles 27 et 28 de la directive 2014/24/UE et ont vocation à remplacer les articles 24 et 25 de la loi du 15 juin 2006 et les articles 46 à 49 de l'arrêté du 15 juillet 2011.

Il est dorénavant décidé de ne plus utiliser les concepts d'« adjudication » et d'« appel d'offres », propres au droit belge des marchés publics. Ce choix est motivé par la volonté de s'aligner sur la terminologie et la structure des nouvelles directives européennes, qui ne connaissent pas les procédures d'adjudication et d'appel d'offres. Cet alignement sur les directives européennes facilitera par ailleurs la pratique des entreprises européennes ou provenant d'États tiers pour lesquelles les notions d'adjudication et d'appel d'offres sont très souvent méconnues et confondues.

Concordance de la terminologie	
Loi du 15 juin 2006	Loi du 17 juin 2016
Adjudication ouverte	Procédure ouverte
Appel d'offres ouvert	
Adjudication restreinte	Procédure restreinte
Appel d'offres retreint	

Le paragraphe 1er de l'article 36 fixe le délai minimum de réception des offres. Il est intéressant de relever que ce délai de trente-cinq jours est nettement inférieur au délai de cinquante-deux jours prévu antérieurement par l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Selon le paragraphe 2, il reste possible de réduire le délai minimum de réception des offres à quinze jours et ce, à la condition que le pouvoir adjudicateur ait publié un avis de préinformation qui ne servait pas en soi de moyen d'appel à la concurrence. Cet avis doit toutefois, contenir les renseignements énumérés dans le modèle d'avis de marché et ce, pour autant qu'ils aient été disponibles au moment de la publication de l'avis de préinformation.

De plus, l'avis de préinformation doit être envoyé pour publication de trente-cinq jours à douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché. A noter que cette réduction de délai n'exige pas de motivation formelle.

Le paragraphe 3 précise, quant à lui, que lorsque l'urgence rend impossible le respect du délai minimum, le délai de réception des offres peut être réduit. Ce délai doit toutefois toujours être suffisamment long pour permettre la présentation d'offres valables. Il ne peut en tout état de cause être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Il est important de rappeler que l'urgence ici visée doit être motivée et qu'elle ne correspond pas à l'urgence impérieuse résultant d'évènements imprévisibles non imputables au pouvoir adjudicateur justifiant la procédure négociée sans publication préalable. Il est en effet ici question d'une situation de droit ou de fait, qui

peut être soit interne soit externe au pouvoir adjudicateur et qui rend nécessaire la réduction du délai minimum ordinaire.

Le paragraphe 4 traite de la réduction de cinq jours du délai minimum de réception des offres possible lorsque les offres sont soumises par voie électronique conformément aux règles relatives aux plateformes de soumission électronique prises par et en vertu de l'article 14, § 1er, alinéa 2 et §§ 5 à 7. En d'autres mots, il n'est pas possible de bénéficier d'une réduction des délais en cas d'utilisation de simples courriels.

D'une manière générale, il convient de rappeler que les délais prévus antérieurement ont été sensiblement réduits par la directive 2014/24/UE. Il n'a dès lors plus été jugé opportun de prévoir un délai différencié pour les marchés dont le montant est inférieur au seuil européen. Un délai équivalent est ainsi prévu pour les marchés soumis à la publicité européenne et pour les marchés dont le montant est inférieur au seuil de publicité européenne.

Enfin, il est important d'avoir à l'esprit que les délais qui ont été fixés sont des délais minimaux et qu'il appartiendra toujours au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ces délais s'avèrent suffisants pour permettre aux opérateurs économiques de soumettre une offre bien élaborée et ce, eu égard aux caractéristiques du marché.

2.1.2. La procédure restreinte

L'article 2.23° de la loi du 17 juin 2016 définit la « procédure restreinte » comme « *la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle seuls les candidats sélectionnés par l'adjudicateur peuvent présenter une offre* »

L'article 37 de la loi du 17 juin 2016 dispose que :

« § 1er. Dans une procédure restreinte, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché contenant les informations fixées par le Roi en fournissant les informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Le délai minimal de réception des demandes de participation est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

§ 2. Seuls les opérateurs économiques invités à le faire par le pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre. Le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats qui seront invités à participer à la procédure, conformément à l'article 79.

Le délai minimal de réception des offres est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

§ 3. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation le délai minimal de réception des offres visé au paragraphe 2, alinéa 2, peut être ramené à dix jours, à condition que toutes les conditions suivantes soient réunies :

1° l'avis de préinformation contenait toutes les informations fixées par le Roi, dans la mesure où celles-ci étaient disponibles au moment de la publication de l'avis de préinformation;

2° l'avis de préinformation a été envoyé pour publication de trente-cinq jours à douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

§ 4. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur, rend les délais minimaux prévus au présent article impossibles à respecter, ceux-ci peuvent fixer :

1° pour la réception des demandes de participation, un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché;

2° pour la réception des offres, un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut réduire de cinq jours le délai de réception des offres prévu au paragraphe 2, alinéa 2, si les offres sont soumises par voie électronique conformément aux règles relatives aux plateformes électroniques prises par et en vertu de l'article 14, § 1er, alinéa 2, et §§ 5 à 7.

§ 6. Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles à la procédure restreinte. »

L'exposé des motifs du projet de loi stipule que :

Les présents articles 36 et 37 relatifs aux procédures ouvertes et restreintes transposent les articles 27 et 28 de la directive 2014/24/UE et ont vocation à remplacer les articles 24 et 25 de la loi du 15 juin 2006 et les articles 46 à 49 de l'arrêté du 15 juillet 2011.

Il est dorénavant décidé de ne plus utiliser les concepts d'“adjudication” et d'“appel d'offres”, propres au droit belge des marchés publics. Ce choix est motivé par la volonté de s'aligner sur la terminologie et la structure des nouvelles directives européennes, qui ne connaissent pas les procédures d'adjudication et d'appel d'offres. Cet alignement sur les directives européennes facilitera par ailleurs la pratique des entreprises européennes ou provenant d'États tiers pour lesquelles les notions d'adjudication et d'appel d'offres sont très souvent méconnues et confondues.

Concordance de la terminologie	
Loi du 15 juin 2006	Loi du 17 juin 2016
Adjudication ouverte	Procédure ouverte
Appel d'offres ouvert	
Adjudication restreinte	Procédure restreinte
Appel d'offres retreint	

Le paragraphe 1er de l'article 37 précise le délai minimal de réception des demandes de participation pour les marchés passés selon une procédure restreinte. A noter que ce délai a également été sensiblement réduit par rapport à la situation antérieure. Il est en effet passé de trente-sept jours à trente jours.

Le paragraphe 2 fixe le délai minimal de réception des offres pour les marchés passés selon une procédure restreinte. De la même manière que pour les délais précédents, il est intéressant de relever qu'une réduction importante de ce délai a été opérée par rapport à la situation antérieure prévue par l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le délai de quarante jours est en effet aujourd'hui remplacé par un délai de trente jours. Ce paragraphe fait en outre référence à la réduction du nombre de candidats invités à participer à la procédure. Pour de plus amples informations à ce sujet, il est renvoyé au commentaire de l'article 78.

Le paragraphe 3 traite de la réduction possible à dix jours du délai minimum de réception des offres.

Le paragraphe 4 précise, quant à lui, que lorsque l'urgence rend impossible le respect du délai minimum, le délai de réception des demandes de participation et le délai de réception des offres peuvent être respectivement fixés à un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours et à un délai qui ne peut être inférieur à dix jours.

Le paragraphe 5 traite de la réduction de cinq jours du délai minimum de réception des offres possible lorsque les moyens électroniques sont utilisés conformément à l'article 14, § 1er, alinéa 2 et §§ 5 à 7. N'est visée que la soumission électronique par le biais de plateformes électroniques telles que e-procurement. En d'autres termes, ici non plus il n'est pas possible de bénéficier d'une réduction des délais en cas d'utilisation de simples courriels.

D'une manière générale, il convient de rappeler que les délais prévus antérieurement ont été sensiblement réduits par la directive 2014/24/UE. Il n'a dès lors plus été jugé opportun de prévoir un délai différencié pour les marchés dont le montant est inférieur au seuil européen. Un délai équivalent est ainsi prévu pour les marchés soumis à la publicité européenne et pour les marchés dont le montant est inférieur au seuil de publicité européenne.

Enfin, il est important d'avoir à l'esprit que les délais qui ont été fixés sont des délais minimaux et qu'il appartiendra toujours au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ces délais s'avèrent suffisants pour permettre aux opérateurs économiques de soumettre une offre bien élaborée et ce, eu égard aux caractéristiques du marché.

2.2. Critères d'attribution multiples

2.2.1. Quels critères ?

L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 dispose que :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1° sur la base du prix;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

§ 3. 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 au pouvoir 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, le pouvoir 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.

§ 4. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir 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.

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, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir 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.

§ 5. Le Roi peut fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution »

L'exposé des motifs du projet de loi précise (sous l'article 80 en raison du décalage provoqué par la réintroduction, dans la loi, de l'article 57 relatif aux tranches fermes et conditionnelles et à la reconduction) que cet article, qui est consacré aux critères d'attribution, transpose l'article 67 de la directive 2014/24/UE.

Il reprend en les modifiant les articles 24 et 25 de la loi du 15 juin 2006.

La nouvelle directive 2014/24/UE prévoit que le pouvoir adjudicateur se fonde sur "l'offre économiquement la plus avantageuse".

L'offre économiquement la plus avantageuse :

Ce concept "d'offre économiquement la plus avantageuse" était déjà utilisé par la directive 2004/18/CE mais a toutefois connu une profonde évolution. Il permettait auparavant d'évaluer les offres afin de déterminer qui présentait le meilleur rapport qualité/prix. L'approche retenue

aujourd'hui fait désormais de "l'offre économiquement la plus avantageuse" un concept bien plus large.

Il est en effet aujourd'hui basé:

1° sur le meilleur rapport qualité/prix (comme auparavant);

2° sur le prix;

3° ou sur le coût (selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité).

Toutefois, il convient de relativiser le changement intervenu. En effet, bien que sous l'empire de la directive 2004/18/CE, la notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne comprenait pas l'évaluation sur la base unique du prix, celle-ci était bien entendu déjà possible par le biais d'une adjudication.

Il est également intéressant de souligner qu'il n'est désormais plus fait référence au critère du "prix le plus bas" mais bien au critère du "prix". Toutefois, ce dernier critère conserve une portée identique à celle du critère du "prix le plus bas".

Il convient également de préciser 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.

Le critère lié au meilleur rapport qualité/prix se compose, quant à lui, du prix ou du coût ainsi que d'autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Cela signifie que les critères peuvent comprendre l'un, l'autre ou les trois aspects précités.

Obligation d'utiliser au moins un des critères de coût :

A noter toutefois que la décision d'attribution du marché ne peut être fondée exclusivement sur des critères autres que le coût. Les critères doivent en effet toujours au moins compter un critère coût qui pourrait être, au choix du pouvoir adjudicateur, soit le prix, soit une approche coût/efficacité telle que le coût du cycle de vie.

Exception :

Il n'en demeure pas moins que, dans des cas exceptionnels, l'évaluation du rapport qualité/prix pourrait se faire uniquement sur la base de critères autres que le prix ou la rémunération et ce, lorsque des dispositions nationales établissent la rémunération de certains services ou imposent un prix fixe pour certaines fournitures.

Tel serait par exemple le cas d'un pouvoir adjudicateur qui souhaiterait connaître le niveau de qualité qu'il pourrait obtenir pour un budget prédéterminé. La concurrence s'effectuera dès lors non pas sur le prix mais sur la base d'autres facteurs.

Selon le service ou le produit concerné, les critères choisis pourraient, par exemple, inclure les conditions de livraison, des aspects liés au service après-vente (par exemple l'étendue des services de conseil et de remplacement) ou des aspects sociaux ou environnementaux (par exemple la fabrication de produits n'impliquant pas l'utilisation de produits chimiques toxiques ou l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables).

La qualité du personnel employé : enfin en critère d'attribution :

Il faut en outre remarquer que la possibilité d'utiliser un critère lié au personnel assigné à l'exécution du marché comme critère d'attribution est également consacrée.

En effet, lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en

question et ce, étant donné qu'elle peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, pour les marchés de services intellectuels tels que les services de conseil ou d'architecture. Les pouvoirs 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 du pouvoir adjudicateur qui vérifie que le personnel de remplacement offre un niveau de qualité équivalent.

Détermination des critères :

Il est important de rappeler que la détermination des critères se fait en fonction de l'objet du marché. Les critères d'attribution doivent en effet être liés à l'objet du marché et permettre une comparaison effective des offres sur la base d'un jugement de valeur. 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. Ces critères doivent en outre être indiqués dans l'avis de marché ou dans les documents du marché.

Transparence des critères :

Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'instaurer la transparence nécessaire pour permettre à tous les soumissionnaires d'être raisonnablement informés des critères et des modalités qui seront appliqués lors de la préparation de la décision d'attribution du marché et ce, afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés.

Pondération des critères ? :

Les pouvoirs adjudicateurs doivent par conséquent indiquer, pour les marchés publics atteignant le montant fixé pour la publicité européenne, les critères d'attribution du marché, ainsi que la pondération relative qui sera conférée à chacun d'entre eux. Les pouvoirs adjudicateurs sont cependant autorisés à déroger à l'obligation d'indiquer la pondération des critères d'attribution dans des cas dûment justifiés, qu'ils doivent être en mesure de motiver, lorsque cette pondération ne peut pas être établie au préalable, notamment en raison de la complexité du marché. Dans de tels cas, ils devraient néanmoins indiquer les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics n'atteignant pas le montant fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur doit préciser au choix soit, leur pondération relative, soit, leur ordre décroissant d'importance. A défaut, il est prévu que les critères d'attribution ont une valeur identique.

Règles applicables quelle que soit la procédure choisie :

Il convient enfin de souligner que les règles générales énoncées dans le présent article sont d'application quelle que soit la procédure de passation choisie. C'est la raison pour laquelle le maintien de l'article 107, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'a pas été jugé opportun (exception faite toutefois de la possibilité de ne pas utiliser des critères d'attribution en raison d'une urgence impérieuse qui a été maintenue, pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils européen).

En effet, le principe de la passation sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse peut également être appliqué pour une série de marchés plus exceptionnels pour lesquels la procédure négociée sans publication préalable est utilisée comme par exemple :

1° les différents cas pour lesquels seul un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut être consulté ;

2° le cas où il s'agit de fournitures cotées et achetées en bourse de matières premières ;
3° lorsqu'il s'agit de fournitures achetées à des conditions particulièrement avantageuses.

Il s'agit donc de l'achat de fournitures ou de services où seul un soumissionnaire participe à la concurrence et pour lequel l'offre économiquement la plus avantageuse est nécessairement l'offre émanant de cet unique soumissionnaire, qui ne peut par conséquent être comparée aux offres d'autres soumissionnaires.

Ce qui précède n'empêche nullement que dans la grande majorité des cas les critères d'attribution servent à rendre possible une comparaison objective des offres.

En ce qui concerne les procédures négociées sans publication préalable en-dessous du seuil fixé par le Roi, il n'est plus souhaitable de prévoir une exception en ce qui concerne l'utilisation des critères d'attribution.

2.2.2. Critères d'attribution/critères de sélection

Il convient, dès à présent, de ne pas confondre "critères de sélection " et "critères d'attribution "

Les "critères d'attribution" permettent de déterminer, la valeur de l'offre déposée.

Les "critères de sélection" sont en rapport avec la qualité du soumissionnaire lui-même (santé financière, respect des obligations fiscales et sociales, capacité à faire face au marché financièrement et techniquement) et ce, d'une manière générale, sans avoir consulté l'offre. Ils sont destinés à apprécier la valeur intrinsèque des offres, et les exigences en matière de droit d'accès et de sélection qualitative. Ces dernières exigences doivent permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires, en vérifiant s'ils ne se trouvent pas en situation d'exclusion (faillite, non-respect des obligations sociales ou fiscales, ...) et s'ils disposent bien d'une capacité financière, économique et technique suffisante.

Ainsi, les références relatives à l'expérience de l'entreprise, aux travaux, aux fournitures ou aux services qu'elle a exécutés, aux garanties professionnelles et financières qu'elle présente, à l'outillage, au matériel et à l'équipement technique dont elle dispose, aux mesures mises en oeuvre pour assurer la qualité des produits, ... se rapportent à la sélection qualitative. Elles ne peuvent pas être utilisées comme critères d'attribution.

2.2.3. Exemples de critères d'attribution admis par la jurisprudence.

A ce jour, ont été, entre autres, admis les critères d'attribution suivants :

- la qualité architecturale et esthétique ;
- l'intégration harmonieuse de l'ouvrage à l'environnement ;
- le respect de l'environnement ;
- la précision du planning d'exécution ;
- les garanties offertes contre le vandalisme ;
- les performances auxquelles s'engagent les soumissionnaires ;
- la qualité des documents concernant les équipements ou produits offerts ;
- la sécurité d'approvisionnement ;
- l'importance des sous-traitances ;
- le pourcentage demandé pour la coordination des lots séparés ;
- la sécurité d'exploitation ;
- la fréquence des entretiens ;
- le service après-vente ;

- la durée de l'assistance technique ;
- la formation du personnel d'exploitation ;
- la mobilité des agencements intérieurs ;
- la faculté et facilité de rénovation et de transformation ;
- la compatibilité avec les équipements existants.

2.2.4. A quelles conditions doivent répondre les critères d'attribution ?

Les critères d'attribution sont définis de manière discrétionnaire par le pouvoir adjudicateur sous réserve des conditions suivantes :

- les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution : ils doivent permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. (il n'est donc plus possible de prévoir, quant au critère Prix, qu'emporte le plus grand nombre de points, l'offre qui se rapproche le plus de la moyenne des prix des offres remises !!)
- les critères d'attribution ne peuvent pas avoir pour effet de conférer au Pouvoir Adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché : les critères vagues, aléatoires ou imprécis sont interdits.
- les critères d'attribution doivent respecter le principe de non-discrimination : ils doivent être applicables à toutes les offres.
Exemple : les « bons antécédents », la « garantie de continuité » sont des critères d'attribution qui avantagent uniquement les entrepreneurs ayant déjà travaillé avec le Pouvoir Adjudicateur : ils sont discriminatoires).
- les critères d'attribution doivent être contrôlables, par le Pouvoir Adjudicateur, au moment de l'examen des offres.
Exemple : dans un marché de fournitures d'électricité, un des critères d'attribution exigeait la fourniture d'électricité à partir de sources d'énergies renouvelables. La CJCE a jugé ce critère irrégulier s'il n'est pas assorti d'exigences permettant de vérifier l'exactitude des informations contenues dans les offres. (CJCE, aff. C-448/01 du 4 décembre 2003)

2.2.5. La pondération des critères et/ou sous-critères

Pour les marchés sous les seuils de publicité européenne :

- Le cahier spécial des charges peut énoncer les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance, la pondération ayant lieu au moment de l'examen des offres. Cette pondération doit cependant être étrangère à toute manipulation violant le principe d'égalité.

Pour les marchés atteignant les seuils de publicité européenne :

- la pondération des critères d'attribution est désormais la règle et le classement de ceux-ci en ordre décroissant d'importance sera l'exception, lorsqu'une telle pondération ne sera pas possible pour des raisons démontrables. La pondération consiste à préciser la valeur relative des critères exprimée en points, en pourcents ou en d'autres valeurs. En utilisant le système des points par exemple, la répartition des points peut être comme suit : prix (45 points), valeur technique (35 points), service après-vente (20 points).

- La pondération de chaque critère peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Appliquée à cet exemple, la fourchette pourrait aboutir aux valeurs suivantes : prix (de 42 à 48 points), valeur technique (de 32 à 38 points), service après-vente (de 18 à 22 points).
Lors de l'évaluation de chaque offre, il y a lieu de motiver la cotation donnée au regard de chacun des critères d'attribution.

Les documents du marché peuvent diviser les critères d'attribution en sous-critères, eux-mêmes pondérés. ATTENTION : si le Cahier Spécial des Charges et l'Avis de marché ne prévoient pas de sous-critères, eux-mêmes pondérés, les sous-critères ne peuvent pas être introduits dans la cotation au moment de l'examen des offres !

2.2.6. Quels documents associer aux critères d'attribution ?

A chaque critère d'attribution autre que le prix (qui fait l'objet d'une simple formule mathématique), doit être associée la remise d'un document permettant d'évaluer l'offre au regard du dit critère.

Exemples :

Critère : Intégration du bâtiment dans le paysage urbain (15 points)

Seront jugés dans ce critère :

- le parti architectural (5 points) ;
- l'embellissement du lieu de vie (5 points) ;
- la valorisation des espaces (5 points) ;

Chaque soumissionnaire est invité à présenter un mémoire (environ 3 pages A4 recto) argumentant ses choix du point de vue de ce critère.

Critère : Planning et méthodologie pour le respecter (20 points)

Seront jugés dans ce critère :

- le planning (10 points) ;
- la méthodologie de respect du planning (10 points) ;

Chaque soumissionnaire est invité à remettre un planning tenant notamment compte des délais de validation du Pouvoir Adjudicateur (et des pouvoirs subsidiant) et une note démontrant l'adéquation entre le planning proposé et les moyens qu'il s'engage à mettre en oeuvre (les ressources affectées).

2.2.7. Contacts avec les soumissionnaires

Outre la vérification des éventuels prix apparemment anormaux, des contacts peuvent avoir lieu uniquement pour compléter ou préciser la teneur des différentes offres régulières. En aucun cas, les contacts ne peuvent avoir pour objectif ou conséquence de régulariser une offre irrégulière au moment de l'ouverture des offres.

2.3. Examen des offres

A l'issue de la sélection qualitative, l'examen des offres commence par :

2.3.1. La vérification de la régularité des offres

L'article 76 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui 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.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° *le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;*

2° *le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1er, 44, 48, § 2, alinéa 1er, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;*

3° *le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.*

§ 2. *L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.*

§ 3. *Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.*

§ 4. *Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.*

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

§ 5. *Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée*

d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3 »

Le Rapport au Roi précise que cette disposition a trait à la vérification de la régularité des offres et contient les principes mentionnés à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Elle concerne l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de vérifier la régularité des offres. Cette obligation a été fondamentalement remaniée et vaut désormais pour toutes les procédures.

La notion de « régularité » de l'offre comprend la « conformité » de l'offre aux exigences, conditions et critères mentionnés dans l'avis de marché ou dans les documents du marché visés à l'article 66, § 1er, 1°, de la loi. La régularité constitue cependant une notion plus large, étant donné que cette vérification porte également sur le respect des prescriptions de la loi et du présent projet, ainsi que sur le respect du droit du travail, du droit social et du droit environnemental.

Le présent projet approfondit non seulement la doctrine relative à l'irrégularité mais aussi, et ceci est nouveau, les possibilités de régularisation dans les procédures permettant une négociation. La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif étant désormais davantage considérés comme des procédures ordinaires (même si le recours à ces procédures reste subordonné à la satisfaction de certaines conditions), il n'est pas illogique de prêter également attention à l'irrégularité et aux possibilités de régularisation pour ces procédures.

L'alinéa 1er du paragraphe 1er comprend l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de vérifier la régularité des offres. Les alinéas 2 à 4 du paragraphe 1er ont ensuite trait à la distinction entre les irrégularités substantielles et non substantielles. Les éventuelles conséquences de cette distinction diffèrent selon la procédure et sont abordées dans les paragraphes qui suivent.

Le troisième alinéa précise que l'offre est substantiellement irrégulière lorsqu'elle est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de la 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.

Le quatrième alinéa énumère une série d'irrégularités considérées comme substantielles. Il s'agit plus particulièrement de celles qui découlent du non-respect du droit du travail, du droit social ou du droit environnemental, pour autant qu'il s'agisse de non-respect de dispositions sanctionnées pénalement, ainsi que d'irrégularités découlant du non-respect des exigences imposées par l'article 14 de la loi et par les articles 38, 42, 43, § 1er, 44, 48, § 2, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent projet. Dans le cadre de la lutte contre le dumping social et compte tenu des effets faussant la concurrence qui résultent du non-respect du droit du travail, du droit social ou du droit environnemental, le présent projet met donc l'accent sur l'importance du respect de ces exigences par les opérateurs économiques. Il faut également entendre par « irrégularité substantielle », le non-respect des exigences minimales et des exigences annoncées comme substantielles dans les documents du marché.

Le deuxième paragraphe précise que ne peut être déclarée nulle l'offre qui contient une ou plusieurs irrégularités non substantielles qui même cumulées ou combinées ne peut avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3. Il est à noter que cette disposition est applicable à tous les marchés.

Le troisième paragraphe, relatif à l'examen de la régularité dans les procédures ouvertes et restreintes, ne correspond plus que partiellement à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. En cas d'irrégularité substantielle, l'offre doit toujours être déclarée nulle et le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. Cependant, en ce qui concerne les irrégularités non substantielles, il est désormais prévu que les offres qui en sont affectées ne sont en principe pas déclarées nulles, sauf si ces irrégularités, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3. L'article 95, § 4, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, tel que modifié par l'arrêté royal du 7 février 2014, stipule en des termes plus généraux que le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle en cas d'irrégularité non substantielle.

La possibilité de déclarer l'offre nulle en cas d'irrégularité non substantielle est formulée de manière un peu plus large dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que dans le projet. Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 7 février 2014 précité indique que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d'un pouvoir d'appréciation dont il use dans les limites, notamment, des principes d'égalité de traitement, de proportionnalité et de comparabilité des offres. Dans le projet, ce pouvoir d'appréciation est encadré plus clairement dans le dispositif. Comme déjà précisé, l'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles n'est pas déclarée nulle, sauf si ces dernières, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de la 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. Une seule irrégularité non substantielle ne peut donc plus entraîner la nullité. Cette dernière nécessite, en effet, un cumul ou une combinaison de plusieurs irrégularités non substantielles susceptibles d'avoir les effets susmentionnés (voir paragraphe 4).

Il va sans dire que cette nouvelle approche selon laquelle une seule irrégularité non substantielle ne peut engendrer la nullité découle en toute logique de l'autre mode de répartition entre irrégularités substantielles ou non substantielles, cette distinction étant définie de manière plus générale. Il serait, en effet, illogique de maintenir la possibilité de déclarer nulle une offre qui ne donne pourtant aucun avantage discriminatoire au soumissionnaire, qui n'entraîne pas de distorsion de la concurrence, qui n'empêche pas l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, et qui ne rend pas inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Contrairement à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il n'est plus fait de distinction entre les irrégularités matérielles et les irrégularités formelles. Dans certains cas, il était en effet malaisé d'opérer une telle distinction. A cet égard, il convient néanmoins de souligner que l'article 96 précise bel et bien quelles offres sont, dans le cadre de l'article 38, § 1er, alinéa 2, de la loi considérées comme des offres satisfaisant aux exigences formelles de la première procédure de passation. Pour rappel, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle il peut être recouru à la procédure concurrentielle avec négociation après une première procédure infructueuse. En effet, l'utilisation de la procédure

concurrentielle avec négociation est admise pour les marchés pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur, moyennant le respect de certaines conditions et du moins pour les marchés atteignant le seuil fixé pour la publicité européenne (voir infra), ne sera pas tenu de publier un avis de marché, notamment s'il inclut dans la procédure tous les soumissionnaires, et seulement les soumissionnaires, qui satisfont aux exigences en matière de sélection et qui ont présenté une offre formellement régulière lors de la première procédure. Pour l'application de cette disposition, la distinction entre régularité formelle et régularité matérielle est donc bel et bien importante. Pour de plus amples explications à ce sujet, il est renvoyé au commentaire de l'article 96. Par souci d'exhaustivité, rappelons encore que pour les marchés pour lesquels la première procédure n'a pas été obligatoirement soumise à la publicité européenne, un autre régime, plus souple, est d'application. Il n'est, dans ce cas de figure, jamais nécessaire de publier un avis de marché.

