

Guide

Lutte contre le dumping social dans
les marchés publics et les contrats
de concession relevant des
secteurs spéciaux

Introduction

La lutte contre le dumping social est une priorité du Gouvernement. A l'occasion de la transposition des directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, une attention toute particulière a été réservée à cette problématique.

Un guide, une charte et une circulaire concernant la lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions ont été rédigés et publiés en juillet 2017. Ces différents textes s'adressent à tous les pouvoirs adjudicateurs de Belgique relevant des secteurs classiques.

L'objectif du présent guide est assez similaire. Il vise à apporter des lignes directrices d'ordre pratique aux entités adjudicatrices relevant des secteurs spéciaux. Il est par ailleurs complété par une circulaire et deux chartes.

Sont considérés comme des entités adjudicatrices au sens de l'article 2, 4°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs qui exercent des activités liées à l'eau, à l'énergie, aux transports et aux services postaux, les entreprises publiques et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.

Il n'y a pas de définition universellement utilisée ou réglementaire du terme « dumping social ». On peut partir du principe que ce terme concerne un large éventail de pratiques abusives ainsi que le contournement de la législation, qui rendent possible la concurrence déloyale en minimalisant de façon illégale le coût du travail et les coûts de fonctionnement. Les pratiques en matière de dumping social résultent dès lors en une violation des droits et une exploitation des travailleurs. Il est par conséquent nécessaire d'agir fermement contre de telles pratiques dans le cadre des marchés publics.

Le problème du dumping social est néfaste pour notre économie. Il conduit à de la concurrence déloyale et à la perte d'emplois. C'est également pour cette raison qu'une approche rigoureuse s'impose.

Il convient de rappeler que l'article 7 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics érige en principe le respect du droit environnemental, social et du travail lors de la passation de marchés publics. En effet, il y a lieu de constater que le non-respect de ces dispositions aura souvent pour effet de fausser la concurrence. Le nouveau principe est une conséquence logique de l'obligation de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire. La plupart des mesures explicitées ci-après concrétisent ce principe durant les différentes phases de la passation et de l'exécution du marché.

Il est fondamental d'utiliser l'arsenal législatif à son plein potentiel afin de garantir une saine concurrence entre les opérateurs économiques. Dans cette perspective, le Gouvernement a souhaité mettre en évidence les points de force de la nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de ses arrêtés d'exécution.

Il va de soi que les entités adjudicatrices peuvent prévoir des mesures complémentaires visant à lutter contre le dumping social, en tenant compte des spécificités du marché.

Certaines mesures du présent Guide ne sont d'application que dans les « secteurs sensibles à la fraude ».

Beaucoup de mesures contre le dumping social développées dans le guide concernent la procédure de passation des marchés publics. Cependant, il est important de préciser que la lutte contre le dumping social ne s'arrête pas au moment où le marché est attribué. Le point 12 de ce guide donne certaines clefs permettant de poursuivre la lutte contre le dumping social pendant l'exécution des marchés.

LES PRINCIPALES MESURES DE LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL DANS LES SECTEURS SPÉCIAUX

TABLE DES MATIÈRES

1. Obligation de rejeter une offre qui viole le droit environnemental, social ou du travail sanctionné pénalement
2. Possibilité de rejeter une offre violant le droit environnement, social ou du travail non-sanctionné pénalement
3. Exclusion relative à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal
4. Exclusion pour travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains
5. Exclusion pour dettes fiscales et sociales
6. Exclusion en cas de non-respect du droit environnemental, social ou du travail
7. Critères d'attribution
8. Prix anormalement bas
9. Chaîne de sous-traitance
10. Marchés publics de faible montant qui peuvent être passés par facture acceptée
11. Procédure négociée sans mise en concurrence préalable passée sous les seuils européens
12. Lutte contre le dumping social dans les contrats de concession
13. Lutter contre le dumping social en cours d'exécution

REMARQUE PRÉALABLE

Il convient de rappeler que, pour ce qui concerne les motifs d'exclusion, une différence notable est faite entre les entités adjudicatrices.

Lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur, elle est formellement contrainte de tenir compte de l'approche relative aux motifs d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de la loi (voir article 151, § 1^{er}, de la loi).

Par contre, **lorsque l'entité adjudicatrice est une entreprise publique ou une personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs**, elle n'est pas obligée d'inclure tout ou partie des motifs d'exclusion repris aux articles 67 à 69 de la loi. Elle peut continuer à se baser sur les motifs d'exclusion tels qu'ils existent dans les secteurs classiques, les inclure tous, en inclure certains ou n'en inclure aucun. Mais, formellement, elle peut également élaborer ses propres règles objectives en matière d'exclusion et de sélection.

Il faut toutefois relativiser cette différence. En effet, les entités adjudicatrices qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs sont encouragées à envisager la possibilité d'inclure dans leurs documents du marché les motifs d'exclusion repris aux articles 67 à 69 de la loi. En effet, il s'agit d'un cadre réglementaire équilibré et complet qui contribue également à la lutte contre le dumping social.

Il est également important d'insister sur les principes d'égalité et de proportionnalité. Comme il ressortira de ce guide, l'entité adjudicatrice dispose dans certains cas d'une large marge d'appréciation pour la prise de décision relative à l'exclusion d'un opérateur économique (par exemple pour non-respect du droit du travail ou du droit social), pour le rejet de l'offre, ... L'entité adjudicatrice devra par ailleurs motiver soigneusement sa décision. Doivent plus précisément être respectées les obligations de motivation visées dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Il est important de rappeler qu'il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de motiver sa décision. Une motivation correcte permettra par ailleurs d'éviter des procédures judiciaires.

Pour certains autres aspects, la marge d'appréciation de l'entité adjudicatrice sera plus limitée.

1. OBLIGATION DE REJETER UNE OFFRE QUI VIOLE LE DROIT ENVIRONNEMENTAL, SOCIAL OU DU TRAVAIL SANCTIONNÉ PÉNALEMENT



article 147, § 5, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

L'entité adjudicatrice doit être particulièrement attentive au respect du droit environnemental, social ou du travail. Elle doit rejeter l'offre économiquement la plus avantageuse qui fait apparaître une violation du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que cette violation soit sanctionnée pénalement. Il s'agit d'une **obligation** et non d'une faculté.

A noter que c'est le contenu de l'offre qui est ici visé et non les infractions éventuellement commises par le soumissionnaire. Pour ce dernier aspect, il existe un motif d'exclusion spécifique (voir point 6).

La violation de la plupart des dispositions du droit du travail sont sanctionnées pénalement. Elles se retrouvent notamment dans le code pénal social. Les violations y sont divisées en quatre niveaux. Des amendes administratives mais également des sanctions pénales sont associées à ces niveaux. Pour les violations du premier niveau, seules des amendes administratives sont possibles. Ces violations ne sont pas sanctionnées pénalement. Les violations de niveaux 2, 3 et 4 sont par contre sanctionnées pénalement.



