

N° 6982¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2015-2016

PROJET DE LOI

sur les Marchés publics

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES SALARIES

(9.6.2016)

1. Par lettre en date du 22 avril 2016, Monsieur François Bausch, ministre du développement durable et des infrastructures, a saisi pour avis notre Chambre au sujet du projet élargé.

2. Le projet de loi a pour objet de transposer deux directives européennes, à savoir la directive „marchés publics“ 2014/24/UE et la directive 2014/25/UE sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

3. La transposition aurait dû être effectuée pour le mois d'avril 2016.

4. Grâce au nouveau critère de „l'offre économiquement la plus avantageuse“ dans la procédure d'attribution des marchés publics, les autorités publiques pourront dorénavant plus mettre l'accent sur la qualité, les aspects environnementaux et sociaux lors de l'attribution des marchés publics.

5. Les autorités publiques sont dans tous les pays des importants clients des entreprises du secteur privé. Les investissements publics des autorités luxembourgeoises atteignent chaque année entre 3 et 4% du PIB, soit un des niveaux les plus élevés de l'union européenne.

L'argent des contribuables est ainsi employé pour faire travailler les entreprises du secteur privé.

6. Avec la directive 2014/24/UE le législateur européen a mieux reconnu l'importance que représente ce client „public“ dans les pays européens. Ce qui signifie que ce client „public“ peut influencer positivement l'économie et le marché de l'emploi si la redistribution de ces deniers publics est assortie de conditions et clauses sociales, telles que le prévoit maintenant la nouvelle directive marchés publics.

7. D'où l'importance du volet social dans le cadre de la transposition de la directive 2014/24/UE. Ce volet social contient deux éléments très importants:

- la „*clause sociale*“ dite *horizontale*: elle rappelle le principe du respect des obligations sociales ou de droit du travail applicables et découlant du droit de l'Union, du droit national, des conventions collectives ou du droit international. Il est en effet important que les Etats membres et les autorités publiques veillent au respect des obligations applicables au lieu d'exécution des travaux ou de prestation des services.

Selon l'article 18.2. de la directive 2014/24/UE: „*Les Etats 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.*“

- les „*critères sociaux supplémentaires*“.

8. Les acheteurs publics pourront maintenant décider d'octroyer le marché à l'entreprise qui aura par exemple recours au plus grand nombre de personnes défavorisées, telles que des chômeurs de longue durée, pour assurer la production des produits ou services concernés. Ils pourront aussi, sous

certaines conditions tenir compte des conditions de travail spécifiques des employés concernés et qui pourraient aller au-delà des obligations légales.

9. Pour faciliter la procédure de transposition de la directive „marchés publics“, la CSL avait décidé dès février 2015 de faire une proposition de texte pour la transposition des dispositions d'ordre social, celles-ci revêtant une grande importance.

Les grands traits des nouveautés introduites par le projet de loi

10. Le projet de loi a pour objet de modifier les règles nationales non seulement dans l'idée de simplification et d'amélioration de l'efficacité des procédures, mais aussi pour mettre désormais l'accent sur des considérations environnementales, sociales et liées à l'innovation, ainsi que pour encourager la participation des petites et moyennes entreprises.

En ce qui concerne la simplification et l'assouplissement des procédures: il y aura davantage de possibilités de négociation des conditions du marché avec les entreprises et les délais minimaux des procédures seront plus courts.

Il y aura un allègement des obligations de publicité et des délais de procédure par exemple pour transmettre les offres.

Seule l'entreprise qui remporte le marché devra présenter toute la documentation requise. Pour participer à la procédure, une simple déclaration sur l'honneur relative au respect des conditions exigées sera exigée.

A terme, la communication se fera par voie électronique, et non plus par courrier papier.

11. En ce qui concerne le volet social, le projet de loi se révèle être une transposition fidèle de la directive européenne. Or, la CSL dans sa proposition de texte pour la transposition du volet social de la Directive 2014/24/UE du 27 février 2015 avait démontré qu'il était dans l'intérêt d'une bonne transposition de la directive d'aller au-delà, la directive incitant les Etats membres à une transposition maximale.

Transposition de la clause sociale horizontale: aller au-delà du minimum prévu par la directive

12. Une correcte transposition de la clause sociale horizontale exige le respect (et le contrôle de ce respect) des règles de droit du travail et de sécurité sociale internationales, européennes et nationales (lieu d'exécution du marché public) au cours de toutes les étapes de la procédure, c'est-à-dire aussi bien en ce qui concerne l'établissement des critères d'attribution du marché, la phase du choix du prestataire, que la phase de l'exécution du marché.

La CSL propose de ce fait d'inscrire clairement ces principes dans la future loi. Elle reprend à ce titre sa proposition de texte de 2015 annexée au présent avis, alors que de telles dispositions font défaut dans le projet de loi.

13. Elle propose aussi de consacrer par voie de règlement grand-ducal une liste de questions et de points (telles par exemple: Est-ce que l'entreprise respecte le principe de non-discrimination en matière de recrutement? Est-ce que les emplois vacants sont déclarés auprès de l'agence pour le développement de l'emploi?) à faire vérifier par le pouvoir public initiateur du marché public par le biais de l'Inspection du travail et des mines (ITM) dans le but de confier le marché public à un opérateur économique qui respecte la législation sociale applicable.

Le contrôle effectué par l'ITM doit être certifié par un certificat de conformité indispensable pour l'attribution du marché public.

Favoriser l'insertion sociale de personnes défavorisées

14. Le projet de loi prévoit comme à ce jour, la possibilité de réserver un marché pour tous types de travaux, services et fournitures, aux structures spécifiques („ateliers protégés“) ou entreprises sociales qui ont pour objectif l'insertion de personnes défavorisées, à condition que le pourcentage d'employés défavorisés soit d'au moins 30%. A ce jour la loi prévoit un pourcentage de 50%.

Principes généraux quant au choix des participants et attribution des marchés

15. Tout en rappelant les règles actuelles, le projet de loi prévoit la possibilité d'exclure „l'offre économiquement la plus avantageuse“ si elle ne respecte pas les obligations du droit environnemental, du droit social et du travail.

La CSL est d'avis que le législateur ne va pas assez loin: dans un tel cas l'exclusion doit être une obligation pour le pouvoir adjudicateur.

16. Face à une offre anormalement basse, le projet de loi demande au pouvoir adjudicateur de vérifier si cela n'est pas dû à un non-respect du droit social, du droit du travail ou de la législation environnementale.

