



REGION DE BRUXELLES-CAPITALE
BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST



Economie sociale et marchés publics

AVRIL 2004

A l'initiative du Ministre Eric Tomas, chargé de la revitalisation des quartiers

INTRODUCTION

Les pouvoirs publics sont des acteurs et des investisseurs importants dans l'économie européenne et nationale. Dans ce cadre, ils peuvent développer de véritables politiques d'achat de biens et de services tout en respectant bien entendu la législation et les procédures en matière de marché public¹. En outre, des possibilités spécifiques ont été créées par les autorités belges, qui permettent aux pouvoirs publics d'utiliser leur pouvoir d'achat pour promouvoir certaines politiques en matière d'emploi. Le moyen le plus connu est à l'heure actuelle celui des fameuses clauses sociales, qui concerne l'exécution des marchés publics.

La loi programme du 8 avril 2003 offre aux pouvoirs publics de nouvelles possibilités de promouvoir certaines politiques relatives à l'emploi dans le cadre de la passation de marchés publics. En effet les modifications concernant les articles 16 et 18 bis de la loi du 24 décembre 1993² permettent, d'une part de prendre en compte des « considérations sociales et éthiques » pour l'attribution de marché (article 16) et d'autre part, de réserver un marché public à des entreprises de travail adapté ou à des entreprises d'économie sociale d'insertion, pour autant que ce marché ne soit pas soumis à des obligations européennes ou internationales en matière de marché public (article 18 bis). Notons en outre que le premier paragraphe de l'article 18 bis vise, lui, à renforcer la légalité des clauses sociales que nous avons mentionnées ci-dessus.

L'objectif de cette note est de clarifier la portée de ces deux nouvelles possibilités ouvertes par la loi. Dans un premier temps, il s'agira de remémorer les procédures de marchés publics (partie I). En effet, nous souhaitons insister sur le fait que le législateur, en dehors de ces deux dispositions, n'a pas prévu de dérogation au régime juridique de la passation et de l'exécution des marchés publics. Les pouvoirs publics et leurs auteurs de projet devront dès lors, être particulièrement attentifs à respecter le droit commun de la commande publique.

La deuxième partie de la note vise à présenter ces deux nouvelles possibilités législatives et à rappeler certaines souplesses de la loi sur les marchés publics qui pourront, grâce ces deux nouvelles possibilités, être encore davantage exploitées en faveur de l'emploi des publics les plus fragilisés (partie II). La note est rédigée de telle manière qu'un lecteur déjà bien au fait des procédures liées à la passation de marchés publics puisse passer directement à la deuxième partie de ce document.

¹ Ils peuvent développer de véritables politiques d'achat, pour autant qu'ils respectent leurs obligations issues du droit communautaire dérivé des marchés publics et du droit national opérant la transposition de ce droit. Au delà de ces obligations spécifiques, le droit européen général s'applique au processus de la passation et de l'exécution des marchés publics. Concrètement, cela signifie que les libertés fondamentales consacrées par le Traité sur l'Union européenne (libre prestation de service, libre circulation des capitaux et des marchandises, principe de non-discrimination en raison de la nationalité) doivent guider les acheteurs publics dans leurs pratiques quotidiennes. Les textes utiles de droit européen peuvent être consultés via le site de l'Union européenne europa.eu.int ou via un site consacré uniquement aux marchés publics, simap.eu.int. De même, il est facile de se procurer une version coordonnée de la réglementation nationale et de celle relative à l'agrément des entrepreneurs de travaux via le portail de la Belgique belgium.be.

² Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

I. Le droit belge des marchés publics, généralités.

Cette première partie a pour but de rappeler les notions essentielles portées par le droit des marchés publics (nous nous référons essentiellement au droit belge).

Le droit belge des marchés publics comporte des règles précises relatives aux **procédures de passation des marchés publics** (soit le processus d'achat) ainsi qu'à **l'exécution des marchés publics**, soit le processus qui, une fois le prestataire et l'offre choisis, permet la réalisation concrète de l'objet du marché.

Remarquons que les clauses sociales³ auxquelles nous avons fait référence dans notre introduction concernent l'exécution des marchés. Elles consistent à imposer à l'adjudicataire du marché (celui qui a remporté la procédure de passation), la mise au travail de certaines personnes appartenant à un public « cible » pour la durée de l'exécution du contrat. Les clauses sociales sont prévues dans les clauses administratives du marché et leur non respect est sanctionné, par des pénalités et amendes introduites dans ces mêmes clauses.

Voyons à présent plus en détails les règles relatives aux procédures de passation des marchés publics. Ces règles comportent:

- des dispositions relatives à la sélection qualitative, soit la vérification de l'absence des causes d'exclusion (1) et la vérification des capacités techniques, économiques et financières des entreprises (2). Nous prendrons l'exemple des marchés de travaux pour expliciter ces dernières dispositions.
- des dispositions relatives au choix des offres de prestations remises par les opérateurs économiques, soit les procédures d'adjudication, d'appel d'offres et procédure négociée avec ou sans publicité (3)

(1) Les causes d'exclusion.