Pour prendre connaissance du code pénal social :

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2010060607&table_name=loi

Il convient de préciser que l'entité adjudicatrice doit tenir compte des règles applicables en Belgique encadrant le détachement des travailleurs. Cet aspect est réglé par loi du 5 mars 2002 concernant les conditions de travail, de rémunération et d'emploi en cas de détachement de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci. L'employeur qui occupe en Belgique un travailleur détaché doit respecter, pour les prestations de travail qui sont effectuées sur le sol belge, les conditions de travail, de rémunération et d'emploi qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, sanctionnées pénalement.



L'entité adjudicatrice, qui souhaite consulter la réglementation sociale et du travail, peut consulter des « directives » (guidelines) et « checklists » sur le site internet du Service d'Information et de Recherche sociale (SIRS) :

<http://www.sirs.belgique.be/fr>

Les directives du SIRS ont pour objectif de formuler des interprétations claires à l'intention de tous les intervenants, secteur par secteur. Tous les services d'inspection concernés appliquent ces directives de manière uniforme. Ces directives peuvent

aider l'entité adjudicatrice à mieux appréhender le droit social et du travail.

Les check-lists peuvent également donner des précisions sur certains aspects.

Exemple – Salaire minimum

L'entité adjudicatrice constate lors de la vérification d'une offre que le salaire horaire mentionné dans l'offre (par exemple pour les travaux complémentaires) est inférieur au salaire minimum du secteur. Dans un tel cas, elle doit procéder au rejet de l'offre.

Le salaire horaire minimum brut peut être vérifié sur les sites internet suivants du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale :

<http://www.emploi.belgique.be>

<https://www.salairesminimums.be/index.html?locale=fr>

Les salaires minimums dépendent du secteur (commission paritaire) ainsi que de la fonction à accomplir. Cependant, il s'avère souvent sans analyse détaillée qu'un problème se pose au niveau du salaire horaire. Supposons, par exemple, qu'un soumissionnaire mentionne dans une offre un salaire horaire de 13 euros par heure prestée pour des activités dans un secteur déterminé. Il peut en être déduit que toutes les obligations ne peuvent pas être remplies puisque le salaire minimum absolu dans ce même secteur s'élève en effet à environ 14 euros. Il s'agit d'une violation sanctionnée pénalement (voir article 162 du code pénal social).

2. POSSIBILITÉ DE REJETER UNE OFFRE VIOLANT LE DROIT ENVIRONNEMENT, SOCIAL OU DU TRAVAIL NON-SANCTIONNÉ PÉNALEMENT



article 147, § 5, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

Au-delà de l'obligation contenue ci-avant, l'article 147 de la loi permet également à l'entité adjudicatrice de rejeter une offre violant le droit environnement, social ou du travail dont la violation n'est pas sanctionnée pénalement (notamment les infractions du « niveau 1 » du code pénal social). S'agissant d'une **faculté**, il est de la responsabilité de l'entité adjudicatrice d'activer ou non cette disposition.

Dans ce cadre, nous appelons les entités adjudicatrices à envisager la possibilité de rejeter une offre violant le droit environnemental, social ou du travail, dont la violation est non-sanctionnée pénalement, lorsque cette violation est liée au dumping social. Il est important de rappeler que le rejet de l'offre ne pourra être décidé que moyennant le respect du principe de proportionnalité. Cette évaluation doit se faire au cas par cas.

3. EXCLUSION RELATIVE À L'OCCUPATION DE RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS EN SÉJOUR ILLÉGAL



article 151 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lu en combinaison avec l'article 67 de cette loi

article 67 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, lu en combinaison avec l'article 61 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

La loi contient un **motif d'exclusion** pour occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Comme mentionné précédemment dans la remarque préliminaire, les pouvoirs adjudicateurs reprennent ce motif d'exclusion. Les autres entités adjudicatrices sont encouragées à faire de même.

Si le motif d'exclusion est d'application, l'exclusion peut se faire à tout moment de la procédure.¹

Dans ce cas précis, une condamnation coulée en force de chose jugée n'est exceptionnellement pas requise. Il suffit qu'une infraction soit constatée par une décision judiciaire ou administrative, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du code pénal social.

Les entités adjudicatrices sont donc invitées à être attentives à ce motif d'exclusion obligatoire et ce, aussi bien dans le cadre de la passation que de l'exécution. En effet, les entités adjudicatrices peuvent résilier unilatéralement le marché lorsque l'adjudicataire occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal (art. 62, 1°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013). L'exclusion de la participation aux marchés publics s'applique toutefois uniquement pour une période de cinq ans à partir de la fin de l'infraction.

D'ailleurs, il en va de l'intérêt des entités adjudicatrices d'être attentives à ce motif d'exclusion, eu égard à la responsabilité solidaire salariale spécifique qui existe en la matière.



Voir les articles 35/7 à 35/13 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

Pour de plus amples informations :

<http://www.emploi.belgique.be/defaultTab.aspx?id=44665>

¹ En ce qui concerne la possibilité d'utilisation des mesures correctrices, il est renvoyé au point 6.

4. EXCLUSION POUR TRAVAIL DES ENFANTS ET AUTRES FORMES DE TRAITE DES ÊTRES HUMAINS²



article 151 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lu en combinaison avec l'article 67, § 1^{er}, 6^o, de cette loi

article 67 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, lu en combinaison avec l'article 61, 6^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

Un nouveau **motif d'exclusion** a été créé pour le travail des enfants et la traite des êtres humains. Comme mentionné précédemment dans la remarque préliminaire, les pouvoirs adjudicateurs reprennent ce motif d'exclusion. Les autres entités adjudicatrices sont encouragées à faire de même.

Pour l'application de ce motif d'exclusion, il est nécessaire qu'une condamnation coulée en force de chose jugée soit prononcée. L'exclusion de la participation aux marchés publics s'appliquent toutefois uniquement pour une période de cinq ans à compter de la date du jugement. Il convient également de rappeler que la traite des êtres humains va souvent de pair avec des infractions liées à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, pour lesquelles une condamnation n'est pas requise (voir point 3 supra).

En outre, l'entité adjudicatrice peut, au stade de l'exécution, résilier unilatéralement le marché lorsque l'adjudicataire a recours au travail des enfants ou à d'autres formes de traite des êtres humains (art. 62, alinéa 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013).

² En ce qui concerne la possibilité d'utilisation des mesures correctrices, il est renvoyé au point 6

5. EXCLUSION POUR DETTES FISCALES ET SOCIALES



article 151 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lu en combinaison avec l'article 68 de cette loi et article 68 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, lu en combinaison avec les articles 62 et 63 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

Ce motif d'exclusion permet à l'entité adjudicatrice d'**exclure**, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, **un candidat ou un soumissionnaire** qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale. Comme mentionné précédemment dans la remarque préliminaire, les pouvoirs adjudicateurs reprennent ce motif d'exclusion. Les autres entités adjudicatrices sont encouragées à faire de même.

Ces obligations sont remplies lorsque le montant de la dette impayée n'est pas supérieur à 3000 euros ou lorsque le candidat ou le soumissionnaire a obtenu pour sa dette des délais de paiement qu'il respecte strictement. Elles sont également remplies si le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard des tiers qui compensent sa dette.