Le quatrième et le cinquième paragraphe traitent de l'examen de la régularité pour les procédures pour lesquelles il est permis de négocier. Il est important d'avoir à l'esprit que le paragraphe 4 s'applique uniquement à la vérification de la régularité des offres autres que finales. Tandis que le paragraphe 5 s'applique à la vérification de la régularité de toutes les offres.

Le quatrième paragraphe a trait aux procédures susmentionnées qui atteignent le seuil fixé pour la publicité européenne. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf si les documents du marché en disposent autrement. Mais dans ce dernier cas, les documents du marché peuvent limiter cette possibilité de régularisation : pour certaines irrégularités substantielles, le pouvoir adjudicateur peut indiquer dans les documents du marché que la régularisation est interdite.

En outre, la possibilité de régularisation est d'office prévue si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3. Il convient également de rappeler qu'il n'y a pas de possibilité de régularisation des offres finales, ces dernières étant soumises aux mêmes règles que les procédures ouvertes et restreintes.

Notons également qu'il est précisé que les offres affectées d'une irrégularité substantielle ne peuvent jamais être admises à la négociation. L'éventuelle possibilité de régularisation (qui doit alors être prévue dans les documents du marché) doit se faire avant d'entamer les négociations effectives. Il en va de même lorsque l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3. Dans ce dernier cas par contre, il est rappelé que cette possibilité de régularisation existe même sans mention dans les documents du marché.

Le paragraphe 5 a trait aux procédures pour lesquelles il est permis de négocier et dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation plus large. Il peut en effet décider soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser l'irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.

S'agissant du dialogue compétitif, il convient toutefois de rappeler l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi. Celui-ci permet au pouvoir adjudicateur, après clôture du dialogue et réception et évaluation des offres, de mener des négociations avec le soumissionnaire reconnu comme ayant remis l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix pour confirmer des engagements financiers ou d'autres conditions et arrêter les clauses du marché. Cette même disposition souligne cependant, en ce qui concerne les possibilités précitées, que ce processus ne peut modifier sur le plan matériel les aspects essentiels de l'offre ou du marché public, ni fausser la concurrence ou entraîner des discriminations. L'impossibilité d'encore adapter sur le plan du contenu les aspects essentiels de l'offre au cours des négociations concernées aura généralement pour effet que le pouvoir adjudicateur pourra uniquement offrir une possibilité de régularisation pour des irrégularités substantielles sur le plan formel dans le cadre des négociations. D'où la référence à l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi au début du paragraphe 3.

2.3.2. La rectification des erreurs arithmétiques et matérielles

L'article 34 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur rectifie les offres en fonction des erreurs dans les opérations arithmétiques ainsi que des erreurs purement matérielles relevées par lui ou par un soumissionnaire dans les documents du marché.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité ne soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.

Afin de rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles relevées par lui dans les offres, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants. S'il s'avère que suite à cette analyse de l'offre, cette intention n'est pas suffisamment claire, le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet.

Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime que la précision est inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. Si cela ne s'avère pas possible, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires sont d'application, soit décider d'écarter l'offre comme irrégulière.

§ 3. Lorsque le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs directement dans les offres, il conserve une version originale des offres et veille à ce que les rectifications soient identifiables tout en maintenant visibles les données originales. »

Selon le Rapport au Roi : article applicable à toutes les offres :

Cet article reprend en le modifiant l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il instaure un système uniforme de rectification par le pouvoir adjudicateur des erreurs dans les opérations arithmétiques et des erreurs purement matérielles. Il est intéressant de relever que dorénavant ce système de rectification est applicable pour tous les marchés quelle que soit la procédure de passation alors qu'auparavant ce système était limité à l'adjudication et à l'appel d'offres.

Le paragraphe 1er traite de la correction des offres en fonction des erreurs dans les opérations arithmétiques ou des erreurs purement matérielles que le pouvoir adjudicateur ou un soumissionnaire découvre dans les documents du marché. Ces corrections visent à permettre que l'attribution se fasse sur une base aussi correcte que possible, afin d'améliorer la comparabilité des offres et de ne pas mettre en cause le traitement égal des soumissionnaires.

Le paragraphe 2 précise, en son alinéa 1er, que la responsabilité du pouvoir adjudicateur ne peut être engagée s'il reste en défaut de déceler l'une ou l'autre erreur.

L'alinéa 2 prévoit que, dans le processus de rectification des offres, le pouvoir adjudicateur doit rechercher l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre et en comparant celle-ci avec les autres offres ainsi qu'aux prix courants. Ce n'est que dans le cas où cette recherche ne conduit pas à une solution, qu'il peut inviter le soumissionnaire à préciser son intention réelle.

En son alinéa 3, le paragraphe 2 prévoit également que lorsqu'aucune précision n'est apportée par le soumissionnaire ou que la précision est jugée inacceptable par le pouvoir adjudicateur, ce dernier procède à la rectification des erreurs selon ses propres constatations. En cas d'impossibilité, le pouvoir adjudicateur peut décider que les prix unitaires s'appliquent ou écarter l'offre comme irrégulière. Ce dernier choix doit toutefois être décidé par le pouvoir adjudicateur en fonction des spécificités de chaque dossier.

Le pouvoir adjudicateur jugera donc en fonction des spécificités du dossier et non sur base de critères prédéterminés. Le pouvoir adjudicateur confirmera par exemple assez logiquement les prix unitaires mentionnés, s'il s'agit d'une erreur dans un poste négligeable. Il n'en ira sans doute pas de même lorsqu'il s'agira d'un poste important.

Le paragraphe 3 reprend le paragraphe 3 de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, légèrement adapté en fonction de la généralisation de l'utilisation des plateformes électroniques.

2.3.3. La vérification des corrections apportées par le soumissionnaire

2.3.3.1. Théorie

L'article 86 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

« § 1er. Lorsque, conformément aux articles 34 et 79, § 2, un soumissionnaire a corrigé la quantité d'un ou de plusieurs postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire, le pouvoir adjudicateur contrôle ces modifications, les rectifie s'il échet selon ses propres calculs et amende, le cas échéant, les métrés ou inventaires joints aux offres.

Pour le soumissionnaire qui a proposé une réduction en application de l'article 79, § 2, 2°, le prix total correspondant à la quantité ainsi réduite devient forfaitaire, à condition que et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur accepte cette correction.

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de vérifier par ses propres calculs les modifications d'un poste à quantité présumée, il ramène à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire les quantités proposées supérieures ou inférieures.

§ 2. Lorsque, pour un poste quelconque du métré récapitulatif ou de l'inventaire, un soumissionnaire n'a indiqué aucun prix, le pouvoir adjudicateur peut soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la retenir en réparant l'omission par application de la formule suivante :

$$P = L \times Y$$
$$X$$

à lire de la manière suivante :

- P : le prix du poste pour lequel le soumissionnaire a omis d'indiquer le prix;
- L : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du prix, le cas échéant rectifié par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article, porté pour ce poste par les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'en indiquer le prix dans leur métré récapitulatif ou inventaire;
- Y : le montant total du métré ou de l'inventaire du soumissionnaire qui a omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article;
- X : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du montant total du métré ou de l'inventaire de tous les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article compte non tenu du prix indiqué pour ce poste.

Lorsque le soumissionnaire n'a pas indiqué le prix de plusieurs postes, il n'est pas tenu compte, pour le calcul de la valeur X, du prix porté pour ces postes par les autres soumissionnaires.

Pour le calcul des valeurs L et X, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres dans lesquelles le prix offert pour le poste concerné est anormal.

§ 3. Lorsqu'une omission dans le métré ou dans l'inventaire est complétée en application de l'article 79, § 2, le pouvoir adjudicateur procède comme suit :

1° il s'assure du bien-fondé de cette réparation et la rectifie si nécessaire en fonction de ses propres constatations.

Lorsque les autres soumissionnaires n'ont pas proposé de prix pour ces postes omis, ces prix sont, pour chacun de ces postes, calculés de la façon suivante en vue du classement des offres et sont maintenus lors de la correction définitive des offres :

$$S = L \times Y$$
$$X$$

à lire de la manière suivante :

- S : le prix du poste omis;
- L : le montant éventuellement rectifié par le pouvoir adjudicateur, porté pour le poste omis dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire du soumissionnaire qui a signalé l'omission;
- X : le montant total de l'offre du même soumissionnaire, le cas échéant rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré récapitulatif ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article, sans tenir compte des postes omis;
- Y : le montant total de l'offre du soumissionnaire qui n'a pas signalé l'omission, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré récapitulatif ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article, compte non tenu des postes omis;

2° lorsque plusieurs soumissionnaires ont signalé la même omission, les facteurs L et X entrant dans la formule ci-dessus s'obtiennent en prenant la moyenne arithmétique des valeurs L et X figurant dans les métrés récapitulatifs ou dans les inventaires desdits soumissionnaires;

3° dans les cas visés sous 1° et 2°, le prix unitaire d'un poste omis est obtenu en divisant le montant S par la quantité correspondante, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur;

4° pour calculer les prix d'un poste omis conformément aux points 1° et 2°, le pouvoir adjudicateur peut ne pas tenir compte d'une offre dans laquelle le prix offert pour ce poste omis est anormal.

Si aucun soumissionnaire n'a proposé de prix normal pour ce poste omis, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché sans ce poste.

§ 4. En vue uniquement du classement des offres, les quantités admises par le pouvoir adjudicateur, supérieures ou égales aux quantités du métré initial ou de l'inventaire initial, sont portées à tous les métrés ou inventaires indistinctement.

Par contre, les modifications admises par le pouvoir adjudicateur et qui ont pour effet de diminuer les quantités, ne profitent qu'aux seuls soumissionnaires qui les ont signalées et seulement dans la mesure où les justifications sont acceptées. A cet effet :

1° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est inférieure à celle admise par le pouvoir adjudicateur, cette dernière quantité est portée au métré ou à l'inventaire;

2° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est comprise entre celle admise par le pouvoir adjudicateur et la quantité initiale du métré ou de l'inventaire, la quantité proposée par le soumissionnaire est portée au métré ou à l'inventaire;

3° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est supérieure à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire, la quantité proposée par le soumissionnaire est ramenée à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire.

§ 5. Pour l'application du présent article, le pouvoir adjudicateur tient compte des corrections proposées dans toute offre, régulière ou non, introduite par un soumissionnaire sélectionné ou provisoirement sélectionné conformément à l'article 66, § 2, de la loi. »

Selon le Rapport au Roi, cet article reprend, en les fusionnant les articles 97 et 98 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il porte sur la correction définitive des quantités qui est effectuée par le pouvoir adjudicateur lorsqu'un soumissionnaire a corrigé la quantité d'un ou de plusieurs postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire.

Puisque les soumissionnaires sont invités à corriger la quantité d'un ou de plusieurs postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire, il semble évident que le présent article prescrive au pouvoir adjudicateur l'obligation de contrôler les corrections et le cas échéant leur rectification.

Selon le paragraphe 1er, alinéa 2, lorsque le soumissionnaire a proposé une réduction des quantités présumées et que celle-ci est acceptée par le pouvoir adjudicateur, le prix total correspondant à la quantité ainsi réduite devient forfaitaire. Ce caractère forfaitaire peut constituer un avantage dans le chef du soumissionnaire concerné puisqu'il sera le seul à bénéficier de la réduction de la quantité, et donc d'un prix final réduit pour le classement de son offre. Toutefois, ce soumissionnaire supportera également seul le risque lié à son éventuelle sous-estimation de la quantité du poste réduit, puisqu'il devra dans ce cas exécuter la quantité réelle contre un prix devenu forfaitaire.

L'alinéa 3 dispose que lorsqu'il n'est pas possible pour le pouvoir adjudicateur de vérifier les modifications d'un poste à quantité présumée, ce dernier maintient la quantité initiale du métré ou de l'inventaire.

Le paragraphe 2 porte sur le calcul du prix d'un poste du métré récapitulatif ou de l'inventaire pour lequel un soumissionnaire n'a indiqué aucun prix. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur peut au choix, soit écarter l'offre comme étant irrégulière, soit réparer l'omission en appliquant la formule reprise dans le présent projet.

Dans le dernier alinéa du paragraphe 2, il est précisé que pour le calcul des valeurs L et X, le pouvoir adjudicateur peut ne pas tenir compte des offres dans lesquelles le prix offert pour le poste concerné est anormal et ce, afin d'éviter qu'un tel prix influence indûment la moyenne.

Le paragraphe 3 porte sur le calcul des postes omis par le pouvoir adjudicateur dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire et qui ont été corrigés conformément à l'article 79, § 2.

Selon le 1°, le pouvoir adjudicateur s'assure du bien-fondé de cette réparation et la rectifie si nécessaire en fonction de ses propres constatations.

Lorsque les autres soumissionnaires n'ont pas proposé de prix pour les postes omis, ces prix sont, pour chacun de ces postes, calculés sur la base de la formule reprise dans le présent projet en vue du classement des offres et sont maintenus lors de la correction définitive des offres.

Le 2° préconise l'adaptation des facteurs de la formule lorsque plusieurs soumissionnaires ont signalé la même omission.

Le 3° précise que le prix unitaire d'un poste omis est obtenu en divisant la somme S par la quantité correspondante, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur.

Le 4° offre la faculté au pouvoir adjudicateur de ne pas tenir compte d'une offre dans laquelle le prix offert pour ce poste omis est anormal.

Le dernier alinéa du paragraphe 3 précise que si aucun soumissionnaire n'a proposé de prix normal pour le poste omis, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché sans tenir compte de ce poste.

Le paragraphe 4, déjà applicable en adjudication dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011, est désormais rendu applicable à toutes les procédures ouvertes et restreintes et ce, également lorsque plusieurs critères d'attribution sont utilisés.

L'alinéa 1er précise qu'en vue du classement des offres uniquement, les quantités admises par le pouvoir adjudicateur, supérieures ou égales aux quantités du métré initial ou de l'inventaire initial, sont portées à tous les métrés ou inventaires indistinctement. Si les corrections n'étaient pas appliquées à toutes les offres, leur comparaison pourrait en effet être déséquilibrée. En cas d'augmentation des quantités induites par la correction, un soumissionnaire, auteur de la correction, pourrait ainsi être désavantagé; son offre étant par essence plus chère que celles de ses concurrents. L'adaptation des métrés et des inventaires a dès lors pour but de neutraliser ces déséquilibres et de lutter contre une éventuelle abstention d'un opérateur économique qui renoncerait à corriger les quantités afin d'éviter d'être désavantagé face à ses concurrents.

Selon l'alinéa 2, la modification admise par le pouvoir adjudicateur qui a pour effet de réduire les quantités ne profite qu'à celui qui l'a faite. La justification de cette disposition est aisée. L'adaptation, à la réduction du métré ou de l'inventaire, des offres des autres soumissionnaires anéantirait l'avantage du soumissionnaire auteur de la correction. Ce dernier n'aurait plus aucun intérêt à proposer une telle correction. Il serait ainsi bien souvent amené à préférer ne rien proposer et tirer avantage d'une réduction des quantités en cours d'exécution du contrat sans que son prix n'en soit impacté (réduction qui pour rappel aurait déjà été prévue par lui).

Le paragraphe 5 fixe l'obligation de tenir compte des corrections proposées dans toute offre, régulière ou non, introduite par un soumissionnaire sélectionné ou provisoirement sélectionné. Il semble en effet normal que les erreurs de quantité dans les postes des métrés ou des inventaires puissent être rectifiées même lorsqu'elles sont signalées uniquement dans des offres déclarées irrégulières. Tant les soumissionnaires que le pouvoir adjudicateur ont en effet tout intérêt à conclure un marché sur des bases exactes.

2.3.3.2. Exemples chiffrés : corrections des erreurs sur les quantités corrigées par le soumissionnaire dans le métré/inventaire

1ère étape :

Repérer, dans toutes les offres, les quantités rectifiées par les soumissionnaires.

ATTENTION : en vertu de l'article 79 de l'A.R. du 18 avril 2017, pour les quantités présumées, il ne faut pas tenir compte des rectifications (en plus ou en moins) inférieures à 10 % du poste considéré.

2ème étape :

Pour les postes dont les quantités ont été rectifiées par les soumissionnaires, vérifier si les quantités renseignées au métré/inventaire initial du Cahier Spécial des Charges étaient correctes ou s'il convient de les revoir (à la hausse ou à la baisse)

➔ Redéfinir ainsi les « quantités admises » par le Pouvoir Adjudicateur.

3 ^{ème} étape : le classement des offres	4 ^{ème} étape : la correction définitive des offres								
<p>Après avoir vérifié les métrés/inventaires et les rectifications proposées, il s'avère que les quantités finalement admises par le Pouvoir Adjudicateur sont supérieures ou égales aux quantités du métré/inventaire initial repris dans le Cahier Spécial des Charges.</p> <p>Règle : dans ce cas, les quantités admises par le P.A. sont portées à tous les métrés/inventaires.</p> <p><u>Exemple de quantités admises égales aux quantités du métré initial :</u></p> <table border="1" data-bbox="204 1668 778 1832"> <thead> <tr> <th>Quantités initiales du métré/inventaire</th> <th>Quantités rectifiées par soumissionnaire A</th> <th>Quantités rectifiées par soumissionnaire B</th> <th>Quantités admises par le P.A. après vérification</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>100</td> <td>125</td> <td>75</td> <td>100</td> </tr> </tbody> </table> <p>Dans ce cas, les métrés/inventaires sont rectifiés comme suit : Soumissionnaire A : le P.A. ramène 125 à 100 Soumissionnaire B : le P.A. porte 75 à 100</p>	Quantités initiales du métré/inventaire	Quantités rectifiées par soumissionnaire A	Quantités rectifiées par soumissionnaire B	Quantités admises par le P.A. après vérification	100	125	75	100	<p>Une fois les offres classées et l'adjudicataire « présumé » établi, il convient de corriger son offre afin de lui passer commande au juste prix.</p> <p>Règles : toutes les modifications en + ou en – reconnues exactes par le Pouvoir Adjudicateur sont apportées à la soumission du futur adjudicataire</p> <ul style="list-style-type: none"> - les quantités présumées d'un poste, réduites à la suite de la correction du soumissionnaire appelé à devenir adjudicataire, peuvent devenir des quantités forfaitaires³ - les quantités présumées d'un poste, réduites à la suite de la correction d'un soumissionnaire qui n'est pas appelé à devenir adjudicataire, ne peuvent pas devenir des quantités forfaitaires <p>Si le « présumé » adjudicataire est : Soumissionnaire A : le P.A. corrige son offre de 125 à 100 Soumissionnaire B : le P.A. corrige son offre de 75 à 100</p>
Quantités initiales du métré/inventaire	Quantités rectifiées par soumissionnaire A	Quantités rectifiées par soumissionnaire B	Quantités admises par le P.A. après vérification						
100	125	75	100						

³ si la quantité présumée est ainsi réduite, elle devient forfaitaire pour l'auteur de la réduction;... »

Exemple de quantités admises supérieures aux quantités du métré initial :

Quantités initiales du métré/inventaire	Quantités rectifiées par soum. A	Quantités rectifiées par soum. B	Quantités rectifiées par soum. C	Quantités admises par le P.A. après vérification
100	125	75	150	130

Dans ce cas, les métrés des Soumissionnaires sont rectifiés comme suit :

- Soumissionnaire A : le P.A. porte 125 à 130
- Soumissionnaire B : le P.A. porte 75 à 130
- Soumissionnaire C : le P.A. ramène 150 à 130

Après avoir vérifié les métrés/Inventaires et les rectifications proposées, il s'avère que les quantités admises par le Pouvoir Adjudicateur sont inférieures aux quantités du métré/inventaire initial repris dans le Cahier Spécial des Charges.

Règle : les modifications admises par le pouvoir adjudicateur et qui ont pour effet de diminuer les quantités, ne profitent qu'aux seuls soumissionnaires qui les ont signalées et seulement dans la mesure où les justifications sont acceptées, soit :

- 1° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est inférieure à celle admise par le pouvoir adjudicateur, cette dernière quantité est portée au métré ou à l'inventaire;
- 2° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est comprise entre celle admise par le pouvoir adjudicateur et la quantité initiale du métré ou de l'inventaire, la quantité proposée par le soumissionnaire est portée au métré ou à l'inventaire;
- 3° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est supérieure à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire, la quantité proposée par le soumissionnaire est ramenée à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire.

Exemple :

Quantités initiales du métré	Quantités rectifiées par soum. A	Quantités rectifiées par soum. B	Quantités rectifiées par soum. C	Quantités rectifiées par soum. D	Quantités inchangées par les autres soum.	Quantités admises par le P.A. après vérification
100	50	75	99	125	100	60

Dans ce cas, les métrés/inventaires sont rectifiés comme suit :

Soumissionnaire A : le P.A. porte 50 à 60

En effet, la réduction qu'il propose par rapport aux quantités initiales (100) n'est considérée justifiée, par le pouvoir adjudicateur, qu'à concurrence de 60.

Soumissionnaire B : le P.A. laisse 75 m3

En effet, il ne profite que de la réduction (75) qu'il propose par rapport aux quantités initiales (100) et non de celle finalement admise, par le pouvoir adjudicateur, grâce au Soumissionnaire A.

Soumissionnaire C : le P.A. laisse 99

En effet, il ne profite que de la réduction (99) qu'il propose par rapport aux quantités initiales (100) et non de celle finalement admise, par le pouvoir adjudicateur, grâce au Soumissionnaire A.

Soumissionnaire D : le P.A. ramène 125 à 100, soit la quantité initiale du

Si le « présumé » adjudicataire est :

- Soumissionnaire A : le P.A. corrige son offre de 125 à 130
- Soumissionnaire B : le P.A. corrige son offre de 75 à 130
- Soumissionnaire C : le P.A. corrige son offre de 150 à 130

Si le « présumé » adjudicataire est :

Soumissionnaire A : le P.A. corrige son offre de 50 à 60 et 60 peut devenir une quantité forfaitaire.

Soumissionnaire B : le P.A. corrige son offre de 75 à 60 qui ne peut pas devenir une quantité forfaitaire

Soumissionnaire C : le P.A. corrige son offre de 99 à 60 qui ne peut pas devenir une quantité forfaitaire

Soumissionnaire D : le P.A. corrige son offre de 125 à 60 qui

<p>métré En effet, le sens de la rectification qu'il propose dans son métré est inexact (il propose des quantités supérieures au métré alors qu'il s'agit, après vérification, de quantités inférieures)</p> <p>Autres Soumissionnaires : le P.A. les maintient à 100 En effet, les autres Soumissionnaires n'ont pas remarqué ni rectifié l'erreur de quantité initiale. Ils ne profitent donc pas de la rectification.</p>	<p>ne peut pas devenir une quantité forfaitaire</p> <p>Autres Soumissionnaires : le P.A. corrige l'offre de 100 à 60 qui ne peut pas devenir une quantité forfaitaire</p> <p>ATTENTION : si le P.A. oublie de corriger l'offre en la diminuant des quantités en moins, il est lié par le montant auquel il approuve l'offre !!!!!</p>
--	--

2.3.3.3. Exemples chiffrés : traitement par le Pouvoir Adjudicateur des postes omis dans le métré/inventaire par un ou plusieurs soumissionnaires

Omission : oubli, par le soumissionnaire, de remettre un prix pour un ou plusieurs poste(s) du métré/inventaire.

1ère étape :

Repérer, dans toutes les offres, les éventuelles omissions des soumissionnaires.

2^{ème} étape :

Dans le cas des omissions (contrairement aux erreurs de quantités), les rectifications opérées par le Pouvoir Adjudicateur sont les mêmes pour le classement des offres et la correction définitive de la soumission.

Seul un soumissionnaire (le A) a omis un poste.

	Soum. A	Soum. B	Soum. C	Soum. D
Prix du poste	0	525	575	600
Total métré/inventaire	10000	9000	10500	8500
Total métré/inventaire moins le poste omis	9000	8475	9925	7900

$$P = \frac{L \times Y}{X}$$

à lire de la manière suivante :

- P : le prix du poste pour lequel le soumissionnaire a omis d'indiquer le prix;
- L : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du prix, le cas échéant rectifié par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article (corrections arithmétiques), porté pour ce poste par les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'en indiquer le prix dans leur métré récapitulatif ou inventaire;
- Y : le montant total du métré ou de l'inventaire du soumissionnaire qui a omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article (corrections arithmétiques);
- X : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du montant total du métré ou de l'inventaire de tous les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et

conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article (corrections arithmétiques) compte non tenu du prix indiqué pour ce poste.

Moyenne de L = $(525 + 575 + 600) : 3 = 566,66$

Y = 10000

Moyenne de X = $(8475 + 9925 + 7900) : 3 = 8766,66$

Soumission A : $\frac{566,66 \times 10000}{8766,66} = 1000$ --> Poste omis de A = 646,38,-€

Plusieurs soumissionnaires ont omis le même poste.

	Soum. A	Soum. B	Soum. C	Soum. D	Soum. E
Prix du poste	750	650	800	0	0
Total métré/inventaire	10000	9000	10500	8500	10500
Total métré/inventaire moins le poste omis	9250	8350	9700	8500	10500

Moyenne de L : $(750 + 650 + 800) : 3 = 733,33$

Moyenne de X : $(9250 + 8350 + 9700) : 3 = 9100$

Soumission D : $\frac{733,33 \times 8500}{9100} = 683,97$ --> Poste omis de D = 683,97,-€

Soumission E : $\frac{733,33 \times 10500}{9100} = 846,15$ --> Poste omis de E = 846,15,-€

Un soumissionnaire a omis plusieurs postes

	Soum. A	Soum. B	Soum. C	Soum. D	Soum. E
Prix du poste 1	750	650	800	0	0
Prix du poste 2	55	60	75	0	100
Prix du poste 3	85	65	70	0	80
Total métré/inventaire	10000	9000	10500	8500	10500
Total métré/inventaire moins le poste omis	9110	8225	9555	8500	10320

Lorsque le soumissionnaire n'a pas indiqué le prix de plusieurs postes, il n'est pas tenu compte, pour le calcul de la valeur X, du prix porté pour ces postes par les autres soumissionnaires.

Poste 1

Moyenne de L = $(750 + 650 + 800) : 3 = 733,33$

Moyenne de X = $(9110 + 8225 + 9555) : 3 = 8963,33$

Soumission D : $\frac{733,33 \times 8500}{8963,33} = 695,42$ --> Poste omis de D = 695,42,-€

Soumission E : $\frac{733,33 \times 10500}{8963,33} = 859,05$ --> Poste omis de E = 859,05,-€

Idem postes suivants de D

Plusieurs soumissionnaires ont omis le prix du poste mais un des soumissionnaires remet un prix anormal pour l'omission.

	Soum. A	Soum. B	Soum. C	Soum. D	Soum. E
Prix du poste	750	650	120	0	0
Total métré/inventaire	10000	9000	10500	8500	10500
Total métré/inventaire moins le poste omis	9250	8350	10380	8500	10500

Pour le calcul des valeurs L et X, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres dans lesquelles le prix offert pour le poste concerné est anormal.

Moyenne de L : $(750 + 650) : 2 = 700$

Moyenne de X : $(9250 + 8350) : 2 = 8800$

Soumission D : $\frac{700 \times 8500}{8800} = 708,33$ --> Poste omis de D = 676,13,-€

Soumission E : $\frac{700 \times 10500}{8800} = 874,99$ --> Poste omis de E = 825,23,-€

2.3.3.4. Exemples chiffrés : traitement par le Pouvoir Adjudicateur des omissions dans le métré/inventaire signalées par un ou plusieurs soumissionnaires dans leur offre

Omission : oubli, par le Pouvoir Adjudicateur, d'un poste du métré ou erreur (autre que sur les quantités), oubli ou erreur rectifiée par le soumissionnaire.

1ère étape :

Repérer, dans toutes les offres, les éventuelles omissions rectifiées par les soumissionnaires.

