



MESURES ANTI-DUMPING

BOÎTE À OUTILS



1. Donner accès aux marchés publics aux PME et TPE locales	
1.1. En favorisant l'utilisation de la procédure Négociée Directe avec Publicité pour les marchés de travaux inférieurs à 600.000 € HTVA	4
1.1.1. En quoi consiste la procédure Négociée Directe avec Publicité et quand peut-on l'appliquer ?	4
1.1.2. Comment calculer l'estimation du marché ?	4
1.1.3. Fractionnement du marché interdit / autorisé ?	6
1.1.4. Critères d'attribution	6
1.1.5. Rédaction du Cahier Spécial des Charges	7
1.1.6. Formalités de publicité	7
1.1.7. Ouverture des offres	7
1.1.8. Analyse des offres et négociation	7
1.2. En favorisant l'utilisation des marchés à lots	8
1.2.1. Définition du marché à lots	8
1.2.2. Fixation des lots	8
1.2.3. Cas particulier des lots dans les seuils de publicité européens	9
1.2.4. Conditions d'accès et sélection qualitative dans les marchés à lots	10
1.2.5. Limitation des lots auxquels il est remis offre	11
1.2.6. Les rabais et ordre de préférence des lots	11
1.2.7. Attribution en adjudication	12
1.2.8. Attribution en appel d'offres	13
1.2.9. Les marchés à lots en cours d'exécution	14
1.2.10. Dispositions à ajouter dans le C.S.CH. d'un marché à lots	14
2. Privilégier le rapport qualité-prix plutôt que le prix	
2.1. En quoi consiste l'Appel d'offres ?	15
2.1.1. Définition	15
2.1.2. Critères d'attribution multiples : quels critères ?	16
2.1.3. Critères d'attribution/critères de sélection	16
2.1.4. Exemples de critères d'attribution admis par la jurisprudence.	17
2.1.5. A quelles conditions doivent répondre les critères d'attribution ?	17
2.1.6. La pondération des critères et/ou sous-critères	18
2.1.7. Quels documents associer aux critères d'attribution ?	19
2.1.8. Contacts avec les soumissionnaires	19
2.2. Examen des offres	19
2.2.1. La vérification de la régularité des offres	19
2.2.2. La rectification des erreurs arithmétiques et matérielles	23
2.2.3. La vérification des corrections apportées par le soumissionnaire	24
2.2.4. La vérification des prix	25
2.3. Attribution du marché	25
3. Respecter le droit du travail et les conditions de travail	
3.1. Le respect des Conventions Collectives de Travail	28
3.2. Le respect du paiement du salaire minimum	28
3.3. Le respect du temps de travail et de la mise à disposition de personnel	31
3.3.1. Temps de travail	31
3.3.2. Heures supplémentaires et travail du samedi	31
3.4. Le respect des conditions de logement	33
4. Garantir le maintien du niveau de l'emploi	37





5. Limiter l'impact des « ouvriers détachés »	
5.1. L'usage de la langue française sur chantier	40
5.2. Le renforcement de la sélection qualitative	43
5.3. L'insertion de clauses sociales	43
5.4. La maîtrise et la surveillance des sous-traitants	44
5.5. Le refus des prix anormalement bas	46
5.5.1. Une offre ne respectant pas les prix est nulle	46
5.5.2. Principe de la vérification des prix	47
5.5.3. Quelles justifications doit fournir le soumissionnaire ?	48
5.5.4. Quels prix vérifier ?	49
5.5.5. Quelles justifications demander aux soumissionnaires ?	50
5.5.6. Comment débusquer des salaires trop bas ?	51
5.5.7. La motivation de la décision du Pouvoir Adjudicateur	51
5.6. La lutte contre le recours à la main d'œuvre détachée frauduleusement	52
6. La déclaration sur l'honneur des clauses anti-dumping	53
7. Favoriser la proximité	
Veiller à l'application stricte de l'article 21 de la loi du 15 juin 2006	54



1. Donner accès aux marchés publics aux PME et TPE locales

1.1. En favorisant l'utilisation de la procédure Négociée Directe avec Publicité pour les marchés de travaux inférieurs à 600.000 € HTVA

En effet, cette procédure, comme toutes les procédures négociées, étant moins formaliste que l'adjudication/appeal d'offres, elle présente le double avantage de :

- permettre aux PME/TPE de s'adapter progressivement aux procédures de marchés publics ;
- au Pouvoir Adjudicateur de négocier en vue de n'attribuer que lorsque l'offre correspond parfaitement à sa demande.

1.1.1. En quoi consiste la procédure Négociée Directe avec Publicité et quand peut-on l'appliquer ?

Pour rappel, le siège de la matière est repris à l'article 2. § 1er. 3° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :
« Pour l'application du présent arrêté, on entend par procédure négociée directe avec publicité : la procédure négociée avec publicité dans laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services intéressé peut présenter une offre. Cette forme de procédure n'est autorisée que pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils fixés à l'article 32, sans préjudice de la limite fixée à l'article 105, § 2, 1°. »

La « procédure négociée directe avec publicité » se caractérise par le fait qu'elle se déroule en une seule phase : droit d'accès, sélection qualitative et examen du contenu des offres. Cette procédure, qui est introduite dans le cadre de la simplification administrative, est comparable à une procédure ouverte, en ce sens que les intéressés introduisent immédiatement une offre. Toutefois, contrairement à la procédure ouverte, cette procédure négociée directe avec publicité, comme d'ailleurs toute forme de procédure négociée, n'implique pas la tenue d'une séance d'ouverture des offres et permet une négociation.

La procédure négociée directe avec publicité n'étant pas prévue par la Directive 2004/18/CE, il n'est permis d'y recourir que pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils européens mentionnés à l'article 32 et pour autant que l'on se trouve dans un cas d'application de l'article 26, § 2 de la loi.

Dans le cas de l'article 26, § 2, 1°, d de la loi, l'article 105, § 2, 1° de l'A.R. du 15 juillet 2011 ajoute une condition supplémentaire pour les marchés de travaux, à savoir que le montant de 600.000 euros HTVA ne peut pas être atteint.

1.1.2. Comment calculer l'estimation du marché ?

L'article 24 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« L'estimation du montant du marché est fondée sur la durée et la valeur totales de celui-ci telle qu'effectuée par le pouvoir adjudicateur, en prenant en compte :

1° toutes les options obligatoires;

2° tous les lots ;

3° toutes les répétitions au sens de l'article 26, § 1er, 2°, b), de la loi;

4° toutes les tranches au sens de l'article 37, § 1er, de la loi;



5° toutes les reconductions du marché au sens de l'article 37, § 2, de la loi;

6° tous les marchés envisagés pendant la durée d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique;

7° toutes les primes et indemnités aux participants.

Le calcul est effectué au moment de l'envoi de l'avis ou, lorsqu'un tel avis n'est pas requis, au moment où la procédure est engagée.

Le choix de la méthode d'estimation ou la scission d'un marché ne peut avoir pour but de soustraire le marché aux règles de publicité. »

Options obligatoires :

- Pour rappel, l'article 2 § 1^{er} 11° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise que l'on entend par « option » : un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire.
- En vertu de l'article 10 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dans le cas de l'option obligatoire, le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée de l'option et les soumissionnaires sont obligés de faire offre pour cette option.
- En vertu du paragraphe 2 de l'article 10, les options sont présentées dans une partie séparée de l'offre.
- Enfin, le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option, ni lors de la conclusion, ni pendant l'exécution du marché. Par contre, le pouvoir adjudicateur ne pourra pas lever une option si cet acte a pour conséquence que le marché excède les 600.000 € HTVA, limite de la procédure négociée Directe Avec Publicité.

	Option Obligatoire
Option à l'initiative de	Pouvoir Adjudicateur
Dans quelles procédures	Toutes
Dans le Cahier Spécial des Charges	
Description d'un projet de base	Oui
Description de 1 ou plusieurs options	Oui
Obligations des soumissionnaires	
Offre sur le projet de base	Obligatoire
Offre sur les options	Obligatoire sur toutes les options
Présentation des options par les soumissionnaires ?	Dans une partie séparée de l'offre
Quid si manque offre sur le projet de base ?	Offre irrégulière
Quid si manque offre sur une option ?	Offre irrégulière



Les lots :

Voir le point suivant.