Il faut cependant tenir compte de l'opportunité offerte à tout opérateur économique de se mettre en règle avec ses obligations sociales et fiscales dans le courant de la procédure de passation et ce, lorsque l'entité adjudicatrice constate que le candidat ou le soumissionnaire ne satisfaisait pas aux exigences. A partir de cette constatation, l'entité adjudicatrice laisse à l'opérateur économique un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation. A noter que le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise dans le cours de la procédure de passation (en outre, une régularisation est également possible au cours de l'exécution).

L'entité adjudicatrice doit permettre aux opérateurs économiques de se mettre en règle, endéans les délais impartis, avec ses obligations fiscales et sociales. Cependant, si l'opérateur économique ne saisit pas cette chance, il devra être écarté.

D'ailleurs, il en va de l'intérêt des entités adjudicatrices d'être attentives à ce motif d'exclusion, eu égard à la responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales.



Voir article 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et l'arrêté d'exécution du 27 décembre 2007 déterminent les principes applicables pour les dettes sociales. Le régime fiscal contient des dispositions similaires aux dispositions sociales précitées. Il est défini aux articles 400 et suivants du code des impôts sur les revenus de 1992 (ci-après CIR 92). Pour de plus amples informations :

https://www.socialsecurity.be/site_fr/employer/applis/30bis/index.htm

http://finances.belgium.be/fr/entreprises/retenues_pour_le_spf_finances

6. EXCLUSION EN CAS DE NON-RESPECT DU DROIT ENVIRONNEMENTAL, SOCIAL OU DU TRAVAIL INDÉPENDAMMENT DU CONTENU DE L'OFFRE



article 151 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lu en combinaison avec l'article 69, alinéa 1^{er}, 1^o, de cette loi

Sous le point 1, les modalités de l'exclusion d'une offre violant le droit environnemental, social ou du travail ont été abordées. La disposition, dont question ici, vise, quant à elle, une **exclusion dans le cadre de la sélection** (donc indépendamment du contenu de l'offre). Comme mentionné précédemment dans la remarque préliminaire, les pouvoirs adjudicateurs reprennent ce motif d'exclusion. Les autres entités adjudicatrices sont encouragées à faire de même.

Si ce motif d'exclusion est applicable et que l'entité adjudicatrice constate une violation du droit environnemental, social ou du travail, à tout moment de la procédure, elle peut procéder à une exclusion. A noter que ladite exclusion à la participation s'applique uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Il ne s'agit pas d'une obligation, dans la mesure où la sanction doit être proportionnée à la faute constatée. Ceci étant dit, les entités adjudicatrices sont invitées à traiter sévèrement les violations liées au dumping social. Si des mesures correctrices sont invoquées, celles-ci seront contrôlées de manière stricte par l'entité adjudicatrice afin de juger leur caractère suffisant.

En effet, les opérateurs économiques ont la possibilité de prendre, par le biais des mesures correctrices, des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent, leur permettant de démontrer leur fiabilité malgré le motif d'exclusion applicable. A cette fin, l'opérateur économique prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction. Il pourrait s'agir pour ce dernier point de mesures concernant leur organisation et leur personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne,...

Si les violations apparaissent importantes ou si les mesures correctrices ne sont pas suffisantes, il est recommandé à l'entité adjudicatrice d'exclure l'opérateur économique en faute.

D'ailleurs, il en va de l'intérêt des entités adjudicatrices d'être attentives à ce motif d'exclusion, eu égard aux différents régimes de responsabilité solidaire salariale visés dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

En outre, l'entité adjudicatrice peut également résilier unilatéralement le marché en cas de non-respect du droit environnemental, social ou du travail (art. 62, alinéa 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013). Il est important de rappeler que cette possibilité de résiliation est également prévue, pour les autres motifs d'exclusion. Elle doit toutefois être abordée avec prudence en tenant compte du principe de proportionnalité.

7. CRITÈRES D'ATTRIBUTION



article 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lu en combinaison avec l'article 81 de cette loi

A noter que les dispositions applicables en l'espèce sont mutatis mutandis identiques à celles prévues dans les secteurs classiques.

L'entité adjudicatrice doit se baser sur l' « offre économiquement la plus avantageuse ».

Ce concept de l'« offre économiquement la plus avantageuse » a déjà été utilisé dans la loi du 15 juin 2006 (article 67) mais avec une portée plus limitée, qui permettait d'évaluer les offres afin de déterminer la meilleure offre au niveau du rapport qualité/prix.

L'approche adoptée désormais étend sensiblement le concept de l' « offre économiquement la plus avantageuse » en le basant sur les éléments suivants :

1. le prix ;
2. le coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie ;
3. le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné.

A noter qu'il n'y a aucune "gradation" entre les critères d'attribution. Ce n'est pas parce que le prix est repris au « 1° » qu'il doit être le critère « privilégié ». C'est à l'entité adjudicatrice qu'incombe le choix de la détermination du ou des critères d'attribution.

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

Il est évident que certains marchés peuvent encore être attribués en fonction du prix. Pour certains, il est en effet difficile ou inopportun de prévoir d'autres critères. Cependant, les entités adjudicatrices sont vivement encouragées à **favoriser d'autres critères**, chaque fois que le marché en question le permet. Une telle démarche permettra d'éliminer une partie du dumping social, qui vise uniquement à réaliser un marché à moindre prix, au détriment notamment de la qualité.

En outre, il est important de dire qu'il est possible d'utiliser un critère lié au personnel assigné à l'exécution du marché en guise de critère d'attribution. En effet, lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau de prestation du marché, l'entité

adjudicatrice est autorisée à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, étant donné que ces éléments peuvent influencer sur la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, sur la valeur économique de l'offre.

Les entités adjudicatrices sont invitées, quand la nature du marché le permet, à utiliser des critères d'attribution sur la base des coûts, tels que le coût du cycle de vie (pour de plus amples informations : <http://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>) ou à favoriser dans la formulation des critères d'attribution les circuits courts de commercialisation. En effet, ces méthodes ont un effet bénéfique dans le cadre de la lutte contre le dumping social.

Comme expliqué précédemment, l'offre économiquement la plus avantageuse peut être évaluée sur la base du meilleur rapport qualité/prix, en tenant compte notamment des caractéristiques sociales, environnementales ou encore du commerce et des conditions dans lesquelles il est pratiqué (article 81, § 2, 3°, a « fairtrade »). Toutefois, une telle manière de procéder ne peut être source de discrimination entre opérateurs économiques et ne peut conduire à limiter inutilement la concurrence. Il est important de préciser que le circuit court ne peut être lié à un critère géographique. En tout état de cause, la localisation du producteur ne peut constituer un critère d'attribution du marché. De plus, les critères d'attribution ne peuvent pas non plus avoir pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'adjudicateur. Ils doivent être suffisamment précis pour permettre la vérification concrète des informations fournies (cf. art. 81, § 3, de la loi du 17 juin 2016).

8. PRIX ANORMALEMENT BAS



article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux

VÉRIFICATION DES PRIX

Un prix est anormalement bas lorsque l'entrepreneur propose un prix inférieur à ce qui est économiquement possible pour lui et pour le marché.