2ème étape :

Pour les postes omis par le Pouvoir Adjudicateur et rectifiés par les soumissionnaires, vérifier le bien-fondé de la correction.

Si besoin, « corriger » la correction proposée.

3ème étape :

Dans le cas des omissions (contrairement aux erreurs de quantités), les rectifications opérées par le Pouvoir Adjudicateur sont les mêmes pour le classement des offres et la correction définitive de la soumission.

Seul un soumissionnaire (le A) a renseigné une omission, les autres pas.

	Soum. A	Soum. B	Soum. C	Soum. D
Prix du poste omis renseigné	750	0	0	0
Prix du poste omis rectifié par le PA	1000	0	0	0
Total métré/inventaire	10000	9000	10500	8500
Total métré/inventaire moins le poste omis	9000	9000	10500	8500

S = L x Y

- X
- soit S : le prix du poste omis;
 - soit L : la somme éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur, portée pour le poste omis dans le métré/inventaire récapitulatif du soumissionnaire qui a signalé l'omission;
 - soit X : le montant total de l'offre du même soumissionnaire, le cas échéant rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré récapitulatif ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article (corrections arithmétiques), sans tenir compte des postes omis;
 - soit Y : le montant total de l'offre du soumissionnaire qui n'a pas signalé l'omission, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré récapitulatif ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article (corrections arithmétiques), compte non tenu des postes omis;

Soumission B : $\frac{1000 \times 9000}{9000} = 1000$ --> Poste omis de B = 1000,-€

Soumission C : $\frac{1000 \times 10500}{9000} = 1166,67$ --> Poste omis de C = 1166,67,-€

Soumission D : $\frac{1000 \times 8500}{9000} = 944,44$ --> Poste omis de D = 944,44,-€

Plusieurs soumissionnaires ont signalé la même omission.

	Soum. A	Soum. B	Soum. C	Soum. D	Soum. E
Prix du poste omis renseigné	750	650	800	0	0
Total métré/inventaire	10000	9000	10500	8500	10500
Total métré/inventaire moins le poste omis	9250	8350	9700	8500	10500

Les facteurs L (la somme éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur, portée pour le poste omis dans le métré/inventaire récapitulatif du soumissionnaire qui a signalé l'omission) et X (le montant total du métré/inventaire récapitulatif du même soumissionnaire, compte non tenu des postes omis) s'obtiennent en prenant la moyenne arithmétique des valeurs L et X figurant dans les métrés des soumissionnaires.

Moyenne de L : $(750 + 650 + 800) : 3 = 733,33$

Moyenne de X : $(9250 + 8350 + 9700) : 3 = 9100$

Soumission D : $\frac{733,33 \times 8500}{9100} = 683,97$ --> Poste omis de D = 683,97,-€

Soumission E : $\frac{733,33 \times 10500}{9100} = 846,15$ --> Poste omis de E = 846,15,-€

Plusieurs soumissionnaires ont signalé la même omission mais un des soumissionnaires remet un prix anormal pour l'omission.

Soum. A	Soum. B	Soum. C	Soum. D	Soum. E
---------	---------	---------	---------	---------

Prix du poste omis renseigné	750	650	120	0	0
Total métré/inventaire	10000	9000	10500	8500	10500
Total métré/inventaire moins le poste omis	9250	8350	10380	8500	10500

Le pouvoir adjudicateur peut ne pas tenir compte d'une offre dans laquelle le prix offert pour le poste omis est anormal.

Moyenne de L : $(750 + 650) : 2 = 700$

Moyenne de X : $(9250 + 8350) : 2 = 8800$

Soumission D : $\frac{700 \times 8500}{8800} = 708,33$ --> Poste omis de D = 676,13,-€

Soumission E : $\frac{700 \times 10500}{8800} = 874,99$ --> Poste omis de E = 825,23,-€

Tous les prix renseignés à la base de l'omission sont anormaux

Le pouvoir Adjudicateur attribue sans tenir compte du poste et négocie ensuite le prix de ce poste avec l'adjudicataire.

2.3.4. La vérification des prix

Voir à ce sujet le point 7.5. Refus des prix anormalement bas

2.4. Attribution du marché

L'article 87 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

« § 1er. En cas de variantes exigées ou autorisées, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes, conformément à l'article 81 de la loi.

Si des variantes libres sont proposées le pouvoir adjudicateur détermine celles qu'il ne retiendra pas. L'alinéa précédent s'applique pour les variantes libres que le pouvoir adjudicateur retient.

Le pouvoir adjudicateur retient les options exigées ou autorisées et décide des options libres qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas d'options exigées, autorisées ou libres retenues par le pouvoir adjudicateur, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base de l'ordre de classement des offres, majorées des avantages économiques offerts par les options.

Lorsqu'en contradiction avec l'article 48, § 3, un soumissionnaire a lié un supplément de prix ou une autre contrepartie à une option libre ou autorisée, celle-ci n'est pas prise en considération pour autant que ce soit possible, à défaut de quoi son offre comporte une irrégularité qui doit être vérifiée conformément à l'article 76.

Lorsque, conformément à l'article 50, des soumissionnaires ont proposé un rabais ou une amélioration de leur offre, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait application de l'article 49, alinéa 1er, 2°, et que le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse ne satisfait pas aux niveaux d'exigences minimales pour plusieurs lots, seuls lui sont attribués les lots pour lesquels il satisfait à ce niveau minimal d'exigence tenant compte de l'ordre de préférence visé à l'article 49, alinéa 3. En l'absence d'une telle indication, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort entre les lots en question auquel les soumissionnaires concernés sont invités.

§ 2. Lorsque plusieurs offres régulières, considérées comme équivalentes, sont jugées économiquement les plus avantageuses, afin de les départager, le pouvoir adjudicateur invite les soumissionnaires concernés à présenter des propositions écrites de rabais ou d'amélioration de leur offre.

Si par la suite subsistent encore des offres équivalentes, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort auquel les soumissionnaires concernés sont invités.

Le présent paragraphe n'est pas d'application à l'enchère électronique, qui est régie par l'article 111, alinéa 2. »

Le Rapport au Roi expose que cet article reprend, en les fusionnant, les articles 100 et 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

L'alinéa premier du paragraphe premier traite des variantes exigées ou autorisées. Afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il doit être procédé à un classement des offres de base et des offres relatives aux variantes.

L'alinéa 2 traite des variantes libres et utilise le système mis en place par l'alinéa premier et ce, uniquement pour les variantes que le pouvoir adjudicateur décide de retenir.

L'alinéa 3 est relatif aux options exigées, autorisées et libres. Il précise qu'un système similaire à ce qui prévu en matière de variantes est également d'application pour les options.

L'alinéa 4 indique la voie à suivre lorsqu'un supplément de prix ou une autre contrepartie est attaché à une option libre ou autorisée malgré l'interdiction prévue à l'article 48, § 3. Dans un tel cas, l'option n'est tout simplement pas prise en considération, pour autant que ce soit possible (sans que l'offre ne soit déclarée irrégulière). Si ce n'est pas possible, l'offre est affectée d'une irrégularité qui doit être vérifiée conformément à l'article 76 du présent projet. Les conditions de 76, § 1er, alinéa 3, seront dans ce dernier cas souvent remplies. Il en résulte que l'offre devra être déclarée substantiellement irrégulière.

L'alinéa 5 précise le choix de l'adjudicataire lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé une amélioration de leur offre ou un rabais pour certains groupements de lots. Il est important d'avoir à l'esprit que l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas uniquement déterminée par le groupement de lots économiquement le plus avantageux, mais aussi par l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux. Le but poursuivi par cette disposition est en effet de permettre

de retenir la combinaison économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, qu'il s'agisse d'un groupement de lots ou de lots individuels.

L'alinéa 6 traite du cas dans lequel le soumissionnaire ne satisfait pas aux exigences minimales pour certains lots.

Le paragraphe 2 précise ce qu'il convient de faire lorsqu'il y a lieu de départager plusieurs offres équivalentes et économiquement les plus avantageuses. Dans un premier temps, les soumissionnaires concernés sont invités à améliorer leur offre. Si par la suite il reste encore des offres équivalentes, il convient de procéder à un tirage au sort. A cette fin, les soumissionnaires concernés sont invités à y assister sans que pour autant leur présence soit obligatoire.

3. Respecter le droit du travail et les conditions de travail

3.1. Le respect des Conventions Collectives de Travail

Le respect de l'ensemble des obligations découlant du droit social, du droit du travail ou des CCT est primordial en vue de lutter contre le phénomène de dumping social dans le cadre de la passation de marchés publics.

Aussi, la disposition est-elle reprise en en-tête du carnet de clauses anti-dumping social repris en Annexe 5A.

3.2. Le respect du paiement du salaire minimum

Il importe que le Pouvoir Adjudicateur s'assure du respect, par l'adjudicataire d'un marché et ses sous-traitants, du paiement du salaire minimum aux ouvriers occupés sur son chantier.

Aussi, est-il proposé d'insérer 2 clauses (voir Annexe 5A) dans le Cahier Spécial des Charges :

- La première clause s'applique lors de l'examen des offres et constitue un complément à l'article 36 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui vise la vérification, par le Pouvoir Adjudicateur, des prix anormaux. Elle rappelle que le salaire minimal conventionnel devra être obligatoirement respecté. Elle précise, qu'à défaut, le pouvoir adjudicateur informera le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré. En cas de fraude suspectée ou avérée de contournement des obligations relatives aux salaires minimaux repris dans les conventions énoncées ci-dessus, le manquement sera considéré comme une irrégularité substantielle entraînant la nullité de l'offre.

Modalités pratiques : voir le point 7.5.

- La seconde clause s'applique en cours de chantier et constitue un complément à l'article 78 de l'A.R. du 14 janvier 2013 qui concerne la main d'œuvre. Elle rappelle qu'en cours d'exécution, le salaire minimal conventionnel devra être obligatoirement respecté. Elle précise qu'à défaut, le pouvoir adjudicateur informera le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré. En cas de fraude suspectée ou avérée de contournement des obligations relatives aux salaires minimaux, le manquement entraîne l'application d'une pénalité spéciale d'un montant de 400 € par homme en infraction/jour. En cas de récidive, l'adjudicataire encourt l'application des mesures d'office visées à l'article 47 § 2 du RGE. 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.

Modalités pratiques :

Sur chantier, le Pouvoir Adjudicateur fait respecter strictement le prescrit de l'article 78 de l'A.R. du 14 janvier 2013 qui stipule que :

«§ 1er. Qu'elles résultent de la loi ou d'accords paritaires sur le plan national, régional ou local, toutes les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles relatives aux conditions générales de travail, à la sécurité et à l'hygiène sont applicables à tout le personnel du chantier.

L'entrepreneur prend les mesures nécessaires pour que le texte des conventions collectives applicables sur le chantier y soit consultable par tous les intéressés.

§ 2. L'entrepreneur, toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et toute personne mettant du personnel à disposition, sont tenus de payer à leur personnel respectif les salaires, suppléments de salaires et indemnités aux taux fixés, soit par la loi, soit par des conventions collectives conclues par des commissions paritaires ou par des conventions d'entreprises.

§ 3. En permanence, l'entrepreneur tient à la disposition de l'adjudicateur, à un endroit du chantier que celui-ci désigne, la liste mise à jour quotidiennement de tout le personnel qu'il occupe sur le chantier.

Cette liste contient au moins les renseignements individuels suivants :

1° le nom;

2° le prénom;

3° la date de naissance;

4° le métier;

5° la qualification;

6° l'occupation réelle par journée effectuée sur le chantier;

7° (abrogé).

Le présent paragraphe n'est pas d'application pour les marchés de travaux dans lesquels le système d'enregistrement de présences ou la méthode d'enregistrement visés à l'article 31ter de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail est obligatoire sur le chantier.

§ 3/1. L'adjudicataire fournit à la première demande de l'adjudicateur des renseignements concernant le salaire horaire, lorsque ceux-ci ne peuvent pas être directement consultés par l'adjudicateur.⁴

⁴ Cet article est une nouveauté.

Dans la précédente « Boîte à outils », le modèle de liste de tout le personnel visé à l'Annexe 9 comprenait une colonne dans laquelle l'adjudicataire devait renseigner le salaire horaire de chaque personne employée. L'article 78 § 3/1 ne l'autorise plus.

Le rapport au Roi précise que cette disposition vise à ériger une simplification administrative pour les entreprises. Dans le cadre de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, elles ont l'obligation de mettre en place un système d'enregistrement des présences ou une méthode d'enregistrement. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de maintenir la liste mise à jour quotidiennement contenant un certain nombre de données du personnel. Les données qui sont conservées dans la liste mise à jour quotidiennement sont en grande partie également reprise dans le système d'enregistrement. Il n'est en outre plus obligatoire de mentionner quotidiennement le salaire horaire dans la

§ 4. L'entrepreneur veille à ce que toute personne, agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit ou mettant du personnel à disposition sur le chantier, tienne à la disposition de l'adjudicateur, à un endroit du chantier que l'adjudicateur désigne, la liste mise à jour quotidiennement de tout le personnel que ladite personne occupe sur le chantier.

Cette liste est établie sous la responsabilité du sous-traitant ou de la personne mettant du personnel à disposition. La liste contient les renseignements visés au paragraphe 3.» (Modèle de liste de tout le personnel à l'Annexe 9)

- Au besoin, si le Pouvoir Adjudicateur doute que le salaire renseigné sur la liste du personnel soit conforme à la réalité, il exige, par courrier recommandé adressé à l'adjudicataire (y compris s'il s'agit de travailleurs des sous-traitants), la production de la copie des fiches de paie relatives aux travailleurs incriminés et les compare à la CP qui leur est applicable (voir Annexe 10A et B). Lors de l'examen, le Pouvoir Adjudicateur peut considérer que l'entrepreneur ou le sous-traitant est en règle avec ses obligations s'il paie les salaires minimum figurant dans ces documents. L'octroi d'un salaire supérieur relève de la seule appréciation de l'employeur.
- Si l'adjudicataire tarde à produire la copie des fiches de paie relatives aux travailleurs, le Pouvoir Adjudicateur dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11A) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant. En effet, l'article 44 § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés. Le Pouvoir Adjudicateur applique la pénalité spéciale de 400 €/homme/jour en infraction à dater du 3^{ème} jour suivant la date de l'envoi recommandé du procès-verbal de manquement jusqu'au jour où le défaut a disparu.
- A l'examen des fiches de paie des travailleurs⁵, si le Pouvoir Adjudicateur constate que les salaires sont inférieurs aux salaires horaires minimum de la Commission Paritaire applicable :
 - o Il peut prévenir le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).Indépendamment de cette démarche :

liste et ce pour harmoniser d'avantage le type de données qui sont conservées dans la liste d'une part et dans le système de l'autre. Le point 7° est abrogé. Il est remplacé par une obligation pour l'adjudicataire de fournir à la première demande de l'adjudicateur [une fiche de salaire], lorsque celle-ci ne peut pas être directement consultée par l'adjudicataire. Cette obligation est reprise dans un nouveau paragraphe 3/1.

ATTENTION : il ne peut être dérogé à cet article que moyennant motivation formelle dans le C.S.CH.

A défaut de mention de cette motivation, la dérogation est réputée non écrite. Cette sanction n'est pas applicable dans le cas d'une convention signée par les parties La liste des dispositions auxquelles il est dérogé figure de manière explicite au début du cahier spécial des charges et ce, pour tous les marchés.

⁵ S'il s'agit de travailleurs détachés, le comparatif entre la fiche de paie et le salaire minimum conventionnel ne doit être opéré que sur la base du salaire. Il convient de ne pas l'additionner avec l'indemnité d'hébergement et de nourriture.

- Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11A) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant. En effet, l'article 44 § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.
- Il peut appliquer la pénalité spéciale de 400 €/homme/jour en infraction à dater du 3^{ème} jour suivant la date de l'envoi recommandé du procès-verbal de manquement jusqu'au jour où le défaut a disparu.
- En cas de récurrence sur le même chantier, le Pouvoir Adjudicateur peut passer aux mesures d'office visées à l'article 47 § 2 du RGE. Dans ce cas :
 - Il peut prévenir le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).Indépendamment de cette démarche :
 - Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11A) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant.
 - Il effectue un choix quant à la mesure d'offices (Art. 47 de l'A.R. du 14 janvier 2013) :
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 acquise de plein droit à l'adjudicataire à titre de dommages et intérêts forfaitaires, sauf dans le cas visé à l'article 49, alinéa 1er, 1°. 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.Les mesures prévues aux 2° et 3°, sont appliquées aux frais, risques et périls de l'adjudicataire défaillant. Toutefois, les amendes et pénalités qui sont appliquées lors de l'exécution d'un marché pour compte sont à charge du nouvel adjudicataire.
 - La décision du pouvoir adjudicateur de passer à la mesure d'office choisie est notifiée par lettre recommandée ou par lettre remise contre récépissé à l'adjudicataire défaillant. A partir de cette notification, l'adjudicataire défaillant ne peut plus intervenir dans l'exécution de la partie du marché visé par la mesure d'office.
Lorsqu'il est recouru à la conclusion d'un marché pour compte, un exemplaire des documents du marché régissant le nouveau marché à conclure est envoyé au préalable à l'adjudicataire défaillant par lettre recommandée.
Lorsque le prix de l'exécution en régie ou du marché pour compte dépasse le prix du marché initial, l'adjudicataire défaillant en supporte le coût supplémentaire. Dans le cas inverse, la différence est acquise au pouvoir adjudicateur.
- En outre, en cas de récurrence, le Pouvoir Adjudicateur pourra décider que l'adjudicataire est exclu des marchés du Pouvoir Adjudicateur pour une durée déterminée. L'intéressé est

préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée (Article 48 du RGE).

4. Respecter le temps de travail et la mise à disposition de personnel

4.1. Temps de travail

Pour la CP 124-Construction :

Durée du travail sur base annuelle : 38 heures

Régime : 40 h/semaine réparties sur les 5 premiers jours de la semaine avec repos obligatoire le samedi et le dimanche.

La durée du travail en Belgique ne peut excéder 8 heures par jour.

Les prestations journalières doivent, en principe, se situer entre 6 heures du matin et 20 heures le soir, en raison de l'interdiction du travail de nuit.

Pour la CP 149.01 – Electriciens : installation et distribution :

La durée de travail est fixée à maximum 9 heures par jour et à 38 heures par semaine.

4.2. Heures supplémentaires et travail du samedi

Pour la CP 124-Construction :

Par dérogation à l'interdiction de travailler le samedi visée à l'article 4, 2°, de la loi du 06/04/1960 concernant l'exécution de travaux de construction et sans préjudice des autres dispositions prises en vertu d'une loi qui permettent de travailler le samedi, dans les entreprises ressortissant de la CP 124, il est permis au travailleur de travailler le samedi à concurrence de 64 heures par année civile.

Les situations qui permettent de travailler le samedi sont :

1° les travaux qui ne peuvent être exécutés à aucun autre moment;

2° les travaux pour lesquels l'exécution simultanée d'activités de construction et d'autres activités au même endroit comporte un risque important pour la sécurité et/ou la santé des travailleurs ou des tiers;

3° les travaux qui ne sont pas compatibles avec d'autres activités pour des raisons techniques.

Pour pouvoir travailler le samedi, l'accord de la majorité de la délégation syndicale est requis. A défaut de délégation syndicale, il est possible de travailler le samedi si l'employeur signe un protocole d'adhésion au régime avec au moins un ouvrier. Ce protocole doit être cosigné par les secrétaires syndicaux régionaux, s'ils sont présents dans la région, dont la signature est obtenue directement ou par le biais de l'organisation professionnelle locale. Les secrétaires syndicaux régionaux disposent d'un délai de 14 jours pour signer le protocole ou pour faire connaître leur refus. En cas refus, une concertation au niveau local tente de parvenir à une conciliation. Après épuisement du recours à la concertation locale, la partie la plus diligente peut soumettre le différend au bureau de conciliation de la CP.

Le protocole d'adhésion à ce régime a une durée de validité de 1 an et est renouvelé de manière tacite sauf dénonciation.

Pour la CP 149.01 – Electriciens : installation et distribution :

Les prestations effectuées dans de nombreuses entreprises excèdent souvent 39 ou 40 heures par semaine jusqu'à maximum 45h/sem.

Dans ce cas, la durée de travail légale de 38 heures est respectée par l'octroi de journées compensatoires.

Chaque heure qui dépasse le crédit de 45h/semaine est rémunérée comme heure supplémentaire.

Clause (voir Annexe 5A) :

Aussi, la clause suivante peut être insérée dans le C.S.CH. en complément de l'article 78 de l'A.R. du 14 janvier 2013 :

L'ensemble des dispositions relatives à la durée du temps de travail et à la mise à disposition de personnel reprise dans la réglementation applicable aux différents travailleurs sur chantier (en ce compris les travailleurs des sous-traitants éventuels), devront obligatoirement être respectées.

Toute infraction à cette disposition entraîne l'application d'une pénalité spéciale d'un montant de 400 € par homme en infraction/jour.

En cas de récidive, l'adjudicataire encourt l'application des mesures d'office visées à l'article 47 § 2 du RGE. 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.

Modalités pratiques :

- Le Pouvoir Adjudicateur vérifie ou fait vérifier, de manière hebdomadaire (lors de la réunion de chantier par exemple) si le temps de travail de chaque travailleur renseigné sur la liste du personnel sur chantier (voir Annexe 9) est conforme au temps de travail des travailleurs de la CP124/CP149.01.

- Si le Pouvoir Adjudicateur constate que les temps de travail ne sont pas conformes ou que l'entreprise travaille le week-end ou la nuit :
 - o Il peut prévenir le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).

Indépendamment de cette démarche :

- o Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11B) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant. En effet, l'article 44 § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.
- o Il peut appliquer la pénalité spéciale de 400 €/homme/jour en infraction à dater du 3^{ème} jour suivant la date de l'envoi recommandé du procès-verbal de manquement jusqu'au jour où le défaut a disparu.

- En cas de récidive sur le même chantier, le Pouvoir Adjudicateur peut passer aux mesures d'office visées à l'article 47 § 2 du RGE. Dans ce cas :
 - o Il peut prévenir le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).

Indépendamment de cette démarche :

- o Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11B) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant.

- o Il effectue un choix quant à la mesure d'offices (Art. 47 de l'A.R. du 14 janvier 2013) :
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 acquise de plein droit à l'adjudicateur à titre de dommages et intérêts forfaitaires, sauf dans le cas visé à l'article 49, alinéa 1er, 1°. 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.

Les mesures prévues aux 2° et 3°, sont appliquées aux frais, risques et périls de l'adjudicataire défaillant. Toutefois, les amendes et pénalités qui sont appliquées lors de l'exécution d'un marché pour compte sont à charge du nouvel adjudicataire.

- o La décision du pouvoir adjudicateur de passer à la mesure d'office choisie est notifiée par lettre recommandée ou par lettre remise contre récépissé à l'adjudicataire défaillant. A partir de cette notification, l'adjudicataire défaillant ne peut plus intervenir dans l'exécution de la partie du marché visé par la mesure d'office.

Lorsqu'il est recouru à la conclusion d'un marché pour compte, un exemplaire des documents du marché régissant le nouveau marché à conclure est envoyé au préalable à l'adjudicataire défaillant par lettre recommandée.

Lorsque le prix de l'exécution en régie ou du marché pour compte dépasse le prix du marché initial, l'adjudicataire défaillant en supporte le coût supplémentaire. Dans le cas inverse, la différence est acquise au pouvoir adjudicateur.

- En outre, en cas de récidive, le Pouvoir Adjudicateur pourra décider que l'adjudicataire est exclu des marchés du Pouvoir Adjudicateur pour une durée déterminée. L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée (article 48 du RGE).

5. Respecter les conditions de logement

Les Pouvoirs Adjudicateurs Publics doivent être attentifs aux conditions d'hébergement des travailleurs détachés de leur pays vers la Belgique et qui, donc, n'ont pas les moyens de rentrer chez eux tous les jours.

La législation belge est claire quant au caractère décent et à charge de l'employeur des conditions d'hébergement.

Le point 15 de l'Annexe III de l'A.R. du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles dispose que :

- « 15.a. Lorsque la sécurité ou la santé des travailleurs, notamment en raison du type d'activité ou des effectifs dépassant un certain nombre de personnes et de l'éloignement du chantier, l'exigent, les travailleurs doivent pouvoir disposer de locaux de repos et/ou d'hébergement facilement accessibles.
- 15.b. Les locaux de repos et/ou d'hébergement doivent être de dimensions suffisantes et être équipés d'un nombre de tables et de sièges à dossier tenant compte du nombre des travailleurs.
- 15.c. S'il n'existe pas de tels locaux, d'autres facilités doivent être mises à la disposition du personnel pour qu'il puisse s'y tenir pendant l'interruption du travail.
- 15.d. Les locaux d'hébergement fixes, à moins qu'ils ne soient utilisés qu'à titre exceptionnel, doivent comporter des équipements sanitaires en nombre suffisant, une salle de repas et une salle de détente.
Ils doivent être équipés de lits, d'armoires, de tables et de chaises à dossier en tenant compte du nombre de travailleurs et être affectés en prenant en considération, le cas échéant, la présence de travailleurs des deux sexes.
- 15.e. Dans les locaux de repos et/ou d'hébergement, des mesures appropriées de protection des non-fumeurs contre la gêne due à la fumée de tabac doivent être mises en place. »

En outre, l'article 31 de la CCT du 13 octobre 2011 dispose que :

« Lorsque l'ouvrier est occupé sur un lieu de travail situé à une telle distance de son domicile qu'il ne peut rentrer journalièrement chez lui, l'employeur est tenu de lui fournir un logis et une nourriture convenables ».

L'article 32 de la même CCT précise que « L'employeur peut se soustraire à l'obligation prévue à l'article 31, moyennant paiement, par jour ouvrable, d'une indemnité de logement et d'une indemnité de nourriture. »

Depuis le 1^{er} janvier 2021, les indemnités se montent à :

- Indemnité de logement : 13,36 €/jour
- Indemnité de nourriture : 27,92 €/jour

Clause :

Aussi, est-il proposé d'insérer, dans le Cahier Spécial des Charges, une clause (voir Annexe 5A) stipulant que si l'adjudicataire ou le sous-traitant de l'adjudicataire emploient des travailleurs, qui vu la distance entre leur lieu de travail et leur domicile, ne peuvent rentrer de manière journalière à leur domicile, ils veilleront à leur fournir un logement digne et convenable et répondant aux prescrits légaux y étant relatifs. L'adjudicataire ne peut se soustraire à cette obligation que moyennant paiement, par jour ouvrable, d'une indemnité de logement et d'une indemnité de nourriture conforme à celle fixée par la CCT applicable au travailleur.

Elle précise que :

- toute infraction à cette disposition entraînera l'application d'une pénalité spéciale d'un montant de 400 € par homme en infraction/jour.
- en cas de récidive, l'adjudicataire encourt l'application des mesures d'office visées à l'article 47 § 2 du RGE.

- 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.

Modalités pratiques :

L'imposition étant reprise dans l'A.R. du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, le Pouvoir Adjudicateur peut utilement charger son coordinateur sécurité-santé de la vérification de la conformité aux normes des logements des travailleurs détachés.

- Afin d'en faciliter le contrôle, il est proposé d'ajouter à la liste du personnel visée à l'article 78 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (R.G.E.), l'obligation pour l'adjudicataire de mentionner le domicile des travailleurs présents sur chantier ou le lieu d'hébergement pour les travailleurs détachés. En outre, l'adjudicataire ou sous-traitant qui n'héberge pas les travailleurs détachés, doit joindre à la liste la preuve du paiement de l'indemnité de logement et de l'indemnité de nourriture à chaque travailleur détaché.

Pour rappel, l'article 78 de l'A.R. du 14 janvier 2013 stipule que :

«§ 1er. Qu'elles résultent de la loi ou d'accords paritaires sur le plan national, régional ou local, toutes les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles relatives aux conditions générales de travail, à la sécurité et à l'hygiène sont applicables à tout le personnel du chantier.