Si tel s'avère être le cas, le pouvoir adjudicateur dispose selon le projet de loi du droit de rejeter et d'écarter l'offre.

La CSL est d'avis que dans une telle situation la loi doit contraindre le pouvoir adjudicateur au rejet de l'offre en question. Il est en effet inadmissible que l'Etat par le biais des marchés public s'offre les services d'entreprises qui ne respectent pas la législation sociale ou environnementale.

17. Quant aux critères d'attribution du marché public, la nouvelle formulation de „l'offre économiquement la plus avantageuse“ en relation avec les notions de „coût du cycle de vie“ et „meilleur rapport qualité-prix“ comprend des aspects qualitatifs, environnementaux, sociaux.

Ainsi par exemple:

„a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions:

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

ou

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

peuvent être des critères.

Cette liste n'est pas exhaustive et d'autres critères peuvent être considérés par les autorités lorsqu'elles élaborent leur cahier de charges.

Le projet de loi se contente de donner un autre exemple dans son commentaire des articles, à savoir l'intégration de personnes défavorisées.

La CSL est d'avis que le projet de loi doit aller plus loin et consacrer une liste non-exhaustive élargie d'éléments et critères qu'une autorité publique peut intégrer dans son cahier des charges qui devrait englober aussi des critères comme l'égalité de traitement entre salariés et le respect des principes de non-discrimination, la promotion de la sécurité et santé au travail, l'embauche de chômeurs de longue durée, la promotions de la formation professionnelle continue etc.

Si la loi elle-même ne va pas plus loin dans sa formulation, les autorités publiques risquent de ne pas aller au-delà et de se permettre d'être plus exigeant envers les opérateurs économiques en termes de promotion des droits sociaux.

Or, le mécanisme des marchés publics doit être utilisé par l'Etat pour promouvoir le respect de la législation sociale en faisant travailler ses administrations et ministères essentiellement avec des entreprises qui non seulement respectent la législation sociale, mais agissent de manière socialement responsable envers leurs salariés.

La CSL tient dans ce contexte à signaler qu'elle a eu connaissance de l'intention du Ministère de l'Education nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse de considérer dorénavant l'engagement actif des entreprises dans la formation professionnelle dans le contexte de l'attribution de ses marchés publics.

La CSL approuve et soutient bien évidemment une telle initiative, qui pourrait à moyen et long terme encourager davantage d'entreprises à déclarer des postes d'apprentissage vacants et permettre à plus de jeunes d'être formés et d'accéder à une qualification.

La CSL estime que donner une assise légale dans la future loi sur les marchés publics à cette initiative et élever l'investissement d'une entreprise dans la formation professionnelle dans la liste légale des critères sociaux, serait dans l'intérêt du système de formation professionnelle et de notre société en général.

Règles spécifiques à la sous-traitance

18. Dans le cadre d'un appel d'offres, toute entreprise qui entend participer, sera obligée de préciser la part du marché qu'elle n'a pas l'intention d'exécuter elle-même mais qu'elle entend confier à des sous-traitants.

Aussi le pouvoir adjudicateur aura-t-il la possibilité d'exclure un sous-traitant pour les mêmes motifs que soumissionnaire lui-même.

La CSL est d'avis que le texte formulé manque de clarté.

Il résulte de l'article 71 de la directive que le respect des obligations par les sous-traitants est assuré grâce à des mesures appropriées adoptées par les autorités nationales compétentes.

Selon le considérant 105 de la directive précise: „*En outre, il convient d'indiquer expressément que les Etats membres devraient pouvoir aller plus loin, par exemple en élargissant les obligations de transparence, en autorisant les paiements directs en faveur des sous-traitants ou en permettant ou en imposant aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier que des sous-traitants ne se trouvent pas dans l'une quelconque des situations qui justifieraient l'exclusion d'opérateurs économiques.*

... *En outre, il convient d'indiquer expressément que les Etats membres restent libres de prévoir, dans leur législation nationale, des règles plus strictes en matière de responsabilité ou d'aller plus loin en ce qui concerne les paiements directs en faveur des sous-traitants.*“

Une fois de plus la CSL demande aux auteurs du projet de loi d'être plus ambitieux et de consacrer dans la future loi elle-même:

- l'obligation pour l'opérateur économique d'indiquer l'identité du sous-traitant dans le cahier des charges du marché;
- la règle comme quoi le pouvoir adjudicateur payera directement au sous-traitant le prix de ses prestations;
- le rappel du principe que les salaires payés par le sous-traitant à ses salariés ne peuvent ni être inférieurs à ceux prévus par les lois et les règlements en vigueur, ni à ceux prévus dans la convention collective de travail, s'il en existe une;
- le principe qu'en cas de retard ou d'insuffisance de paiement des salaires par le sous-traitant, le pouvoir adjudicateur doit payer les salaires directement et les déduire de l'avoir du sous-traitant;
- l'exigence du respect par le sous-traitant des règles européennes et nationales de droit du travail et de sécurité sociale qui s'impose tout au long de la procédure et de l'exécution du marché;
- le principe qu'un non-respect de cette règle entraîne à chaque moment de la procédure ou de l'exécution du marché l'exclusion de ce prestataire et la nécessité de son remplacement par l'opérateur principal.

Spécifications techniques et labels

19. Les pouvoirs adjudicateurs 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 spécifiques d'ordres environnemental, social ou autre qu'ils requièrent, à condition que l'ensemble des conditions prévues par voie de règlement grand-ducal soient remplies.

La législation marchés publics, nationale et européenne, dans l'optique de l'Accord économique commercial global négocié entre l'Union européenne (UE) et le Canada (CETA)

20. Alors que la future législation nationale, basée sur la législation européenne déjà en place, permettra des considérants environnementaux et sociaux dans le choix des prestataires lors d'une procédure de marché public, il importe de s'interroger si, face à l'Accord économique global (CETA) que l'Union européenne vient de négocier avec le Canada, les législations européennes et nationales qui en résultent, pourront opérer telles quelles.

21. Le degré de libéralisation des marchés publics européens est très élevé alors que l'UE a choisi d'ouvrir quasiment entièrement son marché intérieur, et d'y instaurer une politique de libre-concurrence maximale. Les entreprises des Etats membres peuvent donc accéder aux marchés publics des 27 autres Etats. Et les entreprises européennes, mais également extra-européennes telles les entreprises canadiennes, ainsi que les autres entreprises ayant des filiales au Luxembourg, par le biais de CETA, pourront concourir à la très grande majorité des marchés publics des différents Etats membres de l'UE.

22. Pourtant l'UE a développé une politique relativement ambitieuse concernant les normes sociales et environnementales à respecter dans la passation des marchés publics.