Les causes d'exclusion sont reprises dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996⁴ déjà cité. Elles sont considérées, sans préjudice des dispositions relatives à l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, et sont appliquées à quelque stade que ce soit de la procédure. Peut être exclu de la participation au marché, un opérateur économique qui : est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de concordat judiciaire ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales (1°) ; a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation, de concordat

³ Rappelons brièvement, que la Région bruxelloise a relayé cette possibilité dans son arrêté du 22 avril 1999, qui impose les clauses sociales dans la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements d'intérêt public (Moniteur belge du 9 septembre 1999). En outre, l'arrêté précise que l'office régional bruxellois de l'emploi est le seul habilité à proposer des candidats demandeurs d'emploi parmi lesquels l'adjudicataire peut choisir les personnes les plus adéquates. Dans le même esprit, le protocole entre l'Etat Fédéral, les Régions et la Communauté germanophone du 18 juillet 2002 (Moniteur belge du 3 octobre 2002) vise, à insérer des clauses sociales dans les marchés publics passés par un organisme fédéral. Rappelons aussi que la légalité des clauses sociales est renforcée par le §1^{er} du nouvel article 18 bis de la loi du 24 décembre 1993, comme nous l'avons indiqué dans notre introduction.

⁴ V. par exemple, pour les marchés de travaux, l'article 17 ; pour les marchés de fournitures, l'article 43 et pour les marchés de services 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

judiciaire ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales (2°) ; a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant force de chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle (3°) ; en matière professionnelle, a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier (4°) ; n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale conformément aux dispositions de l'article 17bis⁵ (5°) ; n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il est établi (6°) ; s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles dans le cadre de la sélection qualitative (7°).

Les modalités de preuve de ces causes d'exclusion sont régies par arrêté royal. La preuve que l'opérateur ne se trouve pas dans un des cas cités aux 1°, 2°, 3°, 5° ou 6° peut être apportée par la production des pièces suivantes : pour le 1°, 2° ou 3°, d'un extrait du casier judiciaire ou un document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites; pour le 5° ou 6°, d'un certificat délivré par l'autorité compétente du pays concerné. Lorsqu'un tel document ou certificat n'est pas délivré dans le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance. Pour le 4°, **l'attestation ONSS⁶ est nécessaire.**

Attestation ONSS

Un opérateur économique belge employant du personnel assujetti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs doit joindre à sa demande de participation en procédure restreinte ou négociée ou à son offre en procédure ouverte, ou produire au pouvoir adjudicateur, avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas, une attestation de l'Office national de sécurité sociale, dont il résulte qu'il est en règle en matière de cotisations de sécurité sociale et de sécurité d'existence.

Est en règle, l'opérateur économique qui suivant compte arrêté au plus tard la veille de la date limite de réception des demandes de participation en procédure restreinte ou négociée ou de la date limite de réception des offres en procédure ouverte: a transmis à l'Office national de sécurité sociale toutes les déclarations requises jusque et y compris celles relatives à l'avant-dernier trimestre civil écoulé par rapport à la date limite de réception des demandes de participation ou de réception des offres, selon le cas, et n'a pas pour ces déclarations une dette en cotisations supérieure à 2.500 € à moins qu'il n'ait obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.

Toutefois, même si la dette en cotisations est supérieure à 2.500 €, l'opérateur économique sera considéré comme étant en règle s'il établit, avant la décision de sélectionner les candidats ou d'attribuer le marché, selon le cas, qu'il possède, au jour auquel l'attestation constate sa

⁵ V. infra.

⁶ Article 17 bis, 43 bis et 69 bis, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité.

situation, à l'égard d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 4, § 1^{er} et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, de la loi ou d'une entreprise publique au sens de l'article 26 de cette même loi, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal, à 2.500 € près, à celui pour lequel il est en retard de paiement de cotisations.

L'opérateur économique étranger doit joindre à sa demande de participation en procédure restreinte ou négociée ou à son offre en procédure ouverte, ou produire au pouvoir adjudicateur, selon le cas, avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres: une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant que, suivant compte arrêté au plus tard la veille de la date limite de réception des demandes de participation ou de réception des offres, selon le cas, il est en règle à cette date avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi⁷; une attestation ONSS décrite ci-avant, s'il emploie du personnel assujetti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

À quelque stade que ce soit de la procédure, le pouvoir adjudicateur peut s'informer, par tous moyens qu'il juge utiles, de la situation en matière de paiement des cotisations de sécurité sociale de tout candidat ou soumissionnaire.

La production des attestations visées ci-dessus n'est pas requise⁸ en cas de procédure restreinte ou de procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure visée à l'article 17, § 3, de la loi, lorsque la valeur estimée du marché n'excède pas hors taxe sur la valeur ajoutée 22.000 euros. La même règle s'applique en procédure ouverte lorsque la valeur de l'offre hors taxe sur la valeur ajoutée n'excède pas ce même montant. Le pouvoir adjudicateur doit dans ce cas s'enquérir de la situation du candidat ou du soumissionnaire afin de vérifier s'il est en règle par rapport aux obligations prévues au présent article.