L'entrepreneur prend les mesures nécessaires pour que le texte des conventions collectives applicables sur le chantier y soit consultable par tous les intéressés.

§ 2. L'entrepreneur, toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et toute personne mettant du personnel à disposition, sont tenus de payer à leur personnel respectif les salaires, suppléments de salaires et indemnités aux taux fixés, soit par la loi, soit par des conventions collectives conclues par des commissions paritaires ou par des conventions d'entreprises.

§ 3. En permanence, l'entrepreneur tient à la disposition de l'adjudicateur, à un endroit du chantier que celui-ci désigne, la liste mise à jour quotidiennement de tout le personnel qu'il occupe sur le chantier.

Cette liste contient au moins les renseignements individuels suivants :

- 1° le nom;
- 2° le prénom;
- 3° la date de naissance;
- 4° le métier;
- 5° la qualification;
- 6° l'occupation réelle par journée effectuée sur le chantier;
- 7° (abrogé).

Le présent paragraphe n'est pas d'application pour les marchés de travaux dans lesquels le système d'enregistrement de présences ou la méthode d'enregistrement visés à l'article 31ter de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail est obligatoire sur le chantier.

§ 3/1. L'adjudicataire fournit à la première demande de l'adjudicateur des renseignements concernant le salaire horaire, lorsque ceux-ci ne peuvent pas être directement consultés par l'adjudicateur.

§ 4. L'entrepreneur veille à ce que toute personne, agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit ou mettant du personnel à disposition sur le chantier, tienne à la disposition de l'adjudicateur, à un endroit du chantier que l'adjudicateur désigne, la liste mise à jour quotidiennement de tout le personnel que ladite personne occupe sur le chantier.

Cette liste est établie sous la responsabilité du sous-traitant ou de la personne mettant du personnel à disposition. La liste contient les renseignements visés au paragraphe 3.» (Modèle de liste de tout le personnel modifiée à l'Annexe 9).

Hypothèse 1 : la liste du personnel renseigne le logement des travailleurs détachés

- Si l'adjudicataire renseigne le lieu d'hébergement des travailleurs détachés, le Pouvoir Adjudicateur vérifie ou fait vérifier, si l'adresse du logement des travailleurs détachés existe, si le bâtiment est décent, s'ils ne sont pas 30 travailleurs à avoir pour adresse un même logement trop petit pour les accueillir tous (une première approche peut être tentée par Google Streetview, par exemple).

Hypothèse 2 : la liste du personnel ne renseigne pas le logement des travailleurs détachés

- Si l'adjudicataire ne renseigne pas le lieu d'hébergement des travailleurs détachés, le Pouvoir Adjudicateur s'assure qu'il fournit la preuve du paiement de l'indemnité de logement et de l'indemnité de nourriture à chaque travailleur détaché repris sur la liste. Il exige, par courrier recommandé adressé à l'adjudicataire (y compris s'il s'agit de travailleurs des sous-traitants), la production de la copie de la preuve de paiement de l'indemnité de logement et de nourriture.

Si le Pouvoir Adjudicateur constate que le logement ne correspond pas à la définition qui en est donnée par le point 15 de l'Annexe III de l'A.R. du 25 janvier 2001, s'il a des doutes ou si le Pouvoir Adjudicateur n'obtient pas la preuve du paiement de l'indemnité de logement et de l'indemnité de nourriture à chaque travailleur détaché repris sur la liste:

- Il peut prévenir le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).

Indépendamment de cette démarche :

- Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11C) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant. En effet, l'article 44 § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.

- Il peut appliquer la pénalité spéciale de 400 €/homme/jour en infraction à dater du 3^{ème} jour suivant la date de l'envoi recommandé du procès-verbal de manquement jusqu'au jour où le défaut a disparu.
 - En cas de récidive sur le même chantier, le Pouvoir Adjudicateur peut passer aux mesures d'office visées à l'article 47 § 2 du RGE. Dans ce cas :
 - Il peut prévenir le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).
- Indépendamment de cette démarche :
- Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11C) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant.
 - Il effectue un choix quant à la mesure d'offices (Art. 47 de l'A.R. du 14 janvier 2013) :
Les mesures d'office sont :
 - 1° l'application d'une mesure d'office. En cas de résiliation unilatérale du marché par l'adjudicateur, ce dernier n'acquiert pas la totalité du cautionnement à titre de dommages et intérêts ou, à défaut de constitution d'un cautionnement, un montant équivalent ;
 - 2° s'il s'agit d'un entrepreneur de travaux, une proposition de sanction en application de l'article 19 de la loi du 21 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux ;
 - 3° la décision d'exclusion visée à l'article 48.Les mesures prévues aux 2° et 3°, sont appliquées aux frais, risques et périls de l'adjudicataire défaillant. Toutefois, les amendes et pénalités qui sont appliquées lors de l'exécution d'un marché pour compte sont à charge du nouvel adjudicataire.
 - La décision du pouvoir adjudicateur de passer à la mesure d'office choisie est notifiée par lettre recommandée ou par lettre remise contre récépissé à l'adjudicataire défaillant. A partir de cette notification, l'adjudicataire défaillant ne peut plus intervenir dans l'exécution de la partie du marché visé par la mesure d'office. Lorsqu'il est recouru à la conclusion d'un marché pour compte, un exemplaire des documents du marché régissant le nouveau marché à conclure est envoyé au préalable à l'adjudicataire défaillant par lettre recommandée. Lorsque le prix de l'exécution en régie ou du marché pour compte dépasse le prix du marché initial, l'adjudicataire défaillant en supporte le coût supplémentaire. Dans le cas inverse, la différence est acquise au pouvoir adjudicateur.
- En outre, en cas de récidive, le Pouvoir Adjudicateur pourra décider que l'adjudicataire est exclu des marchés du Pouvoir Adjudicateur pour une durée déterminée. L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée (article 48 du RGE).

6. Garantir le maintien du niveau de l'emploi

Il importe que le Pouvoir Adjudicateur s'assure que les soumissionnaires, dans le cadre du marché auquel ils répondent, ne mettent pas leur personnel en chômage temporaire pour privilégier une sous-traitance à bas prix.

De même, les soumissionnaires ont la faculté de se constituer en association momentanée en vue de répondre à un appel d'offres. Le Pouvoir Adjudicateur doit s'assurer que, dans ce cadre, les soumissionnaires formant des groupements sans personnalité juridique n'ont pas licencié ou mis en chômage économique tout ou partie du personnel de leur entreprise principale.

La référence légale de cette interdiction dans le chef des entrepreneurs est la Convention Collective de Travail N° 53 du 23 février 1993 relative au chômage temporaire.

Pour l'application de cette convention collective de travail, il faut entendre par "chômage temporaire" : la suspension totale ou partielle de l'exécution du contrat de travail sur la base de l'article 51 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

L'article 2 de cette CCT dispose que « *Le travail qui est normalement exécuté par des travailleurs qui sont mis en chômage temporaire ne peut être sous-traité par leur employeur à des tiers pendant la durée du chômage temporaire.* »

S'il est démontré qu'une entreprise a recours à de la sous-traitance ou intérim alors que tout ou partie de son personnel engagé est placé en chômage économique, on peut alors considérer qu'il s'agit de chômage structurel.

En effet, le chômage économique n'est pas reconnu dans les cas suivants :

- Le chômage économique ne peut être subordonné à des activités trop spécifiques
Cela signifie que l'article 51 de la loi du 3 juillet 1978 ne peut être invoqué lorsque le manque de travail est propre à la nature de l'activité; par exemple, si une entreprise d'emballage en toile de jute pour charbon se voit supprimer ses commandes parce que l'emballage choisi change de nature. Toutefois, si l'entreprise démontre qu'elle fait des efforts d'adaptation au marché, il en sera tenu compte pour l'assimilation du chômage économique.
- Le chômage économique ne peut résulter d'une mauvaise gestion de la firme
Le chômage économique doit résulter d'un régime exceptionnel que l'employeur ne peut invoquer lorsque le manque de travail résulte d'une organisation déficiente de l'entreprise ou d'une mauvaise gestion personnelle. Il doit par conséquent s'agir d'une situation inhabituelle, extraordinaire.
- Le chômage économique ne peut être ni fréquent ni régulier :
Lorsque le manque de travail présente un caractère fréquent et régulier qui se reproduit chaque année et qu'il est inhérent au secteur d'activité, il s'agit de chômage structurel et non plus de chômage conjoncturel. Dans ce cas, il n'est pas possible d'invoquer l'article 51 étant donné que le chômage qui y est décrit doit présenter un caractère exceptionnel.

S'il y a constat d'infraction en la matière, le directeur du bureau de chômage compétent peut prendre soit directement, soit après un avertissement, la décision de refuser les allocations de chômage en tout ou en partie dans l'entreprise. Ceci résulte de la définition (jurisprudence) des motifs économiques dont il est fait mention dans l'article 51 de la loi du 3 juillet 1978. Il faut évidemment démontrer que les qualifications professionnelles du personnel sous-traitant sont identiques à celles du personnel en chômage.

Clause :

Afin de s'assurer de l'absence de cette pratique illicite dans le chef des soumissionnaires, le Pouvoir Adjudicateur peut reprendre dans les documents à joindre obligatoirement à l'offre, la proposition reprise à l'Annexe 5B :

Selon cette clause, le soumissionnaire doit utiliser tout ou partie de son propre personnel, selon l'importance du chantier (et par voie de conséquence maintenir le niveau d'emploi précédant la remise de l'offre dans les métiers concernés par l'offre faisant l'objet du présent marché).

Cette imposition est applicable aussi lorsque le soumissionnaire est une association momentanée, ou toute autre forme de groupements sans personnalité juridique et ce, pour tous les opérateurs, parties au groupement.

Le soumissionnaire doit joindre à son offre le document suivant (rédigé en langue française ou accompagné d'une traduction) :

Une liste du personnel reprenant les noms, prénom, qualification, date de début de contrat et barème de chaque membre du personnel (à défaut du barème, le soumissionnaire communiquera à tout le moins la Commission paritaire dont relève chaque membre du personnel ainsi que le type de travailleur, tels que déclarés dans le fichier du personnel DIMONA).

En cas d'absence de ce document dans l'offre, le pouvoir adjudicateur réclamera le document au soumissionnaire qui devra l'envoyer dans les 8 jours de la demande. Le défaut d'envoi entraînera la nullité absolue de l'offre.

En outre, toute infraction constatée par rapport à cette exigence pendant l'exécution du marché sera sanctionnée par une pénalité de 400 €/jour/homme mis en chômage temporaire.

Modalités pratiques :

Pour vérifier l'adéquation des soumissionnaires à cette exigence, le Pouvoir Adjudicateur réclame la fourniture, par le soumissionnaire de l'attestation ONSS originale (datant au plus tard du trimestre précédent la date de remise des offres), avec les cadres statistiques trimestriels reprenant le personnel ouvrier et employé assujetti.

- Avant d'attribuer, au moment de l'analyse des offres, le Pouvoir Adjudicateur pourra donc vérifier de qui est composé le personnel de l'entrepreneur qui sera mis à disposition sur le chantier.

- Pendant le chantier, en comparant le document remis par l'adjudicataire dans son offre et la liste visée à l'article 78 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (R.G.E.), soit la liste obligatoire reprenant les travailleurs occupés journalièrement sur le chantier, le Pouvoir Adjudicateur pourra vérifier si l'adjudicataire emploie son propre personnel comme il s'y était engagé dans l'offre.
- Si ce n'est pas le cas, le Pouvoir Adjudicateur peut exiger, par courrier recommandé adressé à l'adjudicataire (y compris pour les sous-traitants), d'être renseigné sur les travailleurs non présents sur le chantier alors qu'ils étaient prévus dans l'offre.
- Si le Pouvoir Adjudicateur constate que des travailleurs prévus dans l'offre ne sont pas présents sur chantier ou si le Pouvoir Adjudicateur n'obtient pas réponse de l'adjudicataire :
 - Il peut prévenir le Directeur du bureau de chômage compétent afin qu'un contrôle soit opéré.

Indépendamment de cette démarche :

- Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11D) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant. En effet, l'article 44 § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.
 - Il peut appliquer la pénalité spéciale de 400 €/homme/jour en infraction à dater du 3^{ème} jour suivant la date de l'envoi recommandé du procès-verbal de manquement jusqu'au jour où le défaut a disparu.
- En cas de récidive sur le même chantier, le Pouvoir Adjudicateur peut passer aux mesures d'office visées à l'article 47 § 2 du RGE. Dans ce cas :
- Il peut prévenir le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).

Indépendamment de cette démarche :

- Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11D) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant.
- Il effectue un choix quant à la mesure d'offices (Art. 47 de l'A.R. du 14 janvier 2013) :
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 acquise de plein droit au pouvoir 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 régie 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.

Les mesures prévues aux 2° et 3°, sont appliquées aux frais, risques et périls de l'adjudicataire défaillant. Toutefois, les amendes et pénalités qui sont appliquées lors de l'exécution d'un marché pour compte sont à charge du nouvel adjudicataire.

- La décision du pouvoir adjudicateur de passer à la mesure d'office choisie est notifiée par lettre recommandée ou par lettre remise contre récépissé à l'adjudicataire défaillant. A partir de cette notification, l'adjudicataire défaillant ne peut plus intervenir dans l'exécution de la partie du marché visé par la mesure d'office.

Lorsqu'il est recouru à la conclusion d'un marché pour compte, un exemplaire des documents du marché régissant le nouveau marché à conclure est envoyé au préalable à l'adjudicataire défaillant par lettre recommandée.

Lorsque le prix de l'exécution en régie ou du marché pour compte dépasse le prix du marché initial, l'adjudicataire défaillant en supporte le coût supplémentaire. Dans le cas inverse, la différence est acquise au pouvoir adjudicateur.

- En outre, en cas de récidive, le Pouvoir Adjudicateur pourra décider que l'adjudicataire est exclu des marchés du Pouvoir Adjudicateur pour une durée déterminée (par exemple 5 ans). L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée (article 48 du RGE).

7. Limiter l'impact des « ouvriers détachés »

7.1. L'usage de la langue française sur chantier

Actuellement, sur un grand nombre de chantiers, le maître de l'ouvrage est dans l'incapacité de prédire, au moment de l'attribution de l'offre, si l'adjudicataire introduira sur le chantier des travailleurs ne maîtrisant pas le français et quelles langues ils parleront. De même, le maître de l'ouvrage et le coordinateur sécurité-santé n'ont pas les moyens de s'assurer que les informations relatives à la sécurité ont été correctement traduites, par l'adjudicataire et ses sous-traitants, à destination des travailleurs détachés qu'ils emploient. Ajoutons aussi que, sur les chantiers d'une certaine importance, il est fréquent de retrouver des sous-traitants simultanés employant des travailleurs de langues différentes et donc, incapables de communiquer entre eux.

Or, une étude effectuée en février 2003 par la Direction générale Humanisation du travail démontre que, parmi les victimes des accidents du travail, les étrangers sont touchés 1,5 fois en plus.

La légalité d'une clause imposant l'usage du français à certains travailleurs peut s'appuyer :

- sur l'article 3 du règlement No 492/2011 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, qui stipule que :
« 1. Dans le cadre du présent règlement, ne sont pas applicables les dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou les pratiques administratives d'un État membre:
a) qui limitent ou subordonnent à des conditions non prévues pour les nationaux la demande et l'offre de l'emploi, l'accès à l'emploi et son exercice par les étrangers; ou

b) qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, ont pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants des autres États membres de l'emploi offert.

Le premier alinéa ne concerne pas les conditions relatives aux connaissances linguistiques requises en raison de la nature de l'emploi à pourvoir. »

- Sur 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 dispose, qui dispose que :

« Information des travailleurs

1. Sans préjudice de l'article 10 de la directive 89/391/CEE, les travailleurs et/ou leurs représentants sont informés de toutes les mesures à prendre en ce qui concerne leur sécurité et leur santé sur le chantier.

2. Les informations doivent être compréhensibles pour les travailleurs concernés. »

Clause :

La disposition reprise à l'article 5 de l'Annexe 5A impose à l'adjudicataire et chaque sous-traitant :

- d'occuper obligatoirement au sein de l'équipe de travailleurs présents sur le chantier, au moins une personne et au minimum une personne par tranche de quinze travailleurs ayant une connaissance suffisante de la langue française.
- Les postes suivants doivent impérativement être occupés par des personnes ayant une connaissance suffisante de la langue française : 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 l'A.R. du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs⁶.

L'adjudicataire doit fournir la preuve qu'un travailleur et au minimum un sur quinze au sein de l'équipe (en ce compris les postes spécifiques ci-dessus visés) soit dispose d'un certificat linguistique de niveau A2 minimum dans la langue du marché venant d'un opérateur agréé ou d'un certificat équivalent, soit dispose au minimum d'un diplôme de l'enseignement primaire officiel dont la scolarité a été suivie dans la langue française ou un diplôme équivalent.

Cette obligation vaut à tous les échelons de la sous-traitance.

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

⁶ 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;

Modalités pratiques :

- Avant le début du chantier (ou l'arrivée sur chantier de chaque sous-traitant), le Pouvoir Adjudicateur, par le biais de son surveillant de chantier par exemple, vérifie :
 - o si l'adjudicataire (et chaque sous-traitant) a bien remis la preuve de ce qu'un travailleur et au minimum 1 sur 15 dispose d'un certificat linguistique de niveau A2 minimum en langue française, soit dispose au minimum d'un diplôme de l'enseignement primaire officiel dont la scolarité a été suivie dans la langue française ou un diplôme équivalent.
 - o si l'adjudicataire (et chaque sous-traitant) a bien remis la preuve de ce que les travailleurs suivants disposent d'un certificat linguistique de niveau A2 minimum en langue française, soit dispose au minimum d'un diplôme de l'enseignement primaire officiel dont la scolarité a été suivie dans la langue française ou un diplôme équivalent : 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 l'A.R. du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs.

- En cours de chantier, le Pouvoir Adjudicateur fait des « coups de sonde » en comparant la liste journalière des travailleurs occupés sur le chantier (art. 78 de l'A.R. du 14 janvier 2013) avant les justificatifs remis par l'adjudicataire et ses sous-traitants.

- Si le Pouvoir Adjudicateur constate qu'il ne dispose pas des documents OU si le Pouvoir Adjudicateur constate que les travailleurs présents sur chantier en cours d'exécution ne sont pas ceux pour lesquelles il a reçu les justificatifs de maîtrise de la langue française :
 - o Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11E) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant. En effet, l'article 44 § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.
 - o Il peut appliquer la pénalité spéciale de 400 €/homme/jour en infraction à dater du 3^{ème} jour suivant la date de l'envoi recommandé du procès-verbal de manquement jusqu'au jour où le défaut a disparu.

- En cas de récidive sur le même chantier, le Pouvoir Adjudicateur peut passer aux mesures d'office visées à l'article 47 § 2 du RGE. Dans ce cas :
 - o Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11E) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant.
 - o Il effectue un choix quant à la mesure d'offices (Art. 47 de l'A.R. du 14 janvier 2013) :
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 acquise de plein droit au pouvoir 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 régie 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.

Les mesures prévues aux 2° et 3°, sont appliquées aux frais, risques et périls de l'adjudicataire défaillant. Toutefois, les amendes et pénalités qui sont appliquées lors de l'exécution d'un marché pour compte sont à charge du nouvel adjudicataire.

- La décision du pouvoir adjudicateur de passer à la mesure d'office choisie est notifiée par lettre recommandée ou par lettre remise contre récépissé à l'adjudicataire défaillant. A partir de cette notification, l'adjudicataire défaillant ne peut plus intervenir dans l'exécution de la partie du marché visé par la mesure d'office.

Lorsqu'il est recouru à la conclusion d'un marché pour compte, un exemplaire des documents du marché régissant le nouveau marché à conclure est envoyé au préalable à l'adjudicataire défaillant par lettre recommandée.

Lorsque le prix de l'exécution en régie ou du marché pour compte dépasse le prix du marché initial, l'adjudicataire défaillant en supporte le coût supplémentaire. Dans le cas inverse, la différence est acquise au pouvoir adjudicateur.

- En outre, en cas de récidive, le Pouvoir Adjudicateur pourra décider que l'adjudicataire est exclu des marchés du Pouvoir Adjudicateur pour une durée déterminée (par exemple 5 ans). L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée (article 48 du RGE).

7.2. Le renforcement de la sélection qualitative

Il est possible, dans le cadre de la sélection qualitative, d'imposer comme niveau d'exigence un ratio « chiffre d'affaires/effectif annuel » qui permette de ne pas retenir les entreprises qui sous-paieront leur personnel ou sous-traitent à des salaires horaires inférieurs à ceux recommandés par la CP construction.

Il s'agira d'imposer, pour avoir accès au marché, que les soumissionnaires apportent la preuve d'un ratio chiffres d'affaires/effectif annuel au maximum égal à 500.000 € par travailleur sur les trois dernières années. Par effectif, on entend le personnel employé par le soumissionnaire qu'il soit d'encadrement ou ouvrier.

La clause à insérer dans le C.S.CH. est reprise à l'Annexe 5B.

7.3. L'insertion de clauses sociales

Les clauses sociales introduites dans les cahiers des charges des marchés publics, outre le fait qu'elles poursuivent un objectif de formation, d'insertion ou d'intégration de demandeurs d'emploi, d'apprentis, de stagiaires, d'apprenants ou de personnes en situation de handicap, contribuent aussi à favoriser les entreprises employant un personnel fixe et expérimenté.

Afin de simplifier les pratiques, 3 options sont proposées aux pouvoirs adjudicateurs wallons :

- Réserver le marché ou un lot du marché à une entreprise d'économie sociale
 - o Réserve du marché à une entreprise de travail adapté (travailleurs handicapés)
 - o Réserve du marché à une entreprise d'économie sociale d'insertion
- Imposer à l'entreprise adjudicataire de réaliser un effort de formation sur chantier
 - o Clause sociale de formation
- Imposer à l'entreprise adjudicataire de réaliser un effort de formation et/ou d'insertion pendant l'exécution du chantier (l'entreprise choisit soit de sous-traiter une partie du marché à l'économie sociale, soit d'accueillir un/des stagiaire(s) en formation).
 - o Clause sociale flexible

Toutes les explications et documents à télécharger se trouvent sur le Portail des marchés Publics en Région Wallonne (Rubrique « outils ») et en Fédération Wallonie-Bruxelles (sous l'onglet Informations générales-Pratiques de marché – Clauses sociales-Bâtiment).

Dans le cadre de la clause sociale de formation et de la clause sociale flexible, le Portail propose que l'adjudicataire ait remis, au pouvoir adjudicateur et ce, avant la date fixée pour le commencement de la formation du ou de chaque demandeur d'emploi ou apprenant qui sera formé au cours du marché, une déclaration sur l'honneur par laquelle l'adjudicataire s'engage à respecter les conditions d'encadrement. Un format de déclaration sur l'honneur est proposé sur le site.

Le présent document propose l'ajout, à cette déclaration sur l'honneur, d'une clause par laquelle l'adjudicataire s'engage à respecter ou à faire respecter par ses sous-traitants, la condition d'encadrement supplémentaire suivante :

- En fonction des métiers, la formation sera donnée par l'adjudicataire ou par un sous-traitant de 1er degré. En aucun cas, elle ne sera sous-traitée.

L'objectif de cette condition est que les apprenants soient formés par l'entreprise compétente la plus élevée dans la pyramide des entreprises présentes sur chantier.

Pour ce document complété, voir l'Annexe 6.

7.4. La maîtrise et la surveillance des sous-traitants

Tous les pouvoirs adjudicateurs sont aujourd'hui confrontés à un phénomène de sous-traitance en cascade qui outre qu'elle entraîne la perte, par le Pouvoir Adjudicateur, de la maîtrise du chantier, lui fait courir des risques importants dans le cadre de la responsabilité solidaire pour dettes sociales et

fiscales qui permet de rendre des donneurs d'ordre et des entrepreneurs responsables des dettes sociales et fiscales de leurs sous-traitants.

En l'absence de réglementation, la précédente « boîte à outils » avait développé les mesures suivantes :

- Exiger de connaître, dans l'offre, la part du marché sous-traitée ainsi que les sous-traitants proposés :
- Préciser qu'en cas de changement de sous-traitants, l'adjudicataire doit obtenir l'autorisation préalable et expresse du pouvoir adjudicateur : de la sorte, le Pouvoir Adjudicateur s'assure de maîtriser la fiabilité des entreprises présentes sur son chantier.
- Exiger que les sous-traitants de l'adjudicataire satisfassent en proportion de leur participation au marché aux exigences minimales de capacité financière et économique et de capacité technique et professionnelle imposées par les documents du marché et aux dispositions de la législation organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux : il est important que le Pouvoir Adjudicateur s'assure de la capacité des sous-traitants à assumer leur part de chantier tant quant à la catégorie et la classe d'agrégation que la capacité financière (éviter les faillites sur chantier).
- Limiter la sous-traitance : il s'agissait de limiter la sous-traitance aux métiers utiles au chantier en évitant l'abus de sous-traitance verticale. Le Pouvoir Adjudicateur, en fonction des disciplines utiles au chantier, devait indiquer le nombre de sous-traitants du 1er degré et limiter la sous-traitance de 2e degré à 1 sous-traitant outre les sous-traitants dits de spécialisations.

Afin de renforcer la maîtrise sur le nombre et la qualité des sous-traitants, la nouvelle réglementation a introduit de nouvelles dispositions dans l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Le rapport au Roi de l'A.R. du 22 juin 2017 qui modifie l'A.R. du 14 janvier 2013 précise que l'article 12 insère les articles 12/1 à 12/4 qui concernent respectivement la transparence de la chaîne de sous-traitance, la vérification de l'existence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants, la limitation de la chaîne de sous-traitance et l'obligation pour le sous-traitant de satisfaire aux exigences en matière de sélection qualitative. Ces dispositions ont ceci en commun qu'elles contribuent à lutter contre le dumping social dans la chaîne de sous-traitance.

Notons également qu'à l'article 38 de l'A.R. du 22 juin 2017, un article 78/1 est inséré. Celui-ci concerne le respect obligatoire de la réglementation sur l'agrégation des entrepreneurs dans la chaîne de sous-traitance.

7.4.1. Sous-traitants obligatoires/changement de sous-traitants

L'article 12 de l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics dispose que :

« § 1. Le fait que l'adjudicataire confie tout ou partie de ses engagements à des sous-traitants ne dégage pas sa responsabilité envers l'adjudicateur. L'adjudicateur n'a aucun lien contractuel avec ces tiers.

§ 2. Dans les cas suivants, l'adjudicataire a l'obligation de faire appel à un ou plusieurs sous-traitant(s) prédéterminé(s) :

1° lorsque l'adjudicataire a, pour sa sélection qualitative concernant les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente, fait appel à la capacité de sous-traitants prédéterminés conformément à l'article 73, § 1er, de l'arrêté royal secteurs classiques, à l'article 73 de l'arrêté royal secteurs spéciaux ou à l'article 79 de l'arrêté royal défense et sécurité, selon le cas;

2° lorsque l'adjudicateur impose à l'adjudicataire le recours à certains sous-traitants.

Le recours à d'autres sous-traitants est soumis à l'autorisation préalable de l'adjudicateur.

L'adjudicateur est uniquement responsable de la capacité financière et économique et de la capacité technique et professionnelle de ce(s) sous-traitant(s) dans le cas visé à l'alinéa 1er, 2°.

§ 3. Lorsque l'adjudicataire a proposé certains sous-traitants dans son offre conformément à l'article 73 de l'arrêté royal secteurs classiques, à l'article 73 de l'arrêté royal secteurs spéciaux ou à l'article 140 de l'arrêté royal défense et sécurité, selon le cas, il ne peut en principe, s'il fait appel à la sous-traitance dans le cadre de l'exécution, recourir qu'aux seuls sous-traitants proposés, à moins que l'adjudicateur ne l'autorise à recourir à un autre sous-traitant.