Les répétitions : impossible en négociée Directe avec Publicité. L'art 26 § 1, 2°, b.de la loi du 15 juin 2006 ne peut être utilisé qu'à la suite d'une procédure en adjudication ou appel d'offres.

Les tranches fermes et conditionnelles :

L'article 37 § 1^{er} de la loi du 15 juin 2006 modifié par la loi du 5 août 2011 dispose que : « *Lorsque le pouvoir adjudicateur en démontre la nécessité, il peut recourir à un marché fractionné en une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles. La conclusion du marché porte sur l'ensemble du marché mais n'engage le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues dans les documents du marché concerné.* »

L'exposé des motifs de la loi du 15 juin 2006 précise que, dans ce cas :

- l'adjudicataire s'est contractuellement engagé à exécuter la totalité du marché tandis que le pouvoir adjudicateur n'est engagé que pour la ou les tranche(s) ferme(s).
- l'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur.

Les reconductions :

L'article 37 § 2 de la loi du 15 juin 2006 modifié par la loi du 5 août 2011 dispose que : « *Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché.* »

L'objet de ce second paragraphe concerne les besoins répétitifs donnant lieu à un marché comportant une clause de reconduction selon certaines modalités. L'article 37 précise que dans ce cas, la procédure de passation couvre non seulement l'exécution du marché initial mais également ses reconductions. La disposition précise que la durée totale des marchés comportant une clause de reconduction ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché.

1.1.3. Fractionnement du marché interdit / autorisé ?

Il est évidemment interdit de fractionner un marché dont l'estimation est supérieure au seuil de 600.000 € HTVA pour en faire plusieurs marchés par procédure négociée avec ou sans publicité au lieu d'une adjudication ou d'un appel d'offres. Pour vérifier si vous êtes dans un cas où le fractionnement se justifie, vous devez évaluer si le marché que vous vous apprêtez à lancer et qui comporte différents types de travaux relèvent d'une « unicité de programmation » notamment quant à l'objet, les périodes d'exécution, les entrepreneurs concernés.

1.1.4. Critères d'attribution

Le Pouvoir Adjudicateur peut opter pour le critère unique du prix (type adjudication) ou pour plusieurs critères (type appel d'offres)



1.1.5. Rédaction du Cahier Spécial des Charges

Voir modèle de C.S.CH. en annexe 1.

1.1.6. Formalités de publicité

Un avis de marché doit être publié au Bulletin des Adjudications suivant les formats préétablis. En procédure Négociée Directe Avec Publicité, le délai minimum de réception des offres est de 22 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

1.1.7. Ouverture des offres

Cette procédure négociée directe avec publicité, comme d'ailleurs toute forme de procédure négociée, n'implique pas la tenue d'une séance d'ouverture des offres obligatoire. Le Pouvoir Adjudicateur peut se contenter d'indiquer, dans le C.S.CH., la date et l'heure limite de réception des offres.

1.1.8. Analyse des offres et négociation

Voir modèle de RAO en annexe 2.

La procédure de négociation est décrite à l'article 22 du Cahier Spécial des Charges.

Exemple de méthodologie de négociation :

- Vous examinez les offres et commencez à rédiger votre Rapport d'analyse des offres.
 - o Recevabilité des offres.
 - o Condition d'accès et sélection qualitative.
 - o Vérification de la régularité formelle et matérielle des offres.
 - o Vérification des erreurs matérielles et arithmétiques.
 - o Vérification des omissions
 - o Vérification des prix.
- Vous reprenez toutes les anomalies constatées et vos desiderata par rapport à l'offre dans un document écrit (chaque soumissionnaire ne reçoit que les commentaires relatifs à son offre).
- Vous convoquez les soumissionnaires à une séance de négociation, leur expliquez ce que vous attendez d'eux et leur remettez le document.
- Vous lancez une convocation à une séance intermédiaire dans les 8 ou 10 jours.
- Lors de la séance intermédiaire, vous vérifiez si le nouveau projet d'offre correspond bien à ce que vous attendez et le cas échéant, vous rectifiez le tir. Vous entendez les éventuelles propositions d'amélioration de chaque soumissionnaire séparément. Les propositions d'amélioration que vous retenez sont répercutées à l'ensemble des soumissionnaires.
- Ensuite de cette séance intermédiaire, vous prévenez officiellement les soumissionnaires que vous attendez les offres définitives pour tel jour, telle heure au plus tard.



1.2. En favorisant l'utilisation des marchés à lots

La division des marchés en lots présente en effet l'avantage de faciliter l'accès des PME :

- d'un point de vue quantitatif, la taille des lots pouvant être mieux adaptée aux capacités de production des PME;
- et d'un point de vue qualitatif, le contenu des lots pouvant être mieux adapté au secteur de spécialisation des PME.

Le désavantage de cette formule, pour un marché de travaux divisé en lots, consiste dans le fait que le pouvoir adjudicateur devra coordonner lui-même les adjudicataires des lots.

Il est possible de pallier ce problème par le biais d'une formule communément appelée « cost and fee ». Le Pouvoir Adjudicateur demande, dans ce cas, aux soumissionnaires du Lot 1-Gros œuvre, de remettre offre non seulement pour les travaux qui les concernent mais aussi le pourcentage qu'ils prennent sur les autres lots pour effectuer la coordination des autres lots.

1.2.1. Définition du marché à lots

Le siège de la matière est repris à l'article 36 de la loi du 15 juin 2006 :

« Un marché peut être subdivisé en plusieurs lots.

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon un autre mode. »

Selon l'exposé des motifs de la loi du 15 juin 2006, lorsqu'un marché est subdivisé en plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et de décider éventuellement que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon un autre mode de passation.

La définition du lot a été ajoutée à l'article 3 de la loi du 15 juin 2006 par la loi du 5 août 2011 :

« Pour l'application de la présente loi, on entend par :

22° lot : la subdivision d'un marché susceptible d'être attribuée séparément, en principe en vue d'une exécution distincte. »

L'exposé des motifs de la loi du 5 août 2011 précise qu'un lot est une subdivision d'un marché opérée par exemple sur une base technique, financière ou géographique. Cette subdivision est susceptible d'être attribuée séparément et elle correspond à un besoin actuel et certain. Par contre, dans un marché à tranches visé à l'article 37, § 1er, de la loi du 15 juin 2006, la tranche conditionnelle correspond à un besoin éventuel et futur.

1.2.2. Fixation des lots

L'article 11 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« Lorsque des lots sont prévus, les documents du marché en déterminent la nature et l'objet, la répartition ainsi que leurs caractéristiques.

Le mode de passation peut être différent par lot. »



En vertu de l'alinéa 1er, la nature et l'objet des lots, leur répartition et leurs caractéristiques doivent être déterminées dans les documents du marché. Ces précisions doivent permettre aux soumissionnaires de choisir en connaissance de cause le ou les lot(s) pour lesquels ils souhaitent remettre offre.

L'alinéa 2 permet que le mode de passation soit différent par lot. Les termes « modes de passation » réfèrent au choix entre l'adjudication, l'appel d'offres, la procédure négociée et le dialogue compétitif. La souplesse prévue à l'alinéa 2 devra être utilisée avec discernement. La juxtaposition de modes de passation différents risque en effet d'augmenter les difficultés d'évaluation des offres, voire de rendre impossible la présentation de rabais.

1.2.3. Cas particulier des lots dans les seuils de publicité européens

L'article 33 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« Lorsque des travaux, des fournitures homogènes ou des services atteignent le seuil mentionné à l'article 32 et sont répartis en lots, le pouvoir adjudicateur peut déroger à l'application de la section 3 du présent chapitre pour des lots dont la valeur individuelle estimée est inférieure respectivement à 1.000.000 d'euros pour des travaux et à 80.000 euros pour des fournitures et des services, mais à condition que leur valeur estimée cumulée n'excède pas vingt pour cent de la valeur estimée cumulée de tous les lots. Les dispositions de la section 4 du présent chapitre sont dans ce cas applicables aux lots concernés. »

Selon le Rapport au Roi :

- le pouvoir adjudicateur peut cependant user de la faculté prévue au présent article, qui lui permet de soustraire à la publicité européenne des lots dont le montant individuel est inférieur à 1.000.000 euros pour les travaux et 80.000 euros pour les services et désormais également pour les fournitures homogènes. La condition est néanmoins que le montant cumulé des lots ainsi soustraits n'excède pas vingt pour cent du montant de l'ensemble des lots. Une telle disposition permet de ne publier qu'au niveau national ces lots d'une valeur limitée, qui sont susceptibles d'intéresser plus directement les petites et moyennes entreprises. La valeur de ces lots est cependant prise en compte pour estimer le montant du marché conformément aux articles 24 à 27.