(2) La vérification des aptitudes : les capacités technique, économique et financière (exemple des marchés de travaux⁹).

Sans préjudice des dispositions relatives à l'agrément d'entrepreneurs de travaux, **la capacité financière et économique** d'un opérateur économique peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes: (1^o) par des déclarations bancaires appropriées; (2^o) par la présentation des bilans, d'extraits de bilans ou de comptes annuels de l'entreprise dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où l'entrepreneur est établi; (3^o) par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires en travaux de l'entreprise au cours des trois derniers exercices. Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre, celles des

⁷ Lorsqu'un tel document n'est pas délivré dans le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de ce pays

⁸ Cette souplesse s'applique aux marchés publics et aux marchés dont les avis sont envoyés en vue d'une publication à partir du 1^{er} mai 2002, en vertu de l'art. 89 dudit A.R.

⁹ Articles 18 et 19 de l'arrêt royal du 8 janvier 1996 déjà cité.

références citées aux 1^o, 2^o et 3^o qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir. Si pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de fournir les références demandées, il est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur.

Toujours sans préjudice des dispositions relatives à l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, **la capacité technique** d'un opérateur économique peut être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes: (1^o) par des titres d'études et professionnels de l'entrepreneur ou/et des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de la conduite des travaux : (2^o) par la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces certificats seront transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente; (3^o) par une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage; (4^o) par une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels de l'entreprise et l'importance de ses cadres pendant les trois dernières années; (5^o) par une déclaration mentionnant les techniciens ou les services techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage. Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre, celles des références qu'il entend obtenir.

Lorsque les travaux sont soumis à l'application de la loi du 20 mars 1991 organisant **l'agrégation d'entrepreneurs de travaux**, la demande de participation ou l'offre doit indiquer, soit la mention relative à l'inscription du candidat ou du soumissionnaire sur la liste des entrepreneurs agréés en Belgique ou sur une liste officielle dans un autre État membre de la Communauté européenne, soit la mention que le candidat ou le soumissionnaire invoque l'application de l'article 3, § 1^{er}, 2^o, de la loi précitée, auquel cas il joint à sa demande de participation ou à son offre les pièces justificatives nécessaires¹⁰. L'inscription, certifiée par l'organisme compétent, d'un entrepreneur agréé sur une liste officielle dans un autre État membre de la Communauté européenne ne constitue une présomption d'aptitude qu'au regard des dispositions des articles 17, 1^o à 4^o et 7^o, 18, 2^o et 3^o, et 19, 2^o et 4^o, et de l'inscription au registre professionnel ou du commerce. Le bénéfice des dispositions du présent alinéa n'est accordé qu'aux entrepreneurs établis dans le pays qui a dressé la liste officielle. Les renseignements qui peuvent être déduits de l'inscription sur une liste officielle ne peuvent être mis en cause. Toutefois, en ce qui concerne le paiement des cotisations de sécurité sociale, une attestation supplémentaire peut être exigée, à l'occasion de chaque marché, de tout entrepreneur inscrit. Le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats ou des soumissionnaires la remise de la preuve de leur inscription au registre professionnel ou du commerce conformément aux conditions prévues par la législation du pays où ils sont établis. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter.

¹⁰ Article 20 de l'arrêt royal du 8 janvier 1996 déjà cité.

(3) Les mécanismes d'attribution : généralités.

On peut distinguer trois types de mécanismes d'attribution des marchés publics : l'adjudication, l'appel d'offre et la procédure négociée.

D'une manière générale, le législateur offre la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs opérant dans les secteurs classiques (soit les secteurs non spéciaux, comme l'eau, l'énergie, le transport et les télécommunications), de choisir entre l'adjudication et l'appel d'offres sans justification particulière. Ces deux mécanismes vous sont présentés dans les encadrés ci-dessous.

L'adjudication : l'attribution au soumissionnaire régulier le plus bas.

Dans le cadre d'une adjudication, le marché doit être attribué¹¹ au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

La régularité de l'offre consiste dans le respect des exigences formelles posées par le droit des marchés publics¹² et dans le respect des exigences posées par le pouvoir adjudicateur dans son cahier spécial des charges¹³, son métré récapitulatif ou son inventaire¹⁴.

Le prix le plus bas ne sera pas forcément celui qui aura été remis par le soumissionnaire, puisque dans le cadre des opérations matérielles de comparaison des offres, le pouvoir adjudicateur sera amené à corriger certaines erreurs, certains oublis soit émanant de son auteur de projet, soit émanant des entreprises soumissionnaires¹⁵.

Il est vivement conseillé de ne recourir à ce type de procédure d'attribution que lorsque le pouvoir adjudicateur est en mesure de définir avec précision, la manière dont ses besoins doivent être rencontrés, sans faire appel aux compétences des soumissionnaires. Concrètement, dans le cadre d'un marché de travaux, la maison ou le bâtiment doit être dessiné, les plans doivent être précis, et le cahier des charges doit reprendre avec précisions les techniques à mettre en œuvre, le choix des matériaux, etc., bref tout ce qui sera nécessaire à l'entrepreneur pour réaliser la construction et surtout s'engager sur un prix selon une base forfaitaire dans le cadre de la passation. De la même manière, la prestation ou la fourniture recherchée doit pouvoir être décrite avec précision dans le cahier spécial des charges.