Rappelons en effet que la directive européenne 2014/24, fixe à l'article 18 de nouvelles normes à respecter dans *la passation des marchés publics*. *Les Etats membres doivent ainsi „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“*. Cet article doit également s'appliquer aux entreprises sous-traitantes.

La directive ouvre donc de nouvelles perspectives pour les autorités publiques européennes en matière de normes environnementales et sociales.

Ainsi la directive impose désormais certaines normes sociales et aspects du droit du travail à respecter pour participer aux marchés publics. Les opérateurs économiques se voient obligés de respecter les conventions collectives, les règlements de l'Union européenne, le droit national ou les dispositions internationales relatives au droit du travail et aux normes sociales et environnementales.

Le non-respect de ces obligations par les opérateurs économiques peut entraîner leur exclusion de la procédure de passation des marchés publics.

De la faible place qui revient à la notion de „développement durable“ dans CETA

23. Les remarques qui suivent sont fondées sur une comparaison menée entre CETA et l'accord de libre-échange conclu entre l'UE et la Corée du sud (ALE).

24. Dans l'accord avec la Corée le développement du commerce international doit contribuer au développement durable, alors que dans CETA le développement du commerce international contribue de fait au développement durable¹. Le fait d'assurer des conditions de travail décentes et un haut niveau de protection du travail, n'est perçu que comme un „outil“ de l'efficacité économique et non comme un objectif à atteindre ... Le développement durable n'est plus qu'un moyen et non une fin².

25. Dans CETA une référence au „principe de précaution“, qui n'est en aucun cas cité comme tel, est présente dans le chapitre environnement et commerce, mais dans une forme extrêmement limitée: „lorsqu'il existe des risques de dommages graves ou irréversibles, le manque de preuve

¹ Article 1, chapitre labour and trade, p. 376/article X. 1 chapitre environment and trade, p. 385

² Le texte parle par exemple de „sustainable use of biodiversity“ (article X.12 § 1, chapitre environnement p, 390); idem en matière sociale

scientifique irréfutable ne peut être utilisé pour repousser l'adoption de mesures efficaces en termes de coût visant à prévenir des dégradations de l'environnement" (article X.8, chapitre environnement, p. 388).

26. Les rédacteurs ont par ailleurs volontairement omis de s'engager à évaluer l'impact de l'accord en termes sociaux, volontairement car une telle obligation est envisagée dans le chapitre environnement et commerce³.

27. Il s'avère ainsi que le développement durable est non pas une fin mais un moyen, un moyen pour développer le commerce international. Et les objectifs nationaux de développement durable sortiront considérablement affaiblis de l'adoption d'un tel texte, qui pourrait servir de modèle pour des négociations futures. Le principe de précaution, quant à lui, sera réduit à peau de chagrin.

La question de l'articulation de la législation „marchés publics“ et CETA

28. La question de l'articulation entre les accords internationaux et le droit dérivé de l'Union, soit en l'occurrence la directive 2014/24/UE sur la passation de marchés publics, est une question complexe.

29. La Cour de justice européenne a en effet jugé que „Il ressort de l'article 300, paragraphe 7, CE (218 TFUE) que les institutions de la Communauté sont liées par les accords conclus par celle-ci et, par conséquent, que ces accords bénéficient de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé“.

CJCE, 3 juin 2008, Intertanko, Aff. C-308/06, Rec. 2008 I-04057

30. Or, CETA est beaucoup plus succinct que la directive.

31. Alors cette dernière conserve-t-elle un champ d'application résiduel pour les aspects non couverts par CETA? Et que faut-il entendre par aspects non couverts par CETA?

32. Comme nous le verrons, CETA ne prévoit pas la possibilité de prendre en compte des critères sociaux, ces critères relèvent-ils alors des „aspects non couverts par CETA“?

33. On peut supposer que leur exclusion du champ de l'accord était délibérée. Dans une telle hypothèse, il peut être soutenu qu'il ne sera pas possible d'invoquer la directive européenne, face à une entreprise canadienne participant à un marché public.

34. Relevons les dispositions qui sont présentes dans la directive européenne, mais qui n'ont pas d'équivalent dans CETA:

- Article 18 § 2 de la directive: assurer le respect par le fournisseur ou prestataire, pendant l'exécution du marché, 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.
- Article 43 § 1 de la directive: possibilité d'exiger des labels pour évaluer certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre.
- Article 56 § 1 al. 2 de la directive: possibilité de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse si celui-ci ne respecte pas les obligations en matière environnementale, social, et de droit du travail (cf. article 18 précité).
- Article 57 § 4 de la directive: possibilité d'exclure des opérateurs de la participation à la procédure pour ces mêmes raisons.

³ Article X.12 § 1, chapitre environnement, p. 389

- Article 67 § 2 de la directive: la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné.
- Article 70 de la directive: les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions d'exécution du 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.
- Article 71 § 1 et 6 de la directive: des mesures peuvent être mises en oeuvre pour s'assurer du respect par les sous-traitants des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail (cf. article 18 précité).

35. Si l'article 42 § 3 de la directive permet aux entités adjudicatrices d'intégrer dans l'appel d'offre des spécifications techniques, y compris à propos de caractéristiques environnementales, l'article IX § 1 p. 318 de CETA prévoit que les entités adjudicatrices d'une partie peuvent *„préparer, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour promouvoir la conservation des ressources naturelles ou la protection de l'environnement.“*

Il convient de se méfier toutefois, l'accord prévoit une „porte de sortie“: *„Une entité ne doit pas préparer, adopter ou appliquer des spécifications techniques ou prescrire toute procédure d'évaluation de la conformité ayant pour objet ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international.“ (Article IX § 1 p. 318)*

Ainsi le seul point positif (la possibilité de prévoir des spécifications techniques en matière environnementale) pourra être remis en cause sur le fondement du développement du commerce international.

36. La nouvelle directive a permis de se débarrasser du critère du prix le plus bas pour l'attribution des marchés (article 67 § 1), mais le voici de retour puisque CETA prévoit que: *„l'entité doit adjuger le contrat au fournisseur que l'entité a jugé comme étant en mesure de remplir les termes du contrat et qui, sur la seule base des critères d'évaluation spécifiés dans l'avis de marché et la documentation de l'appel d'offre, a présenté l'offre la plus avantageuse; ou lorsque le prix est le seul critère, le prix le plus bas.“ (Article XIV § 5 p. 325)*

Ainsi le critère du prix le plus bas supprimé de haute lutte au niveau européen revient par la petite porte. D'autant que si la primauté de l'accord n'est pas certaine sur les points où les dispositions de la directive n'ont pas d'équivalent au sein de l'accord, il n'y a sur ce point aucun doute puisque les dispositions en cause sont présentes dans les deux textes.