L'alinéa 1er ne s'applique pas dans le cas où l'adjudicateur a demandé, conformément à l'article 12/2, le remplacement du ou des sous-traitant(s) concerné(s) parce que ce(s) dernier(s) se trouvai(en)t dans une situation d'exclusion.

§ 4. Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux, l'adjudicateur fait mention dans les documents du marché de l'action directe du sous-traitant conformément à l'article 1798 du Code Civil. »

ATTENTION : il ne peut être dérogé à cet article que moyennant motivation formelle dans le C.S.CH.

A défaut de mention de cette motivation, la dérogation est réputée non écrite. Cette sanction n'est pas applicable dans le cas d'une convention signée par les parties. La liste des dispositions auxquelles il est dérogé figure de manière explicite au début du cahier spécial des charges et ce, pour tous les marchés.

Le Rapport au Roi stipule que cette disposition remplace l'article 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 relatif à la sous-traitance.

- L'alinéa 1er, de la présente disposition, qui a trait au fait que l'adjudicataire reste responsable à l'égard de l'adjudicateur lorsqu'il confie la totalité ou une partie de ses engagements à un tiers durant l'exécution, reste inchangé. Les alinéas deux et trois se présentent sous une forme modifiée dans les nouveaux articles 12/4 et 12/5 (voir infra).

A toutes fins utiles, il est rappelé que la réglementation des marchés publics ne peut pas déroger aux règles plus spécifiques et plus contraignantes relatives au bien-être au travail, qui imposent des obligations particulières entre autres à charge de l'adjudicataire pour ou en relation avec l'exécution de certains marchés. Cette réglementation interdit parfois la possibilité de confier des tâches à des sous-traitants.

- L'alinéa 4 de la disposition actuelle relative aux cas où l'adjudicataire a l'obligation de faire appel à certains sous-traitants, est largement repris dans les paragraphes 2 et 3. Les modifications suivantes doivent plus particulièrement être signalées. L'obligation pour l'adjudicataire qui, dans le cadre de la procédure de passation, a utilisé la capacité de certains sous-traitants pour sa sélection qualitative, de recourir également de manière effective à ces sous-traitants dans le cadre de l'exécution, se limite dorénavant aux critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente.

Cette limitation est dictée par les articles 63.1 de la directive 2014/24/UE et 79.1 de la directive 2014/25/UE. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 72, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit aussi que les opérateurs économiques ne peuvent avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront effectivement les travaux ou fourniront effectivement les services pour lesquels ces capacités sont requises, en ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente (l'arrêté royal relatif aux secteurs spéciaux prévoit une disposition similaire). La disposition dont question ici en constitue le pendant, dans le cadre de l'exécution. Il a été décidé d'étendre également cette approche aux marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

- Il va de soi que le recours obligatoire à un sous-traitant, à la capacité duquel il a été fait appel au niveau de la sélection qualitative concernant les critères d'études et professionnels ou d'expérience professionnelle pertinente, ne vaut pas lorsque l'adjudicateur a demandé le remplacement du sous-traitant concerné étant donné qu'il se trouve dans une situation d'exclusion, conformément à l'article 12/2. Dans ce cas, il y a tout simplement lieu d'appliquer l'article 12/2 commenté ci-dessous. Ce raisonnement vaut aussi dans l'hypothèse où l'intervention d'un sous-traitant est imposée par l'adjudicateur : dans ce cas également, la possibilité d'une telle imposition (exceptionnelle) du sous-traitant ne déroge par définition en rien à la possibilité/obligation pour l'adjudicateur de demander le remplacement de ce sous-traitant imposé en cours d'exécution du marché, conformément à l'article 12/2. Dans les deux cas précités l'adjudicateur devra vérifier, dans le cadre de la vérification du nouveau sous-traitant proposé, si ce dernier répond bien aux critères de sélection qualitatifs et ce afin de garantir le respect du principe de l'égalité.
- L'obligation de recourir à certains sous-traitants, si ceux-ci ont déjà été proposés dans l'offre, fait l'objet d'un troisième paragraphe distinct. Du fait de cette approche séparée, il peut en effet être précisé dans le dispositif qu'il est, dans ce cas, encore loisible à l'adjudicataire d'exécuter lui-même le marché concerné. C'est seulement dans le cas où il souhaite recourir à la sous-traitance dans le cadre de l'exécution qu'il pourra en principe uniquement faire appel aux sous-traitants proposés, sauf s'il obtient l'autorisation de l'adjudicateur de recourir à un autre sous-traitant.
- Les deuxième et troisième paragraphes mentionnent tous deux que le recours obligatoire à certains sous-traitants ne s'applique pas dans le cas où le pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 12/2 ci-après, a demandé le remplacement du ou des sous-traitant(s) concerné(s) parce qu'il(s) se trouvai(en)t dans une situation d'exclusion. L'article 12/2 nouvellement inséré prévoit, en effet, expressément que le pouvoir adjudicateur peut ou dans certains cas doit vérifier s'il existe des motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Cette disposition est examinée ci-après. Il est logique qu'il ne faille plus recourir obligatoirement à un sous-traitant déterminé si son remplacement est demandé en raison de la présence d'un motif d'exclusion. Cette disposition est commentée ci-après.

- Le paragraphe 4 est nouveau. Il prévoit une obligation d'insérer dans les documents du marché un renvoi à l'article 1798 du code civil, en transposition de l'article 71.3 de la directive 2014/24/UE et de l'article 88.3 de la directive 2014/25/UE.

Voir clauses complémentaires à l'annexe 5A- Points 6.1.

7.4.2. Sous-traitants dans un secteur sensible à la fraude

L'article 12/1 de l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics dispose que :

« 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 1er, 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.

Dans les autres cas que ceux visés à l'alinéa 1er, l'adjudicateur peut demander les mêmes informations à l'adjudicataire.

Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, les documents de marché peuvent imposer que les informations visées à l'alinéa 1er soient fournies sous la forme du Document Unique de Marché Européen, ci-après dénommé DUME. Dans ce cas, le DUME doit être complété entièrement et contenir toute l'information relative au sous-traitant concerné, conformément aux dispositions du règlement n° 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 relatif au formulaire standard pour le DUME.

Les alinéas 1er et 4 ne sont pas d'application pour les marchés tombant dans le champ d'application de la loi défense et sécurité. »

ATTENTION : il est interdit de déroger à cet article dans le C.S.CH. (art. 9 par.1 de l'A.R.)

- Le nouvel article 12/1 transpose l'article 71.5 de la directive 2014/24/EU et l'article 88.5 de la directive 2014/25/UE concernant la communication obligatoire, par l'adjudicataire à l'adjudicateur, d'informations relatives aux sous-traitants. Chaque fois qu'a été prévue une obligation de vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef du sous-traitant (direct), plus particulièrement pour chaque marché dans un secteur sensible à la fraude, cette obligation de vérification a été assortie d'une obligation, pour l'adjudicataire, de transmettre les informations relatives à ces sous-traitants à l'adjudicateur (voir infra article 12/2). Cette obligation a également été rendue applicable aux marchés concernés, même si leur valeur estimée est inférieure au seuil fixé pour la publicité européenne. Il en va de même d'ailleurs dans le cas de marchés de services qui doivent être fournis sur un site placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur.

- Enfin, l'obligation de fournir de l'information vaut également lorsqu'il s'agit d'un marché passé par une entreprise publique (même si l'article 12/2 n'est pas d'application à ces marchés).
- De surcroît, l'obligation de communication des informations qui incombe directement à l'adjudicataire (l'adjudicateur ne doit donc pas en faire la demande) ne se limite pas au sous-traitant direct : l'adjudicataire devra, dans les cas (sensibles à la fraude) indiqués, transmettre les informations relatives à l'ensemble des sous-traitants, quelle que soit la place qu'ils occupent dans la chaîne de sous-traitance. De cette manière, l'adjudicateur pourra vérifier si les articles examinés ci-après relatifs à la limitation de la chaîne de sous-traitance (voir article 12/2) et au respect de la réglementation sur l'agrément (article 78/1) ont été correctement respectés.
- En ce qui concerne les services de gardiennage, les obligations en matière de devoir d'information décrites au présent passage, ne portent en rien préjudice aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, § 3bis, de la loi précitée, inséré par la loi du 13 janvier 2014, les services de gardiennage ne peuvent être donnés en sous-traitance par « l'entrepreneur principal » (l'adjudicataire dans ce cas), que moyennant le respect d'une série de conditions strictes. Tant « l'entrepreneur principal » que le sous-traitant doivent en premier lieu disposer d'un permis pour l'exercice des activités concernées. En outre, l'adjudicateur doit non seulement être tenu au courant, mais il doit aussi donner son accord préalable avant de pouvoir confier (une partie de) le marché à un (des) sous-traitant(s), sans quoi aucune sous-traitance n'est autorisée. Dans ce cadre une série de données seront reprises dans une convention écrite entre « l'adjudicateur » et « l'entrepreneur principal ». cela concerne non seulement le nom de du sous-traitant concerné et ses coordonnées, mais également la période, les dates et les lieux où ces activités seront exécutées par le biais d'une sous-traitance. La communication de ces dernières données n'est cependant pas imposée par le présent article 12/1 mais bien par la loi du 10 avril 1990. Comme déjà dit, ces données doivent non seulement être communiquées, mais elles seront aussi reprises dans une convention écrite entre « l'adjudicateur » et « l'entrepreneur principal ».
- L'alinéa 3 prévoit que dans tous les autres cas, l'adjudicateur peut également demander ces informations à l'adjudicataire (donc même s'il s'agit d'un marché non catalogué comme étant sensible à la fraude et qu'il ne s'agit pas d'un service exécuté sur un site placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur). Il devra toutefois adresser une demande en ce sens à l'adjudicataire.
- Enfin, l'alinéa 4 précise que les documents du marché peuvent imposer que les informations doivent être fournies sous la forme d'un Document Unique de Marché Européen (ci-après DUME). Ceci n'est possible que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne. L'alinéa 4 précise également que, si les informations concernant les sous-traitants doivent être fournies sous la forme du DUME, qu'alors ce DUME doit être complété entièrement, ce qui explique la référence à la deuxième phrase des alinéas 1er à 4.

- Actuellement, l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants ne fait pas obligatoirement l'objet d'une vérification formelle obligatoire. Sur la base des articles 71.6.b) de la directive 2014/24/UE et 88.6.b) de la directive 2014/25/UE, les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier ou être obligés par les Etats membres à vérifier s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants. Il s'agit d'une mesure qui contribue au respect, en ce compris dans la chaîne de sous-traitance, du droit environnemental, social et du travail. Ce sont des dispositions dont la transposition est facultative. Cette option reprise dans les directives sera ainsi levée. La loi a déjà indiqué qu'il sera fait usage de cette possibilité, a fortiori pour ce qui est des secteurs classiques (voir l'article 86, alinéa 1er, de la loi, prévoyant une délégation obligatoire au Roi).

7.4.3. Vérification des motifs d'exclusion dans la chaîne des sous-traitants

L'article 12/2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics dispose que :

« § 1er. 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 ou de l'article 63 de l'arrêté royal défense et sécurité. Le pouvoir adjudicateur demande que l'adjudicataire remplace le ou les sous-traitant(s) à l'encontre desquels ladite vérification a montré qu'il existe un des motifs d'exclusion au sens des articles 67 et 68 de la loi ou de l'article 63, § 1er, de l'arrêté royal défense et sécurité. Lorsqu'il s'agit d'un motif d'exclusion facultatif visé à l'article 69 de la loi ou à l'article 63, § 2, de l'arrêté royal défense et sécurité, le pouvoir adjudicateur peut procéder de même et l'adjudicataire est alors soumis aux mêmes obligations.

Par dérogation à l'alinéa 1er, lorsqu'il s'agit d'un marché dans un secteur sensible à la fraude dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur est tenu, dès que les données visées à l'article 12/1 lui ont été fournies, de procéder sans délai à la vérification visée à l'alinéa 1er.

La constatation visée à l'alinéa 1er de l'existence d'un motif d'exclusion et la demande de remplacement font l'objet d'un procès-verbal, qui est envoyé à l'adjudicataire conformément à l'article 44, § 2, alinéa 1er. Ce dernier dispose d'un délai de quinze jours suivant la date d'envoi dudit procès-verbal, pour démontrer que le sous-traitant visé a été remplacé. Durant ce délai, il reste toujours possible de fournir la preuve de la régularisation des dettes sociales ou fiscales. Les mesures correctrices visées au paragraphe 3 peuvent également encore être apportées durant le délai susmentionné de quinze jours, sauf si les documents du marché imposent que les données relatives aux sous-traitants soient fournies sous la forme du DUME conformément à l'article 12/1, alinéa 4, auquel cas les mesures correctrices sont mentionnées dans ledit DUME

Le délai de quinze jours visé à l'alinéa 3, peut être réduit conformément à l'article 44, § 2, alinéa 3.

§ 2. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut également vérifier s'il existe, plus loin dans la chaîne de sous-traitance, des motifs d'exclusion au sens du paragraphe 1er, alinéa 1er. Le pouvoir adjudicateur demande que l'adjudicataire prenne les mesures nécessaires pour le remplacement du sous-traitant à l'encontre duquel ladite vérification a démontré qu'il existe un motif d'exclusion au sens des articles 67 et 68 de la loi ou de l'article 63, § 1er, de l'arrêté royal défense et sécurité ou de les faire prendre. Lorsqu'il s'agit d'un motif d'exclusion facultatif visé à l'article 69 de la loi ou à l'article 63, § 2, de

l'arrêté royal défense et sécurité, le pouvoir adjudicateur peut procéder de même, et l'adjudicataire est alors soumis aux mêmes obligations.

La constatation visée à l'alinéa 1er de l'existence d'un motif d'exclusion et la demande de remplacement font l'objet d'un procès-verbal, qui est envoyé à l'adjudicataire conformément à l'article 44, § 2, alinéa 1er. Ce dernier dispose d'un délai de quinze jours suivant la date d'envoi dudit procès-verbal, pour démontrer que le sous-traitant visé a été remplacé. Durant ce délai, il reste toujours possible de fournir la preuve de la régularisation des dettes sociales et fiscales. Durant le délai de quinze jours précité, les mesures correctrices visées au paragraphe 3 peuvent également encore être apportées, tout comme il reste possible d'apporter la preuve de la régularisation des dettes fiscales et sociales.

§ 3. Cet article ne porte pas préjudice à la possibilité pour le sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion, de prouver que les mesures qu'il a prises sont suffisantes pour démontrer sa fiabilité, malgré le motif d'exclusion applicable.

Le sous-traitant visé à l'alinéa 1er dispose de la possibilité de se mettre encore en règle quant aux dettes sociales et fiscales. Dans le courant de l'exécution, il ne lui est possible d'y recourir qu'à une seule reprise.

Le présent paragraphe n'est pas d'application pour les marchés qui tombent dans le champ d'application de la loi défense et sécurité.

§ 4. Sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures d'office, tout manquement à l'obligation de remplacement visée paragraphe 1er, ou à l'obligation visée au paragraphe 2 de prendre les mesures nécessaires afin de pourvoir au remplacement, donne lieu à l'application d'une pénalité journalière d'un montant de 0,2 pour cent du montant initial du marché. Cette pénalité est appliquée à compter du quinzième jour suivant la date de l'envoi recommandé ou de l'envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi, prévue à l'article 44, § 2. Ladite pénalité court jusqu'au jour où la défaillance est réparée.

La pénalité visée à l'alinéa 1er ne peut cependant jamais dépasser le montant suivant :

- a) 5.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est inférieur à 10.000.000 euros ;*
- b) 10.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est égal ou supérieur à 10.000.000 euros. »*

Le rapport au Roi précise que :

- L'alinéa 1er du paragraphe premier de l'article 12/2 concerne la possibilité, pour un pouvoir adjudicateur, de vérifier s'il existe des motifs d'exclusion dans le chef du ou des sous-traitants directs de l'adjudicataire. Il s'agit donc des motifs d'exclusion également applicables dans le cadre de la procédure de passation. Si la vérification fait apparaître l'existence des motifs d'exclusion visés aux articles 67 et 68 de la loi ou à l'article 63, § 1er, de l'arrêté royal défense et sécurité dans le chef du sous-traitant concerné, le pouvoir adjudicateur devra exiger que l'adjudicataire procède à son remplacement. Si un motif d'exclusion facultatif est constaté, le pouvoir adjudicateur pourra formuler la même exigence. Lorsqu'ils appliquent des motifs d'exclusion facultatifs, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un sous-traitant que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des

doutes quant à la fiabilité d'un sous-traitant, ce qui pourrait justifier son exclusion. L'alinéa 3 contient un certain nombre de formalités qui sont édictées afin de garantir que les droits de la défense soient respectés. Il s'agit plus précisément de l'exigence de dresser un procès-verbal constatant la présence d'un motif d'exclusion et de la demande de remplacement. Ce procès-verbal doit être envoyé à l'adjudicataire conformément à l'article 44, § 2, alinéa 1er. De cette manière, les droits de la défense sont garantis.

- Soulignons d'emblée qu'en vertu du prescrit du troisième paragraphe, le sous-traitant concerné aura également la possibilité de prendre des mesures correctrices, cette possibilité existant aussi dans le cadre de la passation pour les candidats et les soumissionnaires. Néanmoins, quelques différences doivent être signalées. Contrairement à ce qui est prévu dans le cadre de la passation, les mesures correctrices pourront encore être invoquées pendant la période de quinze jours qui est laissée à l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense. Ce délai de quinze jours peut cependant être réduit conformément à l'article 44, § 2, alinéa 3 (voir infra, commentaire pour l'article 22). S'agissant de la possibilité de se mettre en règle quant aux dettes sociales et fiscales, un régime similaire a été prévu. Comme dans le cadre de la passation, chaque sous-traitant dispose à nouveau, dans le cadre de l'exécution, d'une possibilité de régularisation unique sur le plan des dettes sociales et fiscales. Prenons le cas (plutôt exceptionnel) d'un sous-traitant qui a déjà bénéficié dans le cadre de la passation de la régularisation unique (par exemple parce qu'un candidat ou soumissionnaire a fait appel à sa capacité), il peut, lors de l'exécution, à nouveau bénéficier de cette possibilité de régularisation unique. Le délai à prendre en compte pour la régularisation est différent dans le cadre de la passation et de l'exécution.
- L'alinéa 2 énumère deux hypothèses dans lesquelles la vérification ne sera pas une possibilité mais bien une obligation, plus particulièrement pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude (voir la nouvelle définition à l'article 2, g). Ce sera le cas pour un marché de travaux passé par un pouvoir adjudicateur. L'obligation vaut cependant uniquement pour les marchés dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne. Les marchés de services passés par un pouvoir adjudicateur 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 sont, eux aussi, soumis à cette obligation (une fois encore, lorsque leur valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne). Etant donné qu'il s'agit dans ces cas de marchés sensibles à la fraude d'une certaine importance, une obligation a été prévue. L'obligation est uniquement applicable à l'égard des adjudicateurs (tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs spéciaux).
L'alinéa 2 précise aussi quand cette vérification doit précisément avoir lieu, à savoir le plus rapidement possible dès que l'adjudicateur a reçu de l'adjudicataire les informations relatives aux sous-traitants visées à l'article 12/1.
- Le deuxième paragraphe comporte ensuite la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'également vérifier, plus loin dans la chaîne de sous-traitance, l'absence de motifs d'exclusion. Dans ce cadre, il convient de déjà mettre en lumière le nouvel article 12/3. Celui-ci prévoit une limitation de la chaîne de sous-traitance à deux, trois ou quatre niveaux maximum pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude. L'obligation pour les

marchés concernés n'a été rendue applicable qu'aux sous-traitants directs afin de ne pas accroître excessivement les charges administratives des pouvoirs adjudicateurs. Ces derniers ont néanmoins la possibilité de procéder à cette vérification plus loin dans la chaîne en tout état de cause limitée (dans les secteurs sensibles à la fraude).

- Le paragraphe 4 a trait à la sanction applicable lorsque l'adjudicataire ne donne pas suite à l'obligation de remplacement. Dans ce cas, une pénalité est appliquée, laquelle s'élève à 0,2 pour cent du montant initial du marché, en sachant que les plafonds de 5.000 euros ou 10.000 euros selon le cas, s'appliquent également. Il est en outre précisé que cette pénalité est appliquée à compter du quinzième jour suivant la date de l'envoi recommandé ou de l'envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi, jusqu'au jour où il est pourvu au remplacement, ou jusqu'au jour où la partie correspondante du marché a été exécutée.

7.4.4. Interdiction de sous-traiter la totalité du marché/limitation de la chaîne de sous-traitance

L'article 12/3 de l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics dispose que :

« § 1er. Il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié. Il est également interdit pour un sous-traitant de conserver uniquement la coordination du marché.

§ 2. Sans préjudice de l'article 2, § 3bis, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, la chaîne de sous-traitance est limitée pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude passés par les pouvoirs adjudicateurs de la manière suivante :

- 1° lorsqu'il s'agit d'un 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, la chaîne de sous-traitance 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 ;*
- 2° lorsqu'il s'agit d'un 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 précité, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau ;*
- 3° lorsqu'il s'agit d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau.*

Sans préjudice de l'article 78/1, dans les cas prévus ci-après, un niveau supplémentaire de sous-traitance est néanmoins possible :

- 1° lors de la survenance de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et dont les conséquences ne pouvaient être obviées bien que les opérateurs économiques aient fait toutes les diligences nécessaires et pour autant que ces circonstances aient été portées par écrit à la connaissance du pouvoir adjudicateur endéans les trente jours de leur survenance ; ou*

2° moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur.

Pour les marchés de travaux et lorsque l'accord du pouvoir adjudicateur est demandé conformément à l'alinéa 2, 2°, l'adjudicataire ajoute à sa demande une attestation prouvant que le sous-traitant concerné dispose de l'agrément. A défaut, il délivre une copie de la décision visée à l'article 6 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, selon laquelle il est satisfait, dans le chef du sous-traitant concerné, aux conditions d'agrément ou aux exigences en matière d'équivalence d'agrément. Le pouvoir adjudicateur vérifie cette attestation ou décision.

Ne sont pas considérés comme des sous-traitants pour l'application de cet article :

1° les parties à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique, en ce compris les sociétés momentanées ;

2° les fournisseurs de biens, sans travaux accessoires de placement ou d'installation ;

3° les organismes ou les institutions qui effectuent le contrôle ou la certification ;

4° les agences de travail intérimaires au sens de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

§ 3. Sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures d'office, tout non-respect du présent article donne lieu à l'application d'une pénalité journalière d'un montant de 0,2 pour cent du montant initial du marché. Cette pénalité est appliquée à compter du quinzième jour suivant la date de l'envoi recommandé ou de l'envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi, prévue à l'article 44, § 2. Ladite pénalité court jusqu'au jour où la défaillance est réparée.

La pénalité visée à l'alinéa 1er ne peut cependant jamais dépasser le montant suivant :

a) 5.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est inférieur à 10.000.000 euros ;

b) 10.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est égal ou supérieur à 10.000.000 euros. »

ATTENTION : il est interdit de déroger à cet article dans le C.S.CH. (art. 9 par.1 de l'A.R.)

Le rapport au Roi précise que :

- Le nouvel article 12/3 insère, dans le paragraphe 1er, l'interdiction pour le sous-traitant de sous-traiter la totalité du marché qui lui a été confié. Cette mesure est uniquement d'application aux sous-traitants et non à l'adjudicataire. Il n'en résulte dès lors, pour les candidats ou les soumissionnaires, aucune limitation de l'accès au marché. Il s'agit d'une mesure qui contribue à la lutte contre le dumping social et qui permet de garantir, en exécution de l'article 18.2 de la directive 2014/24/UE, que dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. L'article 71.6 de la directive 2014/24/UE précise que les Etats Membres peuvent prendre des mesures notamment dans la chaîne de sous-traitance, afin de respecter leurs obligations. Cette mesure contribue également à un meilleur respect de la limitation de la chaîne de sous-traitance, dont il est question ci-dessous. Il convient de préciser qu'il ne suffit pas pour satisfaire au présent article pour le sous-traitant de « conserver » uniquement la gestion du volet coordination et de sous-traiter la totalité des tâches effectives à plusieurs sous-traitants inférieurs dans la chaîne.
- Le paragraphe 2 limite à deux, trois ou exceptionnellement quatre niveaux la chaîne de sous-traitance pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude, passés par des pouvoirs

adjudicateurs, quel que soit le montant estimé du marché. En effet, dans la pratique, c'est surtout loin dans la chaîne de sous-traitance que sont constatées des pratiques de dumping social. On s'attend, dès lors, à ce que la limitation de la chaîne de sous-traitance puisse largement contribuer à la lutte contre le dumping social, notamment (mais pas seulement) dans le secteur de la construction. Il est à nouveau renvoyé à la nouvelle définition de « marché dans un secteur sensible à la fraude », prévue à l'article 2, g). Ici aussi, l'attention est attirée sur le fait que la limitation de la chaîne de sous-traitance ne porte pas préjudice, en ce qui concerne les services de gardiennage, aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, § 3bis, de la loi précitée, insérée par la loi du 13 janvier 2014, la sous-traitance de ce type de services de gardiennage n'est en principe pas autorisée, sauf sous une série de conditions strictes. Ainsi, une série de données seront reprises dans une convention écrite entre « l'adjudicateur » et « l'entrepreneur principal », mentionnant certaines données relatives au sous-traitant concerné. Cet état des choses empêche de facto la mise en sous-traitance par un sous-traitant du premier échelon. La limitation de la chaîne de sous-traitance à deux, trois ou quatre niveaux, visée au présent deuxième paragraphe, est donc dans les faits déjà réduite à un seul niveau de manière plus drastique suite à la loi du 10 avril 1990.

- Au plus la chaîne de sous-traitance verticale est longue, au plus l'adjudicataire risque de perdre le contrôle de sa chaîne et au plus cela semble difficile d'organiser sa chaîne, de la surveiller, d'y faire respecter les législations sociales, environnementales et du travail et d'avoir des moyens d'action efficaces entre le haut et le bas de la chaîne. Cette situation de risque de perte de contrôle de la chaîne de sous-traitance n'est pas non plus favorable au pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, le sous-traitant qui se trouve au bout d'une longue chaîne risque d'avoir un prix insuffisant qui ne lui permet pas de respecter les législations précitées tous les autres multiples sous-traitants précédents dans la chaîne voulant être payés pour leur intervention dans la chaîne. L'interdiction de longues chaînes verticales de sous-traitance est un des moyens d'éviter une telle situation.
- Les alinéas deux et trois traitent des possibilités d'ajouter un niveau supplémentaire. Cette dernière exige en principe l'accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur, sauf circonstances imprévisibles portées à la connaissance du pouvoir adjudicateur endéans les trente jours après leur survenance. Il s'agit de circonstances qui ne pouvaient raisonnablement être prévues au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et aux conséquences desquelles il ne pouvait être remédié par les opérateurs économiques, malgré que tout ait été mis en oeuvre à cet effet.
- L'alinéa 4 énumère ce qui pour l'application de cet article, n'est pas considéré comme de la sous-traitance. Il en résulte que, tous les autres contrats à titre onéreux visant la réalisation du marché ou d'une partie de celui-ci, directement ou indirectement, à quelque stade que ce soit, peuvent être considérés comme de la sous-traitance.
Il est prévu que la fourniture de biens sur le chantier (fourniture de matériaux de construction, de béton prêt à l'emploi, de chassis, ...), sans travaux accessoires de placement ou d'installation, n'est pas considéré comme une sous-traitance pour l'application du présent article.