- Prenons l'exemple d'un ouvrage d'un montant estimé de 5,5 millions d'euros et réparti en quatre lots de respectivement :
 - lot « gros oeuvre » = 4 millions d'euros
 - lot « techniques spéciales » = 0,7 million d'euros
 - lot « menuiserie » = 0,5 million d'euros
 - lot « finitions » = 0,3 million d'euros.
 - Le pouvoir adjudicateur ne pourra pas soustraire à la publicité européenne les lots « techniques spéciales » et « menuiserie » car si ces différents lots sont bien en valeur individuelle inférieurs à 1 million d'euros, leur montant cumulé dépasse toutefois 20 % du montant du marché, soit 1,1 million d'euros.
 - Par contre, le pouvoir adjudicateur pourrait soustraire les lots « menuiserie » et « finitions » car ces différents lots sont en valeur individuelle inférieurs à 1 million d'euros et leur montant cumulé n'atteint pas 20 % du montant du marché, soit 1,1 million d'euros.
 - Il en irait de même pour le lot « techniques spéciales ».



Il faut souligner qu'en pareille occurrence, les autres lots devront évidemment être publiés au niveau européen même si la valeur totale de ces autres lots n'atteint pas le seuil européen. Dans le premier exemple cité, les lots « gros oeuvre » et « techniques spéciales » n'atteignent qu'un montant de 4,7 millions d'euros mais doivent tout de même être publiés, la valeur estimée des lots soustraits entrant en ligne de compte pour apprécier la valeur globale du marché (tenant compte du seuil européen actuel de 5.225.000 euros¹).

La passation des lots soustraits aura lieu par adjudication ou appel d'offres et donnera lieu à une publicité au niveau belge, le recours à une procédure négociée sans publicité étant exclu, hormis dans les hypothèses de l'article 105, § 1er, 1° et 2° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

1.2.4. Conditions d'accès et sélection qualitative dans les marchés à lots

Le paragraphe 4 de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (relatif aux conditions d'accès et sélection qualitative) dispose que :

« En cas de marchés à lots, le pouvoir adjudicateur peut fixer les niveaux d'exigences minimales visés au § 1er, 2°, et qui sont requis :

1° pour chacun des lots séparément;

2° en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait application de l'alinéa 1er, 2°, il vérifie lors de l'attribution des lots concernés, s'il est satisfait aux niveaux d'exigences précités. »

Selon le Rapport au Roi :

En cas de lots, le pouvoir adjudicateur doit avoir la possibilité de procéder à la sélection qualitative des candidats ou des soumissionnaires en deux étapes.

Le pouvoir adjudicateur peut fixer des critères de sélection qualitative établissant que les candidats ou les soumissionnaires satisfont bien aux exigences de capacité minimale requises pour chacun des lots pour lesquels ils ont introduit une demande de participation ou une offre, puisque chaque lot est susceptible d'être attribué séparément.

S'il y a lieu, le pouvoir adjudicateur peut en outre fixer des niveaux d'exigences minimales pour le cas où plusieurs lots seraient susceptibles d'être attribués à un même soumissionnaire en vue d'une exécution le plus souvent simultanée.

Il se peut en effet qu'un soumissionnaire ait une capacité financière et économique (notamment en fonction des investissements éventuels à opérer) ou une capacité technique et professionnelle (par exemple, en matière d'effectifs disponibles) limitée à l'exécution d'un nombre restreint de lots par rapport à l'ensemble de ceux qui sont susceptibles de lui être attribués.

La vérification qu'il est satisfait à ces dernières exigences ne pourra avoir lieu qu'au stade de l'attribution du marché, lorsque le classement des différentes offres afférentes aux lots soumissionnés sera connu.

¹ 22 DECEMBRE 2015. - Arrêté ministériel adaptant les seuils de publicité européens dans plusieurs arrêtés royaux exécutant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services de même que la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité



1.2.5. Limitation des lots auxquels il est remis offre

L'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Un candidat ne peut introduire qu'une seule demande de participation par marché ou par liste de candidats sélectionnés.

§ 2. Un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché sauf en cas d'éventuelles variantes et de dialogue compétitif. Pour l'application de cette disposition, chaque participant à un groupement sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire.

En cas de lots, le soumissionnaire peut remettre offre pour un, pour plusieurs ou pour la totalité d'entre eux. Lorsque la nature d'un marché déterminé le rend nécessaire, et dans les conditions fixées par le Roi, les documents du marché peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels le soumissionnaire peut faire offre. Il dépose une offre distincte pour chacun des lots choisis, à moins que les documents du marché n'autorisent la consignation de plusieurs offres dans un document unique. »

Selon le Rapport au Roi, cet article précise qu'un soumissionnaire ne peut remettre qu'une seule offre par marché, sans préjudice des variantes éventuelles.

Dans l'alinéa 2 du paragraphe 2, une disposition nouvelle y précise que les documents du marché peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un soumissionnaire peut remettre offre si la nature d'un marché déterminé le rend nécessaire. Il s'agit donc d'une exception au principe général que constitue le droit pour un soumissionnaire de déposer une offre pour l'ensemble des lots d'un marché.

Cette exception pourrait, par exemple, s'avérer utile pour assurer la sécurité d'approvisionnement de certains produits stratégiques, éviter des abus de position dominante sur un marché restreint, permettre l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, éviter qu'une entreprise soit dans l'incapacité matérielle d'exécuter convenablement un plus grand nombre de lots, etc.

Le but de cette disposition n'est donc certainement pas de généraliser ces limitations.

1.2.6. Les rabais et ordre de préférence des lots

L'article 81 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui reprend les mentions obligatoires dans une offre, dispose que

« L'offre indique :

.....

2° d) les rabais ou améliorations en cas d'application de l'article 89, alinéa 1er;

.....

6° en cas d'offres pour plusieurs lots, conformément à l'article 89, alinéa 2, l'ordre de préférence des lots. »

L'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« Dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais en adjudication, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration en appel d'offres, pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas.



Lorsque les documents du marché le requièrent et que le pouvoir adjudicateur fait application de l'article 58, § 4, alinéa 1er, 2°, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son ordre de préférence pour l'attribution de ces lots. »

- Selon le Rapport au Roi, l'alinéa 1er de cet article modifie les dispositions de l'ancien article 101, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, en matière de lots. Il prévoit désormais que le soumissionnaire peut, si les documents du marché ne l'interdisent pas, présenter dans ses offres sur les différents lots, selon la procédure, les rabais ou les améliorations qu'il consent si certains lots lui sont attribués. La présentation de tels rabais ou améliorations n'était auparavant admise que si le cahier spécial des charges le permettait expressément.
- Le nouvel alinéa 2 prévoit la possibilité pour le soumissionnaire qui ne satisfait pas aux niveaux d'exigences minimales, d'indiquer dans son offre un ordre de préférence lorsqu'il remet une offre pour plusieurs lots et que le pouvoir adjudicateur fait application de l'article 58, § 4, alinéa 1er, 2°. Ce dernier élément est particulièrement important pour ne pas dépasser la classe d'agrégation.

Exemple : admettons un marché de travaux de 6 lots à 99.000 €.

Un soumissionnaire agréé en classe 3 remet offre pour chacun des lots et est le moins cher. Or, en fonction des limites des classes d'agrégation, il ne peut dépasser 500.000 €.

- Classe 1 : jusqu'à 135.000 euros.
- Classe 2 : jusqu'à 275.000 euros.
- Classe 3 : jusqu'à 500.000 euros.
- Classe 4 : jusqu'à 900.000 euros.
- Classe 5 : jusqu'à 1.810.000 euros.
- Classe 6 : jusqu'à 3.225.000 euros.
- Classe 7 : jusqu'à 5.330.000 euros.
- Classe 8 : plus de 5.330.000 euros.