Services sociaux:

37. En matière de marchés concernant des services sociaux, l'article 76 § 2 de la directive prévoit que les entités adjudicatrices peuvent prendre en compte: *„la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation.“*

Aucune disposition spécifique aux marchés publics concernant des services sociaux n'est envisagée dans CETA.

*

38. La directive européenne à transposer permet aux Etats membres de se doter d'une législation nationale en matière de marchés publics qui puisse être un véritable levier en matière de politique sociale.

La CSL regrette que le législateur national n'ait pas profité de cette occasion pour légiférer au-delà du texte de base européen. Une transposition minimale, telle que celle préconisée ici, ne permet pas de fortifier les droits sociaux.

Pourtant un niveau de droits sociaux élevé est un contrepois indispensable aux libertés économiques de l'Union européenne.

C'est ainsi avec beaucoup de regret et de déception que la CSL constate que les autorités nationales une fois de plus, se contentent de transposer fidèlement le minimum légal imposé par l'Europe.

La CSL demande aux autorités d'aller plus loin et de reconsidérer le présent projet de loi sous cet angle.

Ainsi sera-t-il nécessaire de légiférer de manière plus précise en ce qui concerne la clause sociale horizontale: il faut qu'il résulte clairement de la loi nationale qu'à tout stade d'un marché public les règles de droit social nationales, européennes et internationales applicables doivent être respectées et que le contrôle de ce respect soit assuré.

Luxembourg, le 9 juin 2016

Pour la Chambre des salariés,

Le Directeur,
Norbert TREMUTH

Le Président,
Jean-Claude REDING

Annexe: Proposition de texte de la CSL du 27 février 2015

*

PROPOSITION DE TEXTE
de la CSL sur la transposition de la directive „Marchés publics“
2014/24/UE – Volet social

La directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics a abrogé la directive 2004/18/CE.

Les Etats membres ont jusqu'à avril 2016 pour traduire les nouvelles règles en droit national.

*

I. DE L'IMPORTANCE D'UNE TRANSPOSITION OPTIMALE DES
ASPECTS SOCIAUX DE LA DIRECTIVE 2014/24/UE

Grâce au nouveau critère de „l'offre économiquement la plus avantageuse“ dans la procédure d'attribution, les autorités publiques pourront plus mettre l'accent sur la qualité, les aspects environnementaux, sociaux lors de l'attribution des marchés publics.

Pour faciliter la procédure de transposition de cette directive, la CSL a décidé de se préoccuper de la transposition des dispositions d'ordre social, celles-ci revêtant une grande importance.

Les autorités publiques sont dans tous les pays des importants clients des entreprises du secteur privé¹.

Les investissements publics des autorités luxembourgeoises atteignent chaque année entre 3 et 4% du PIB, soit un des niveaux les plus élevés de l'union européenne.

L'argent des contribuables est ainsi employé pour faire travailler les entreprises du secteur privé.

C'est de ce fait avec grand intérêt que la CSL a accueilli la nouvelle directive 2014/24/UE.

Le législateur européen a mieux reconnu l'importance que représente ce client „public“ dans les pays européens.

Ce qui signifie que ce client „public“ peut influencer positivement l'économie et le marché de l'emploi si la redistribution de ces deniers publics est assortie de conditions et clauses sociales, telles que le prévoit maintenant la nouvelle directive marchés publics.

¹ *Les marchés publics en chiffres: 425 milliards d'euros, soit 3,4% du PIB de l'Union (données 2011) relevant des directives européennes.*

D'où l'importance du volet social dans le cadre de la transposition de la directive 2014/24/UE et l'intérêt de la présente initiative de la CSL.

Reste à préciser que la loi nationale modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics se contente de prévoir à l'article 11 que les marchés sont attribués par décision motivée au soumissionnaire ayant présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas. Est considérée comme offre régulière toute offre qui après évaluation faite est formellement et techniquement conforme, et qui remplit les critères de sélection qualitatifs qui peuvent être prévus par les cahiers spéciaux des charges.

Lorsque l'attribution doit se faire selon le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, les critères suivants liés à l'objet du marché public en question sont pris en considération: la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, l'aspect social 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.

Le pouvoir adjudicateur est libre de n'appliquer, pour un marché public déterminé, qu'une partie des critères énumérés à l'alinéa qui précède.

Notons que le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, l'ordre décroissant d'importance des critères.

I.1. Aperçu général de la réforme de la directive

Pourquoi des nouvelles règles?

Les règles européennes sur les marchés publics² datent de 2004. Elles visent à rendre les procédures d'attribution des marchés publics transparentes et ouvertes à toutes les entreprises européennes, qui peuvent ainsi offrir leurs services et produits dans tout le territoire de l'Union.

Une réforme des règles s'est avérée nécessaire, afin de les rendre plus simples et plus efficaces tant pour les acheteurs publics que pour les entreprises et de permettre des achats publics au meilleur rapport qualité-prix, dans le respect des principes de transparence et de concurrence.

Que changent les nouvelles règles³?

a. Elles simplifient et assouplissent les procédures pour les achats publics:

- les acheteurs publics pourront plus négocier les conditions du marché avec les entreprises, ce qui leur permettra d'obtenir un service mieux adapté à leurs besoins;
- les délais minimaux des procédures seront plus courts;
- les pouvoirs publics bénéficieront d'un allègement de leurs obligations de publicité et pourront fixer les délais de procédure (par exemple pour transmettre les offres), d'un commun accord avec les entreprises participantes;
- seule l'entreprise qui remporte le marché devra présenter toute la documentation qui prouve qu'elle remplit les conditions requises pour le marché en question. Pour participer à la procédure, il suffira de présenter une déclaration sur l'honneur relative au respect de ces conditions (sous la forme d'un document européen standardisé);
- la communication dans les marchés publics se fera à terme par voie électronique, et non plus par courrier papier.

² L'achat par contrat, de travaux, produits ou services par des pouvoirs publics (par exemple un ministère ou une commune) auprès d'entreprises choisies par ces derniers, constitue un marché public.

Exemple: les travaux de construction d'une école publique, l'achat de mobilier pour un ministère.