- Un mécanisme de sanction est prévu au paragraphe 3. Ce mécanisme est identique à celui de l'article 12/2. Pour de plus amples informations, il est renvoyé au commentaire pour l'article concerné. A noter néanmoins que l'adjudicataire peut disposer, conformément au paragraphe 2, alinéa 2, d'un niveau supplémentaire de sous-traitance dans deux cas (moyennant l'accord préalable du pouvoir adjudicateur et même sans un tel accord de ce dernier, lors de la survenance de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de l'introduction de l'offre, si les conditions sont remplies).
- Il y a lieu de constater que la Cour de Justice n'a pas encore pu se prononcer sur les limitations de la chaîne de sous-traitance en exécution de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE (ou de l'article 88.6 de la directive 2014/25/UE). Il s'agit en effet d'une disposition entièrement nouvelle selon laquelle les Etats membres, afin d'éviter que les sous-traitants violent les dispositions applicables en matière de droit environnemental, social et du travail, peuvent prendre des mesures appropriées dont l'introduction de mécanismes de responsabilité solidaire et de vérification de l'absence de motifs d'exclusion. Cette constatation du législateur européen rejoint les constatations faites sur le terrain selon lesquelles le dumping social intervient notamment dans le cadre de la chaîne de sous-traitance.
- La portée exacte des mesures préventives visées à l'article 71.6 n'est pas bien définie dans la directive. A cet égard, il importe de rappeler l'article 18.2 de la directive 2014/24/UE érigeant le respect du droit environnemental, social et du travail en principe général lors de la passation de marchés publics. En effet, il y a lieu de constater que le non-respect de ces dispositions aura souvent pour effet de fausser la concurrence. Le nouveau principe est une conséquence logique de l'obligation de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire. Les Etats membres doivent, notamment pour cette raison, disposer d'une certaine marge pour élaborer des mesures en exécution de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE.
- Les mesures visées à l'article 12/3 poursuivent un but légitime. Il a également été satisfait à l'exigence de proportionnalité. Ainsi, l'interdiction, dans le chef du sous-traitant, de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié n'est pas du tout rigide et ne constitue donc pas une réelle entrave. Il suffit en effet que le sous-traitant se charge lui-même de l'exécution d'une petite partie du marché qui lui a été confié pour ensuite sous-traiter le reste à un autre sous-traitant. On a estimé qu'une telle interdiction aura tout de même une conséquence importante : le sous-traitant doit être conscient qu'il devra exécuter lui-même une partie du marché. Ainsi, la création de cascades interminables est contrée, en ce compris dans les secteurs qui ne sont pas considérés comme sensibles à la fraude (pour les marchés de travaux et de services dans les secteurs sensibles à la fraude, la chaîne de sous-traitance a été limitée de manière plus stricte). Lorsque la mesure est moins prohibitive, il faut juger plus vite qu'il a été satisfait à l'exigence de proportionnalité. La limitation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.
- L'introduction de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants (obligatoire ou non) et les mesures en matière de responsabilité solidaire ne suffisent pas en soi comme mesures préventives pour avoir l'effet escompté. En effet, une

telle vérification augmente significativement les charges administratives du pouvoir adjudicateur. Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance resteront parfaitement possibles, ce qui risque de rendre les charges administratives ingérables et de compromettre au final l'effectivité de la mesure. En cas de trop longue chaîne de sous-traitance, le pouvoir adjudicateur ne pourra intervenir de facto que lorsque des irrégularités sont déjà constatées. Il ressort toutefois clairement de l'article 71.6 qu'il doit être possible de prendre des mesures préventives. D'où la nécessité de mesures supplémentaires.

- L'arrêt Wroclaw du 14 juillet 2016 de la Cour de Justice (affaire C-406/14) permet de conclure que la directive 2004/18/CE s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur oblige l'adjudicataire dans les documents du marché à exécuter par ses propres moyens une partie du marché déterminée in abstracto, et l'arrêt C-406/14 (par nature, l'arrêt C-406/14 ne renvoie pas encore au nouvel article 71.6 de la directive 2014/24/UE; l'article 12/3, § 1er, du projet ne contient pas d'obligation d'exécuter soi-même une partie déterminée in abstracto, par exemple 20 %, mais bien une interdiction de sous-traiter la totalité), il paraît néanmoins opportun de ne pas généraliser l'interdiction à l'adjudicataire.
- L'adjudicataire (qui, au moment de la passation, est encore soumissionnaire) se trouve, en effet, dans une position tout autre qu'un sous-traitant. Par définition, un soumissionnaire ignore s'il se verra attribuer le marché. Ce ne sera souvent pas le cas. Si l'interdiction était étendue à l'adjudicataire, un soumissionnaire pourrait être tenté de participer à moins de marchés publics en même temps. En effet, dans l'hypothèse où il se verrait malgré tout attribuer l'ensemble des marchés auxquels il a participé, il pourrait éprouver des difficultés à les exécuter simultanément, sachant qu'il ne pourra pas, en tant qu'adjudicataire, en sous-traiter la totalité. Une extension de l'interdiction à l'adjudicataire pourrait donc entraver la concurrence. La situation est différente pour le sous-traitant. Généralement, la chaîne de sous-traitance, lorsqu'il n'est pas fait appel à la capacité d'un sous-traitant, ne se concrétisera qu'une fois la notification de la décision d'attribution envoyée. Le considérant 32 de la directive 2004/18/CE indique que la possibilité de sous-traiter est susceptible de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics. La sous-traitance permet à de telles entreprises de participer à des procédures de passation et de se voir, le cas échéant, attribuer des marchés quelle qu'en soit l'importance. La sous-traitance contribue, dès lors, à la réalisation des objectifs poursuivis par les directives relatives aux marchés publics en accroissant le nombre de candidats potentiels à l'adjudication des marchés publics (conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire C-406/14, point 30). Autrement dit : le fait que les soumissionnaires-PME sachent qu'ils pourront désigner un ou plusieurs sous-traitants au cas où ils se voient attribuer le marché les encourage à introduire une demande de participation ou une offre même si le marché est assez important. Etant donné que l'interdiction prévue à l'article 12/3, § 1er, n'est pas applicable à l'adjudicataire et qu'elle ne peut donc pas non plus décourager la participation de candidats ou soumissionnaires à la procédure de passation, elle ne pose pas problème, ni à la lumière de l'arrêt C-406/14 ni à celle des articles 71.6 et 71.8 de la directive 2014/24/UE.
- Les précisions susmentionnées relatives à la proportionnalité des dispositions s'appliquent également à la limitation de la chaîne de sous-traitance visée au deuxième paragraphe. A cet

égard, soulignons que la limitation ainsi prévue vaut uniquement pour les marchés de travaux et les marchés de services dans les secteurs sensibles à la fraude. Même sous sa forme la plus stricte, la limitation (indépendamment de la possibilité d'y déroger comme exposé ci-après) ne va pas au-delà du deuxième niveau. L'adjudicataire peut sous-traiter la totalité du marché et le sous-traitant du premier niveau peut, à son tour, recourir à la sous-traitance mais il doit aussi exécuter lui-même une partie du marché qui lui a été confié (voir article 12/3, § 1er). Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui, selon sa nature, est classé dans une catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991, la possibilité d'un troisième niveau vient s'ajouter. Il convient également de souligner que l'on peut passer outre à la limitation à deux ou trois niveaux. Plus précisément, un niveau supplémentaire de sous-traitance est rendu possible moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur, ou même sans l'accord de ce dernier, en raison de circonstances imprévisibles. Le dernier alinéa prévoit aussi une série d'exceptions.

7.4.5. Conformité des sous-traitants aux exigences minimales de capacité technique et professionnelle

L'article 12/4 de l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics dispose que :

« Sans préjudice de la responsabilité de l'adjudicataire à l'égard de l'adjudicateur, visée à l'article 12, § 1er, 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. »

Le rapport au Roi précise que l'article 12/4 a trait à la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les sous-traitants, dans une mesure proportionnelle à leur part dans le marché, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle imposées dans les documents du marché. Cette disposition ne correspond que partiellement à l'actuel article 12, alinéa 2, 1° et alinéa 3. Il n'est plus particulièrement plus question de la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les sous-traitants satisfassent proportionnellement aux exigences minimales en matière de capacité financière et économique. De cette manière, il est partiellement donné suite à la remarque du Conseil d'Etat relative à la présente disposition. Selon le Conseil d'Etat, le législateur européen semble vouloir répercuter les critères d'exclusion et non pas les critères de sélection à travers la chaîne.

Il a par contre été décidé de conserver la possibilité pour l'adjudicateur d'imposer des exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle afin d'assurer la bonne exécution du marché. Il ne serait en effet par exemple ni logique ni opportun de permettre qu'il soit fait appel pour les services de comptabilité à un sous-traitant qui ne bénéficierait pas de la capacité technique et professionnelle requise. Ainsi un objectif est poursuivi (assurer la bonne exécution du marché) qui dépasse la portée de l'article 71.6 de la directive 2014/24/UE. Cette dernière disposition vise uniquement à autoriser que les mesures adaptées soient prises par les Etats membres pour prévenir les violations des obligations applicables en matière de droit environnemental, social et du travail. Néanmoins, afin de garantir la compatibilité avec les traités européens, il semble prudent de

conserver la possibilité de vouloir répercuter certains critères de sélection qualitative uniquement pour ce qui concerne les exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle.

Voir clause complémentaire à l'annexe 5A- Point 6.2.

7.4.6. Interdiction à l'adjudicataire de certaines sous-traitances

L'article 13 de l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics dispose que :

« Il est interdit à l'adjudicataire de confier tout ou partie du marché :

- 1° à un entrepreneur, fournisseur ou un prestataire de services qui se trouve dans un des cas visés à l'article 62, alinéa 1er, 2° à 4°;*
- 2° à un entrepreneur exclu en application des dispositions de la législation organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux ;*
- 3° lorsqu'il s'agit d'un marché tombant sous le champ d'application du titre 2 de la loi, à un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services qui se trouve dans un des cas visés à l'article 67 de la loi, hormis le cas où l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services concerné, conformément à l'article 70 de la loi, démontre vis-à-vis de l'adjudicateur avoir pris les mesures suffisantes afin de prouver sa fiabilité;*
- 4° lorsqu'il s'agit d'un marché tombant sous l'application du titre 3 de la loi et pour autant que l'adjudicateur est aussi un pouvoir adjudicateur, à un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services, qui se trouve dans un des cas visés à l'article 67 de la loi, hormis le cas où l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services concerné, conformément à l'article 70 de la loi, démontre vis-à-vis du pouvoir adjudicateur avoir pris les mesures suffisantes afin de prouver sa fiabilité;*
- 5° lorsqu'il s'agit d'un marché tombant sous l'application de la loi défense et sécurité, à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services se trouvant dans un des cas visés à l'article 63 de l'arrêté royal défense et sécurité.*

Il est en outre interdit à l'adjudicataire de faire participer les personnes concernées à la conduite ou à la surveillance de tout ou partie du marché.

Toute violation de ces interdictions peut donner lieu à l'application de mesures d'office. »

ATTENTION : il ne peut être dérogé à cet article que moyennant motivation formelle dans le C.S.CH. A défaut de mention de cette motivation, la dérogation est réputée non écrite. Cette sanction n'est pas applicable dans le cas d'une convention signée par les parties La liste des dispositions auxquelles il est dérogé figure de manière explicite au début du cahier spécial des charges et ce, pour tous les marchés.

Le rapport au Roi précise que :

- Les dispositions sous 2° de la nouvelle énumération renvoient encore toujours aux hypothèses de l'article 62 (mise sous conseil judiciaire pour cause de prodigalité, interdiction, internement,...). Pour des raisons de clarté, il n'est plus renvoyé deux fois aux motifs d'exclusion. En effet, ce point fait désormais l'objet d'une approche davantage différenciée (voir infra). Il est encore mentionné que la disposition actuellement contenue à l'article 62,

5°, est abrogée. Pour de plus amples explications concernant cette abrogation, il est renvoyé au commentaire de l'article 28.

- Dans les dispositions sous 3° et 4° de la nouvelle énumération, l'approche relative aux motifs d'exclusion est différenciée selon qu'il s'agit d'un marché relevant du titre 2 ou 3 de la loi, ou d'un marché relevant de la loi défense et sécurité. S'agissant de ces derniers marchés, quasiment rien ne change (hormis les points déjà cités plus haut). Il est toujours interdit à l'adjudicataire de confier tout ou partie du marché à une entreprise se trouvant dans une situation d'exclusion quelle qu'elle soit. Cette interdiction continue donc de porter aussi sur les motifs d'exclusion facultatifs.
- La situation est différente pour les marchés tombant sous le champ d'application du titre 2 de la loi. Comme déjà examiné ci-dessus, dans le commentaire de l'article 12, il est dorénavant prévu que le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans un certain nombre de secteurs sensibles à la fraude non seulement dans le chef des candidats et des soumissionnaires, mais aussi, dans le cadre de l'exécution, dans le chef du sous-traitant direct. S'agissant des motifs d'exclusion facultatifs, cette vérification dans le chef du sous-traitant est similaire à celle dans le chef du candidat ou du soumissionnaire. Il n'y a pas d'obligation d'exclusion. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qui doit toutefois être nuancé à la lumière, notamment, du principe de bonne gouvernance. Ce pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur a pour effet qu'il n'est pas absolument interdit à l'adjudicataire de confier son marché à un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative. Autrement dit : la suppression de l'interdiction absolue de recourir à un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative est contrebalancée par la vérification et, dans les secteurs sensibles à la fraude, par la vérification obligatoire par le pouvoir adjudicateur. Il va de soi que l'adjudicataire aura tout intérêt à travailler uniquement avec des sous-traitants ne se trouvant pas dans une situation d'exclusion facultative. En effet, s'il se trouve confronté à l'obligation de remplacement au cours de l'exécution, cela aura aussi une incidence sur ses frais, sans qu'il puisse les récupérer auprès du pouvoir adjudicateur.
- La situation est une fois encore différente pour les marchés des secteurs spéciaux (les marchés relevant du titre 3 de la loi). Pour rappel, pour ces marchés, seuls les pouvoirs adjudicateurs sont désormais encore formellement contraints de tenir compte de l'approche relative aux motifs d'exclusion contenus aux articles 67 à 69 de la loi (voir article 151, § 1er, de la loi). Les entreprises publiques et personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs peuvent, bien entendu, faire de même, et on peut s'attendre à ce que beaucoup continuent à se baser sur les motifs d'exclusion tels qu'ils existent dans les secteurs classiques mais, formellement, elles pourront élaborer leurs propres règles objectives en matière d'exclusion et de sélection. Dans le même ordre d'idées, l'interdiction absolue pour l'adjudicataire de confier la totalité ou une partie du marché à un sous-traitant qui se trouve dans une situation d'exclusion obligatoire, ne peut, en ce qui concerne les secteurs spéciaux, être maintenue que lorsqu'il s'agit d'un marché passé par un pouvoir adjudicateur (ce qui ne sera le cas qu'exceptionnellement).

- Enfin, soulignons, pour ce qui concerne les marchés relevant de la loi, la possibilité de prendre des mesures correctrices est également prévue. Ce n'est pas le cas en ce qui concerne les marchés relevant de la loi défense et sécurité.

7.4.7. Modalités pratiques

Au moment de la première réunion de chantier (en général qualifiée de réunion d'installation de chantier), le Pouvoir Adjudicateur réclame, par courrier, à l'adjudicataire :

- L'organigramme du chantier
- Les coordonnées de tous les sous-traitants quelle que soit la place qu'ils occupent dans la chaîne de sous-traitance : nom, adresse, représentants légaux.
- Le Pouvoir adjudicateur vérifie par Digiflow si les conditions d'accès sont remplies et par la Banque de données des entrepreneurs agréés, si la classe et la catégorie d'agrément correspond à la part du marché sous-traitée.
- Le Pouvoir adjudicateur vérifie si la limitation de la chaîne de sous-traitance est respectée :
 - lorsqu'il s'agit d'un 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'agrément d'entrepreneurs de travaux (voir annexe 14) : la chaîne de sous-traitance 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 ;
 - lorsqu'il s'agit d'un 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 précité (voir annexe 14) : la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau ;
- Si le Pouvoir Adjudicateur constate des manquements sur chantier par rapport aux impositions relatives à la sous-traitance :
 - Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11F1-11F2-11F3) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant. En effet, l'article 44 § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.

7.5. Le refus des prix anormalement bas

Le Pouvoir Adjudicateur doit être particulièrement attentif à ne pas accepter un prix anormalement bas. Le prix de la prestation est un élément déterminant de l'acceptation d'une offre de travail par un maître d'ouvrage. Cette appréciation est normale dans un circuit économique ouvert à la concurrence de nombreux opérateurs.

En marchés publics, ne pas accorder suffisamment d'attention à la régularité de l'offre quant aux prix contribue indiscutablement à fausser la concurrence et à générer des situations d'abus et de fraude. Les maîtres d'ouvrage, qu'ils soient publics ou privés, doivent impérativement vérifier la régularité des entreprises auxquelles ils font appel et examiner attentivement le contenu des offres de prix qui leur sont remises.

Une offre peut être rejetée en raison du caractère anormal des prix eux-mêmes, c.-à-d. de prix unitaires ou totaux paraissant anormalement élevés ou anormalement bas.

La réglementation des marchés publics ne fournit aucune définition de ce qui est à considérer comme un prix normal et comme un prix anormal. Généralement, un prix est, d'une part, confronté aux prix du marché (pour autant que ceux-ci soient connus) et, d'autre part, décomposé en coût des matériaux, heures de main-d'œuvre, frais et marge bénéficiaire.

Le but principal de cette réglementation est de permettre au maître d'ouvrage de rejeter les prix qui faussent le jeu normal de la concurrence, ont une influence néfaste sur l'exécution de l'entreprise ou permettent la spéculation abusive.

Les prix trop bas entraînent inmanquablement d'importantes difficultés lors de l'exécution parce que l'entrepreneur tente de limiter ses charges, avec, entre autres, pour conséquence:

- une application minimale des consignes de qualité et de sécurité;
- un travail de mauvaise qualité;
- le non-respect de ses obligations sociales;
- des palabres « bantoues » sur l'interprétation des dispositions du cahier spécial des charges ;
- des pressions sur les fournisseurs et sous-traitants pour faire baisser leurs prix;
- des propositions de décomptes exorbitantes à la moindre modification en cours de chantier.

7.5.1. Règles générales

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 dispose que :

« Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.

A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification. »

L'exposé des motifs du projet de loi précise que cet article, qui transpose partiellement l'article 69 de la directive 2014/24/UE, concerne la vérification des prix ou des coûts à laquelle le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement procéder. Il prévoit principalement une disposition de délégation permettant au Roi de fixer les modalités additionnelles en la matière. Le Roi peut prévoir des exceptions dans les cas qu'il fixe

L'article 33 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

« Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de

suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36. «

L'article 35 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

« Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires. »

Selon le Rapport au Roi, le présent article reprend en le modifiant l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il prévoit une vérification des prix ou des coûts et permet au pouvoir adjudicateur d'inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.

7.5.2. Vérification des prix et coûts anormalement bas ou élevés

L'article 36 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

« § 1er. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. 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.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

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 choisies 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.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

2° 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;

3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

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 1er, 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.

Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.

Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne.

§ 4. Dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération conformément aux alinéas 3 et 4, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts conformément aux paragraphes 2 et 3, pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Il en va de même, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que quinze pour cent.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;

2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Le calcul de la moyenne des montants se fonde sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés. En ce qui concerne la procédure ouverte, ce calcul peut également se faire sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés conformément à l'article 75.

Néanmoins, dans le cadre de ce calcul, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres manifestement irrégulières.

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable aux marchés de fournitures ou de services non visés à l'article 2, 13°, passés en procédure ouverte ou restreinte et pour lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée uniquement sur la base du prix.

§ 5. Lorsque l'offre présentée dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est écartée sur la base d'un prix ou d'un coût anormal, le pouvoir adjudicateur en informe immédiatement l'auditeur général de l'Autorité belge de Concurrence. Cette communication contient au moins les informations suivantes : les données d'identification des soumissionnaires concernés, l'objet du marché, ainsi que le prix ou le coût anormalement bas ou élevé.

Lorsque l'offre est dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse parce qu'elle ne satisfait pas aux obligations visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi, dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique immédiatement au Service d'information et de recherche sociale en indiquant les informations mentionnées à l'alinéa 1er.

Lorsque l'offre dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse du fait d'une aide d'Etat non compatible avec le marché intérieur, le pouvoir adjudicateur en avertit immédiatement la Commission européenne. Une copie de cette communication est également envoyée immédiatement au point de contact mentionné à l'article 163, § 2, de la loi.

Lorsqu'une offre faite dans le cadre d'un marché public de travaux est rejetée sur base du caractère anormalement bas du prix ou du coût, la Commission d'agrégation des entrepreneurs en est informée immédiatement.

§ 6. 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. »

Selon le Rapport au Roi, cet article reprend en les modifiant les articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et transpose l'article 69 de la directive 2014/24/UE dont il étend le champ d'application. Il est important de souligner que la présente disposition ne se limite pas aux prix ou coûts anormalement bas mais inclut également les prix ou les coûts anormalement élevés.

Les prix de quelles offres faut-il vérifier ?

Selon le paragraphe 1er, lorsque, lors de la vérification dont question à l'article 35, le pouvoir adjudicateur constate qu'un prix ou un coût paraît anormalement bas ou élevé, il examine ledit prix ou coût.

Lorsqu'il est fait usage d'une des procédures permettant la négociation, l'examen ne doit être fait que sur la base des dernières offres introduites. Cela n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés, l'examen des prix est obligatoire, indépendamment de la base sur laquelle le marché public est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf pour les exceptions énumérées au paragraphe 6.

Quelles justifications doit fournir le soumissionnaire interrogé sur ses prix ?

Le paragraphe 2 prévoit que le pouvoir adjudicateur doit interroger, lors de l'examen prévu au paragraphe 1er, le soumissionnaire concerné et lui donner l'occasion de se justifier sur la composition de son prix ou de son coût. Le pouvoir adjudicateur doit interroger les soumissionnaires concernant tous les postes qui semblent anormaux sous réserve de l'exception prévue au dernier alinéa (prix des postes d'une importance négligeable).

Il y a lieu de souligner que les justifications qui peuvent entrer en considération pour démontrer le caractère normal de l'offre et qui sont énumérées dans le projet n'ont pas de caractère limitatif. Le soumissionnaire dispose d'un délai de douze jours pour se justifier. Le pouvoir adjudicateur peut toujours accorder un délai plus long, à condition de le mentionner dans l'invitation. Il peut déterminer un délai plus court, à condition de le motiver dans les documents du marché, et uniquement dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable.

L'attention est également attirée sur le fait qu'il est demandé au pouvoir adjudicateur d'inviter systématiquement le soumissionnaire à produire des justifications ayant trait au respect des règles en matière de droit environnemental, de droit social et de droit du travail, en ce compris les obligations applicables sur le plan du bien-être, des salaires et de la sécurité sociale. Doivent ainsi être vérifiés le caractère correct du calcul des coûts salariaux, le paiement correct des cotisations sociales ou l'existence d'un plan global de prévention (lorsqu'il en faut un) dans le chef du soumissionnaire. A titre d'exemples en matière de bien-être, peuvent être cités les conditions de logement respectueuses (pas sur le chantier), le temps de travail, le repos hebdomadaire,...

A noter qu'un soumissionnaire ne peut simplement référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire afin d'expliquer son prix. Une explication du prix du sous-traitant est alors nécessaire.

Quels prix n'est-il pas obligatoire de vérifier ?

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.

Le dernier alinéa du paragraphe 2 précise que le pouvoir adjudicateur peut au besoin réinterroger le soumissionnaire dans un délai de douze jours, délai qui peut, le cas échéant, être réduit.

Une offre présentant des prix anormaux est affectée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée

Le paragraphe 3 explique qu'au terme de cette étape, le pouvoir adjudicateur constate que :

- soit le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal. Dans un tel cas, l'offre est également entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée;
- soit que le montant total de l'offre présente un caractère anormal. Une telle offre est ainsi entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée;
- soit que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal. Une motivation en ce sens doit dès lors être insérée dans la décision d'attribution.

Il convient de souligner que le pouvoir adjudicateur peut constater, dans une seule et même offre, qu'un (ou plusieurs) poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal, de même que le montant total de l'offre.

Il convient également de souligner que le soumissionnaire peut éprouver des difficultés à donner les informations nécessaires à la justification de son prix ou de son coût. Seraient ainsi considérées comme insuffisantes la simple confirmation du prix sans explication, la justification confuse, vague ou imprécise,... Le pouvoir adjudicateur peut, dans un tel cas, justifier ledit prix ou coût en tenant compte de ses connaissances propres ou d'autres d'informations qui ne proviendraient pas du soumissionnaire. Il devra également soumettre ces données au soumissionnaire afin de lui donner la possibilité d'y réagir et ce, avant qu'il ne prenne sa décision. Cette obligation découle de l'article 69.3 de la directive 2014/24/UE, dans lequel il est prévu que le pouvoir adjudicateur doit organiser une consultation avec le soumissionnaire. De cette manière, il est garanti que les droits de la défense seront respectés. En outre, il est rappelé que le principe de l'égalité est également d'application dans ce contexte.

A noter que le rejet de l'offre est obligatoire dans les cas où le pouvoir adjudicateur constate que le prix ou le coût anormalement bas est dû à des manquements aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi.

En outre, lorsque le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat, il ne peut rejeter cette offre pour cette seule raison sauf si, en réinterrogeant le soumissionnaire, ce dernier ne peut démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide reçue est compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La présente disposition n'est toutefois pas applicable aux marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens.

Cet examen et réexamen se font par écrit, ce qui correspond à l'approche de l'article 14, § 4, de la loi, sur base duquel la communication orale est uniquement autorisée pour autant qu'il s'agisse de communications qui n'ont pas trait à des éléments essentiels de la procédure de passation et sous certaines conditions. L'examen des prix anormaux a trait à des éléments essentiels de la procédure.

Régime spécifique de vérification du montant total de l'offre pour les marchés de travaux passés par procédure ouverte ou restreinte

Le paragraphe 4 contient un régime spécifique de vérification du montant total de l'offre pour les marchés de travaux ou de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la

base du prix ou lorsque la pondération du prix représente au moins cinquante pourcent des critères d'attribution. A noter que les documents du marché peuvent néanmoins étendre le champ d'application de ce paragraphe aux marchés de fournitures ou de services, autres que les services relevant d'un secteur sensible à la fraude. Contrairement à l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le présent projet étend donc cette obligation à deux hypothèses supplémentaires, à savoir les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude et les marchés dont la pondération du prix représente au moins cinquante pourcent des critères d'attribution.

L'extension de l'obligation précitée cadre dans le contexte de la lutte contre le dumping social. En effet, il est souvent constaté que le facteur « salaire » constitue une part non négligeable du prix dans les secteurs à forte intensité de main-d'oeuvre. A toutes fins utiles, il est rappelé que le dumping social se produit essentiellement dans les secteurs à forte intensité de main-d'oeuvre où règne une concurrence forte au niveau des prix ainsi que des abus par rapport aux règles européennes de détachement (travailleurs étrangers payés à des salaires ne respectant pas les exigences minimales belges, ...).

Lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du seul prix, le pourcentage à prendre en compte pour déterminer si le prix est anormalement bas, reste fixé à quinze pourcent. Lorsque la pondération du prix représente au moins cinquante pourcent des critères d'attribution, ce pourcentage est également fixé à quinze pourcent, mais le pouvoir adjudicateur peut y déroger dans les documents du marché et ainsi prévoir un pourcentage plus élevé. Le pouvoir adjudicateur dispose ainsi de la possibilité de fixer le pourcentage en fonction de la nature et des caractéristiques du marché. A titre d'exemple, quelques lignes directrices peuvent être formulées. Un pourcentage légèrement plus élevé ne sera indiqué que lorsque le poids du critère « prix » est très important par rapport aux autres critères (par exemple 90 % pour le critère du prix). Par contre, lorsque le critère « prix » se rapproche de 50 %, le pourcentage à prendre en compte pourrait être significativement plus élevé. Même s'ils ne sont pas interdits, en règle générale, les pourcentages supérieurs à 30 % sont moins recommandés. Il est bien évident que la fixation du pourcentage approprié dépend de la nature et des caractéristiques du marché et est ainsi laissé à l'appréciation du pouvoir adjudicateur.