En conséquence, seuls 5 lots sur les 6 pourront lui être attribués.

Il est donc important qu'il ait donné dans son offre l'ordre de ses préférences, que le Pouvoir Adjudicateur respectera.

1.2.7. Attribution en adjudication

L'article 100 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Le présent article s'applique en adjudication.

§ 2.

Lorsque des soumissionnaires ont proposé des rabais conformément à l'article 89, alinéa 1er, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse est déterminé, pour tout lot, en tenant compte des rabais qui ont été proposés pour certains groupements de lots et du prix le plus bas pour l'ensemble de tous les lots.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait application de l'article 58, § 4, alinéa 1er, 2°, et que le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse 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 89, alinéa 2. En l'absence d'une telle indication, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort entre les lots en question.

§ 3. »

Cet article s'applique à la désignation de l'adjudicataire en adjudication.



Selon le Rapport au Roi :

- le quatrième alinéa du paragraphe 2 apporte des clarifications à propos du choix de l'adjudicataire lorsque des soumissionnaires ont proposé des rabais en cas de réunion de plusieurs lots. Une nouveauté est que l'offre la plus basse n'est pas uniquement déterminée par le groupement de lots dont le montant est le plus bas mais aussi par l'influence sur le prix total du marché des différentes propositions de rabais par groupement.
- conformément à l'alinéa 5, lorsque, en application de l'article 58, § 4, alinéa 1er, 2°, le pouvoir adjudicateur a fixé des niveaux d'exigences minimales en matière de sélection en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire, il y a lieu de procéder comme suit : l'offre la plus basse doit d'abord être déterminée et ce n'est qu'ensuite que le pouvoir adjudicateur vérifiera si le niveau minimal d'exigences est atteint. Cette vérification pourrait influencer sur la détermination de l'offre la plus basse car seuls les lots pour lesquels tel soumissionnaire satisfait à ce niveau minimal pourront lui être attribués. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur tiendra compte de l'ordre de préférence éventuellement indiqué dans l'offre en application de l'article 89, alinéa 2, et en l'absence d'un tel ordre, il sera procédé à un tirage au sort entre ces lots.

1.2.8. Attribution en appel d'offres

L'article 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Le présent article s'applique en appel d'offres.

§ 2.

Lorsque, conformément à l'article 89, alinéa 1er, des soumissionnaires ont proposé une amélioration de leur offre, le soumissionnaire, ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminé, pour tout lot, en tenant compte des améliorations qui ont été proposées 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 58, § 4, 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 89, alinéa 2. En l'absence d'une telle indication, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort entre les lots en question.

§ 3. ... »

Cet article s'applique à la désignation de l'adjudicataire en appel d'offres.

Selon le Rapport au Roi :

- le quatrième alinéa du paragraphe 2 précise le choix de l'adjudicataire lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé une amélioration de leur offre pour certains groupements de lots. Une nouveauté est 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.



1.2.9. Les marchés à lots en cours d'exécution

Marchés distincts

L'article 17 de l'A.R. du 14 janvier 2013 dispose que :

« § 1er. Sauf application éventuelle de la compensation légale, l'exécution d'un marché est indépendante de tout autre marché conclu avec le même adjudicataire.

Les difficultés relatives à un marché n'autorisent en aucun cas l'adjudicataire à modifier ou à retarder l'exécution d'un autre marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut de même se prévaloir de telles difficultés pour suspendre les paiements dus sur un autre marché.

§ 2. Si le marché comporte plusieurs lots, chaque lot est considéré, en vue de l'exécution, comme un marché distinct, sauf disposition contraire dans les documents du marché. »

Rapport au Roi :

Cet article consacre le principe selon lequel l'exécution d'un marché est indépendante de tout autre marché attribué au même adjudicataire par le même pouvoir adjudicateur. Il en résulte que l'adjudicataire ne peut invoquer des difficultés relatives à un marché pour modifier ou retarder l'exécution d'un autre marché.

En ce qui concerne le paragraphe 2, le texte de l'article 17 précise que pour son exécution, chaque lot constitue un marché distinct, à moins que les documents du marché n'en disposent autrement.

Le paragraphe 2 est fondé sur la volonté d'éviter que lorsque quelques lots ou l'ensemble des lots d'un marché sont attribués à un même adjudicataire, les délais d'exécution de ces lots soient additionnés. Il en va par exemple de même pour le calcul des amendes pour retard.

1.2.10. Dispositions à ajouter dans le C.S.CH. d'un marché à lots

Voir annexe 3.



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

L'usage, par les pouvoirs publics, de la procédure d'adjudication qui vise à attribuer le marché au soumissionnaire le moins-disant, 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, soit l'appel d'offres.

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

Rappel :

2.1. En quoi consiste l'Appel d'offres ?

2.1.1. Définition

L'article 25 de la loi du 15 juin 2006 modifié par la loi du 5 août 2011 dispose que :

« Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par appel d'offres, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution.

Les critères d'attribution doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché et permettre une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur. Les critères sont, par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, des considérations d'ordre social (et éthique : disparu), le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, les garanties en matière de pièces de rechange et la sécurité d'approvisionnement.

Pour les marchés publics atteignant le montant fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise la pondération relative de chacun des critères d'attribution, celle-ci pouvant éventuellement être exprimée dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si une telle pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, les critères sont mentionnés dans un ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics n'atteignant pas le montant précité, le pouvoir adjudicateur précise soit leur pondération relative telle que prévue à l'alinéa précédent, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur. »

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.



- L'appel d'offres est dit "ouvert" lorsqu'il se fait :
 - O en respectant les règles de publicité déterminées par le Roi;
 - O en consultant tous les entrepreneurs susceptibles d'exécuter le marché;
 - O en procédant à l'ouverture des offres en public;

- L'appel d'offres est dit "restreint" lorsqu'il se fait :
 - O en respectant les règles de publicité déterminées par le Roi;
 - O en ne consultant que les entrepreneurs sélectionnés par le pouvoir adjudicateur;
 - O en procédant à l'ouverture en présence des seuls soumissionnaires sélectionnés, seuls habilités à remettre une offre.

L'appel d'offres est une procédure qui, au terme d'un appel à la concurrence (dans le respect des règles de publicité imposées par l'AR 15.07.2011), permet d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant satisfait aux critères de sélection qualitative et qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur en fonction de plusieurs critères d'attribution préalablement définis (qualité, prix, garantie, délais de livraison, etc...) et, lorsqu'elles sont autorisées par le pouvoir adjudicateur, d'éventuelles variantes libres - respectant les conditions minimales du cahier spécial des charges et les exigences requises pour leur soumission - proposées par le soumissionnaire.

2.1.2. Critères d'attribution multiples : quels critères ?

En appel d'offres, le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur.

Cette offre est déterminée en fonction de plusieurs critères d'attribution qui doivent tous être énumérés dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché.

L'article 25 de la loi du 15 juin 2006 stipule que la liste proposée n'est qu'exemplative. Cette liste n'a pas pour vocation d'établir les seuls critères admissibles.

Il appartient au Pouvoir Adjudicateur de définir les critères les plus utiles à son marché.

2.1.3. 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.

Selon l'exposé des motifs de la loi, il convient de rappeler qu'une nette distinction doit être établie entre les critères d'attribution, qui 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, au personnel employé et à sa qualification, 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.

2.1.4. 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.

2.1.5. 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)

2.1.6. 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, selon l'exposé des motifs de la loi :

- 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). Un exemple d'une pondération sur base d'autres valeurs est : extrêmement grand, très grand, grand, moyen, petit, très petit, extrêmement petit. La fourchette peut concerner tous les critères ou certains d'entre eux.

Cet assouplissement a été prévu afin d'éviter que la pondération ne conduise à une trop grande rigidité dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur, notamment lorsque les spécifications du marché sont relativement larges et permettent aux soumissionnaires de proposer des solutions innovantes ou différentes pour rencontrer les besoins du pouvoir adjudicateur. Cette souplesse ne peut cependant pas remettre en cause les objectifs de transparence et d'égalité de traitement recherchés par la pondération. Le texte précise que l'écart maximal doit être approprié. Il s'agit d'une condition à apprécier cas par cas. L'écart maximal doit être justifiable en fonction du marché considéré, il ne peut avoir pour conséquence d'inverser l'ordre des critères ainsi pondérés, ni donner une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur.

