

Transposition de la nouvelle Directive européenne en matière de marché public

1.1. Exposé des motifs

Comme indiqué plus haut, la nouvelle directive européenne sur la passation des marchés publics donne aux États membres de réels moyens pour pouvoir endiguer le phénomène du dumping social, s'ils le souhaitent.

Elle permet, notamment, d'assurer le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail et de sanctionner les manquements constatés, d'interdire l'utilisation du prix comme seul critère d'attribution et d'imposer la justification des prix anormalement bas ; Elle permet, enfin, de contrôler de manière stricte le recours à la sous-traitance et le respect par elle du droit social et du travail.

Il est clair qu'en activant l'ensemble des opportunités offertes par la nouvelle directive, les États membres vont contraindre les pouvoirs adjudicataires à respecter des règles beaucoup plus strictes que celles applicables aujourd'hui, notamment en leur interdisant le recours à l'adjudication du marché au moins disant.

Néanmoins, le moins que l'on puisse attendre des pouvoirs adjudicateurs publics n'est-il pas qu'ils attribuent des marchés publics payés avec l'argent de la collectivité dans des conditions économiquement et socialement acceptables pour le bien de l'État lui-même ?

Aujourd'hui, dans notre pays, tel n'est pas le cas, les marchés étant systématiquement adjugés au moins-disant, malgré les graves conséquences économiques, sociales mais aussi fiscales que ce type de pratique génère.

1.2. Mesures à prendre

Afin d'être didactique, nous allons reprendre nos diverses propositions en nous référant systématiquement aux dispositions de la directive qui les prévoit.

- a) **Imposer le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X et sanctionner les manquements.**

Art. 18 2.

« Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X.

Art. 56 1. Al. 2.

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2. »

Art. 57 4.

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants : lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2 ; »

Art. 69

« Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

Les explications visées au paragraphe 1 peuvent concerner notamment : le respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2 ; »

b) Maintien du système des agréments « travaux publics » et exiger l'agrément obligatoire des sous-traitants.

Art. 64

« Les États membres peuvent soit établir ou maintenir des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services agréés, soit prévoir une certification par des organismes de certification qui répondent aux normes européennes en matière de certification au sens de l'annexe VII. »

c) Interdiction faite aux pouvoirs adjudicateurs de n'utiliser le prix ou le coût comme seul critère de sélection.

Art. 67 2. Al. 6.

« Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés. »

d) Obligation faite aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger la justification des prix anormalement bas et de justifier de façon complète et exhaustive leur décision en la matière (Motivations).

Art. 69

« Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

Les explications visées au paragraphe 1 peuvent concerner notamment :

le respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2 ;

le respect des obligations visées à l'article 71 ; »

e) Prévoir des conditions d'exécution des marchés et, notamment, des clauses imposant au pouvoir adjudicateur de vérifier comment le marché est effectivement exécuté.

Art. 70

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi. »

f) Obligations imposées au pouvoir adjudicateur en matière de sous-traitance :

1) Imposer et vérifier que le sous-traitant respecte bien le droit du travail et le droit social.

Art. 71 1.

« Le respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2, par les sous-traitants est assuré grâce à des mesures appropriées adoptées par les autorités nationales compétentes agissant dans le cadre de leurs responsabilités et de leurs compétences.

2) Obligation d'indiquer dans l'offre l'intention de sous-traiter.

Art. 71 2.

« Dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, toute part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. »

3) Imposer l'obligation de fournir la liste des sous-traitants.

Art. 71 5. Al. 1 et 2

« Le pouvoir adjudicateur exige du contractant principal qu'il lui indique le nom, les coordonnées et les représentants légaux de ses sous-traitants participant à ces travaux ou à la prestation de ces services dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade. »

« Nonobstant le premier alinéa, les États membres peuvent imposer au contractant principal l'obligation de fournir les informations requises directement. »

4) Imposer la responsabilité solidaire du contractant principal avec ses sous-traitants.

Art. 71 6 a.

« Dans le but d'éviter les manquements aux obligations visées à l'article 18, paragraphe 2, des mesures appropriées peuvent être prises, telles que les mesures suivantes : lorsque la législation d'un État membre prévoit un mécanisme de responsabilité solidaire entre les sous-traitants et le contractant principal, l'État membre concerné veille à ce que les règles correspondantes s'appliquent conformément aux conditions énoncées à l'article 18, paragraphe 2 ; »

5) Imposer l'obligation en matière de sous-traitance de vérifier l'existence de motifs d'exclusion.

Art. 71 6 b

« Dans le but d'éviter les manquements aux obligations visées à l'article 18, paragraphe 2, des mesures appropriées peuvent être prises, telles que les mesures suivantes :

Conformément aux articles 59, 60 et 61, les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier ou être obligés par les États membres à vérifier s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants en vertu de l'article 57. »

6) Éditer des règles de responsabilité plus strictes, notamment en matière d'accident de travail ou de maladie professionnelle.

Art. 71 7.

« Les États membres peuvent édicter des règles de responsabilité plus strictes en droit national ou des dispositions plus larges en matière de paiements directs aux sous-traitants dans la législation nationale, par exemple en prévoyant de tels paiements sans que les sous-traitants aient besoin d'en faire la demande. »

g) Selon la nature du marché, inciter les pouvoirs adjudicateurs à exiger un label particulier ou le respect de certaines normes.

Art. 43 Labels

« Lorsque les pouvoirs adjudicateurs souhaitent acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, ils peuvent, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, à condition que l'ensemble des conditions suivantes soient respectées. »

Art. 62 Normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale

« 1. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de la qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées, ils se réfèrent aux systèmes d'assurance de la qualité basés sur les séries de normes européennes en la matière et certifiés par des organismes accrédités. »

« 2. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, ils se réfèrent au système de management environnemental et d'audit (EMAS) de l'Union ou à d'autres systèmes de gestion environnementale reconnus conformément à l'article 45 du règlement (CE) n ° 1221/2009 ou à d'autres normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. »

1.3. Autres mesures à prendre

- a) Interdiction faite aux sous-traitants de l'adjudicataire de sous-traiter en cascade.
- b) Insertion dans les cahiers des charges publics d'une clause prévoyant une connaissance suffisante de la langue applicable au marché pour raison de sécurité.
- c) Accès à la profession : rechercher la possibilité de contrôler et d'imposer aux entreprises étrangères de disposer des compétences professionnelles nécessaires pour pouvoir exercer leurs activités.
- d) Détermination d'un coût horaire minimum à facturer pour les travailleurs détachés permettant de fonder, dans le cadre des marchés publics, le fait qu'un prix soit considéré comme anormalement bas.
- e) En cas d'offres de prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur doit procéder à un examen sérieux et les différences entre l'estimation et l'offre doivent être motivées de façon circonstanciée. Les entrepreneurs pratiquant des prix anormalement bas doivent être évincés.
Les administrations publiques doivent fixer les critères de sélection de telle sorte qu'ils puissent au maximum désigner l'entrepreneur ayant prouvé pouvoir effectuer le travail correctement. Examen de l'adaptation de la réglementation en la matière.
- f) L'acceptation d'un prix anormalement bas doit être inscrite comme infraction dans la loi sur les pratiques commerciales.
- g) Insertion dans les cahiers des charges publics d'une clause permettant au pouvoir adjudicateur de sanctionner financièrement de façon dissuasive l'adjudicataire en cas de constatation d'infractions à la loi.