¹¹ Sous peine de dommages et intérêts fixé à 10% du montant de l'offre régulière la plus basse selon les termes de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

¹² Dans le secteur classique, v. les articles 86 et s. de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures, de services et aux concessions de travaux publics, qui exécute les titres II et III du livre premier de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

¹³ Document que le pouvoir adjudicateur va en principe écrire à l'occasion de la passation de chaque marché.

¹⁴ Soit un condensé descriptif de toutes les prestations ou de toutes les fournitures et services, formant l'objet du marché.

¹⁵ V. notamment les articles 96, 111, 112, 114, 115, 118, 119 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

L'appel d'offres : l'attribution au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus intéressante en fonction de critères multiples.

L'attribution par appel d'offres offre deux possibilités supplémentaires au pouvoir adjudicateur : la première est de choisir sur base de critères autres que le prix, la deuxième de pouvoir faire appel à des « variantes », soit des solutions, certes encadrées par le pouvoir adjudicateur, qui émanent des opérateurs économiques, qui sont censés être des professionnels au fait des nouveautés ou des bonnes pratiques qu'il importe de pouvoir faire découvrir aux pouvoirs adjudicateurs.

Il est important de mesurer que le choix opéré dans le cadre de ce type de procédure est souvent plus fin, donc plus difficile, qu'en adjudication, mais surtout, a permis de susciter la créativité et le savoir faire des opérateurs économiques.

Dans l'état actuel du droit national, les critères doivent être annoncés dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges, et classés dans un ordre décroissant d'importance, à défaut, ils seront censés avoir la même importance pour le pouvoir adjudicateur¹⁶.

Les évolutions contemporaines du droit de la commande publique convergent vers un accroissement de la transparence des processus d'achat ou des transactions en général, ce qui aura comme incidence à terme, d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à pondérer les critères d'attribution et à annoncer la pondération choisie au stade de l'avis de marché ou de la communication du cahier spécial des charges¹⁷.

La nouvelle version de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 constitue une nouveauté en ce sens que cette disposition autorise la prise en compte de considérations sociales et éthiques au stade de l'attribution du marché, pour autant que, la précision est importante, les critères d'attribution soient relatifs à l'objet du marché (travaux, fournitures ou services, selon les nomenclatures usuelles en la matière).

Il faut savoir que les procédures d'adjudication et d'appel d'offres sont des mécanismes d'attribution rigides en ce sens qu'ils interdisent toutes modifications des offres et du cahier spécial des charges après la date fixée pour l'ouverture des offres, dans la mesure où les précisions qui peuvent être apportées postérieurement à ce moment clé du processus, sont considérées avec beaucoup de méfiance par le législateur et à sa suite, les juridictions. Il résulte de cette interprétation stricte des textes que les parties (pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques) doivent se soumettre aux principes d'une communication figée dans un processus formaliste.

¹⁶ V. notamment l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

¹⁷ Cette évolution est traduite dans le texte de ce que constituera bientôt le nouveau droit communautaire dérivé des marchés publics, v. les sites européens déjà cités.

Le troisième mécanisme, la procédure négociée, ne peut être utilisé par les pouvoirs adjudicateurs que dans les hypothèses limitativement énumérées à l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 précitée. Ces hypothèses doivent être interprétées strictement, selon une jurisprudence classique des juridictions belges et européennes.

La procédure négociée : l'attribution après négociation.

Négocier signifie, dans un processus contractuel, discuter entre parties du contenu des engagements mutuels. Certes, cette discussion doit respecter les contraintes du droit des marchés publics tel qu'interprétées par les juridictions mais, la souplesse de ce type de mécanisme d'attribution est réelle.

Dans l'état actuel du droit, le mécanisme ne suppose pas la formalisation de critères d'attribution, mais ceci devrait évoluer très prochainement pour les mêmes raisons que celles évoquées au sujet de la pondération des critères d'attribution dans le cadre d'un appel d'offres, pas plus qu'il ne suppose nécessairement la formalisation d'un contrat.

La procédure négociée ne peut être choisie comme mode d'attribution que dans un nombre limité d'hypothèses énumérées dans l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993. Nous en présentons deux ici à titre d'exemple. Lorsque le marché de travaux, de fournitures ou de services ne dépasse pas 67.000 € hors TVA, il est possible de mettre en œuvre une procédure négociée sans publicité. C'est le faible montant de la commande qui justifie cette souplesse de la négociation¹⁸. Ou encore : dans le cas d'un marché de services, lorsque la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché par procédure négociée avec publicité.

Notons encore que lorsque le montant de la dépense à approuver ne dépasse pas 5.500 €, l'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité autorise la constatation d'un marché passé par procédure négociée, sans publicité, par simple facture acceptée.