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 !

2.1.7. 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).

2.1.8. 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.

2.2. Examen des offres

A l'issue de la sélection qualitative (voir point 2.1.3.), l'examen des offres commence par :

2.2.1. La vérification de la régularité des offres (mêmes principes qu'en adjudication)

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.



§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1er ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1er, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière. »

Le rapport au Roi précise que :

- Le paragraphe 1er précise que lors de l'examen de la régularité des offres, il faut apprécier tant la régularité formelle que la régularité matérielle.
En ce qui concerne la première phrase stipulant que le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative, il convient de rappeler que dans le cadre des actions successives en vue de l'attribution d'un marché public - sélection qualitative, examen de la régularité et évaluation des offres en fonction des critères d'attribution - il s'avère en effet que seules les offres des soumissionnaires ayant passé le stade de la sélection qualitative seront examinées. En particulier, la phrase introductive précitée présente un intérêt pour les procédures ouvertes (ou procédure en une phase), pour lesquelles les actions visées donneront lieu à une décision formelle unique, à savoir la décision d'attribution.
En ce qui concerne les procédures en plusieurs phases (à savoir, la procédure restreinte), la précision visée n'est pas à l'ordre du jour car la sélection qualificative a déjà eu lieu dans la phase préalable de l'attribution, phase qui est formellement séparée de la phase de sélection, de sorte que les soumissionnaires y sont par définition sélectionnés et par conséquent, toutes les offres feront l'objet d'un examen de régularité.
- Selon le paragraphe 2, une offre doit toujours être considérée comme étant formellement irrégulière lorsqu'elle déroge aux formalités prescrites par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 (de l'A.R. du 15 juillet 2011) dans la mesure où ces dernières revêtent un caractère essentiel. La référence à l'article 80 ne signifie cependant pas que le soumissionnaire ne pourrait plus user de la faculté d'utiliser un autre formulaire que celui joint aux documents du marché.

Les documents du marché peuvent également ériger l'une ou l'autre formalité comme étant essentielle pour l'examen de l'offre. Il peut s'agir d'une annexe technique à joindre à l'offre. Cette caractéristique de la formalité pourra apparaître grâce à la mention « sous peine de nullité absolue » dont le pouvoir adjudicateur devra user avec justesse.



En effet, la violation d'une formalité essentielle donne lieu à l'irrégularité substantielle de l'offre et aura pour conséquence sa nullité absolue.

Excepté le cas précité des dispositions reprises dans les documents du marché sous la mention « sous peine de nullité », l'on ne peut énoncer en termes généraux et absolus quels articles précités et quelles formalités mentionnées dans les documents du marché revêtent un caractère essentiel. Il conviendra, à chaque fois, de le déterminer in concreto et sur la base d'une série d'éléments qui sont notamment avancés à cette fin dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en guise de critères déterminants. Plus précisément, l'on reconnaît en général le caractère essentiel d'une formalité lorsqu'en ne la respectant pas, l'on risque :

- de générer un avantage pour le soumissionnaire concerné par rapport à ses concurrents, ce qui pourrait donner lieu à un traitement inéquitable;
- d'éroder ou d'entourer d'incertitude l'engagement du soumissionnaire concerné à exécuter le marché conformément aux conditions visées dans les documents du marché;
- de mettre en danger la bonne exécution du marché;
- de créer des situations de manipulation des offres (p. ex. absence d'une double enveloppe ou présence sur celle-ci d'une mention non autorisée) ou de spéculation.

Si un ou plusieurs critères précités sont satisfaits, l'on pourra en déduire le caractère essentiel d'une formalité.

Le non-respect des autres formalités, non essentielles, implique également l'irrégularité de l'offre, mais pas son irrégularité substantielle. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge de manœuvre. Sur recommandation du Conseil d'Etat, un alinéa 2 a d'ailleurs été ajouté dans le texte du paragraphe 2. Il viendra préciser la phrase ci-dessus par analogie avec l'alinéa 2 du paragraphe 3 relatif aux irrégularités matérielles. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation. Il devra décider si l'offre litigieuse doit être ou non écartée en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Par référence à l'arrêt du Conseil d'Etat n° 156.427 du 15 mars 2006 (s.a. Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran), l'on peut citer l'exemple d'une offre entachée de différents non-respects des formalités non essentielles qui ne peuvent, de manière isolée, mais bien une fois combinés, être considérés comme une irrégularité substantielle par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et qui, in globo, pourront dès lors mener au rejet de l'offre.

- Le nouveau paragraphe 3 traite de l'irrégularité matérielle de l'offre. Lorsqu'une offre déroge aux dispositions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques, elle est affectée d'une irrégularité substantielle. Il y a lieu de rappeler que, conformément à l'interprétation usuelle, tout non-respect des prix, délais et spécifications techniques qui n'est pas considéré comme revêtant un caractère essentiel, n'est pas constitutif d'une irrégularité substantielle.

Comme pour ce qui est des irrégularités formelles, l'on ne peut, s'agissant des irrégularités matérielles, énoncer en termes généraux et absolus quelles dispositions de la réglementation ou des documents du marché concernant les prix, les délais et les spécifications techniques revêtent un caractère essentiel. Cette fois encore, il conviendra de le déterminer in concreto sur la base de certains éléments avancés à cette fin dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en guise de critères déterminants. L'on pourra plus précisément convenir qu'une disposition est essentielle sur le plan des prix, des délais et des spécifications techniques lorsque leur non-respect génère une ou plusieurs des conséquences précitées relatives aux irrégularités formelles



- cf. notamment le critère selon lequel le non-respect pourrait donner lieu à un traitement inéquitable - mais, par ailleurs, également si le non-respect en question :
- est susceptible d'influer sur la comparaison des offres; ou
- est susceptible de modifier le classement des offres.

Par ailleurs, est affectée d'une irrégularité matérielle, non substantielle une offre :

- qui n'est pas conforme aux dispositions du chapitre 1er, sections 7 à 11, et du chapitre 6, sections 2 à 4. Ces dispositions ne sont visées que pour autant qu'elles imposent des obligations aux soumissionnaires;
- qui exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité.

En outre, concernant le non-respect des spécifications techniques, il y a lieu de relever qu'elles sont à apprécier à la lumière des dispositions de l'article 7, §§ 3 et 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui interdisent au pouvoir adjudicateur de rejeter une offre au motif que les produits ou les services offerts ne seraient pas conformes aux spécifications, aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues dans les documents du marché, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences requises dans les documents du marché. Ce n'est donc que si une telle preuve n'est pas apportée par un soumissionnaire que son offre pourra être considérée comme irrégulière.

- Le nouveau paragraphe 4, qui, pour éviter tout malentendu, est applicable tant aux irrégularités formelles que matérielles, traite des conséquences des irrégularités affectant une offre. L'offre est nulle, et en conséquence est écartée, si elle est affectée d'une irrégularité substantielle. Le pouvoir adjudicateur n'a pas de pouvoir d'appréciation quant à la sanction de l'irrégularité commise. La violation d'une disposition qualifiée d'essentielle par la réglementation doit être considérée comme une irrégularité substantielle emportant la nullité absolue de l'offre. Si la nature essentielle de la disposition violée a été fixée par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché, il doit en tirer les conséquences en cas de violation sans plus pouvoir à nouveau exercer de pouvoir d'appréciation. Frappée d'une irrégularité substantielle, l'offre est nulle et devra être écartée.

Par contre, lorsque l'irrégularité de l'offre n'est pas substantielle car elle ne concerne pas la violation d'une disposition ou formalité essentielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer cette offre nulle. Il conserve donc un pouvoir d'appréciation pour couvrir ou non la nullité relative de l'offre affectée d'une ou plusieurs irrégularités non substantielles. S'il décide de couvrir les irrégularités commises, l'offre est réputée régulière au regard des articles 24 et 25 de la loi du 15 juin 2006. Il use de ce pouvoir dans les limites des principes d'égalité de traitement, de proportionnalité, de comparabilité des offres,

Par ailleurs, il convient de rappeler l'hypothèse de plusieurs non-respects de dispositions ou de formalités non essentielles qui ne peuvent de manière isolée mais bien une fois combinés, être considérés comme une irrégularité substantielle et, par conséquent, entraîner la nullité et le rejet de l'offre.