Une clarification est apportée à propos des offres qu'il convient de prendre en considération pour le calcul de la moyenne des montants des offres déposées. Il est précisé que le calcul de la moyenne se fonde sur les offres des soumissionnaires sélectionnés. Toutefois, en procédure ouverte, le calcul s'effectue sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés. Pour de plus amples informations à ce sujet il est renvoyé au commentaire relatif à l'article 75.

Enfin, il convient d'insister sur le fait qu'il est possible pour le pouvoir adjudicateur de ne pas tenir compte des offres manifestement irrégulières.

Informations à fournir en cas d'écartement d'une offre sur la base d'un prix ou d'un coût anormalement bas ou de la constatation d'un prix ou d'un coût anormalement élevé

Quant au paragraphe 5, il reprend partiellement le paragraphe 3 de l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le paragraphe 5 précité prévoit que l'Autorité belge de Concurrence, la Commission d'agrégation des entrepreneurs, le Service d'information et de recherche sociale du Service Public Fédéral Emploi, la Commission européenne et le point de contact sont informés de l'écartement de l'offre sur la base d'un prix ou d'un coût anormalement bas ou de la constatation d'un prix ou d'un

coût anormalement élevé. Certaines des institutions susmentionnées doivent également être informées en cas de rejet en raison d'un prix ou d'un coût anormalement élevés. Le but pour les autorités désignées est de connaître les problèmes auxquels certains secteurs d'activités sont confrontés et ainsi d'y remédier. Toutes les autorités précitées ne seront pas systématiquement contactées. Ce n'est le cas que pour l'Autorité belge de la Concurrence et, en ce qui concerne les marchés de travaux, la Commission d'Agréation des entrepreneurs (pour autant qu'il s'agisse d'un rejet dû à un prix ou un coût anormalement bas). Le Service d'information et de recherche sociale ne doit être contacté que lorsque l'offre est écartée sur base de la constatation qu'elle est anormalement basse suite au non-respect des obligations en matière de droit social et du travail fédéral. L'approche est similaire en ce qui concerne le rejet sur base de la constatation de prix de l'offre anormalement bas suite au non-respect des règles du marché intérieur concernant les aides d'état.

Caractère non obligatoire de la vérification à certaines procédures

Le paragraphe 6 précise que l'article 36 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 dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens pour les marchés de fournitures et de services et inférieur à 500.000 euros pour les marchés de travaux. Il est toutefois possible d'y déroger par le biais d'une disposition en ce sens dans les documents du marché.

Il est toutefois important de rappeler que bien que l'article 36 ne soit pas applicable aux procédures susmentionnées, il ne faut pas considérer qu'aucune règle n'existe en la matière. La problématique est cependant abordée différemment. En effet, la présente disposition doit être lue en combinaison avec l'article 76 relatif à la régularité des offres. Une marge de manoeuvre est toutefois laissée au pouvoir adjudicateur en cas d'irrégularité substantielle. Il peut au choix, soit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit la faire régulariser. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3 de l'article 76.

Enfin, il convient de rappeler que le paragraphe 6 n'est pas d'application aux marchés passés par le biais d'un dialogue compétitif ou d'un partenariat d'innovation.

7.5.3. Vérifications sur place des pièces comptables et contrôle

L'article 37 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

« Le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification ou de l'examen visé aux articles 35 ou 36.

Le pouvoir adjudicateur peut utiliser les informations ainsi recueillies à d'autres fins que celle de la vérification des prix ou des coûts au cours de la procédure de passation concernée. Il peut également, si nécessaire, les utiliser dans la phase d'exécution du marché concerné. »

Le Rapport au Roi précise que le présent article contient une disposition similaire à celle reprise au paragraphe 2 de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Il prévoit que quelle que soit la procédure, des vérifications sur pièces comptables et des contrôles sur place peuvent être effectués par les personnes désignées à cet effet par le pouvoir adjudicateur. Il n'est désormais plus exigé pour cette vérification que les documents du marché le prévoient. Toutefois, et c'est également une nouveauté, il est précisé que les éléments récoltés lors de la vérification peuvent servir à des fins autres que celle de vérifier le caractère anormal des prix. Ces informations pourraient ainsi être réutilisées lors d'une phase ultérieure du marché concerné. Il est précisé que la présente disposition n'est applicable qu'à la relation entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire, à l'exclusion du sous-traitant.

7.5.4. Quelles justifications demander aux soumissionnaires ?

Lorsque le Pouvoir Adjudicateur a détecté des prix anormaux, il doit interroger le soumissionnaire et réclamer de celui-ci :

- La décomposition exacte du prix en question :
 - o Installation de chantier
 - o Matériaux compris dans le poste (fourniture suivant code de mesurage) :
 - o Mise en œuvre (Rendement)
 - Main d'œuvre
 - Transport et Manutention
 - o Matériels (si pas compris dans l'installation de chantier)
 - o Frais généraux et bénéfiques
 - Entreprise sous-traitante :
 - Entreprise GENERALE:
- La justification eu égard à l'article 36 § 2 de l'A.R. du 18 avril 2017

Cette demande doit lui être adressée par lettre recommandée et le soumissionnaire doit fournir les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de 12 jours calendrier.

Pour le courrier et l'annexe à adresser par lettre recommandée au soumissionnaire, voir **Annexe 7**.

Quelques exemples de justification que le Pouvoir Adjudicateur ne peut admettre :

- La référence aux prix du sous-traitant ne suffit pas ; dans ce cas, le soumissionnaire doit fournir tout le détail du prix et le justificatif du sous-traitant.
- Une simple confirmation du prix ne suffit pas.
- Une erreur dans l'offre, avouée par le soumissionnaire, ne suffit pas à rendre l'offre régulière.
- Commet un acte déloyal le soumissionnaire qui, pour justifier un prix bas, déclare effectuer gratuitement une partie des prestations.
- Une compensation entre postes ne suffit pas à justifier le caractère d'un prix.
- Le détail du poste ne suffit pas ; il faut une justification de son caractère anormal au sens de l'article 36§2 de l'A.R. du 18 avril 2017

7.5.5. Comment débusquer des salaires trop bas ?

Pour vérifier si les salaires horaires repris dans le taux horaire du sous-poste « main d'œuvre » ne sont pas inférieurs aux salaires minimum de la CP 124, le Pouvoir Adjudicateur peut diviser le taux horaire renseigné par l'entreprise pour un travailleur par un coefficient moyen de 2,5 (taux de charges moyen). Et ensuite, le Pouvoir Adjudicateur vérifiera si le salaire horaire ainsi obtenu n'est pas inférieur au salaire minimum correspondant de la CP 124.

Exemple :

Le soumissionnaire renseigne un taux horaires de 30 € pour un ouvrier de catégorie 1A

Ce taux horaire divisé par le coefficient moyen de charges d'une entreprise de construction donne :
 $30 \text{ €} : 2,5 = 12 \text{ €}$.

Or, le salaire minimum d'un ouvrier de catégorie 1A (CP 124) est de 15,472 €.

Le Pouvoir Adjudicateur est donc en droit de suspecter le non-respect des conditions minimales de salaire par le soumissionnaire.

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur informera le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).

7.5.6. La motivation de la décision du Pouvoir Adjudicateur

Après examen des justificatifs, la décision du Pouvoir Adjudicateur doit être motivée.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat :

- 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 le pouvoir adjudicateur s'est bornée à faire siennes les justifications indigentes fournies par le soumissionnaire choisi, sans les soumettre à une vérification élémentaire et sans porter la moindre appréciation sur leur précision, leur exactitude et leur pertinence. A tout le moins, le pouvoir adjudicateur ne démontre-t-il pas avoir procédé à un contrôle de ces justifications. Par ailleurs, la lecture de la décision d'attribution, qui reproduit en substance les justifications fournies par le soumissionnaire choisi, ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé que ces justifications étaient satisfaisantes.
- 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, le constat de normalité des prix offerts par l'adjudicataire a été rapporté et motivé comme suit: " Considérant qu'après analyse de la justification apportée par la SACE, l'Administration constate que ce soumissionnaire a tenu compte dans l'établissement de ses prix, de tous les éléments requis pour la bonne réalisation des prestations concernées; Considérant que les coûts annoncés par la SACE sont acceptables et que les prix unitaires ainsi justifiés sont normaux". Pareille motivation 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 fin⁷.

7.6. La lutte contre le recours à la main d'œuvre détachée frauduleusement

L'employeur qui détache ses travailleurs en Belgique est tenu de respecter, pour les prestations de travail qui y sont effectuées, les conditions de travail (y compris les conditions de rémunération et d'emploi) qui sont prévues par les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles (conventions collectives de travail) belges, sanctionnées pénalement.

Il ne peut y être dérogé : il s'agit de dispositions essentielles qui assurent la protection des droits des travailleurs.

Ces dispositions concernent notamment la durée du travail (limites, temps de repos), les jours fériés, le travail intérimaire et la mise à disposition de travailleurs, le bien-être au travail (sécurité au travail), la protection de la rémunération (temps, mode, lieu de paiement, retenues autorisées), les barèmes de salaires minimaux et les autres conditions de travail fixés par conventions collectives de travail rendues obligatoires par arrêté royal.

L'employeur étranger qui détache des travailleurs salariés en Belgique ou son mandataire doit faire une déclaration LIMOSA via le website www.limosa.be et ce, préalablement à l'occupation de ses travailleurs en Belgique. Un accusé de réception LIMOSA-1 est immédiatement délivré. La déclaration LIMOSA contient certaines mentions relatives au travailleur et à l'employeur (lieu de travail, durée du détachement, horaires de travail etc..).

Chaque travailleur doit présenter ce document LIMOSA-1 à son client ou commanditaire belge avant de commencer ses activités. Si quelqu'un n'est pas en mesure de présenter un document LIMOSA-1, le commanditaire ou le client belge est tenu d'en avertir les autorités belges.

Afin de s'assurer de la légalité du détachement des travailleurs, le Pouvoir Adjudicateur peut utilement exiger la production, par l'adjudicataire, de ce document.

L'attestation A1 concernant la législation de sécurité sociale est un document portable européen qui certifie la législation de sécurité sociale applicable à un travailleur qui exerce des activités dans plusieurs Etats membres de l'Union Européenne.

Elle reprend:

- La période pour laquelle l'attestation est valable.
- Le pays dans lequel le travailleur est assujetti et paie des cotisations sociales.
- L'attestation A1 est délivrée sur demande.

⁷ C.E. n°229.425 du 2 décembre 2014

Qui délivre l'attestation A1?

L'attestation A1 est délivrée par l'organisme compétent de l'Etat membre dont la législation est applicable au travailleur. Elle confirme que la législation d'un autre Etat membre auquel le travailleur est lié ne s'applique pas à lui. Et qu'en conséquence, il ne doit pas payer de cotisations sociales dans cet autre Etat membre.

Clause :

La clause reprise au point 7 de l'Annexe 5A prévoit qu'en cas de recours à de la main d'œuvre détachée, les soumissionnaires devront obligatoirement fournir une copie réputée conforme et certifiée de la déclaration LIMOSA ainsi que du document portable A1.

Toute infraction à cette disposition entraîne une pénalité spéciale d'un montant de 400€ par homme en infraction/jour.

En outre, si une infraction à la réglementation en vigueur est constatée, le pouvoir adjudicateur informera immédiatement les services d'inspection compétents du SPF Sécurité Sociale ou du SPF Emploi.

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.

Modalités pratiques :

- Si le Pouvoir Adjudicateur constate qu'il ne dispose pas des documents :

- o Il peut prévenir le SPF ETCS afin qu'un contrôle soit opéré (Annexe 13).

Indépendamment de cette démarche :

- o Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11G) à l'intention de l'Adjudicataire défaillant. En effet, l'article 44 § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée. L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.
 - o Il peut appliquer la pénalité spéciale de 400 €/homme/jour en infraction à dater du 3^{ème} jour suivant la date de l'envoi recommandé du procès-verbal de manquement jusqu'au jour où le défaut a disparu.
- En outre, en cas de récidive, le Pouvoir Adjudicateur pourra décider que l'adjudicataire est exclu des marchés du Pouvoir Adjudicateur pour une durée déterminée (par exemple 5 ans). L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée (article 48 du RGE).

8. La déclaration sur l'honneur des clauses anti-dumping

Afin de garantir, à la fois, le respect des clauses anti-dumping par l'adjudicataire et la production, par ses soins, des documents permettant au Pouvoir Adjudicateur d'en vérifier le respect, un modèle de déclaration sur l'honneur à joindre, impérativement signée, à l'offre peut être intégrée dans le cahier Spécial des charges (Annexe 12).

Le carnet des clauses anti-dumping à insérer dans le C.S.CH. (Annexe 5A) dispose que :

« L'attention des soumissionnaires est attirée sur le fait que le Présent Cahier Spécial des Charges contient des clauses anti-dumping social (assorties de pénalités spéciales importantes) mises au point dans le cadre du Comité de Développement Stratégique de la Région de Charleroi et du Sud-Hainaut. Elles sont surlignées en gris dans le C.S.CH.

En conséquence de quoi, les soumissionnaires sont fermement invités :

- à en tenir compte dans l'élaboration de leur offre, le Pouvoir Adjudicateur se donnant les moyens de vérifier la conformité du chantier à celles-ci et de sanctionner en cas d'infraction ;
- à compléter et joindre à l'offre la Déclaration sur l'honneur relative aux clauses anti-dumping social reprise en annexe du présent Cahier Spécial des Charges. L'absence de déclaration jointe à l'offre ou une déclaration jointe mais non complétée sera considérée comme révélant l'intention du non-respect des clauses contre le dumping social et, en conséquence, considérée comme une irrégularité substantielle.»

Cette clause peut utilement être insérée dans le cahier des charges à l'article « Objet du marché ».

9. Favoriser la proximité

Veiller à l'application stricte de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016

Cet article précise que :

«Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.

Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'Accord sur les Marchés Publics du 15 avril 1994 ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union européenne.»

Selon l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016, cet article confirme les principes d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination, de transparence et de proportionnalité.

Le premier alinéa du paragraphe premier correspond à l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, étant entendu qu'il est renvoyé au principe de proportionnalité, à l'instar de l'article 18 de la directive 2014/24/UE et de l'article 36 de la directive 2014/25/UE.

Le deuxième alinéa comprend un renvoi à l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) et à d'autres conventions internationales. Il convient de rappeler que le but de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) dans le cadre de l'Organisation mondiale du Commerce est d'établir un cadre multilatéral de droits et d'obligations équilibrés en matière de marchés publics en vue de réaliser la libéralisation et l'expansion du commerce mondial.

Pour les marchés relevant des annexes 1, 2, 4 et 5 et des notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres accords internationaux pertinents par lesquels l'Union est liée, les adjudicateurs devraient remplir les obligations prévues par ces accords en appliquant le présent projet aux opérateurs économiques des pays tiers qui en sont signataires. Bien que ce principe ne figure pas en tant que tel dans la loi du 15 juin 2006, il ne s'agit bien sûr nullement d'une nouvelle disposition.

10. Motifs d'exclusion

10.1. Motifs d'exclusion obligatoire

10.1.1. Condamnation coulée en force de chose jugée

Art. 67 de la loi du 17 juin 2016

§ 1er. Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure que ce soit, un candidat ou un soumissionnaire de la participation à la procédure de passation, lorsqu'il a établi ou qu'il est informé de quelque autre manière que ce candidat ou ce soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions suivantes :

1° participation à une organisation criminelle;

2° corruption;

3° fraude;

4° infractions terroristes, infractions liées aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction;

5° blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme;

6° travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains.

7° occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Le Roi peut préciser les infractions visées à l'alinéa 1er de manière plus détaillée.

Par dérogation à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur exclut le candidat ou le soumissionnaire qui a occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée 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. Cette dérogation ne fait pas obstacle à la possibilité, visée à l'article 70, pour le candidat ou soumissionnaire d'invoquer le cas échéant des mesures correctrices.

Par dérogation à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur peut à titre exceptionnel et pour des raisons impératives d'intérêt général, autoriser une dérogation à l'exclusion obligatoire.

L'obligation d'exclure le candidat ou le soumissionnaire 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. Au cas où il s'agit d'une infraction visée à l'alinéa 3 et en l'absence du jugement définitif précité, 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.

Par dérogation à l'alinéa 5, les pouvoirs adjudicateurs ne sont toutefois pas obligés, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, de vérifier l'absence de motifs d'exclusion visée au présent article dans le chef des personnes visées à l'alinéa susmentionné.

§ 2. Les exclusions mentionnées au paragraphe 1er, alinéa 1er, 1° à 6°, de la participation aux marchés publics s'appliquent uniquement pour une période de cinq ans à compter de la date du jugement.

L'exclusion mentionnée au paragraphe 1er, alinéa 1er, 7°, de la participation aux marchés publics, s'applique uniquement pour une période de cinq ans à partir de la fin de l'infraction.

Nonobstant le cas visé au paragraphe 1er, alinéa 4, les opérateurs économiques ne peuvent pas, lorsqu'ils se trouvent dans une situation d'exclusion obligatoire au lendemain de la date ultime de l'introduction des demandes de participation ou de la remise des offres, participer aux marchés publics, sauf lorsqu'ils attestent qu'ils ont pris, conformément à l'article 70, les mesures correctrices suffisantes pour démontrer leur fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion applicable.

L'exposé des motifs du projet de loi précise (sous l'article 66 en raison du décalage provoqué par la réintroduction, dans la loi, de l'article 57 relatif aux tranches fermes et conditionnelles et à la reconduction) que cette disposition, qui transpose (en partie) les articles 57.1, 57.3 et 57.7 de la directive 2014/24/UE, traite des motifs d'exclusion obligatoires (autres que ceux pour non-paiement des dettes fiscales ou sociales).

Deux nouveaux motifs d'exclusion obligatoire :

Par rapport aux motifs d'exclusion obligatoires tels que prévus à l'article 20, § 1er, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006 (et concrétisés par l'article 61, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011), deux nouveaux motifs d'exclusion obligatoires sont à signaler, à savoir:

- 1° infraction terroriste, infraction liée aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction;
- 2° travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains.

Nécessité d'une condamnation coulée en force de chose jugée pour l'application des motifs d'exclusion obligatoires :

Pour l'application des motifs d'exclusion obligatoires, il est toujours nécessaire qu'une condamnation coulée en force de chose jugée ait été prononcée.

Exception : pas d'obligation d'une condamnation coulée en force de chose jugée pour l'application des motifs d'exclusion obligatoires pour occupation des ressortissants de pays tiers en séjour illégal:

Sur ce point, les modalités sont toutefois différentes en ce qui concerne l'exclusion pour avoir occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, comme mentionné à l'alinéa 3 du paragraphe 1er. Cette dernière disposition 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.

Dans le cas visé, une condamnation coulée en force de chose jugée n'est exceptionnellement pas requise. La constatation d'une infraction suffit. A cet égard, il est toutefois précisé qu'il suffit qu'une infraction ait été constatée par une décision judiciaire ou administrative, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social. Il s'agit d'une notification écrite, rédigée par l'inspection du travail, de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, adressée aux entrepreneurs, sous-traitants et donneurs d'ordre. Il va de soi que cette notification ne peut mener à l'exclusion d'autres opérateurs économiques que celui mentionné dans ladite notification comme étant celui qui occupe un ou des ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Obligation d'exclure lorsque la condamnation touche une personne physique membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire :

Selon l'alinéa 4 du paragraphe 1er, l'obligation d'exclure le candidat ou le soumissionnaire 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.

Dans un souci d'assouplissement, il est prévu, pour les marchés inférieurs aux seuils européens, que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de vérifier l'absence de motifs d'exclusion visée au présent article dans le chef des personnes susmentionnées.

En effet, cette vérification pourrait constituer une charge administrative supplémentaire importante dans le chef du pouvoir adjudicateur. Afin de limiter ce risque, cette vérification est dès lors devenue facultative.

En d'autres mots, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de vérifier systématiquement l'absence de motifs d'exclusion obligatoires dans le chef des personnes susvisées. Il leur est donc loisible de le faire ou non.

Néanmoins, en cas de constatation de la présence d'un tel motif d'exclusion, il y aura lieu de procéder à l'exclusion (sauf si des mesures correctrices sont prises). Ils peuvent aussi réserver cette vérification à l'offre pressentie, et ce même si les conditions de l'article 65, § 2, ne sont pas réunies.

Mesures correctrices :

L'alinéa 1er du paragraphe 1er précise que les motifs d'exclusion obligatoires ne peuvent être appliqués dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 69, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité. Ces mesures sont souvent désignées par la notion de self-cleaning measures. Pour de plus amples informations sur cette notion, il est renvoyé au commentaire de l'article 69 (70 dans la loi).

Non-exclusion en raison d'exigences impératives d'intérêt général :

L'autre dérogation à l'exclusion obligatoire, à savoir la non-exclusion en raison d'exigences impératives d'intérêt général, figurait déjà à l'article 20, § 1er, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006. Il s'agit de cas exceptionnels où l'attribution d'un marché est indispensable. Tel pourrait être, par exemple, le cas d'un vaccin ou d'un matériel de secours nécessaire de toute urgence qui ne peut être acheté qu'auprès d'un opérateur économique auquel s'appliquerait autrement un des motifs d'exclusion obligatoires.

Les infractions à prendre en considération peuvent être précisées par le Roi.

Exclusion pour une période de 5 ans maximum à dater de la fin de l'infraction :

Le paragraphe 2 est nouveau. Selon cette disposition, l'exclusion s'applique uniquement pour une période de cinq ans à compter de la date de la condamnation.

Alors que l'article 20, § 1/1, de la loi du 15 juin 2006 précisait encore que l'exclusion pour avoir occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal s'appliquait pour une période pouvant aller «jusqu'à cinq ans», le projet précise dorénavant que l'exclusion s'applique uniquement pour une période de cinq ans à partir de la fin de l'infraction. Pour ce motif d'exclusion obligatoire, l'opérateur économique peut toutefois démontrer avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité.

Dérogation à fixer par le Roi pour les marchés inférieurs à 30.000 € :

En ce qui concerne les motifs d'exclusion obligatoires, la possibilité prévue pour le Roi d'introduire des dérogations pour les petits marchés (marchés inférieurs au montant fixé par Lui), n'est plus mentionnée mais elle est abordée dans un chapitre 7, qui est spécifiquement consacré aux marchés d'un montant inférieur à 30.000 euros. Ce chapitre impose uniquement le respect des principes généraux (à l'exception de l'article 14), des règles d'estimation et du champ d'application.

Interdiction faite aux opérateurs économiques de participer aux marchés publics lorsqu'ils se trouvent dans une situation d'exclusion obligatoire :

A l'alinéa 3 du paragraphe 2, il est précisé que, sauf dans les cas d'exception prévus au paragraphe 1er, alinéa 1er, à savoir la présence de mesures correctrices ou d'impératifs d'intérêt général, les opérateurs économiques ne peuvent pas participer aux marchés publics lorsqu'ils se trouvent dans une situation d'exclusion obligatoire au lendemain de la date ultime de l'introduction des candidatures ou de la remise des offres.

Il en résulte que l'accès leurs 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 (décision qui n'est pas uniquement basée sur le DUME).

Une autre dérogation a trait au cas où le pouvoir adjudicateur autorise à titre exceptionnel et pour des raisons impératives d'intérêt général une dérogation à l'obligation d'exclusion, pour autant qu'il ait prévu cette possibilité dans les documents du marché. Ce qui précède ne déroge pas au fait que, en matière de preuves utilisées, il ne pourra pas toujours être remonté dans le temps et que les pouvoirs adjudicateurs devront, le cas échéant, se contenter de preuves plus récentes comme par exemple les extraits de casier judiciaires.

Infractions prises en considération pour ce motif d'exclusion obligatoire :

Art. 61 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

Les infractions qui sont prises en considération pour l'application des motifs d'exclusion obligatoires visés à l'article 67, § 1er, de la loi sont les suivantes :

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

4° infractions terroristes ou infractions liées aux activités terroristes, telles qu'elles sont définies à l'article 137 du Code pénal, aux articles 1er 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;

5° 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 1er 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° travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains 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° 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.

Le Rapport au Roi précise que cet article traite des motifs d'exclusion obligatoires. Il exécute l'article 67 de la loi et correspond à l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, en y ajoutant quelques motifs d'exclusion obligatoires, à savoir :

1° le travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains;

2° les infractions terroristes ou infractions liées aux activités terroristes.

A toutes fins utiles, il est rappelé que le motif d'exclusion relatif à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal reste d'application.

Dans ce cadre, il convient de rappeler l'article 67, § 1er, alinéa 5, de la loi. Pour les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, une obligation d'exclusion est prévue en exécution de la directive, lorsqu'un motif d'exclusion obligatoire se présente dans le chef d'un membre d'un organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire. Ceci implique dans la pratique la demande d'un extrait du casier judiciaire pour tous les membres des organes visés. Pour les marchés inférieurs aux seuils précités, il s'agit d'une faculté et non d'une obligation.

10.1.2. Motifs d'exclusion relatifs aux dettes sociales et fiscales

10.1.2.1. Règles générales

Art. 68 de la loi du 17 juin 2016

§ 1er. Sauf exigences impératives d'intérêt général et sous réserve des cas mentionnés au paragraphe 3, le pouvoir 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 :

1° lorsque le montant impayé ne dépasse pas le montant à fixer par le Roi; ou

2° lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers. Ces créances s'élèvent au moins à un montant égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales ou sociales. Ce dernier montant est diminué du montant fixé par le Roi en exécution de la disposition du 1°.

Lorsqu'il constate que les dettes fiscales et sociales dépassent le montant mentionné à l'alinéa 1er, 1°, le pouvoir adjudicateur demande au candidat ou au soumissionnaire s'il se trouve dans la situation mentionnée à l'alinéa 1er, 2°.

Le pouvoir adjudicateur donne cependant l'opportunité 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, le pouvoir 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. Ce délai commence à courir le jour qui suit la notification. Pour le calcul de ce délai, le règlement n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, n'est pas d'application.

§ 2. Le Roi détermine les dettes fiscales et sociales à prendre en considération ainsi que les modalités additionnelles en la matière.

§ 3. Le présent article ne s'applique plus lorsque le candidat ou le soumissionnaire a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes pour autant que ce paiement ou la conclusion de cet accord contraignant se soit déroulé avant l'introduction d'une demande de participation, ou, en procédure ouverte, avant le délai d'introduction des offres.

L'exposé des motifs du projet de loi précise (sous l'article 67 en raison du décalage provoqué par la réintroduction, dans la loi, de l'article 57 relatif aux tranches fermes et conditionnelles et à la reconduction) que cette disposition, qui transpose (en partie) les articles 57.2 et 57.3 de la directive 2014/24/UE, traite de l'exclusion obligatoire 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.

Devenus motifs d'exclusion obligatoire :

Il s'agit d'une nouvelle disposition. Néanmoins, l'exclusion basée sur le fait de posséder des dettes fiscales ou sociales ne peut être considérée comme un motif d'exclusion obligatoire tout à fait nouveau. En effet, l'article 63, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, remplacé par l'arrêté royal du 7 février 2014, stipulait déjà que, pour un candidat ou soumissionnaire belge, le pouvoir adjudicateur devait vérifier le respect des obligations fiscales à l'égard du SPF Finances, sur la base d'une attestation délivrée par ce dernier service public. Vu qu'il devait être procédé à une vérification, celle-ci entraînait déjà, par définition, une exclusion systématique s'il existait des dettes fiscales, (si toutes les autres conditions étaient remplies) et même si ce motif d'exclusion n'était pas formellement rangé parmi les motifs d'exclusion obligatoires. La situation en matière de dettes sociales était analogue. Le projet précise uniquement que ces motifs d'exclusion doivent dorénavant également être considérés comme des motifs d'exclusion obligatoires. La problématique de la distinction entre les motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs s'en trouvera simplifiée. Il est toutefois tenu compte de la nature spécifique de ce motif d'exclusion, et une série d'assouplissements est prévue.