¹⁸ Article 17, §2, 1°, a) de la loi du 24 décembre 1993 déjà citée, exécutée par l'article 120 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité. L'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 déjà cité détermine le champ d'application de cahier général des charges, soit des règles applicables à l'exécution des marchés passés par procédure négociée.

II. Les virtualités d'application des nouveautés.

1. Quelques remarques préalables

La mise en œuvre de politiques sociales dans l'attribution des marchés publics n'en est pas à sa première expérience. L'exemple le plus abouti de techniques de passation de marchés publics formalisées, utilisant des critères et éléments objectifs et comportant des considérations sociales nous est offert par l'Afrique du Sud. La construction est un secteur à haute intensité de main d'œuvre, qui permet par conséquent de créer des emplois pour un capital donné¹⁹. De plus, le choix des techniques et des méthodes de construction a une influence sur la création d'emploi générée par un investissement, tandis que dans une perspective macro-économique, il est reconnu que les petites entreprises sont plus enclines à choisir des solutions intensives de main d'œuvre et que les dépenses faites dans le cadre de ce type d'investissement bénéficieront souvent aux communautés locales²⁰. Le choix des techniques comme de la « taille » des marchés n'est donc pas insignifiant.

Nous l'avons dit, il est possible pour les autorités publiques d'opérer des choix lors de la passation de marché dans le respect des obligations légales, tant nationales qu'européennes. A cet égard, les méthodes qui peuvent être mises en œuvre sont variées et ne valent pas systématiquement pour tous les marchés passés par les pouvoirs publics. Elles impliquent dans leur conceptualisation, l'intervention d'économistes et de techniciens qui traduisent les objectifs poursuivis par des politiques d'achat et d'investissement décidées par les mandataires politiques dans un montage contractuel et les clauses d'un cahier des charges. Elles peuvent prendre des formes diverses : solutions techniques intensives en main d'œuvre, impulsion aux petites structures (PME, entreprises ciblées), organisation de projets aux objectifs diversifiés qui se traduisent dans des objets divers (réalisation d'une prestation économique, accompagnée d'une mission de formation, de réinsertion, etc.), impulsion donnée à certains types de partenariat, etc. Une politique d'achat suppose dès lors pour les pouvoirs publics une réflexion approfondie sur le comportement qu'ils veulent adopter lorsqu'ils sont consommateurs de biens et de services ou lorsqu'ils réalisent des investissements importants.

Les deux nouveautés législatives que nous vous présentons dans cette note ouvrent de nouvelles possibilités de développer une politique d'achat favorable à une certaine politique de l'emploi : celle de prendre en considération des éléments d'ordre social ou éthique dans le cadre de l'attribution de marchés publics (modification de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993) et celle de réserver certains marchés aux entreprises de travail adapté et aux entreprises d'économie sociale d'insertion (nouvel article 18 bis de cette même loi). Ces nouvelles possibilités touchent à un sujet sensible en raison de la connotation idéologique qui peut rapidement s'attacher à cette problématique. Dans l'Union européenne, le sujet a connu des rebondissements divers : des craintes ont parfois été exprimées que ce type de politique

¹⁹ "The Use of Target Procurement as an Instrument of Poverty Alleviation and Job Creation in Infrastructure Projects", *P.P.L.R.*, 2000, pp. 226-250.

²⁰ Il s'agit ici de constats tirés par des économistes. Ces constats sont également portés par l'Organisation internationale du Travail, qui souligne en outre la nécessité d'accompagner l'ensemble des mesures mises en place par un contrôle du rapport qualité-prix des prestations ainsi obtenues. « Employment Intensive Infrastructure Programme : Labour policies and practice », TAJMAN, D., DE VEEN, J., Genève, 1998.

ne conduite à des dérives que le projet européen entendait combattre, tandis que par de multiples initiatives, des pouvoirs publics affirmaient leur volonté d'action et d'innovation dans ce domaine. La Commission européenne a pris position dans une communication interprétative COM(2001)566 final sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés²¹. Les modifications législatives belges s'inscrivent dans le strict respect de cette position.

2. Les textes de loi.

L'article 16 modifié dispose que *« les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché²², par exemple, la qualité des produits ou prestations, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, les considérations d'ordres social et éthique, 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 »*.

L'article 18 bis de la loi du 24 décembre 1993 dispose que :

« - § 1^{er} : un pouvoir adjudicateur peut, dans le respect des principes du traité instituant la Communauté Européenne, imposer des conditions d'exécution de marchés permettant de tenir compte d'objectifs sociaux et éthiques et relatifs à l'obligation de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes ou à l'obligation de respecter, en substance, les dispositions des conventions de base de l'organisation internationale du travail, dans l'hypothèse ou celles-ci n'auraient pas déjà été mises en œuvre dans le droit du pays d'origine du candidat ou du soumissionnaire.

- § 2 : un pouvoir adjudicateur peut réserver la participation à une procédure de passation d'un marché public non soumis à des obligations résultant des directives européennes ou d'un acte international en matière de marchés publics, à des entreprises de travail adapté ou à des entreprises d'économie sociale d'insertion, dans le respect des principes du traité instituant la Communauté Européenne.