2.2.2. La rectification des erreurs arithmétiques et matérielles (mêmes principes qu'en adjudication)

L'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.

Pour rectifier ces erreurs, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants et en appliquant si nécessaire le § 4.

Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime la précision inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. En cas d'impossibilité, le pouvoir adjudicateur peut décider soit que les prix unitaires font foi, soit d'écarter l'offre comme irrégulière.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur corrige 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.

§ 3. Lorsque le pouvoir adjudicateur rectifie des erreurs directement dans des offres établies par des moyens électroniques, il conserve une version originale de ces offres et veille à ce que ses rectifications soient identifiables tout en maintenant visibles les données originales. Le pouvoir adjudicateur signe par des moyens électroniques conformes à l'article 52, § 1er, alinéa 1er, 1°, ses rectifications ou la version adaptée.

§ 4. 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. »

Selon le Rapport au Roi :

- pour l'adjudication et l'appel d'offres, cet article instaure un système uniforme de rectification par le pouvoir adjudicateur des erreurs dans les opérations arithmétiques et des erreurs purement matérielles.
- en vertu du paragraphe 1er, alinéa 2, 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 (la précision qu'il doit y procéder « par tous moyens » a été abandonnée). Ce n'est que dans le cas où cette recherche ne conduit pas à une solution, qu'il peut appliquer le paragraphe 4 en invitant les soumissionnaires à préciser leur intention réelle. Les demandes de justification visées à l'article 99 ne peuvent pour ce faire, être prises en considération puisque cet article mentionne que l'article 96 doit être appliqué en premier lieu.
- selon le paragraphe 1er, alinéa 3, lorsqu'aucune précision n'est apportée à la suite d'une telle invitation 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, comme dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996, décider que les prix unitaires font foi ou écarter l'offre comme irrégulière. Ce dernier choix doit être motivé au cas par cas par le pouvoir adjudicateur, en fonction des spécificités de chaque dossier. Ainsi, le pouvoir adjudicateur pourrait accepter une offre même s'il est impossible d'y rectifier des erreurs matérielles ou des erreurs dans les opérations arithmétiques vu que la précision du



soumissionnaire est inacceptable ou qu'aucune précision n'a été donnée, lorsque l'erreur concerne le prix d'un poste négligeable n'ayant en tout état de cause pas d'incidence sur le classement et/ou la comparabilité des offres et que la non-rectification de cette erreur ne met pas en péril l'égalité des soumissionnaires.

- le paragraphe 2 est une nouvelle disposition qui 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, matière qui n'est pas réglée par l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Ces corrections permettent 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 3, relatif à la rectification des erreurs effectuée directement dans des offres établies par des moyens électroniques, correspond à l'alinéa 4 de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.
- le paragraphe 4 prévoit que le pouvoir adjudicateur peut inviter les soumissionnaires à préciser et à compléter la teneur de leur offre. Cette disposition n'est actuellement applicable, en vertu de l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qu'en appel d'offres. Le présent projet étend cette faculté à l'adjudication. Il convient de rappeler que cette faculté ne peut cependant conduire à des abus, ni avoir pour effet de modifier les offres remises. En outre, les contacts avec les soumissionnaires ne peuvent pas conduire à des négociations, celles-ci étant interdites dans ces procédures.

2.2.3. La vérification des corrections apportées par le soumissionnaire (Différent de l'adjudication)

L'article 98 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Le présent article s'applique en appel d'offres.

§ 2. Lorsque, en application de l'article 83, § 2, ou 84, § 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 en appliquant l'article 97, §§ 2 et 6, y compris les conséquences sur le prix mentionnées dans l'article 97, § 2, alinéa 2.

§ 3. 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 y appliquant l'article 97, §§ 3 et 6.

§ 4. Chaque fois qu'une omission dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire est réparée en application de l'article 83, § 2, ou 84, § 2, le pouvoir adjudicateur applique l'article 97, §§ 4 et 6. »

Selon le Rapport au Roi :

- La première opération, précisée dans le paragraphe 2, porte sur la correction définitive des quantités effectuée par le pouvoir adjudicateur, lorsqu'un soumissionnaire a corrigé la quantité d'un ou plusieurs postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire.

Le deuxième alinéa du paragraphe 2 précise que pour le soumissionnaire qui a proposé une réduction, 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. 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.

- La deuxième opération, précisée dans le paragraphe 3, 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, si le pouvoir adjudicateur n'écarte pas l'offre comme étant irrégulière pour cette raison, la formule prévue au paragraphe 3 doit être appliquée.
Dans le dernier alinéa du paragraphe 3, le texte précise 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.
- La troisième opération, précisée dans le paragraphe 4, 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 aux articles 83, § 2, ou 84, § 2.
Le texte précise uniquement que si aucun soumissionnaire n'a proposé de prix normal pour un tel poste omis, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché sans tenir compte de ce poste. S'il y a lieu, les prestations relatives aux postes omis pourront être attribuées à l'adjudicataire en cours d'exécution conformément à l'article 26, § 1er, 2°, a), ou 3°, c) de la loi.

Le paragraphe 5 correspond aux dispositions de l'article 112, § 1er, 2°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 portant uniquement sur le classement des offres.

Le paragraphe 6 précise que seules les corrections proposées par des soumissionnaires sélectionnés sont prises en considération, que ceux-ci aient déposé une offre régulière ou non. Il s'agit d'une nouvelle condition destinée à appliquer les mêmes règles aux procédures ouvertes et restreintes, le caractère régulier des offres n'ayant dans ce cas aucun impact.

2.2.4. La vérification des prix

Conformément au prescrit de l'article 21 de l'A.R. du 15 juillet 2011, le Pouvoir Adjudicateur est tenu de vérifier le caractère normal des prix.

Voir à ce sujet le point 5.5. Refus des prix anormalement bas

2.3. Attribution du marché

L'article 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. *Le présent article s'applique en appel d'offres.*

§ 2. *Sauf disposition contraire dans les documents du marché, en cas de variante obligatoire ou facultative, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes en fonction des avantages économiques qu'elles offrent du point de vue du pouvoir adjudicateur.*



Si des variantes libres peuvent être proposées, le pouvoir adjudicateur décide de 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 obligatoires et décide des options libres qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse.

Lorsque, conformément à l'article 89, alinéa 1er, des soumissionnaires ont proposé une amélioration de leur offre, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminé, pour tout lot, en tenant compte des améliorations qui ont été proposées 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 58, § 4, 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 89, alinéa 2. En l'absence d'une telle indication, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort entre les lots en question.

§ 3. Lorsque plusieurs offres, considérées comme équivalentes, sont jugées économiquement les plus avantageuses, afin de les départager, le pouvoir adjudicateur invite les soumissionnaires concernés à présenter des propositions d'amélioration de leur offre. Dans ce cas, les articles 50, alinéa 2, 3°, 51, § 2, 57 et 90 à 94 sont applicables.

Si par la suite subsistent encore des offres équivalentes, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort auquel les soumissionnaires concernés sont invités. Un procès-verbal de ce tirage est dressé conformément à l'article 93. »

Cet article s'applique à la désignation de l'adjudicataire en appel d'offres.

Selon le Rapport au Roi :

- la mention des offres de base au premier alinéa du paragraphe 2 ne porte pas préjudice au fait qu'aux termes de l'article 9, § 1er, 2°, traitant des variantes facultatives, une offre de base ne doit pas nécessairement être introduite.
- il est dorénavant précisé au paragraphe 2 que lorsque des variantes obligatoires ou facultatives sont prévues, un classement unique des offres de base et des offres relatives à ces variantes est établi afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Les documents du marché peuvent contenir une disposition contraire en ce sens que le pouvoir adjudicateur pourrait ne pas faire intervenir une variante déterminée dans le classement.
- en ce qui concerne les variantes libres, si elles peuvent être proposées conformément à l'article 9 du présent projet, le pouvoir adjudicateur doit décider quelles sont celles qu'il ne retient pas. La motivation y afférente ne s'appuie pas sur la régularité ni sur l'appréciation des critères d'attribution mais sur d'autres motifs légaux et concrets. Si, par exemple, les critères d'attribution ne tiennent pas compte d'éléments tels que l'intégration esthétique dans l'environnement, la mobilité ou l'infrastructure existante, la présentation d'une variante libre pourrait entraîner des difficultés inacceptables pour le pouvoir adjudicateur. Les variantes libres retenues sont reprises dans le classement unique.
- le troisième alinéa du paragraphe 2 traite du sort des options obligatoires et libres. Il ne nécessite aucun commentaire.