³ Source www.europa.eu

b. Les marchés publics deviennent un instrument de stratégie politique:

Les marchés publics doivent contribuer à la mise en oeuvre des politiques, d'insertion sociale et d'innovation des acheteurs publics. Par exemple le fait d'intégrer le plus de personnes vulnérables ou désavantagées ou utilisant des substances non toxiques pourra être déterminant dans le choix de l'entreprise.

En outre un pouvoir public pourra réserver des contrats non seulement aux ateliers protégés mais aussi aux entreprises dont l'objectif principal est l'intégration professionnelle des travailleurs désavantagés, pourvu que ces travailleurs représentent au moins 30% du total des employés de la structure concernée (contre 50% actuellement).

c. Des mesures sont prises afin de mieux prévenir les conflits d'intérêt, le favoritisme et la corruption:

- les Etats membres seront tenus de prendre des mesures pour effectivement prévenir, identifier et corriger les „conflits d'intérêts“;
- celui qui aura essayé d'influencer un acheteur public ou a fait de fausses déclarations, pourra être exclu des marchés publics;
- les acheteurs publics devront rejeter toute offre dont le prix serait anormalement bas en raison de la violation du droit social, du travail et environnemental de l'Union ou international par l'entreprise concernée.

d. Les services sociaux, culturels, de santé et quelques autres services, tels que les services juridiques, hôteliers, de restauration et de cantine, énumérés dans les directives bénéficient du nouveau régime simplifié:

Ce régime vaut pour des marchés d'un montant supérieur à 750.000 euros. Seules les règles nationales s'appliqueront aux procédures correspondantes.

e. Les nouvelles règles européennes ne portent pas atteinte à l'organisation nationale des services publics:

- les Etats membres choisissent seuls le mode d'organisation des services publics. Une autorité publique peut ainsi soit exécuter par elle-même les tâches d'intérêt public dont elle a la charge en s'appuyant sur ses propres ressources, soit avoir recours à des entités extérieures;
- les règles sur les marchés publics et les concessions ne sont applicables qu'en cas d'externalisation de services, lorsqu'une autorité publique décide de recourir à cette forme d'organisation;
- la coopération entre les pouvoirs publics, et notamment les communes, ne relève pas des règles sur les marchés publics: cette coopération est maintenant garantie par les nouvelles règles qui en précisent les conditions spécifiques.

I.2. Les nouveaux aspects sociaux

Les nouvelles règles sur les „marchés publics“ ont entre autres pour objectif de contribuer à la mise en oeuvre des politiques d'insertion sociale. Mais les aspects sociaux ne se limitent pas à l'insertion sociale: le respect des droits découlant de la législation sociale applicable sera une exigence tout au long de la procédure et de l'exécution du marché public.

a. La „clause sociale“ horizontale

Celle-ci rappelle le principe du respect des obligations sociales ou de droit du travail applicables et découlant du droit de l'Union, du droit national, des conventions collectives ou du droit international. Il est, en effet, important que les Etats membres et les autorités publiques veillent au respect des obligations applicables au lieu d'exécution des travaux ou de prestation des services.

L'entreprise qui ne respecterait pas les obligations concernées pourra être exclue des procédures de marchés publics.

Aussi les pouvoirs publics seront tenus d'exclure toute offre anormalement basse s'il s'avère que celle-ci découle du non-respect des obligations sociales ou de droit du travail qui découlent du droit de l'Union, du droit national, des conventions collectives ou du droit international.

b. Les critères sociaux supplémentaires

Ainsi, les acheteurs publics pourront maintenant tenir compte du processus de production des biens, services et travaux spécifiques qu'ils envisagent d'acquérir. A ce titre, ils pourront décider d'octroyer le marché à l'entreprise qui aura recours au plus grand nombre de personnes défavorisées, telles que des chômeurs de longue durée, pour assurer la production des produits ou services concernés. Ils pourront aussi tenir compte des conditions de travail spécifiques des employés concernés et qui pourraient aller au-delà des obligations légales.

c. Favoriser l'insertion sociale

Il sera maintenant possible de réserver des marchés pour tous types de travaux, services et fournitures aux structures spécifiques („ateliers protégés“) ou entreprises sociales qui ont pour objectif l'insertion de personnes défavorisées. Pour pouvoir participer à de tels marchés réservés, le pourcentage requis d'employés défavorisés sera maintenant de 30%.

d. Exclusion des marchés publics pour non-respect des règles sociales

Ceci sera le cas en cas de condamnation pour non-paiement des taxes ou contributions de sécurité sociale. L'exclusion est aussi possible en l'absence de jugement, dès que l'autorité publique concernée a la preuve du non-paiement.

e. Les règles spécifiques à la sous-traitance

Le respect des obligations sociales ou de droit du travail qui résultent du droit de l'Union, du droit national, des conventions collectives ou du droit international doit être assuré par les autorités nationales compétentes, y compris dans le cadre de la sous-traitance.

Ainsi, lors de l'appel d'offres, toute entreprise qui entend participer, peut être obligée de préciser la part du marché qu'elle n'a pas l'intention d'exécuter elle-même mais entend confier à des sous-traitants. Les prestations du sous-traitant pourront être payées directement par le pouvoir public.

*

II. PROPOSITION DE LA CSL SUR LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE „MARCHES PUBLICS“ – VOLET SOCIAL

II.1. La clause sociale horizontale et ses dérivés

II.1.1. Transposition de la clause sociale horizontale

Selon l'article 18.2. de la directive 2014/24/UE „*Les Etats 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 X⁴.*“

Cet article fixe le principe général selon lequel dans toute la procédure de marché public, les autorités publiques doivent en accord avec leurs règles nationales veiller à ce que les opérateurs économiques se conforment aux règles internationales, européennes et nationales dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

C'est donc de cet article qu'émane la règle de base (appelée clause sociale horizontale) à respecter par tous les acteurs à travers et tout au long de la procédure de marché public: la nécessité de faire

4 Convention OIT: liberté syndicale, négociation collective, travail forcé (x2), âge minimum, discrimination, égalité de rémunération, travail des enfants/convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone, convention de Bâle sur les mouvements de déchets dangereux, convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, convention de Rotterdam sur le consentement préalable applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux

respecter par tout prestataire qui exécute un marché public les règles de droit sociales du pays dans lequel le marché public est exécuté. Non seulement les règles issues de la législation sociale sont à respecter, mais aussi celles issues des conventions collectives de travail.

Ce principe devra recevoir application aussi bien lors de l'accès à la procédure de marché public, que lors de l'attribution du marché et tout au long de l'exécution du marché public.

Il appartiendra lors de chaque marché public au pouvoir adjudicateur d'assurer le respect de ce principe.