Un prix normal est un prix permettant à l'entrepreneur de conserver après déduction de tous ses frais une marge bénéficiaire raisonnable.

Pour déterminer si un prix paraît anormalement bas, les éléments suivants peuvent servir de base de comparaison :

- le prix du marché en tant que norme pour le prix « normal » ;
- les prix proposés par les autres soumissionnaires ;
- l'importance de l'écart par rapport à l'estimation du marché (raison de plus pour faire une estimation la plus correcte possible) ;
- la comparaison avec les prix de marchés similaires exécutés antérieurement ;
- une combinaison des éléments précités.

Ce qui importe, c'est que les mêmes critères soient toujours appliqués lors de l'évaluation des différentes offres pour un même marché.

La réglementation des marchés publics prévoit que l'entité adjudicatrice, après avoir rectifié les offres en fonction des erreurs dans les opérations arithmétiques ainsi que les erreurs purement matérielles, doit vérifier les prix et les coûts. Lorsque ces prix ou ces coûts **semblent anormalement bas ou élevés**, elle doit procéder à un examen de ceux-ci.

Cet examen des prix et des coûts est obligatoire, indépendamment de la base sur laquelle le marché public est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans certaines hypothèses visées à l'article 44, § 6, de l'arrêté royal, l'examen n'est pas obligatoire. En effet, l'article 44 n'est applicable ni à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, ni à la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, ni à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 1.000.000 d'euros.

Dans le cadre de cette vérification, l'entité adjudicatrice doit interroger les soumissionnaires concernant tous les prix ou coûts qui semblent anormaux.

Les entités adjudicatrices ne sont toutefois pas tenues de demander des justifications des prix de postes négligeables. Et même si des justifications sont demandées, un prix ou un coût anormal relatif à un poste négligeable n'entraîne pas la nullité de l'offre. Le fait de savoir si un poste est négligeable s'évalue au cas par cas en fonction de la nature du marché. Il doit être abordé avec du bon sens, mais aussi avec prudence. Un poste négligeable est par exemple le poste « poubelles » lorsque le marché a trait à la construction d'un train. Si par contre le marché comprenant le poste « poubelle » se limite au remplacement des poubelles dans les trains pour répondre au besoin de sécurité anti-terroriste, ledit poste ne pourra pas être considéré comme négligeable.

Dans certaines hypothèses, les prix sont présumés anormaux et l'entité adjudicatrice a l'**obligation de demander une justification**. C'est le cas pour les marchés de travaux ou de services dans un secteur sensible à la fraude, passés par procédure ouverte ou restreinte pour lesquels le prix est utilisé comme unique critère d'attribution quand les offres qui s'écartent d'au moins 15 % en dessous de la moyenne des montants des offres. Il en va de même lorsque l'attribution est faite sur la base du meilleur rapport qualité/prix et pour lesquels le poids du critère relatif au prix représente au moins 50 % du poids total des critères d'attribution. Dans ce dernier cas, l'entité adjudicatrice peut prévoir un pourcentage plus élevé que 15 %. L'entité adjudicatrice dispose ainsi de la *possibilité*, dans les cas visés ci-dessus, de fixer le pourcentage en fonction de la nature et des caractéristiques du marché. A titre d'exemple, quelques lignes directrices peuvent être formulées. Un pourcentage légèrement plus élevé ne sera indiqué que lorsque le poids du critère « prix » est très important par rapport aux autres critères. Par contre, lorsque le critère « prix » se rapproche de 50 %, le pourcentage à prendre en compte pourrait être significativement plus élevé. Même s'ils ne sont pas interdits, en règle générale, les pourcentages supérieurs à 30 % sont moins recommandés. Il est bien évident que la fixation du pourcentage approprié dépend de la nature et des caractéristiques du marché et est ainsi laissé à l'appréciation de l'entité adjudicatrice.

L'attention est également attirée sur le fait qu'il est demandé à l'entité adjudicatrice d'**inviter systématiquement le soumissionnaire à produire des justifications ayant trait au respect des règles en matière de droit environnemental, de droit social et de droit du travail**, en ce compris les obligations applicables sur le plan du bien-être, des salaires et de la sécurité sociale.

Doivent ainsi être vérifiés le caractère correct du calcul des coûts salariaux, le paiement correct des cotisations sociales ou l'existence d'un plan global de prévention (lorsqu'il en faut un) dans le chef du soumissionnaire.

L'obligation cadre dans le contexte de la lutte contre le dumping social. En effet, il est souvent constaté que le facteur « salaire » constitue une part non négligeable du prix dans les secteurs à forte intensité de main-d'œuvre. A toutes fins utiles, il est rappelé que

le dumping social se produit essentiellement dans les secteurs à forte intensité de main-d'œuvre où règne une concurrence forte au niveau des prix ainsi que des abus par rapport aux règles européennes de détachement (travailleurs étrangers payés à des salaires ne respectant pas les exigences minimales belges, ...).

JUSTIFICATION DES PRIX

Le soumissionnaire doit dans une phase ultérieure justifier ses prix. Les justifications concernent notamment :

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

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

Ne sont par exemple pas des justifications suffisantes :

- une simple confirmation du prix sans explication ou avec des justifications très vagues ;
- le simple renvoi à des prix semblables pour un autre chantier (sauf si ces prix ont bel et bien été motivés pour cet autre chantier) ;
- une simple confirmation que les travaux seront exécutés « dans les règles de l'art » ;

CONSÉQUENCES DES PRIX ANORMAUX

L'entité adjudicatrice apprécie les justifications reçues et :

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

Lorsque l'entité adjudicatrice constate que le prix ou le coût anormalement bas est dû à des manquements aux obligations en matière de droit environnemental, de droit social ou du travail visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, le rejet de l'offre est également obligatoire.

L'entité adjudicatrice est également obligée de prendre contact avec certaines autorités en cas de prix anormaux. Plus particulièrement, l'Autorité belge de Concurrence, la Commission d'agrément des entrepreneurs, le Service d'information et de recherche sociale et la Commission européenne (aides d'Etat) doivent être informés de l'écartement de l'offre sur la base d'un prix ou d'un coût anormalement bas. Certaines des institutions susmentionnées doivent également être informées en cas de rejet en raison d'un prix ou d'un coût anormalement élevés.

Toutes les autorités précitées ne seront pas systématiquement contactées. Ce n'est le cas que pour l'Autorité belge de la Concurrence et, en ce qui concerne les marchés de travaux, la Commission d'Agrément des entrepreneurs (pour autant qu'il s'agisse d'un rejet dû à un prix ou un coût anormalement bas). Le Service d'information et de recherche sociale ne doit être contacté que lorsque l'offre est écartée suite au constat qu'elle est anormalement basse en raison du non-respect des obligations en matière de droit social et du travail fédéral. L'approche est similaire en ce qui concerne le rejet suite au constat que le prix de l'offre est anormalement bas en raison du non-respect des règles du marché intérieur concernant les aides d'Etat.