On entend par entreprise de travail adapté l'entreprise employant une majorité de travailleurs qui, en raison de la nature ou de la gravité de leur déficience, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales, et par entreprise d'économie sociale d'insertion, l'entreprise répondant aux conditions de l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses, ou remplissant des conditions équivalentes dans l'état d'origine du candidat ou du soumissionnaire.»

L'article 59 de la loi du 26 mars 1999, auquel fait référence l'article 18 bis §2 repris ci-dessus, dispose que :

« Par économie sociale d'insertion, on entend : les initiatives dont l'objet social est l'insertion sociale et professionnelle de demandeurs d'emploi particulièrement difficiles à placer, par le biais d'une activité productrice de biens ou de services, et qui répondent aux conditions générales suivantes :

²¹ Consultable sur les sites mentionnés supra.

²² C'est nous qui soulignons les passages dans les textes légaux.

- après la phase de démarrage, le public visé doit être occupé ou en formation à concurrence d'au moins 50 % de l'effectif total ;
- au moins 10 % du personnel d'encadrement du public visé doit être constitué de personnel apte à conduire et développer des programmes de formation et de guidance sociale ;
- avoir adopté la forme juridique d'associations sans but lucratif, de société coopérative, de société à finalité sociale ou d'autres formes juridiques à condition que les objectifs et finalités soient d'ordre social et collectif ;
- ne pas avoir une majorité des membres des organes de gestion qui relèvent du secteur public ;
- et être agréées par l'autorité compétente.

Pour l'application de l'alinéa précédent, on entend par demandeurs d'emploi particulièrement difficiles à placer : les demandeurs d'emploi qui, au moment de leur engagement ou du début de leur stage de formation, sont soit handicapés soit inoccupés depuis au moins douze mois, ont obtenu au plus un certificat de l'enseignement secondaire inférieur ou équivalent et éprouvent des difficultés sociales. »

3. Quelques précisions et explications

Deux précisions nous semblent nécessaires concernant le champ d'action de possibilités législatives introduites par ces articles 16 et 18 bis. Pour l'article 16, il est clair que l'introduction de considérations d'ordre social ou éthique doit toujours avoir lieu dans le respect des principes du traité instituant la Communauté Européenne. Quant à la technique de réservation de marché telle que conçue par l'article 18 bis, elle ne peut être mise en œuvre que dans des marchés non soumis à des obligations résultant des directives européennes ou d'un acte international en matière de marchés publics et doit aussi respecter les principes du Traité instituant la Communauté européenne. La réservation d'un marché aux entreprises de travail adapté et d'économie sociale n'est donc possible qu'en dessous du seuil de 6 millions d'euros, seuil à partir duquel est valable la législation européenne.

Si l'article 18 bis permet de réserver des marchés aux entreprises de travail adapté et d'économie sociale d'insertion, il se base sur l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 pour la définition de ces dernières. L'entreprise se portant candidate à un tel marché doit donc montrer qu'elle répond bien aux conditions générales décrites dans cet article 59 au moyen de tout document probant. L'un des conditions générales exprimées dans cet article est l'agrément par l'autorité compétente. À noter qu'en Région de Bruxelles Capitale, à ce jour, seuls deux agréments, dépendant de matières communautaires, sont en vigueur : il s'agit des ateliers de formation par le travail (AFT) et des entreprises de travail adapté (ETA). Pour les initiatives d'insertion par l'économie, se déployant dans le champ des compétences spécifiquement régionales, une Ordonnance relative à l'agrément et au financement des initiatives locales de développement de l'emploi (ILDE) et des entreprises d'insertion (EI) a été promulguée le 18 mars 2004, cependant les arrêtés d'application n'ont pas encore été approuvés par le Gouvernement régional.

Une condition pour pouvoir dans la pratique activer avec succès la réservation de marchés aux entreprises de travail adapté et d'économie sociale d'insertion, est une bonne connaissance du secteur de l'économie sociale d'insertion. Cette connaissance est nécessaire afin de pouvoir estimer la capacité de ce secteur à répondre à certains marchés, d'éventuellement adapter ceux-ci, puis de cibler les entreprises adéquates. Les entreprises

relevant de l'économie sociale sont parfois mal connues. Il existe des banques de données accessibles par internet qui offrent des renseignements relatifs à leurs secteurs d'activités, leurs compétences et leur projet.

Rappelons encore, que les nouvelles possibilités législatives ne dispensent en rien les entreprises de travail adapté et les entreprises d'économie sociale d'insertion de remplir les conditions habituelles en matière de marché public. Aucune dérogation n'est possible concernant par exemple les clauses d'exclusion ou encore les capacités technique, économique et financière. Il en est de même pour les agrégations et enregistrements pour les entreprises de travaux. Les pouvoirs publics et les auteurs de projets devront donc, comme toujours, être attentifs au respect de cette législation.

4. Rappel de la souplesse autorisée par le législateur sans justification particulière, mais dont les virtualités d'application sont multipliées par les nouveautés législatives.