Ceci est confirmé par le considérant (37) de la directive qui stipule que *„Afin que les exigences applicables dans les domaines environnemental, social et du travail soient prises en compte de manière appropriée dans les procédures de passation de marchés publics, il importe tout particulièrement que les Etats membres et les pouvoirs adjudicateurs adoptent les mesures nécessaires pour assurer le respect des obligations en matière de droit environnemental, social et du travail qui s'appliquent au lieu où les travaux sont exécutés ou les services fournis, et qui découlent de lois règlements, décrets et décisions en vigueur au niveau national et au niveau de l'Union, ainsi que de conventions collectives, à condition que ces règles et leur application soient conformes au droit de l'Union. De même, les obligations découlant des accords internationaux ratifiés par l'ensemble des Etats membres, énumérés à l'annexe X, devraient s'appliquer lors de l'exécution du marché. Toutefois, cela ne devrait en aucune manière faire obstacle à l'application de conditions de travail plus favorables pour les travailleurs. Il convient que les mesures pertinentes soient appliquées dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'Union, en particulier en vue d'assurer l'égalité de traitement. Ces mesures devraient être appliquées conformément à la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil (1) et d'une manière qui garantisse l'égalité de traitement et ne crée pas de discriminations directes ou indirectes à l'égard des opérateurs économiques et des travailleurs d'autres Etats membres.“*

Selon le considérant (39) *„les obligations pertinentes pourraient figurer dans des clauses du marché. Il devrait également être possible d'introduire dans des marchés publics des clauses garantissant le respect des conventions collectives conformément au droit de l'Union. Le non-respect des obligations en question pourrait être considéré comme une faute grave de l'opérateur économique concerné, pouvant entraîner son exclusion de la procédure de passation de marché public.“*

Selon le considérant (40) *„le contrôle du respect de ces dispositions du droit environnemental, social et du travail devrait être effectué aux stades pertinents de la procédure de passation de marché, lors de l'application des principes généraux régissant le choix des participants et l'attribution des marchés, lors de l'application des critères d'exclusion et lors de l'application des dispositions concernant les offres anormalement basses. Les vérifications nécessaires à cette fin devraient être réalisées conformément aux dispositions pertinentes de la présente directive, en particulier celles régissant les moyens de preuve et les déclarations sur l'honneur.“*

La transposition correcte de l'article 18.2 de la directive nécessite par conséquent la consécration dans la future législation sur les marchés publics d'un article très large et général.

La CSL propose la formulation suivante:

„Tout au long de la procédure de marché public, les opérateurs économiques sont tenus de se conformer à toutes les règles légales de droit du travail et de sécurité sociale européennes et nationales. Il en est de même des conventions collectives de travail applicables et des dispositions internationales en matière de droit social et du travail énumérées à l'annexe X de la directive 2014/24/UE.

Les règles légales nationales et celles issues de conventions collectives du travail visées par le paragraphe qui précède, sont celles du pays où a lieu l'exécution du marché public.

Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus tout au long du processus de marché public de surveiller le respect de ces règles par les opérateurs économiques et leurs éventuels sous-traitants. Cette obligation joue aussi bien lors du choix d'un prestataire, lors de l'exclusion d'un prestataire que lors de la phase d'exécution du marché.

Lors de l'établissement des critères d'attribution du marché, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de rappeler les principes issus du présent article. Le cahier des charges du marché pose le respect des règles légales de droit du travail et de sécurité sociale européennes et nationales applicables comme condition tant de sélection que d'attribution et prévoit l'exclusion du prestataire qui ne s'y conforme pas. Il en est de même en ce qui concerne les conventions collectives le cas échéant applicables.

La nouvelle directive exige que le pouvoir adjudicateur vérifie si les règles légales de droit du travail et de sécurité sociale européennes et nationales applicables, ainsi que des conventions collectives le cas échéant applicables, sont respectées par l'entreprise candidate qu'il a retenu et cela avant de lui attribuer définitivement le marché.

En ce qui concerne la législation du travail, la CSL propose au législateur de consacrer par règlement grand-ducal une liste de questions et de points à faire vérifier par le pouvoir public initiateur du marché public par l'Inspection du travail et des mines.

Le contrôle effectué par l'ITM doit être sanctionné par un certificat de conformité.

Cette liste doit au moins contenir les points suivants:

o Contrats individuels de travail

▪ *Recrutement:*

- *Est-ce que l'entreprise respecte le principe de non-discrimination en matière de recrutement?*
- *Est-ce que les emplois vacants sont déclarés auprès de l'agence pour le développement de l'emploi?*

▪ *Contrats écrits:*

- *Est-ce que tous les salariés de l'entreprise disposent de contrats de travail écrits en bonne et due forme?*

o Contrats de travail à durée déterminée:

- *Combien de salariés sont/ont été occupés dans l'entreprise sous contrat de travail à durée déterminée au cours des trois dernières années?*
- *Quelle est la durée des différents contrats des salariés occupés à durée déterminée dans l'entreprise au cours des trois dernières années?*
- *Quel est l'objet des différents contrats des salariés occupés à durée déterminée dans l'entreprise au cours des trois dernières années?*

o Travail intérimaire:

- *Combien de fois l'entreprise a-t-elle eu recours au travail intérimaire au cours des trois dernières années?*
- *Quelle est la durée des différentes missions confiées à ces salariés (au cours des trois dernières années)?*
- *Quel est l'objet des différentes missions confiées à ces salariés (au cours des trois dernières années)?*

o Licenciements individuels:

- *Combien de salariés ont été licenciés au cours des trois dernières années?*
- *Combien de licenciements pour raison économique ont été prononcés au cours des trois dernières années?*
- *Est-ce que les licenciements pour raison économique sont/ont été notifiés au Comité de conjoncture?*

o Licenciements collectifs:

- *Est-ce que l'entreprise a fait un plan social au cours des trois dernières années?*
- *Est-ce que l'entreprise a fait un plan de maintien dans l'emploi au cours des trois dernières années?*