CONTACT

<p>Le Service d'information et de recherche sociale</p>	<p>Service d'information et de recherche sociale (SIRS) Rue Ernest Blerot 1 1070 Bruxelles</p> <p>Via le site internet suivant : www.sirs.belgique.be</p>
<p>La Commission d'Agrément des entrepreneurs</p>	<p>SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie Direction de la Qualité et de la Sécurité Service Agrément des entrepreneurs dans la Construction Boulevard du Roi Albert II, 16 1000 Bruxelles Tel.: 02 277 94 08 – 02 277 78 93 – 02 277 79 63 E-mail: agreration.entrepreneurs@economie.fgov.be</p>
<p>L'Autorité belge de la Concurrence</p>	<p>A adresser à l'attention de l'Auditeur général via l'adresse mail suivante : aud@bma-abc.be ou l'adresse postale : Autorité belge de la Concurrence, Auditorat, City Atrium, rue du Progrès 50, 1210 Bruxelles</p>

9. CHAÎNE DE SOUS-TRAITANCE

Un autre volet important concerne la chaîne de sous-traitance. L'on constate, dans la pratique, que le problème relatif au dumping social se pose essentiellement au niveau de la sous-traitance. Plusieurs mesures concernant la phase d'exécution sont donc prévues.

VÉRIFICATION DE L'ABSENCE DE MOTIFS D'EXCLUSION



article 12/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

L'entité adjudicatrice qui est un pouvoir adjudicateur a la possibilité de vérifier s'il existe des motifs d'exclusion dans le chef du ou des sous-traitants *directs* de l'adjudicataire. Il est important d'avoir à l'esprit que cette disposition ne s'applique qu'aux entités adjudicatrices qui sont des pouvoirs adjudicateurs, à l'exclusion de toutes les autres entités adjudicatrices.

Si la vérification fait apparaître l'existence des motifs d'exclusion obligatoires dans le chef du sous-traitant concerné, ladite entité adjudicatrice devra exiger que l'adjudicataire procède à son remplacement. Si un motif d'exclusion facultatif est constaté, l'entité qui est un pouvoir adjudicateur pourra formuler la même exigence. Lorsqu'elle applique des motifs d'exclusion facultatifs, l'entité adjudicatrice devrait accorder une attention particulière aux principes d'égalité et de proportionnalité.

Il y a deux hypothèses dans lesquelles la vérification ne sera pas une faculté mais bien une obligation, plus particulièrement pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude et pour les marchés de travaux. L'obligation vaut cependant uniquement pour les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne.

L'entité adjudicatrice qui est un pouvoir adjudicateur peut également vérifier, *plus loin dans la chaîne de sous-traitance*, l'absence de motifs d'exclusion.

LIMITATION DE LA CHAÎNE DE SOUS-TRAITANCE



article 12/3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

Dorénavant, il est interdit pour le sous-traitant de sous-traiter la totalité du marché qui lui a été confié. Cette mesure est **uniquement d'application aux sous-traitants** et non à l'adjudicataire. Il n'en résulte dès lors, pour les candidats ou les soumissionnaires, aucune limitation de l'accès au marché. Il convient en outre de rappeler que cette interdiction s'applique à toutes les entités adjudicatrices.

En outre, une **limitation à deux ou trois niveaux** (ou exceptionnellement un niveau supplémentaire, voir infra) est prévue pour la chaîne de sous-traitance et ce, uniquement pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude. Cette limitation ne s'applique par contre qu'aux marchés passés par une entité adjudicatrice qui est un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion des autres entités adjudicatrices. La limitation s'applique quel que soit le montant estimé du marché.

- Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui est groupé selon sa nature dans une catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de trois niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire, le sous-traitant de deuxième niveau et le sous-traitant de troisième niveau.
- Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui est groupé selon sa nature dans une sous-catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau.



Afin de déterminer si un marché est groupé selon sa nature dans une catégorie ou sous-catégorie, vous pouvez utiliser le document suivant :

<https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Entreprises/Repartition-classes-des-entrepreneurs-agrees.pdf>

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

Dans la pratique, c'est surtout loin dans la chaîne de sous-traitance que sont constatées des pratiques de dumping social. La limitation de la chaîne de sous-traitance pourrait donc largement contribuer à la lutte contre le dumping social.

Les marchés dans un secteur sensible à la fraude sont d'une part, les marchés de travaux et d'autre part, les marchés de services passés dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales.



Le lien suivant permet de trouver les arrêtés d'exécution concernés de la loi du 12 avril 1965 précité (onglet « exécutions ») : http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/index.reflex?page=articles&c=detail_get&d=detail&docid=426015

Deux possibilités d'ajouter un niveau supplémentaire sont prévues. A cet effet, soit un accord écrit préalable de l'entité adjudicatrice qui est un pouvoir adjudicateur le permet, soit des circonstances imprévisibles doivent être portées à la connaissance de cette même entité adjudicatrice endéans les trente jours après leur survenance. Il s'agit de circonstances qui ne pouvaient raisonnablement être prévues au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et aux conséquences desquelles il ne pouvait être remédié par les opérateurs économiques, malgré que tout ait été mis en œuvre à cet effet.

Ne sont pas considérés comme des sous-traitants dans le cadre de la limitation de la chaîne :

1. les parties à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique, en ce compris les sociétés momentanées ;
2. les fournisseurs de biens, sans travaux accessoires de placement ou d'installation ;
3. les organismes ou les institutions qui effectuent le contrôle ou la certification;
4. les agences de travail intérimaires au sens de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

Tout non-respect de la limitation de la chaîne de sous-traitance donne lieu à l'application d'une pénalité de 0,2 pour cent du montant initial du marché par jour d'infraction. La pénalité ne peut cependant jamais dépasser le montant suivant :

1. 5.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est inférieur à 10.000.000 euros;
2. 10.000 euros par jour lorsque le montant initial du marché est égal ou supérieur à 10.000.000 euros.

RESPECT DES CONDITIONS D'AGRÉATION PAR LES SOUS-TRAITANTS



article 78/1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

En ce qui concerne les marchés de travaux passés par une entité adjudicatrice qui est un pouvoir adjudicateur, les sous-traitants doivent respecter la réglementation sur l'agrément des entrepreneurs, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et en fonction de la part du marché qu'ils exécutent. Il s'agit plus particulièrement de la législation organisant l'agrément des entrepreneurs (loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux et ses arrêtés d'exécution). Il convient de signaler que l'agrément ou la décision équivalente doit être obtenue par le sous-traitant au plus tard au moment de la transmission de son nom et de ses coordonnées par l'adjudicataire à l'entité adjudicatrice. Ainsi, l'agrément ou la décision équivalente doit être obtenue au plus tard au début de l'exécution du marché.

En ce qui concerne les marchés de travaux passés par une entreprise publique, les documents du marché peuvent également imposer la même exigence.

Pour savoir si une entreprise est agréée, il est possible de consulter la liste des entreprises agréées sur le site internet suivant :

<https://economie.fgov.be/fr/themes/entreprises/secteurs-specifiques/qualite-dans-la-construction/agregation-des-entrepreneurs>

Il est également possible de consulter Télémarc pour déterminer si une entreprise est agréée. A noter que toutes les entités adjudicatrices, qui ne disposent pas encore d'un accès à Télémarc, devront le demander à l'Agence pour la Simplification administrative avant le 1^{er} mai 2018.