Ce sous-chapitre a deux objectifs. D'une part, il a pour but d'attirer l'attention du lecteur sur la marge de manœuvre déjà existante dans les procédures de marchés publics qui permettent aux autorités publiques de promouvoir une politique de l'emploi visant un public cible ayant des difficultés à s'insérer sur le marché de l'emploi. D'autre part, il montrera par la même occasion les possibilités d'exploiter encore davantage ces possibilités déjà existantes grâce aux deux nouveautés législatives présentées dans cette note. En effet, il a été rappelé que la réglementation permettait des souplesses en matière de passation de marché public qui ne demandaient pas de justification particulière. Leur virtualité d'application se trouve renforcée ou affinée par les nouveautés législatives.

Tout d'abord, il est utile de rappeler que toutes les opérations ayant pour objet des activités économiques ne sont pas nécessairement des marchés publics et qu'il existe des possibilités de soutenir des entreprises « cibles » par le biais de conventions qui ne sont pas susceptibles de recevoir la qualification de marché public. Nous ne nous étendrons pas plus ici sur ces possibilités puisque la note ici présente s'attache à ce qui peut être développé dans le cadre des marchés publics.

Il existe donc des procédures relativement souples en conformité avec les réglementations qui permettent aux pouvoirs publics de faire le choix de recourir à de petites structures, ou des entreprises qui emploient un public cible qui rencontre certaines difficultés dans le circuit du travail ordinaire (personnes en difficulté sociale, personnes ayant un handicap physique ou mental, etc.). Ces procédures, généralement bien connues par ailleurs, sont : les marchés passés sur simple facture acceptée (a), les procédures négociées sans publicité (b), la division d'un marché en lots (c), le recours à une entreprise générale (d), l'octroi de concession de travaux publics (e), l'organisation d'un marché regroupant des objets divers (f).

(a) Les **marchés passés sur simple facture acceptée** peuvent permettre, pour de petits achats de fournitures et de services courants, de soutenir des opérateurs économiques de manière continue en leur commandant régulièrement des prestations économiques. L'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité autorise la constatation d'un simple marché passé par procédure négociée, sans publicité, par simple facture acceptée, lorsque le montant de la dépense à approuver ne dépasse pas 5.500 euros. Il s'impose néanmoins de rappeler que, dans le cadre de la passation de marché par procédure négociée, le pouvoir adjudicateur doit demander une remise de prix à au moins trois opérateurs économiques afin de faire jouer une concurrence suffisante.

(b) La **procédure négociée sans publicité** rend possible aussi une orientation du choix des pouvoirs publics vers un certain type d'opérateurs pour des marchés de travaux, de fournitures ou de services ne dépassant pas 67.000 € hors TVA²³. Le pouvoir adjudicateur veillera ici également à inviter au moins trois opérateurs économiques à remettre prix.

(c) La **division d'un marché en lots distincts**²⁴, permet au pouvoir adjudicateur de choisir l'ensemble de tous les prestataires qui vont réaliser effectivement les travaux (ou les prestations économiques au sens large) qui leur seront commandés. L'organisation de l'intervention de toutes les entreprises est un travail en soi qui devra être prévu en tant que tel et de préférence attribué à une entreprise dont ce sera la tâche principale si pas la seule.

- L'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 déjà citée rappelle que lorsque le marché comporte plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et d'en remettre en adjudication au terme d'une procédure, ce qui signifie que dans le contexte d'une attribution chaque lot peut être attribué à une entreprise différente (cela va de soi mais est confirmé par cette disposition).

- La combinaison de la division du marché en lots (avec ou sans entreprise générale), et des nouveautés législatives se révèle intéressante. Il est en effet, possible de réserver certains lots à des entreprises visées par l'article 18 bis de la loi, ou, au stade de l'attribution, de valoriser la sous-traitance à des entreprises visées par l'article 18 bis de la loi.

- Deux précisions encore en matière de modes de passation lorsque le marché comporte des lots : Tout d'abord, en principe, le pouvoir adjudicateur doit cumuler la valeur de tous les lots pour déterminer le montant du marché dont va dépendre l'obligation de publicité européenne. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins, lorsque le seuil européen est atteint, déroger aux mesures de publicité européenne, pour les lots dont le montant individuel ne dépasse pas 1.000.000 €²⁵ (pour les travaux) ou 80.000 € (pour les services)²⁶ mais pour

²³ Article 17, §2, 1°, a) de la loi du 24 décembre 1993 déjà citée, exécutée par l'article 120 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité. L'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 déjà cité détermine le champ d'application de cahier général des charges, soit des règles applicables à l'exécution des marchés passés par procédure négociée.

²⁴ Parfaitement autorisée en droit interne, v. notamment l'article

²⁵ Article 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité.

autant que leur montant cumulé ne dépasse pas 20 % du montant de tous les lots. Ensuite, l'article 120 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité, prévoit que lorsque le marché public comporte des lots et ne dépasse pas un certain montant (550.000 € pour les travaux, et (200.000 €) pour les services, il peut être traité par procédure négociée dès le lancement de la procédure pour certains lots dont la dépense individuelle à approuver ne dépasse pas 13.500 € hors TVA, mais pour autant que leur montant cumulé n'excède pas 20 % du montant cumulé de tous les lots.