- o Litiges de droit social:*
 - *Est-ce que l'entreprise est/était impliquée au cours des trois dernières années dans des litiges de droit social?*
 - *Si oui, quelle est la nature et l'issue des litiges?*
 - *Est-ce que l'entreprise a été condamnée au cours des trois dernières années pour résiliation abusive de contrats de travail? Si oui, combien de fois?*
- o Travail à temps partiel*
 - *Quelle est la proportion de travailleurs à temps partiel/temps plein de l'entreprise?*
- o Détachement de salariés*
 - *Est-ce que l'entreprise a eu recours au détachement de travailleurs au cours des trois dernières années?*
 - *Si oui, est-ce que les formalités nécessaires ont été accomplies?*
 - *Si oui, est-ce que les conditions de travail des salariés concernés étaient conformes aux règles de droit applicables?*
- o Convention collective du travail*
 - *Est-ce qu'une convention collective de travail est applicable?*
 - *Si oui, est-ce qu'elle est respectée?*
- o Durée de travail*
 - *Est-ce que l'entreprise respecte les limites en matière de durée de travail journalière et hebdomadaire?*
 - *Est-ce que l'entreprise respecte les temps de repos journaliers et hebdomadaires?*
 - *Est-ce que l'entreprise a souvent recours aux heures supplémentaires?*
- o Rémunération*
 - *Est-ce que l'entreprise respecte les règles en matière de salaire social minimum?*
 - *Est-ce que l'entreprise respecte les règles en matière d'indexation des salaires?*
 - *Est-ce que l'entreprise respecte les règles en matière d'égalité de traitement?*
- o Congé annuel payé des salariés*
 - *Est-ce que l'entreprise respecte les règles en matière de congés légaux?*
 - *Est-ce que l'entreprise tient livre des congés?*
- o Egalité de traitement entre les hommes et les femmes*
 - *Est-ce que les règles en matière de non-discrimination femmes/hommes sont respectées?*
 - *Est-ce que des salariés se sont plaints au cours des trois dernières années de discrimination?*
 - *Est-ce qu'il y a eu des procès pour discrimination?*
 - *Si oui, combien de procès et quelle en était l'issue?*
- o Egalité de traitement en matière d'emploi et de travail*
 - *Est-ce que les règles en matière de non-discrimination pour religion, convictions, âge, orientation sexuelle, handicap, race, ethnie sont respectées?*
 - *Est-ce que des salariés se sont plaints au cours des trois dernières années de discrimination?*
 - *Est-ce qu'il y a eu des procès pour discrimination?*
 - *Si oui, combien de procès et quelle en était l'issue?*
- o Harcèlement sexuel*
 - *Est-ce que les règles en matière de harcèlement sexuel sont respectées?*
 - *Est-ce que l'employeur a mis en place des mesures de prévention?*
 - *Est-ce que l'employeur a mis en place une structure de gestion des situations de harcèlement sexuel?*

- *Est-ce que des salariés se sont plaints au cours des trois dernières années de harcèlement sexuel?*
- *Est-ce qu'il y a eu des procès pour harcèlement sexuel?*
- *Si oui, combien de procès et quel en était l'issue?*
- o Harcèlement moral*
 - *Est-ce que les règles en matière de harcèlement moral sont respectées?*
 - *Est-ce que l'employeur a mis en place des mesures de prévention?*
 - *Est-ce que l'employeur a mis en place une structure de gestion des situations de harcèlement moral?*
 - *Est-ce que des salariés se sont plaints au cours des trois dernières années de harcèlement moral?*
 - *Est-ce qu'il y a eu des procès pour harcèlement moral?*
 - *Si oui, combien et quel en est l'issue?*
- o Surveillance sur le lieu de travail*
 - *Est-ce que l'employeur respecte les règles en matière de surveillance sur le lieu de travail?*
 - *Est-ce que les éventuels traitements de données ont reçu l'autorisation de la Commission nationale pour la protection des données?*
 - *Est-ce que l'employeur respecte ces autorisations?*
 - *Est-ce que les droits d'information, d'accès et d'opposition des salariés sont respectés?*
 - *Est-ce que il y a eu des procès pour non-respect de cette législation?*
 - *Si oui, combien de procès et quelle en est l'issue?*
- o Santé et sécurité au travail*
 - *Est-ce que l'entreprise respecte les règles en matière de santé et sécurité au travail?*
 - *Est-ce que des salariés de l'entreprise ont été victime d'accidents du travail au cours des trois dernières années?*
 - *Est-ce qu'il y a eu des procès mettant en cause l'entreprise et si oui, quelle en était l'issue?*
- o Emploi de femmes enceintes*
 - *Est-ce que l'entreprise respecte les règles en matière de protection des femmes enceintes?*
 - *Est-ce que les salariées enceintes récupèrent leur poste de travail ou un poste similaire à leur retour au travail?*
- o Congé de maternité, congé d'accueil, congé parental et congé pour raisons familiales*
 - *Est-ce que les règles en matière de congé de maternité, congé d'accueil, congé parental et congé pour raisons familiales sont respectées?*
- o Emploi de jeunes salariés*
 - *Est-ce que les limites en termes de durée de travail sont respectées?*
 - *Est-ce que les examens médicaux auprès du médecin du travail ont correctement eu lieu?*
- o Représentation du personnel*
 - *Est-ce que l'entreprise dispose d'une délégation du personnel?*
 - *Est-ce que l'entreprise dispose d'un comité mixte?*
 - *Est-ce que les représentants du personnel peuvent exercer tous leurs droits et attributions?*
 - *Est-ce qu'il y a eu des procès en la matière?*
 - *Si oui, combien de procès et quelle en était l'issue?*
- o Emploi de personnes handicapées*
 - *Est-ce que l'entreprise remplit ses obligations en matière d'embauche de personnes ayant le statut de travailleurs handicapés ou assimilés?*

II.1.2. *Transposition des dérivés de la clause sociale horizontale*

L'article 56. 1 al. 2 de la directive: refus de l'offre économiquement la plus avantageuse pour non-respect de l'article 18.2. de la directive

Selon l'article 56. 1 al. 2 de la directive „*Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire avant 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 de la directive.*“

Alors que l'article 18.2 de la directive prévoit très clairement une obligation pour les Etats membres de veiller au respect du droit social local du pays de l'exécution du marché public (voir considérant 37 de la directive), la CSL est d'avis que la seule transposition correcte de l'article 56. 1, al. 2 de la directive est la suivante:

„Les pouvoirs adjudicateurs n'attribuent pas le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'il est établi que ce prestataire ne respecte avec son offre pas les règles issues de la législation sociale européenne ou nationale. Il en est de même lorsqu'il est établi que ce prestataire ne respecte pas les règles issues d'une convention collective de travail applicable.“

L'article 57 de la directive relatif aux motifs d'exclusion

L'article 57 de la directive prévoit les motifs d'exclusions.

Paragraphe 1:

Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour l'une des raisons suivantes: participation à une organisation criminelle, corruption, fraude, infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains.