En cas de doute, vous pouvez contacter le Service Agréation des Entrepreneurs dans la Construction du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie, de préférence par e-mail : agregation.entrepreneurs@economie.fgov.be

10. MARCHÉS PUBLICS DE FAIBLE MONTANT QUI PEUVENT ÊTRE PASSÉS PAR FACTURE ACCEPTÉE



article 162 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

article 121 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux

Dans le cadre des marchés publics de faible montant (dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros), il convient d'être particulièrement attentif à ne pas contacter d'opérateurs économiques pratiquant le dumping social. Ces marchés sont soumis à un nombre limité de dispositions. Les motifs d'exclusion obligatoires ou facultatifs n'en font pas partie.

Il est rappelé que, pour ces marchés publics, l'entité adjudicatrice doit faire jouer la concurrence et ainsi consulter les conditions de plusieurs opérateurs économiques. Une simple consultation, en vue de connaître les conditions d'un éventuel achat, suffit. Bien qu'elle soit non obligatoire, une offre peut également explicitement être demandée de manière simple (ex. : par e-mail).

Il convient cependant de tenir compte du fait que l'entité adjudicatrice doit être en mesure de prouver qu'elle a satisfait à son obligation de mise en concurrence. Dans cette optique, il est recommandé à l'entité adjudicatrice d'en conserver la preuve dans le dossier (éventuellement dématérialisé). A toutes fins utiles, dans certaines situations exceptionnelles, il n'est pas nécessaire de consulter plusieurs opérateurs économiques (ex. : situation de monopole).

En outre, les principes généraux de la loi restent d'application, exception faite de l'usage des moyens de communication électroniques et de l'octroi d'avances. L'entité adjudicatrice doit en effet traiter les opérateurs économiques sans discrimination, sur un pied d'égalité et agir d'une manière transparente et proportionnée. Le principe du respect du droit environnemental, social et du travail, reste également d'application.

11. PROCÉDURE NÉGOCIÉE SANS MISE EN CONCURRENCE PRÉALABLE PASSÉE SOUS LES SEUILS EUROPÉENS



article 124, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

Pour les marchés passés par procédure négociée sans mise en concurrence préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, les règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des soumissionnaires ou candidats ne sont pas d'application. Cependant, lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur, les motifs d'exclusion obligatoires et les motifs d'exclusion relatifs aux dettes fiscales et sociales sont d'application.

Néanmoins, il convient également pour ces marchés d'être particulièrement attentif à ne pas contacter d'opérateurs économiques pratiquant le dumping social.

12. LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL DANS LES CONTRATS DE CONCESSION

L'adoption de la loi sur les contrats de concession du 17 juin 2016 et de son arrêté d'exécution s'est imposée dans le cadre de la transposition de la directive européenne 2014/23/UE. Ici aussi, la lutte contre le dumping social est considérée comme une priorité.

Certains des mécanismes applicables dans les marchés publics et décrits dans le guide sont dès lors également applicables aux contrats de concession, moyennant parfois certaines adaptations mineures.

Il s'agit plus particulièrement de :

1. l'obligation de rejeter une offre qui viole le droit environnemental, social ou du travail sanctionné pénalement (article 46, § 1er, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession) : identique à ce qui est prévu pour les marchés publics;
2. la possibilité de rejeter une offre violant le droit environnemental, social ou du travail non-sanctionné pénalement (article 46, § 1er, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession) : identique à ce qui est prévu pour les marchés publics;
3. l'exclusion relative à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal (article 50, § 1er, 7^o et § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession) : identique à ce qui est prévu pour les marchés publics;
4. l'exclusion pour travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains (article 50, § 1er, 6^o et § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession) : identique à ce qui est prévu pour les marchés publics;
5. l'exclusion liée aux obligations fiscales et de sécurité sociale (article 51 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession) : identique à ce qui est prévu pour les marchés publics;
6. l'exclusion lorsque le droit environnemental, social ou du travail n'est pas respecté (article 52, alinéa 1er, 1^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession) : identique à ce qui est prévu pour les marchés publics;
7. critères d'attribution : l'approche est semblable. Les critères doivent permettre de constater un « avantage économique global ». Ils peuvent inclure entre autres des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation (article 55 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession);

8. prix anormaux : la réglementation n'impose pas de vérification des prix pour les concessions. Néanmoins, l'adjudicateur veillera à se donner les moyens, dans les documents de concession, de pouvoir contrôler la structure du prix et notamment, dans ce cadre, la structure et le coût du financement. Il s'agit en effet d'un outil important dans le cadre de la lutte contre le dumping social, qui sera conçu en fonction de la nature, de l'importance et du domaine dans lequel se situe la concession ;
9. la limitation de la chaîne de sous-traitance est quasi identique à la limitation prévue pour les marchés publics. Il convient néanmoins de préciser que la sanction est conçue différemment. Le non-respect de la disposition en question donne lieu à l'application d'une pénalité journalière de 5.000 euros par jour, sauf autre montant prévu dans les documents de concession qui ne peut être supérieur à 10.000 euros. La vérification de l'absence des motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants et les exigences en matière d'agrément sont conçues de manière quasi identique (articles 52 et 53 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession).

13. LUTTER CONTRE LE DUMPING SOCIAL EN COURS D'EXÉCUTION

Même si toutes les mesures sont prises dans le cadre de la procédure de passation pour éviter que les marchés ne soient pas attribués à des entrepreneurs qui pratiquent le dumping social, cela ne peut pas être entièrement exclu. Cette section explique comment l'entité adjudicatrice peut dépister les pratiques de dumping social au cours de l'exécution.

FICHES DE SALAIRES – REGISTRE DES PRÉSENCES – AUTRES INDICATIONS



Article 78, §§ 3 et 3/1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

Le dépistage du dumping social peut notamment se faire via un examen des fiches de salaire, par la mise en place d'un système d'enregistrement des présences et enfin aussi grâce à d'autres indications telles que le travail le week-end.

L'examen des **fiches de salaire** donnera une idée à l'entité adjudicatrice des salaires que les entrepreneurs pratiquent. Ceux-ci peuvent ensuite être comparés avec les salaires minima applicables (voir supra). Cela peut être fait de manière préventive. L'adjudicataire fournit à la première demande de l'entité adjudicatrice des renseignements concernant le salaire horaire, lorsque ceux-ci ne peuvent pas être directement consultés par l'entité adjudicatrice.

La réglementation **Checkin@work** fait partie de la loi du 4 août 1994 relative au bien-être au travail et se déroule via la faculté de faire une déclaration de travaux sur le site internet www.socialsecurity.be. C'est l'entrepreneur qui est garant de l'organisation pratique du registre des présences. L'obligation pour l'entrepreneur de tenir à jour et tenir à disposition la liste du personnel n'est plus d'application pour les marchés (de travaux) dans lesquels le système d'enregistrement de présences ou la méthode d'enregistrement est obligatoire sur le chantier.