(d) En matière de travaux, il est habituel, pour de multiples raisons, que les pouvoirs adjudicateurs se dirigent vers la solution de **l'entreprise générale**. A cet égard, beaucoup de discours sont possibles et nécessairement influencés par les bonnes ou mauvaises expériences de leurs auteurs respectifs. En réalité, il n'existe pas de bonne ou mauvaise solution, mais chaque solution a sa logique et des conséquences qui doivent être anticipées et organisées par des clauses administratives pertinentes. L'organisation d'un marché de travaux, par entreprise générale, peut dans une certaine mesure, faciliter la tâche du pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il n'a sur chantier, qu'un seul interlocuteur. Mais la simplicité n'est parfois qu'apparente, car l'entrepreneur général confiera souvent l'exécution de divers lots à sous-traitants spécialisés, sur lesquels, le pouvoir adjudicateur a peu d'influence. La qualité de la réalisation dépendra en définitive de la qualité du réseau de sous-traitants de l'entrepreneur général.

(e) Dans le cadre de **l'octroi²⁷ de concession de travaux publics** (soit un marché qui va comporter la réalisation et l'exploitation d'un ouvrage ou de travaux), le pouvoir adjudicateur peut imposer un pourcentage de sous-traitance d'au moins 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet de la concession dans le cahier spécial des charges²⁸. Le pouvoir adjudicateur peut également offrir la possibilité au soumissionnaire de majorer ce pourcentage dans le cahier spécial des charges.

- Cette faculté, qui était déjà prévue dans le droit communautaire et dans le droit interne, peut trouver de nouvelles applications avec les modifications de la législation. En effet, un volume important de sous-traitance peut, à titre de considérations sociales, être valorisé au stade de l'attribution du marché, et dès lors favoriser l'intervention de PME ou d'autres petites structures, dans le cadre de l'exécution effective des travaux.

- En outre, certaines prestations, à travers la division du travail en lots²⁹, peuvent être réservées, aux entreprises soutenues dans l'article 18 bis de la loi du 24 décembre 1993 citée ci-dessus. Dans cette hypothèse, il est possible de laisser aux opérateurs privés, le choix de s'associer à ces entreprises, via des contrats de sous-

²⁶ Article 54 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité.

²⁷ Rappelons que l'octroi des concessions de travaux est plus souple que l'attribution d'un marché public de travaux simple, puisque le principe veut que le pouvoir adjudicateur peut négocier le contrat, en restant cependant soumis à l'obligation de formaliser des critères d'attribution dans un cahier spécial des charges, v. les article 123 et s. de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité.

²⁸ Article 130 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 déjà cité, exécutant le droit communautaire en la matière.

²⁹ Les lots habituels dans une opération de construction consistent essentiellement à identifier les métiers qui sont nécessaires pour construire (toiture, sanitaire et chauffage, électricité, etc.). Dans le cadre de la concession de travaux, des lots distincts peuvent encore être identifiés dans l'entretien des installations, l'exploitation proprement dite, etc.

traitance ou d'association, en organisant des clauses administratives qui sous-tendent ce type de scénario. Lorsque la technique des lots est choisie, l'exécution de chaque lot est considérée comme un marché distinct (sauf si le cahier spécial des charges en dispose autrement)³⁰.

(f) L'organisation d'un marché peut aussi englober des **objets divers**. Un marché peut avoir pour objet des travaux et des services. Il s'agit d'un constat dont les autorités européennes et belges ont pris acte, sans le condamner. Le respect des obligations de publicité nationale et européenne s'impose en toute hypothèse.

- La loi du 24 décembre 1993 déjà citée reprend deux listes d'activités, celles qui relèvent des travaux (annexe 1) et celles qui relèvent des services (annexe 2). Cette dernière liste est divisée en deux catégories A et B. Les services relevant de la catégorie B ne sont pas soumis, pour leur attribution à des obligations aussi nombreuses que les services repris dans la catégorie A. Or, figurent dans cette liste, les services d'éducation et de formation professionnelle (catégorie 24).

- Il est dès lors parfaitement envisageable qu'à l'occasion d'un marché particulier, le projet puisse devenir plus vaste et être concrètement une occasion de mener une expérience avec de multiples dimensions.

Réflexions finales.

Toute nouveauté suscite des espoirs et des craintes, des réticences et de l'intrépidité, dans cette matière comme dans d'autres, la qualité des réalisations concrètes proviendra sans doute de la multiplication des méthodes mises en place et des initiatives prises par les uns et les autres, sans lesquelles l'impulsion donnée par le législateur risque de rester vaine. Les pistes reprises ci-dessus constituent des ouvertures, des suggestions qui peuvent être mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs qui ont la volonté de soutenir certains types d'entreprises et certaines valeurs.

³⁰ V. article 9 de l'arrêt royal du 26 septembre 1996 déjà cité.