- le quatrième alinéa du paragraphe 2 précise le choix de l'adjudicataire lorsque plusieurs soumissionnaires ont proposé une amélioration de leur offre pour certains groupements de lots. Une nouveauté est 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.
- le dernier alinéa du paragraphe 3 traite du tirage au sort en cas de maintien de la parité des prix de deux offres après une demande de rabais. Il est désormais précisé qu'un procès-verbal de ce tirage au sort est dressé conformément à l'article 93.



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 4](#).

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 4](#)) dans le Cahier Spécial des Charges :

- La première clause s'applique lors de l'examen des offres et constitue un complément à l'article 21 de l'A.R. du 15 juillet 2011 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 5.5.

- 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 :
« En permanence, l'entrepreneur tient à la disposition du pouvoir 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° le salaire horaire.

§ 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 du pouvoir adjudicateur, à un endroit du chantier que le pouvoir 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)

- Le Pouvoir Adjudicateur vérifie ou fait vérifier, de manière hebdomadaire (lors de la réunion de chantier par exemple) si le salaire horaire renseigné au regard de la catégorie du travailleur est bien conforme au salaire horaire minimum de la Commission Paritaire 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.
- 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.
- 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 travailleurs³, 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 :

- o 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.
 - 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 11A) 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.
- 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.

³ 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.





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).

3.3. Le respect du temps de travail et de la mise à disposition de personnel

3.3.1. 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.

3.3.2. 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 4) :

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 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.
 - 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 (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).

3.4. Le respect des 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} juillet 2016, les indemnités se montent à :

- Indemnité de logement : 12,51 €/jour
- Indemnité de nourriture : 26,21 €/jour

Clause :

Aussi, est-il proposé d'insérer, dans le Cahier Spécial des Charges, une clause (voir Annexe 4) 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 :

« En permanence, l'entrepreneur tient à la disposition du pouvoir 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° le salaire horaire.

§ 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 du pouvoir adjudicateur, à un endroit du chantier que le pouvoir 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

- o 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

- o 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° 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).

4. 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 5 :

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 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.

Cette exigence est considérée comme substantielle dans le cadre de la remise de l'offre et son non-respect entraîne 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 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 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 récurrence, 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).

5. Limiter l'impact des « ouvriers détachés »

5.1. 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 4 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 travailleurs⁴.

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.

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.

⁴ 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;





- 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 :
 - 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.
 - 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 dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11E) 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 récurrence, 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).

5.2. 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 5.

5.3. 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 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.

5.4. 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.

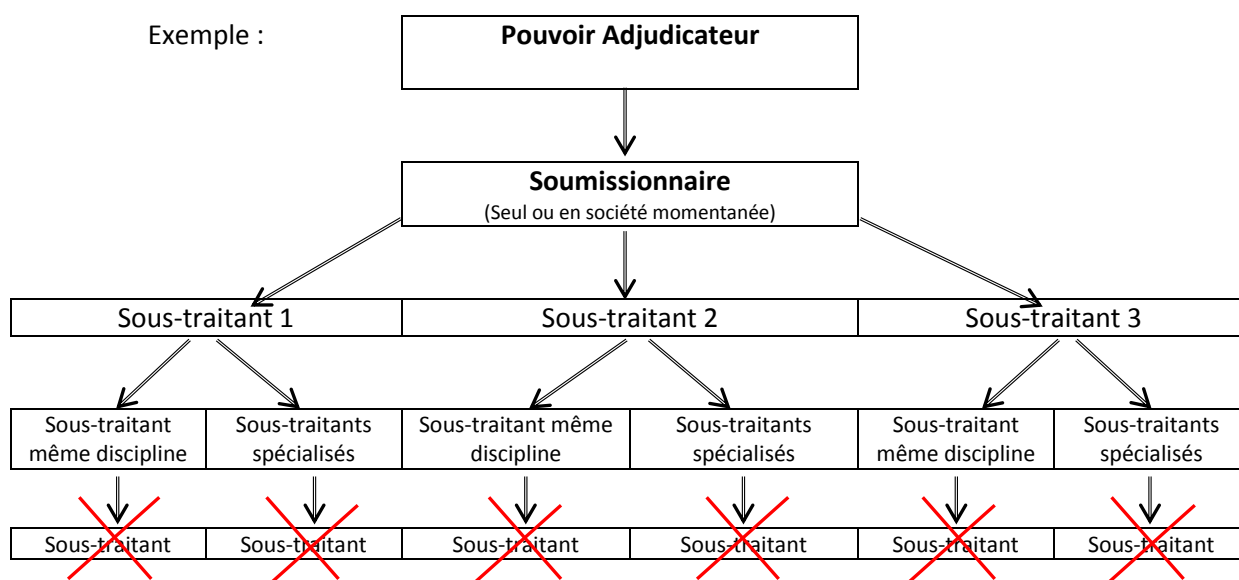
Il importe donc de renforcer la maîtrise sur le nombre et la qualité des sous-traitants par diverses dispositions :

- Exiger de connaître, dans l'offre, la part du marché sous-traitée ainsi que les sous-traitants proposés :
Fixer l'identité des sous-traitants dès l'offre risque de poser des problèmes dans certains marchés publics. En effet, si la procédure est longue et que l'ordre de commencer les travaux intervient plus tard que prévu, un sous-traitant ne sera peut-être plus disponible. Par contre, il est possible d'exiger que le soumissionnaire renseigne 4 ou 5 sous-traitants avec lesquels il se propose de travailler, plutôt qu'un seul sous-traitant.
- 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). (Annexes 14 et 15)

- Limiter la sous-traitance : il s'agit 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, indiquera le nombre de sous-traitants du 1^{er} degré et limitera la sous-traitance de 2^e degré à 1 sous-traitant outre les sous-traitants dits de spécialisations.



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 :

- Les renseignements sur la structuration de son chantier : les coordonnées des sous-traitants de 1^{er} rang et de 2^d rang ainsi que la part de marché sous-traitée à chacun d'entre eux et l'assurance que l'adjudicataire n'introduira sur chantier aucun sous-traitant de 3^{ème} rang.
- 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'agrégation correspond à la part du marché sous-traitée.
- Si le Pouvoir Adjudicateur constate des manquements sur chantier par rapport aux impositions relatives à la sous-traitance :
 - o Il dresse un Procès-Verbal de manquement (Annexe 11F) 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.

5.5. 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 inévitablement 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;

Pour rappel :

5.5.1. Une offre ne respectant pas les prix est nulle

L'article. 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

.....





§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

.....

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

..... »

Selon le rapport au Roi, le paragraphe 3 traite de l'irrégularité matérielle de l'offre. Lorsqu'une offre déroge aux dispositions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques, elle est affectée d'une irrégularité substantielle.

L'hypothèse des prix anormaux a été ici expressément reprise en raison de la volonté de tenir compte de l'évolution récente de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, selon un arrêt n°198.368 du 30 novembre 2009, SPRL SOGEPAR (confirmé par l'arrêt n° 209.794 du 16 décembre 2010, SA Bernard Construction), lorsqu'un prix unitaire est reconnu comme anormalement bas, les justifications fournies n'ayant pu être admises, le pouvoir adjudicateur doit écarter l'offre comme irrégulière. La rigueur de cette approche est cependant tempérée par le fait que, conformément à l'article 21 § 1 de l'arrêté, il est désormais possible, même en adjudication, d'interroger un soumissionnaire sur un prix sans déclencher la procédure de vérification des prix anormaux.

5.5.2. Principe de la vérification des prix

L'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Après avoir appliqué l'article 96⁵, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21.

§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, 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 ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total.

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.

En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur :

1° soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal;

2° soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 à 4. Si, après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est irrégulière.

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable à l'appel d'offres et aux marchés de fournitures ou de services.