L'entité adjudicatrice a, comme client, toujours le droit de consulter tous les registres de présences. L'entité adjudicatrice doit être attentive sur le chantier. S'il y a des preuves que des personnes sont au travail sans être enregistrées, cela peut indiquer un emploi irrégulier ou illégal.

Exemple

Pour la tenue du chantier, il y a chaque jour des agents d'entretien différents au travail sans qu'ils soient enregistrés. Ce peut être une indication d'une violation du droit du travail ou du droit social.

Les situations de **travail le week-end** peuvent aussi être une indication soit que l'on travaille avec des employés qui ne sont mentionnés ni dans la base de données Dimona ni dans la base de données Limosa (cette dernière contient les informations concernant les employés étrangers détachés qui travaillent en Belgique) soit que ces employés sont obligés de travailler plus que la moyenne des 38 heures par semaine ou de travailler 7 jours sur 7. Cela peut souvent être le cas du collaborateur qui est temporairement détaché en Belgique et qui a tout intérêt à travailler autant que possible pendant la courte période où il est présent. Pour lui, le week-end est souvent « du temps perdu ».

Les entités adjudicatrices peuvent imposer une évaluation régulière (par exemple trimestrielle) de l'exécution des contrats. C'est une manière de vérifier que le marché est exécuté conformément aux documents du marché et dans le respect des règles environnementales, sociales et du travail. De cette manière, les entités adjudicatrices s'assurent que les adjudicataires ne pratiquent pas le dumping social.

Si l'entité adjudicatrice est consciente qu'il y a des infractions sociales graves pendant l'exécution du marché, il est dans son intérêt d'informer les services d'inspection compétents.

Sur la base de l'article 29 du Code d'instruction criminelle, une déclaration obligatoire vaut pour toute autorité publique, tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit. Il est tenu d'informer immédiatement le procureur du Roi près le tribunal du ressort duquel ce crime ou ce délit aurait été commis ou le suspect aurait pu être trouvé et il doit transmettre à ce magistrat toutes les informations, les procès-verbaux et actes pertinents.

Si des pratiques de dumping social sont constatées, l'entité adjudicatrice peut les signaler via le site internet ci-dessous :

www.meldpuntsocialefraude.belgie.be

A noter que les services d'inspection ne communiquent ni l'existence d'une plainte ou d'un signalement, ni les coordonnées de la personne qui a porté plainte ou introduit un signalement.

SANCTIONS

Le présent guide contient une explication concernant des mesures qui permettent d'éviter des pratiques liées au dumping social dans le cadre des marchés publics. Néanmoins, si de telles pratiques sont constatées, l'entité adjudicatrice doit, si nécessaire, appliquer les mesures prévues en cas de manquements aux clauses du marché (article 7, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016). Le non-respect du droit environnemental, social ou du travail est donc assimilé à toute autre type de mauvaise exécution.

Les moyens d'action dont dispose le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique (pour les marchés ayant trait à leurs tâches de service public) sont décrits à la section 7 du chapitre 2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (articles 44 et suivants). En cas de manquement grave, ce qui arrive souvent en cas de dumping social, le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique peut le cas échéant recourir aux mesures d'office. Il appliquera par ailleurs les pénalités prévues par l'arrêté du 14 janvier 2013 précité et/ou par les documents du marché. Pour l'application de ces sanctions, un procès-verbal de carence doit être rédigé. et il doit être tenu compte des moyens de défense et des mesures correctrices mises en place.

L'approche précitée décrite à la section 7 du chapitre 2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics ne s'applique pas aux marchés relevant des secteurs spéciaux qui sont passés soit par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, soit par des entreprises publiques pour les marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance. Les règles applicables devront dès lors être déterminées dans les documents du marché.

ANNEXE 1 – CHARTE DESTINÉE AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS (SECTEURS SPÉCIAUX)

1. Le pouvoir adjudicateur s'engage à sensibiliser tout soumissionnaire à la lutte contre le dumping social.
2. Le pouvoir adjudicateur est particulièrement attentif au respect du droit environnemental social ou du travail. Lorsque l'offre du soumissionnaire auquel il se propose d'attribuer ne respecte pas desdites règles et lorsqu'elles sont pénalement sanctionnées, le pouvoir adjudicateur fait une application stricte de l'article 147 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et écartera l'offre.
3. Le pouvoir adjudicateur s'engage à envisager la possibilité d'écartier l'offre du soumissionnaire auquel il se propose d'attribuer lorsque cette dernière ne respecte pas le droit environnemental social ou du travail et que ladite violation n'est pas sanctionnée pénalement. Eu égard au principe de proportionnalité, le pouvoir adjudicateur s'engage à utiliser cette possibilité lorsque la violation constatée est liée au dumping social.
4. Le pouvoir adjudicateur est particulièrement attentif au motif d'exclusion obligatoire relatif à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Si une telle infraction est constatée, le pouvoir adjudicateur exclut, à tout moment de la procédure de passation, le candidat ou le soumissionnaire qui a occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, étant entendu qu'une condamnation n'est pas nécessaire dans cette hypothèse. Dans le cadre de l'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur résilie le marché, si besoin en est.
5. Le pouvoir adjudicateur prend connaissance de l'exclusion obligatoire pour le travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains contenues à l'article 67, § 1^{er}, 6^o, lu en combinaison avec l'article 151 de la loi relative aux marchés publics. Il en fait une application stricte.
6. Le pouvoir adjudicateur veille à ce que les opérateurs économiques satisfassent à leurs obligations relatives au paiement d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale. Tout en tenant compte de la possibilité de régularisation, le pouvoir adjudicateur écarte tout opérateur économique en défaut de respecter les obligations susmentionnées.
7. Le pouvoir adjudicateur est attentif à la possibilité de recourir au motif d'exclusion facultatif, à tout moment de la procédure, pour les opérateurs économiques qui ne

respectent pas le droit environnemental, social ou du travail. Ne s'agissant pas d'un motif d'exclusion obligatoire, le pouvoir adjudicateur veille au principe de proportionnalité entre la violation constatée et la sanction préconisée. Dans cet exercice, le pouvoir adjudicateur est, cependant, particulièrement intransigeant avec les violations liées au dumping social, a fortiori si des mesures correctrices suffisantes n'ont pas été adoptées.

8. Le pouvoir adjudicateur choisit le ou les critère(s) d'attribution en fonction du marché concerné. Il privilégie l'attribution du marché sur la base du meilleur rapport qualité/prix. Par ailleurs, le critère lié au meilleur rapport qualité/prix peut également tenir compte d'aspects qualitatifs et/ou sociaux.
9. Le pouvoir adjudicateur joue un rôle actif dans la lutte contre les prix ou les coûts anormalement bas. Le cas échéant, il procède à l'examen des prix en demandant au soumissionnaire de produire des justifications ayant trait notamment au respect des règles en matière de droit environnemental, de droit social et de droit du travail, en ce compris les obligations applicables sur le plan du bien-être, des salaires et de la sécurité sociale. Doivent ainsi être vérifiés le caractère correct du calcul des coûts salariaux, le paiement correct des cotisations sociales ou l'existence d'un plan global de prévention (lorsqu'il en faut un) dans le chef du soumissionnaire.