Déroptions au principe de l'exclusion obligatoire : montant impayé peu élevé

En vertu de la disposition du paragraphe 1er, 1°, un candidat ou un soumissionnaire ne sera pas exclu lorsque le montant impayé ne dépasse pas le seuil à déterminer par le Roi. Cela permet d'éviter que le non-paiement de dettes fiscales ou sociales limitées n'entraîne l'exclusion. Par ailleurs, on se conforme ainsi à l'article 57.3, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE.

Ce dernier article oblige les Etats membres, lorsqu'ils prévoient un motif d'exclusion obligatoire pour les dettes fiscales ou sociales, à élaborer des dispositions pour éviter des exclusions manifestement disproportionnées. L'article 63, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit également un tel seuil.

Déroptions au principe de l'exclusion obligatoire : le soumissionnaire dispose à l'égard de pouvoirs publics de créances d'un montant au moins aussi élevé que ses impayés :

La disposition du paragraphe 1er, 2°, prévoit une deuxième dérogation à l'exclusion obligatoire, notamment lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant, abstraction faite du seuil à déterminer par le Roi (voir supra), qui est au moins égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales et sociales. Cette disposition correspond également à ce qui est prévu à l'article 63, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

L'alinéa 2 du paragraphe 1er souligne que le pouvoir adjudicateur qui constate que les dettes fiscales et sociales atteignent ou dépassent le seuil précité, ne peut procéder automatiquement à l'exclusion, mais doit d'abord demander au candidat ou au soumissionnaire s'il se trouve dans une situation dans laquelle il est question de dettes impayées telle que décrite ci-dessus.

Déroptions au principe de l'exclusion obligatoire : le soumissionnaire peut régulariser sa situation MAIS une seule fois en cours de marché :

La disposition de l'alinéa 3 est nouvelle et permet à l'opérateur économique dont il est établi qu'il ne satisfait pas aux exigences relatives aux obligations fiscales et sociales, de régulariser sa situation. Néanmoins, il ne dispose de cette possibilité qu'une seule fois par procédure de passation. Le pouvoir adjudicateur lui laisse un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de cette régularisation. La notion de « jour férié » doit être comprise dans le sens de l'arrêté royal du 18 avril 1974 déterminant les modalités générales d'exécution de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés.

Etant donné le délai très court de cinq jours ouvrables, il a été dérogé au mode de calcul des délais tel que prévu par le règlement n° 1182/71 du 3 juin 1971 (même si le délai commence à courir pendant le weekend, il est compté en jours ouvrables et le délai ne démarre donc qu'au premier jour ouvrable suivant le weekend).

Le dépassement éventuel du délai susmentionné, alors que la régularisation proprement dite a eu lieu dans les délais impartis, doit s'apprécier au cas par cas compte tenu, notamment, du principe de proportionnalité.

L'assouplissement précité, qui facilitera en principe l'accès des PME aux marchés publics et bénéficiera au Trésor, s'inspire du fait que l'absence de dettes fiscales ou sociales est dorénavant rangée parmi les motifs d'exclusion obligatoires, ce qui nécessitera, plus encore qu'auparavant, d'offrir des garanties qu'aucun opérateur économique ne sera exclu arbitrairement.

Le paragraphe 2 prévoit une habilitation pour le Roi.

Le paragraphe 3 précise que le motif d'exclusion ne s'applique plus lorsque le candidat ou le soumissionnaire a rempli ses obligations en payant les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues ou en concluant un accord contraignant en vue de les payer, pour autant que ce paiement ou la conclusion de cet accord contraignant se soit déroulé avant l'introduction d'une demande de participation ou, en procédure ouverte, avant le délai d'introduction des offres. En d'autres termes, les self-cleaning measures ne s'appliquent pas aux dettes fiscales et/ou sociales.

10.1.2.2. Procédure de vérification des dettes sociales

Art. 62 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

§ 1er. Le candidat ou le soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations de paiement de cotisations de sécurité sociale est exclu de la participation à une procédure de passation, conformément à l'article 68 de la loi. Peut néanmoins participer à la procédure, le candidat ou le soumissionnaire qui n'a pas une dette en cotisations supérieure à 3.000 euros ou qui a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation sur le plan des dettes sociales des candidats ou soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres Etats membres. Cette vérification se fait dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres. L'attestation Télémarc mentionne le montant exact de la dette dans le chef du candidat ou soumissionnaire visé.

§ 3. Lorsque la vérification visée au paragraphe 2 ne permet pas de vérifier de manière certaine que le candidat ou le soumissionnaire satisfait à ses obligations de paiement des cotisations de sécurité sociale, le pouvoir adjudicateur demande à ce dernier de fournir une attestation récente justifiant qu'il satisfait à ces obligations. Il en va de même lorsque dans un autre Etat membre, une telle application n'est pas disponible.

Pour le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, l'attestation récente visée à l'alinéa 1er est délivrée par l'Office national de Sécurité sociale et porte sur le dernier

trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas.

Pour le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel relevant d'un autre Etat membre de l'Union européenne et qui n'est pas visé par l'alinéa 2, l'attestation récente est délivrée par l'autorité compétente étrangère et certifie que le candidat ou le soumissionnaire est en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi. Cette attestation doit être équivalente à celle visée à l'alinéa 2.

Lorsque le candidat ou le soumissionnaire emploie du personnel visé tant par l'alinéa 2 que par l'alinéa 3, les dispositions des deux alinéas sont applicables.

Dans le cas où l'attestation fournie par Télémarc, une application électronique équivalente ou par l'autorité compétente ne démontre pas qu'il est en règle, le candidat ou le soumissionnaire peut faire appel à la régularisation unique prévue à l'article 68, § 1er, alinéa 3, de la loi. Dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire a des dettes en cotisations supérieures à 3.000 euros, il démontre, afin de ne pas être exclu, qu'il détient à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal à sa dette diminuée de 3.000 euros.

§ 4. Pour le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et lorsque le doute persiste, le pouvoir adjudicateur vérifie le respect des obligations sociales en interrogeant l'Office national de Sécurité sociale pour autant que ce dernier délivre les attestations demandées par le pouvoir adjudicateur.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut s'enquérir de la situation du candidat ou du soumissionnaire assujetti à la sécurité sociale des travailleurs indépendants afin de vérifier s'il est en règle avec ses obligations en matière de paiement de cotisations de sécurité sociale.

Le Rapport au Roi précise que cette disposition exécute l'article 68 de la loi et correspond à l'article 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle précise les règles applicables en matière de respect des obligations de paiement de cotisations de sécurité sociale.

Le paragraphe 1er précise que le candidat ou le soumissionnaire doit satisfaire à ses obligations de cotisation de sécurité sociale afin de ne pas être exclu de la participation à une procédure de passation. Il ne doit pas avoir une dette en cotisations supérieure à 3.000 euros à moins qu'il n'ait obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement. Cette tolérance de 3.000 euros déjà présente dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 pour le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti à la législation relative à la sécurité sociale en Belgique est aujourd'hui étendue au candidat ou au soumissionnaire employant du personnel assujetti à la législation applicable dans un autre Etat membre.

Le paragraphe 2 précise que le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de vingt jours suivant le moment ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres pour vérifier si le candidat ou soumissionnaire satisfait à ses obligations de paiement des cotisations de sécurité sociale en utilisant l'application Télémarc ou une autre application électronique équivalente accessible gratuitement dans un autre Etat membre. A noter que le délai de vingt jours repris au présent paragraphe ne vaut que pour les vérifications effectuées via des applications (Télémarc ou équivalente) et n'est pas applicable aux attestations fournies par des autorités compétentes belges ou étrangères.

Selon l'alinéa 1er du paragraphe 3, lorsque la vérification de Télémarc ou d'une autre application électronique équivalente d'un autre Etat membre ne permet pas de se faire une idée satisfaisante de la situation du candidat ou soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur doit demander à ce dernier de lui fournir une attestation récente justifiant qu'il satisfait à ses obligations.

L'alinéa 2 ne concerne que le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti à la législation belge. Afin de démontrer qu'il satisfait à ses obligations de paiement des cotisations de sécurité sociale, ce dernier fournit, à la demande du pouvoir adjudicateur, une attestation de l'Office national de Sécurité sociale. Ladite attestation doit être récente et doit porter sur le dernier trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres. Il convient de souligner que la période couverte par l'attestation diffère de celle reprise dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Cette dernière limitait en effet l'attestation à l'avant-dernier trimestre civil écoulé. La présente modification a pour seul objectif de se conformer à la pratique en vigueur.

L'alinéa 3 ne concerne que le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti à la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Dans un tel cas, le respect des obligations de paiement des cotisations de sécurité sociale est apprécié selon les dispositions légales du pays d'établissement. Afin de démontrer qu'il satisfait aux obligations précitées, le pouvoir adjudicateur demande au candidat ou soumissionnaire de lui fournir une attestation délivrée par une autorité compétente étrangère. Ladite attestation doit être récente et doit porter sur une période équivalente à ce qui est prévu pour les candidats ou soumissionnaires employant du personnel assujetti à la législation belge.

L'alinéa 4 est identique au paragraphe 3 de l'article 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

L'alinéa 5 précise que le candidat ou le soumissionnaire peut, le cas échéant, fournir la preuve de sa régularisation conformément à l'article 68, § 1er, alinéa 3, de la loi. Il peut également, s'il a une dette en cotisations supérieure à 3.000 euros, se prévaloir de créances qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique; créances qui doivent être certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers. Il convient également de rappeler que pour se prévaloir de ce dernier mécanisme l'intéressé ne peut se contenter de produire une facture. Il doit être à même de se prévaloir d'un document émanant d'un pouvoir adjudicateur.

Le paragraphe 4 ne concerne que le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti à la législation belge. Il précise que lorsqu'un doute persiste après réception des attestations, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de vérifier le respect des obligations de paiement des cotisations de sécurité sociale en interrogeant l'Office national de Sécurité sociale.

Le paragraphe 5 contient une disposition applicable aux candidats et soumissionnaires assujettis au régime de la sécurité sociale des travailleurs indépendants. Ce paragraphe correspond au paragraphe 5 de l'article 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. La vérification de leur situation en matière de paiement de cotisations sociales peut avoir lieu, pour les indépendants assujettis au régime applicable en Belgique, par la production par les candidats ou les soumissionnaires, de l'attestation fiscale qui leur est communiquée annuellement par l'Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI).

Dans cette hypothèse, un employeur ayant le statut de travailleur indépendant et occupant des travailleurs salariés, peut produire à la demande une attestation relevant de la sécurité sociale des travailleurs indépendants pour lui-même, mais aussi une autre attestation relevant de la sécurité sociale des travailleurs salariés, pour ces derniers.

10.1.2.3. Procédure de vérification des dettes fiscales

Art. 63 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

§ 1er. Le candidat ou le soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations de paiement des dettes fiscales est exclu de la participation à une procédure de passation, conformément à l'article 68 de la loi. Peut néanmoins participer à la procédure, le candidat ou le soumissionnaire qui n'a pas une dette supérieure à 3.000 euros ou qui a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation fiscale des candidats ou soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres Etats membres. Cette vérification se fait dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres.

L'attestation Télémarc mentionne le montant exact de la dette dans le chef du candidat ou soumissionnaire visé.

§ 3. Lorsque la vérification visée au paragraphe 2 ne permet pas de savoir si le candidat ou le soumissionnaire satisfait à ses obligations fiscales, le pouvoir adjudicateur demande directement au candidat ou au soumissionnaire de fournir une attestation récente justifiant qu'il satisfait à ses obligations fiscales. Il en va de même lorsque dans un autre Etat membre, une telle application n'est pas disponible.

L'attestation récente visée à l'alinéa 1er est délivrée par l'autorité compétente belge et/ou étrangère et certifie que le candidat ou le soumissionnaire est en règle avec ses obligations fiscales selon les dispositions légales du pays où il est établi.

Dans le cas où l'attestation fournie par Telemarc, via une autre application électronique équivalente d'un autre Etat membre ou par l'autorité compétente ne démontre pas qu'il est en règle, le candidat ou le soumissionnaire peut faire appel à la régularisation unique prévue à l'article 68, § 1er, alinéa 3, de la loi. Dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire a des dettes fiscales supérieures à 3.000 euros, il démontre, afin de ne pas être exclu, qu'il détient à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal à sa dette diminuée de 3.000 euros.

§ 4. Lorsque le doute persiste, le pouvoir adjudicateur vérifie le respect des obligations fiscales de l'opérateur économique en interrogeant le Service public fédéral Finances pour autant que ce dernier délivre les attestations demandées par le pouvoir adjudicateur.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut procéder à la vérification du respect du paiement de dettes fiscales autres que celles qui sont visées au paragraphe 4. Dans ce cas, il indique précisément, dans les documents du marché, les autres dettes fiscales qu'il entend vérifier ainsi que les documents sur la base desquels la vérification aura lieu.

Le Rapport au Roi précise que cette disposition, qui correspond à l'article 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, porte sur le respect des obligations fiscales par les candidats et soumissionnaires. Cet article exécute en outre l'article 67 de la loi.

Le paragraphe 1er précise que le candidat ou le soumissionnaire doit, afin de ne pas être exclu de la participation à une procédure de passation, satisfaire à ses obligations de paiement des dettes

fiscales. Il ne doit dès lors pas avoir une dette fiscale supérieure à 3.000 euros à moins qu'il n'ait obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement. A noter que cette tolérance de 3.000 euros, déjà présente dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011, pour le candidat ou le soumissionnaire belge est aujourd'hui étendue au candidat ou au soumissionnaire étranger.

De plus, il est important de rappeler que les dettes fiscales belges visées ici concernent les impôts compris dans l'attestation relative aux dettes fiscales qui peut être consultée via Télémarc. L'attestation ne comprend que les taxes et impôts qui sont définis fonctionnellement en tant que 'balance fiscale' par le Service Public Fédéral Finances.

Le paragraphe 2 prévoit que la vérification de la situation des candidats ou des soumissionnaires se fait dans les vingt jours qui suivent le moment ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres. Il s'agit dès lors d'une modification importante du délai. L'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne prévoyait qu'un délai de 48 heures suivant la séance d'ouverture des offres si celle-ci avait lieu ou suivant le moment ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres. Ce délai de 48 heures s'avérait cependant en pratique bien souvent trop court et source de difficultés pour le pouvoir adjudicateur.

La vérification s'effectue, pour les candidats et soumissionnaires belges, sur la base des attestations qui sont accessibles gratuitement pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc. Pour les candidats et les soumissionnaires étrangers, cette vérification s'effectue par le biais d'autres applications électroniques équivalentes accessibles gratuitement dans un autre Etat membre. De manière analogue à ce qui est prévu pour les dettes sociales, le délai de vingt jours repris au présent paragraphe ne vaut que pour les vérifications effectuées via des bases de données (Télémarc ou autre) et n'est pas applicable aux attestations fournies par des autorités compétentes belges ou étrangères.

Selon le paragraphe 3, lorsque la vérification de Télémarc ou d'une autre application électronique équivalente d'un autre Etat membre ne permet pas de se faire une idée satisfaisante de la situation fiscale du candidat ou soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur doit demander au candidat ou soumissionnaire de lui fournir une attestation récente justifiant qu'il satisfait à ses obligations fiscales, belge ou étrangère selon le cas.

Il est également précisé que le candidat ou le soumissionnaire peut, le cas échéant, fournir la preuve de sa régularisation conformément à l'article 68, § 1er, alinéa 3, de la loi. Il peut également, s'il a une dette fiscale supérieure à 3.000 euros, se prévaloir de créances qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique; créances qui doivent être certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers. Il convient également de rappeler que pour se prévaloir de ce dernier mécanisme, l'intéressé ne peut se contenter de produire une facture. Il doit être à même de se prévaloir d'un document émanant d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique.

Le paragraphe 4 contient une disposition qui, en cas de doute, oblige le pouvoir adjudicateur à s'adresser directement au Service Public Fédéral Finances afin de vérifier le respect des obligations fiscales par le candidat ou le soumissionnaire.

10.2. Motifs d'exclusion facultatifs

Art. 69 de la loi du 17 juin 2016

Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir 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 :

1° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7;

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, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales;

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, au sens de l'article 5, alinéa 2;

5° lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 6 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, visée à l'article 52, 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 en vertu de l'article 73 ou de l'article 74, ou

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.

Les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1er s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion facultatifs dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

L'exposé des motifs du projet de loi précise (sous l'article 68 en raison du décalage provoqué par la réintroduction, dans la loi, de l'article 57 relatif aux tranches fermes et conditionnelles et à la reconduction) que cette disposition, qui transpose (en partie) les articles 57.4 et 57.7 de la directive 2014/24/UE, traite des motifs d'exclusion facultatifs.

Nouveaux motifs d'exclusion facultatifs :

Par rapport aux motifs d'exclusion facultatifs tels que prévus par l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, remplacé par l'arrêté royal du 7 février 2014, les nouveaux motifs d'exclusion facultatifs suivants sont à signaler:

- la disposition figurant à l'alinéa 1er, notamment lorsqu'il peut être démontré, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7;
- la disposition visée à l'alinéa 1er, 4°, notamment lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire aurait accompli des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence au sens de l'article 4, § 2, alinéa 2; La disposition visée à l'alinéa 1er, 4°, a été formulée en des termes quelque peu plus larges que dans l'article 57.4.d), de la directive 2014/24/UE. Dans l'article 57.4.d) précité, il est seulement question du cas où le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire concerné a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence. Etant donné que l'article 5, alinéa 2, stipule que sont interdites non seulement les conventions qui faussent les conditions normales de la concurrence mais également d'autres actes et ententes, même s'ils n'ont pas (encore) abouti à la conclusion d'une convention, le motif d'exclusion correspondant doit également être interprété de façon plus large. Cette interprétation plus large est toujours conforme à l'article 57.4 de la directive 2014/24/UE, étant donné que les Etats membres sont libres de définir eux-mêmes la notion de faute professionnelle grave. Il faut en effet admettre que l'accomplissement d'actes qui faussent la concurrence constitue une faute professionnelle grave qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire. Par souci de clarification, il a été choisi de lier ce cas spécifique au motif d'exclusion relatif à la distorsion de la concurrence.
- la disposition figurant à l'alinéa 1er, 5°, notamment le cas où il ne pourrait être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 6 par d'autres mesures moins intrusives;
- la disposition visée à l'alinéa 1er, 6°, notamment le cas où il ne peut être remédié à un empêchement ou une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de marché public, visée à l'article 52, par d'autres mesures moins intrusives;

Les dispositions figurant à l'alinéa 1er, 5° (conflits d'intérêts) et 6° (participation préalable) précisent chaque fois que les motifs d'exclusion visés ne peuvent s'appliquer que s'il apparaît qu'il ne peut être remédié au problème relatif au conflit d'intérêts ou à la participation préalable, par d'autres mesures moins intrusives. En effet, comme le précise déjà l'article 6, § 1er, les pouvoirs adjudicateurs doivent prendre eux-mêmes les mesures nécessaires permettant non seulement de prévenir de manière

efficace des conflits d'intérêts survenant lors de la passation et de l'exécution, mais également, le cas échéant, de les détecter et corriger. Ainsi, le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne liée au pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit, ne peut plus intervenir s'il peut se trouver dans une situation de conflit d'intérêts (article 6, § 2). Il est toutefois prévu une exception à cette interdiction d'intervenir, notamment lorsque cette interdiction empêcherait le pouvoir adjudicateur de pourvoir à ses besoins.

- la disposition figurant à l'alinéa 1er, 7°, notamment le cas où 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 antérieur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, à des dommages et intérêts à titre de sanction ou à une autre sanction comparable;
La disposition figurant à l'alinéa 1er, 7°, est nouvelle. Elle traite des défaillances dans le chef du candidat ou du soumissionnaire dans le cours de marchés publics ou de concessions antérieurs. De telles défaillances antérieures ne peuvent entraîner l'exclusion que s'il s'agit de défaillances importantes ou «persistantes». Par ailleurs, la défaillance doit avoir donné lieu à des mesures d'office ou à une autre sanction comparable. Le seul fait que la défaillance ait été constatée par un procès-verbal établi par un pouvoir adjudicateur dont une copie soit transmise immédiatement à l'adjudicataire par envoi recommandé (conformément par exemple à l'article 44, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013), ne permet pas en soi d'appliquer le motif d'exclusion : des sanctions doivent effectivement avoir été appliquées.
- la disposition visée à l'alinéa 1er, 9°, notamment le cas où 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.

Légères modifications des autres motifs d'exclusion facultatifs :

La formulation des autres motifs d'exclusion facultatifs n'a été que légèrement modifiée.

- Ainsi, d'une part, les cas de faillite et de réorganisation judiciaire (ainsi que toute situation analogue) et, d'autre part, de cessation d'activités, figurent dorénavant dans un seul motif d'exclusion facultatif, comme dans l'article 57.4.b), de la directive 2014/24/UE.
- En ce qui concerne la faute professionnelle grave (disposition figurant à l'alinéa 1er, 3°), il a été ajouté qu'il doit s'agir d'une faute grave qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire.
- La formulation de la disposition visée à l'alinéa 1er, 8°, relative à la fausse déclaration, n'a été que légèrement modifiée à l'égard de l'article 61, § 2, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Ainsi, il a été précisé que le fait de ne pas fournir des informations doit désormais s'inscrire, en ce qui concerne les marchés atteignant les seuils européens, dans le cadre des obligations relatives au document unique de marché européen (article 72). S'agissant des marchés atteignant les seuils européens, les pouvoirs adjudicateurs doivent, lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, accepter le document unique de marché européen précité à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers

pour confirmer que le candidat ou le soumissionnaire concerné remplit toutes les conditions suivantes. Le fait de ne pas produire les documents, lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, ne peut dès lors en aucun cas entraîner l'exclusion, bien au contraire. Ce qui précède n'empêche pas que le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires et candidats, dans la suite de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

C'est dans ce cadre qu'il faut lire le motif d'exclusion facultatif de l'article 68, 8° (69.8° de la loi). Comme le précise l'article 72, § 4 (73 § 4 de la loi), les opérateurs économiques ne sont toutefois pas obligés de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou informations pertinentes en accédant aux sources d'informations visées dans la disposition précitée. Dans ce cas, la non-présentation ne peut donc pas non plus entraîner l'exclusion.

Pour de plus amples informations sur le cas où des mesures correctrices auraient été prises par le candidat ou le soumissionnaire, il est renvoyé au commentaire de l'article 69 (70 de la loi).

Durée de l'exclusion :

L'alinéa 2 précise désormais que l'exclusion à la participation s'applique uniquement pour une période de trois ans à compter de l'évènement concerné ou, lorsqu'il s'agit d'une infraction continue, à compter de la fin de cette infraction. En vertu de l'article 57.7 de la directive 2014/24/UE, les Etats membres doivent déterminer la durée maximale de la période d'exclusion. En ce qui concerne les motifs d'exclusion visés à l'article 57.4, les Etats membres ne peuvent pas déterminer une durée qui dépasse trois ans à compter de l'évènement concerné. Il est dès lors choisi de fixer la durée à trois ans à compter de l'évènement concerné.

Pas d'obligation de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des personnes physiques, membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire :

Le dernier alinéa précise que le pouvoir adjudicateur n'est en principe pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein, sauf lorsque les documents du marché en disposent autrement. Il s'agit d'une nouvelle disposition.

10.3. Mesures correctrices

Art. 70 de la loi du 17 juin 2016

Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations visées aux articles 67 ou 69 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation. A cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par le candidat ou le soumissionnaire sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les cas d'une décision du pouvoir adjudicateur qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Un opérateur économique qui a été exclu par une décision judiciaire ayant force de chose jugée de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent article pendant la période d'exclusion fixée par ladite décision dans les Etats membres où le jugement produit ses effets.

L'exposé des motifs du projet de loi précise (sous l'article 69 en raison du décalage provoqué par la réintroduction, dans la loi, de l'article 57 relatif aux tranches fermes et conditionnelles et à la reconduction) que cette nouvelle disposition, qui transpose l'article 57.6 de la directive 2014/24/UE, traite de la possibilité dont doit disposer le candidat ou le soumissionnaire de fournir des preuves afin d'attester qu'il a pris des mesures correctrices suffisantes pour démontrer sa fiabilité malgré le motif d'exclusion obligatoire ou facultatif applicable au sens des articles 66 et 68.

Types de mesures correctrices :

Les opérateurs économiques ont la possibilité de prendre, par le biais des mesures correctrices (ou encore des self-cleaning measures), des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent, leur permettant de démontrer leur fiabilité malgré le motif d'exclusion applicable. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en oeuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation.

Conséquences des mesures correctrices :

Lorsque ces mesures offrent des garanties suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs par le pouvoir adjudicateur. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation.

En ce qui concerne l'infraction sur le plan de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, il s'agit des mêmes mesures.

L'attention est attirée sur le fait que l'opérateur économique doit d'initiative indiquer les mesures correctrices prises. En l'absence de précisions en ce sens, le pouvoir adjudicateur peut estimer qu'aucune mesure correctrice n'a été prise.

La vérification des prétendues mesures correctrices prises est confiée aux pouvoirs adjudicateurs individuels. Si un pouvoir adjudicateur estime que les mesures prises sont suffisantes, ce n'est aucunement contraignant à l'égard d'un autre pouvoir adjudicateur.

Non-applicable au motif d'exclusion relatif au non-paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale :

La doctrine relative aux mesures correctrices établie par le présent article ne s'applique pas au motif d'exclusion relatif au non-paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale. En effet,

comme le précise l'article 67, § 3 (68 § 3 de la loi), ce motif d'exclusion ne s'applique plus, dans son ensemble, lorsque le candidat ou le soumissionnaire a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes, dans les conditions établies par la disposition précitée. L'on pourrait dire que les «mesures correctrices» consistent, dans le cas du motif d'exclusion relatif aux dettes fiscales ou sociales, en le simple paiement des dettes concernées. Dans ce cas, il ne faut pas vérifier si les exigences plus sévères relatives au self-cleaning telles que prévues par la présente disposition ont été respectées.

Mesures applicables aux motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs :

La version néerlandophone de l'article 57.6, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE fait mention de "strafrechtelijke inbreuken of beroepsfouten". Cela semble dû à une traduction imparfaite. A cet égard, la version néerlandophone du présent projet ne reprend donc pas le terme "beroepsfouten", mais utilise le terme "fouten". Dans les versions française et anglaise de la directive, il est, en effet, question de "l'infraction pénale ou la faute" et de "criminal offence or misconduct". Il ressort d'ailleurs de l'objectif général de l'article 57.4 de la directive 2014/24/UE que les mesures correctrices peuvent en principe être prises pour tous les motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs (sauf en ce qui concerne les dettes fiscales et sociales et bien qu'il soit difficile de comprendre, quant à certains motifs d'exclusion et notamment en cas de faillite et de procédures liées, comment des mesures correctrices pourraient de facto apporter une solution).

10.4. Application individuelle des motifs d'exclusion à tous les partenaires d'un groupement

Art. 64 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

Les dispositions de la présente section sont également applicables individuellement :

1° à tous les participants qui introduisent ensemble une demande de participation et ont l'intention de constituer, en cas de sélection, un groupement d'opérateurs économiques;

2° à tous les participants qui, en tant que groupement d'opérateurs économiques, déposent ensemble une offre; et

3° aux tiers à la capacité desquels il est fait appel, conformément à l'article 73, § 1er.

Le Rapport au Roi expose que cette disposition correspond à l'article 66 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Les points 1° et 2° gardent la même portée que celle prévue dans l'arrêté précité. Ils visent à clarifier la situation des groupements d'opérateurs économiques.

Le point 3° est une disposition nouvelle. Il précise que la section 2 s'applique également aux tiers à la capacité desquels il est fait appel.