⁵ Rectification des erreurs arithmétiques et matérielles



§ 3. Lorsque l'offre présentée pour un marché de travaux est écartée en vertu des paragraphes 1er ou 2, le pouvoir adjudicateur informe la Commission d'agrégation des entrepreneurs dans les quinze jours de la conclusion du marché. Il communique en outre à celle-ci les noms des soumissionnaires n'ayant pas fourni les justifications nécessaires dans le délai imparti. »

Selon le Rapport au Roi, cet article s'applique à la vérification des prix et à la détection d'éventuels prix anormalement bas ou élevés. Il renvoie aux dispositions en matière de vérification des prix de l'article 21.

- le paragraphe 1er constitue le régime général pour l'ensemble des marchés, y compris lorsque le paragraphe 2 est applicable. Il précise que la vérification s'effectue après la correction par le pouvoir adjudicateur des éventuelles erreurs dans les opérations arithmétiques et des erreurs purement matérielles. La vérification ne peut donc en aucun cas intervenir avant que cette correction soit effectuée.
- le paragraphe 2 contient un régime spécifique de vérification du montant total de l'offre pour des marchés de travaux passés par adjudication lorsque les offres reçues répondent à certaines conditions. Les documents du marché peuvent désormais rendre ce paragraphe applicable à l'appel d'offres et également aux marchés de fournitures et de services.
- le paragraphe 1er reste applicable, que les conditions du paragraphe 2 soient ou non remplies. Par exemple, il se pourrait qu'un prix unitaire dans une offre présente un caractère apparemment anormalement bas, ce qui fonderait une demande de justification sur la base de l'article 21, § 3.
- quant au paragraphe 3, il prévoit l'information de la Commission d'agrégation lorsqu'une offre présentée pour un marché de travaux a été écartée en raison du caractère anormal de son prix.

5.5.3. Quelles justifications doit fournir le soumissionnaire ?

L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.

§ 2. Si les documents du marché le prévoient, 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 des prix.

Les indications fournies en application des dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification des prix.

§ 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée.

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long.

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 adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;*



3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.

Lorsque le marché de travaux, de fournitures ou de services relevant de l'annexe II, A, de la loi atteint le montant fixé à l'article 32 et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne. »

Selon le Rapport au Roi :

- les soumissionnaires doivent, à la demande du pouvoir adjudicateur, fournir toutes les indications permettant de vérifier les prix, et ce quelle que soit la procédure de passation (art. 21 § 1).
- quelle que soit la procédure de passation, des vérifications sur pièces comptables et des contrôles sur place peuvent être effectués par les personnes désignées par le pouvoir adjudicateur lorsque les documents du marché le prévoient.
- le paragraphe 3 concerne les prix apparemment anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix. Il assure également la transposition de l'article 55 de la Directive 2004/18/CE. En ce qui concerne les procédures négociées, même si le paragraphe 3 ne leur est pas rendu applicable dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur pourra néanmoins opérer une vérification par application des paragraphes 1er et 2 lorsqu'il constatera la présence d'un prix apparemment anormalement bas ou élevé.
- il y a lieu de remarquer que les justifications énumérées qui peuvent entrer en considération pour démontrer le caractère normal d'un prix ne sont pas limitées (ajout du mot « notamment »). Afin d'éviter que les soumissionnaires introduisent des justifications non fondées, le pouvoir adjudicateur peut toujours, conformément au paragraphe 1er, exiger une analyse du prix afin d'apprécier le caractère normal de celui-ci. Enfin, le soumissionnaire ne peut se limiter, pour justifier son prix, à se référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire. Il doit dans ce cas justifier le prix du sous-traitant.

5.5.4. Quels prix vérifier ?

En adjudication, pour un marché de travaux, la réglementation est claire : pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, 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 ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total.

Pour les autres procédures et pour les prix unitaires, le Pouvoir Adjudicateur dispose d'une plus grande latitude.



La jurisprudence du Conseil d'Etat se prononce comme suit :

- Le caractère anormal d'un prix ne porte pas que sur le montant global mais poste par poste⁶.
- Le Pouvoir Adjudicateur peut décider d'écarter une offre ne contenant qu'un seul prix anormalement bas quelle que soit l'importance de l'anomalie⁷
- L'argumentation du "clustering" c'est-à-dire, de la vérification des prix unitaires non poste par poste mais par groupe de postes, n'est pas acceptable. En n'analysant pas le caractère anormal des prix poste par poste et en faisant le choix d'une méthode d'analyse globale favorisant un soumissionnaire en gommant le caractère anormal de ses prix, les pouvoirs adjudicateurs ont commis une erreur manifeste d'appréciation et ont violé les dispositions relatives au contrôle de la régularité des prix, ainsi que le principe de l'égalité entre soumissionnaires⁸.

5.5.5. 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 21 § 3 de l'A.R. du 15 juillet 2011.

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.

⁶ C.E. n° 198.368 du 30 novembre 2009

⁷ C.E. n° 29.754 du 18 mars 1988

⁸ C.E. n°221.238 du 30 octobre 2012



- Le détail du poste ne suffit pas ; il faut une justification de son caractère anormal au sens de l'article 21 de l'A.R. du 15 juillet 2001.

5.5.6. 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 14,237 €.

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).

5.5.7. 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 fin⁹.

5.6. 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.limosabe.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.

Clause :

La clause reprise au point 7 de l'Annexe 4 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.

⁹ C.E. n°229.425 du 2 décembre 2014



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).

6. 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 4) dispose que :
« Les soumissionnaires sont invités à signer 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 la non-signature de celle-ci sera considérée comme révélant l'intention du non-respect des clauses contre le dumping social et, en conséquence, considérée comme une irrégularité entraînant la nullité de l'offre. »

7. Favoriser la proximité

Veiller à l'application stricte de l'article 21 de la loi du 15 juin 2006

Cet article précise que « *Les entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services originaires de pays tiers à l'Union européenne ne sont admis à déposer une demande de participation ou une offre en*



application du présent titre que s'ils peuvent à cette fin, se fonder sur un traité ou un acte d'une institution internationale, dans les limites et les conditions prévues par l'acte concerné ».

Selon l'exposé des motifs de la loi du 15 juin 2006, le processus d'intégration européenne a abouti à une ouverture des marchés dans le champ couvert par le Traité et les directives européennes de coordination des procédures de passation. Des accords internationaux ont par ailleurs été conclus par la Commission européenne avec des États non membres de l'Union européenne, comme par exemple l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'OMC et l'Accord sur l'Espace économique européen.

Il importe donc de déterminer les dispositions générales de l'accès des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services de tels pays tiers aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Cet accès s'effectue dans les limites des dispositions et conditions de l'acte international les concernant.

Tout comme dans les directives européennes, des seuils d'application, exprimés en montant estimé hors TVA, sont prévus. En dessous de ces seuils, les entreprises des pays tiers ne puisent pas de droit à participer aux procédures en Belgique.

Il en va de même, quel que soit le montant du marché, pour les entreprises originaires de pays tiers n'ayant pas conclu d'accord international liant notre pays. Il n'est permis à ces entreprises de participer à une procédure que sur décision expresse du pouvoir adjudicateur mentionnée dans l'avis de marché ou, en l'absence d'avis, dans le cahier spécial des charges. Une telle décision pourrait par exemple être justifiée par l'absence d'une concurrence suffisante au niveau européen et des pays tiers avec lesquels un accord international a été conclu, ou en cas d'application de l'article 26, § 1er, 1°, f), de la loi.

En outre, l'article 74 de l'A.R. du 15 juillet 2011 stipule que :

« Un candidat ou un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il prouve, dans ce cas, au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat ou du soumissionnaire. Ces entités sont soumises à l'application de l'article 61.

Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

Le pouvoir adjudicateur peut limiter dans les documents du marché la possibilité pour un candidat ou un soumissionnaire de faire valoir les capacités d'autres entités lorsque le droit d'accès n'est pas accordé à ces dernières sur la base de l'article 21 de la loi. »

A la lecture de ces 2 articles, il apparaît que :

- L'article 21 s'applique d'office à tout soumissionnaire étranger qui ne serait pas signataire d'un accord marchés publics.
- Par contre, en ce qui concerne les sous-traitants dont il convient de faire valoir les capacités, le CSCH doit limiter leur accès sur base de l'article 21 de la loi.