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate que le prix ou le coût anormalement bas est dû à des manquements aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016, il écarte obligatoirement l'offre.

10. Le pouvoir adjudicateur est conscient que le problème relatif au dumping social se pose également dans la chaîne de sous-traitance. Dès lors, il fait usage de toutes les possibilités conférées par la réglementation. C'est ainsi que, lorsque la réglementation le prévoit, le pouvoir adjudicateur vérifie l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants (au moins directs) de l'adjudicataire.

Le pouvoir adjudicateur vérifie en outre strictement les conditions liées à la limitation de la chaîne de sous-traitance. Ainsi, il reste attentif à l'interdiction pour le sous-traitant de sous-traiter la totalité du marché qui lui a été attribué.

11. Dans le cadre des marchés publics de faible montant (dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros), le pouvoir adjudicateur veille à ne pas contacter d'opérateurs économiques pratiquant le dumping social.
12. Pour les marchés passés par procédure négociée sans mise en concurrence préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur fait une application stricte des motifs d'exclusion obligatoire et des motifs d'exclusion relatif aux dettes fiscales et sociales. En outre, le pouvoir adjudicateur veille à ne pas contacter d'opérateurs économiques pratiquant le dumping social.
13. Le pouvoir adjudicateur est également attentif au dumping social dans le cadre des contrats de concession.

ANNEXE 2 – CHARTE DESTINÉE AUX ENTREPRISES PUBLIQUES ET AUX PERSONNES BÉNÉFICIAIRES DE DROITS SPÉCIAUX OU EXCLUSIFS (SECTEURS SPÉCIAUX)

1. L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs s'engage à sensibiliser tout soumissionnaire à la lutte contre le dumping social.
2. L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs est particulièrement attentive au respect du droit environnemental social ou du travail. Lorsque l'offre du soumissionnaire auquel elle se propose d'attribuer ne respecte pas desdites règles et lorsqu'elles sont pénalement sanctionnées, l'entité adjudicatrice ou les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs fait une application stricte de l'article 147 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et écartera l'offre.
3. L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs s'engage à envisager la possibilité d'écarter l'offre du soumissionnaire auquel elle se propose d'attribuer lorsque cette dernière ne respecte pas le droit environnemental social ou du travail et que ladite violation n'est pas sanctionnée pénalement. Eu égard au principe de proportionnalité, l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs s'engage à utiliser cette possibilité lorsque la violation constatée est liée au dumping social.
4. L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs est particulièrement attentive au motif d'exclusion relatif à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Elle envisage la possibilité d'inclure dans leurs documents du marché le motif d'exclusif y relatif, surtout lorsqu'il s'agit d'un marché comportant un risque de dumping social. Si une telle infraction est constatée et que cette exclusion est incluse dans les motifs d'exclusion, ladite entreprise ou personne exclu, à tout moment de la procédure de passation, le candidat ou le soumissionnaire qui a occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, étant entendu qu'une condamnation n'est pas nécessaire dans cette hypothèse. Dans le cadre de l'exécution du marché, l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs résilie le marché, si besoin en est.
5. L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs est particulièrement attentive à l'exclusion pour le travail des enfants et autres formes de

traite des êtres humains contenues à l'article 151 de la loi, lu en combinaison avec l'article 67, § 1er, 6°, de la loi relative aux marchés publics. Elle envisage la possibilité d'inclure dans leurs documents du marché le motif d'exclusif y relatif, surtout lorsqu'il s'agit d'un marché comportant un risque de dumping social. Lorsque cette exclusion est incluse dans les motifs d'exclusion par l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, ladite entreprise ou personne en fait une application stricte.

6. Lorsque l'exclusion est incluse dans les motifs d'exclusion par l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, ladite entreprise ou personne veille à ce que les opérateurs économiques satisfassent à leurs obligations relatives au paiement d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale. Elle envisage la possibilité d'inclure dans leurs documents du marché le motif d'exclusif y relatif, surtout lorsqu'il s'agit d'un marché comportant un risque de dumping social. Tout en tenant compte de la possibilité de régularisation, l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs écarte tout opérateur économique en défaut de respecter les obligations susmentionnées.
7. Lorsque cette exclusion a été incluse dans les motifs d'exclusion par l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, ladite entreprise ou personne est attentive à la possibilité de recourir au motif d'exclusion, à tout moment de la procédure, pour les opérateurs économiques qui ne respectent pas le droit environnemental, social ou du travail. Elle envisage la possibilité d'inclure dans leurs documents du marché le motif d'exclusif y relatif, surtout lorsqu'il s'agit d'un marché comportant un risque de dumping social. Ne s'agissant pas d'un motif d'exclusion obligatoire, l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs veille au principe de proportionnalité entre la violation constatée et la sanction préconisée. Dans cet exercice, l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs est, cependant, particulièrement intransigeante avec les violations liées au dumping social, a fortiori si des mesures correctrices suffisantes n'ont pas été adoptées.
8. L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs choisit le ou les critère(s) d'attribution en fonction du marché concerné. Elle privilégie l'attribution du marché sur la base du meilleur rapport qualité/prix. Par ailleurs, le critère lié au meilleur rapport qualité/prix peut également tenir compte d'aspects qualitatifs et/ou sociaux.
9. L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs joue un rôle actif dans la lutte contre les prix ou les coûts anormalement bas. Le cas échéant, elle procède à l'examen des prix en demandant au soumissionnaire de produire des justifications ayant trait notamment au respect des règles en matière de droit environnemental, de droit social et de droit du travail, en ce compris les obligations applicables sur le plan du bien-être, des salaires et de la sécurité sociale. Doivent ainsi être vérifiés le caractère correct du calcul des coûts salariaux, le paiement correct des cotisations sociales ou l'existence d'un plan global de prévention (lorsqu'il en faut un) dans le chef du soumissionnaire.

Lorsque l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs constate que le prix ou le coût anormalement bas est dû à des manquements aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016, elle écarte obligatoirement l'offre.

- 10.** L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs est consciente que le problème relatif au dumping social se pose également dans la chaîne de sous-traitance. L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs reste attentive à l'interdiction pour le sous-traitant de sous-traiter la totalité du marché qui lui a été attribué. En ce qui concerne les marchés de travaux, l'entreprise publique (à l'exclusion des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs) doit mentionner dans les documents du marché que les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et en fonction de la part du marché qu'ils exécutent, doivent satisfaire aux dispositions de la législation organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.
- 11.** Dans le cadre des marchés publics de faible montant (dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros), l'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs veille à ne pas contacter d'opérateurs économiques pratiquant le dumping social. Il en va de même pour les marchés passés par procédure négociée sans mise en concurrence préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne.
- 12.** L'entreprise publique ou la personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs est également attentif au dumping social dans le cadre des contrats de concession.

SPF Chancellerie du Premier Ministre

Rue de la Loi, 16
1000 Bruxelles

Editeur responsable
Françoise Audag-Dechamps
Présidente du comité de direction a.i.
Dépôt légal :

www.publicprocurement.be
www.chancellerie.belgium.be