L'obligation d'exclure un opérateur économique s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

Paragraphe 2:

Un opérateur économique doit encore être exclu de la participation à une procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale lorsque celui-ci a été établi par une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou une décision administrative ayant un effet contraignant, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'Etat membre du pouvoir adjudicateur.

En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les Etats membres à exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale.

Le présent paragraphe ne s'applique plus lorsque l'opérateur économique a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes.

Paragraphe 3:

Les Etats membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée aux paragraphes 1 et 2, à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement.

Les Etats membres peuvent aussi prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée au paragraphe 2, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé du montant exact dû à la suite du manquement à ses obligations

relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe 2, troisième alinéa, avant l'expiration du délai de présentation de la demande de participation ou, dans le cadre de procédures ouvertes, du délai de présentation de l'offre.

Paragraphe 4:

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les Etats membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants:

- a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2;
- b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;
- c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité;
- d) le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence;
- e) il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 24⁵ de la directive par d'autres mesures moins intrusives;
- f) il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des opérateurs économiques à la préparation de la procédure de passation de marché, visée à l'article 41⁶, par d'autres mesures moins intrusives;
- g) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable;
- h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 59⁷ de la directive; ou
- i) l'opérateur économique a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Nonobstant le premier alinéa, point b), les Etats membres peuvent exiger ou prévoir la possibilité que le pouvoir adjudicateur n'exclue pas un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas visés audit point lorsque le pouvoir adjudicateur a établi que l'opérateur économique en question sera en mesure d'exécuter le marché, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de continuation des activités dans le cadre des situations visées au point b).

Paragraphe 5:

A tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés aux paragraphes 1 et 2.

5 Dans le futur texte de loi se trouvera bien évidemment la référence à la disposition nationale ayant transposée cet article.

6 Dans le futur texte de loi se trouvera bien évidemment la référence à la disposition nationale ayant transposée cet article.

7 Dans le futur texte de loi se trouvera bien évidemment la référence à la disposition nationale ayant transposée cet article.

A tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou peuvent être obligés par les Etats membres à exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 4.

Paragraphe 6:

Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché.

A cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les Etats membres où le jugement produit ses effets.

Paragraphe 7:

Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les Etats membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 6 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 1 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 4.

Il résulte du considérant (100) que *les marchés publics ne devraient pas être attribués à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou ont été déclarés coupables de corruption, de fraude au détriment des intérêts financiers de l'Union, d'infractions terroristes, de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.*

De même, le non-paiement d'impôts ou de taxes ou de cotisations de sécurité sociale devrait entraîner une exclusion obligatoire au niveau de l'Union. Les Etats membres devraient toutefois pouvoir prévoir une dérogation à ces exclusions obligatoires dans des cas exceptionnels où des exigences impératives d'intérêt général rendent indispensable l'attribution d'un marché. Tel pourrait être, par exemple, le cas d'un vaccin ou d'un matériel de secours nécessaire de toute urgence qui ne peut être acheté qu'auprès d'un opérateur économique auquel s'appliquerait autrement un des motifs d'exclusion obligatoires.

En vertu du considérant (101) *les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées, ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique et avoir pour conséquence que celui-ci ne remplit pas les conditions requises pour se voir attribuer un marché public, indépendamment du fait qu'il disposerait par ailleurs des capacités techniques et économiques pour exécuter le marché concerné. Compte tenu du fait qu'ils seront responsables des conséquences d'une éventuelle décision erronée de leur part, les pouvoirs adjudicateurs devraient également avoir la faculté de considérer qu'il y a eu faute professionnelle grave lorsque, avant qu'une décision finale et contraignante quant à l'existence de motifs d'exclusion obligatoires ne soit prise, ils peuvent démontrer, par tout moyen approprié, que l'opérateur économique a manqué à ses obligations, y compris ses obligations relatives*

au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, sauf disposition contraire du droit national. Ils devraient également pouvoir exclure des candidats ou des soumissionnaires lorsque des défaillances importantes dans l'exécution d'obligations essentielles ont été constatées lors de l'exécution de marchés publics antérieurs, par exemple un défaut de fourniture ou d'exécution, des carences notables du produit ou du service fourni qui le rendent impropre aux fins prévues, ou un comportement fautif jetant sérieusement le doute quant à la fiabilité de l'opérateur économique. La législation nationale devrait prévoir une durée maximale pour ces exclusions. Lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion.

Selon le considérant (102) il convient cependant de laisser aux opérateurs économiques la possibilité de prendre des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou fautive et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en oeuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation. Lorsque ces mesures offrent des garanties suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation de marché. Cependant, il convient de laisser aux Etats membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas. Ils devraient, en particulier, être libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé.

La CSL est d'avis que l'article 57 de la directive doit être transposée tel quel pour ce qui est des paragraphes 1 et 2, 5 et 6.

Néanmoins en ce qui concerne l'alinéa 2 du paragraphe 2, la CSL estime qu'il est indispensable de prévoir dans la législation nationale que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, sauf si l'opérateur économique a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes.

De même en ce qui concerne l'alinéa 2 du paragraphe 5, la CSL estime que la disposition nationale doit être contraignante. Ainsi le futur texte national doit stipuler: „*A tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs doivent exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 4 de la directive*⁸.“

Le paragraphe 3 ne doit pas être transposé, alors qu'il constitue une option pour les Etats membres. La CSL est d'avis que ce paragraphe ne doit pas être transposé en droit national afin de ne pas fragiliser les dispositions sociales du texte.

Par contre le paragraphe 4 doit être transposé de manière contraignante. Il est primordial que les opérateurs économiques qui ne respectent pas les règles de droit social qu'ils devraient néanmoins respecter en vertu du principe général, soient exclus obligatoirement des marchés publics. Il n'y a aucune raison de gratifier un tel non-respect des règles légales fondamentales par l'emploi de deniers publics.

La CSL demande par conséquent au législateur national d'opter pour une transposition contraignante du paragraphe 4 de l'article 57 de la directive et de prévoir dans le futur texte de loi que:

⁸ Dans le futur texte de loi se trouvera bien évidemment la référence à la disposition nationale ayant transposée cet article.

„Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants:

- a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2 de la directive;*
- b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;*
- c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité;*
- d) le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence;*
- e) il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 24 de la directive par d'autres mesures moins intrusives;*
- f) il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des opérateurs économiques à la préparation de la procédure de passation de marché, visée à l'article 41¹ de la directive, par d'autres mesures moins intrusives;*
- g) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable;*
- h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 59; ou*
- i) l'opérateur économique a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.“*

Le paragraphe 7 de l'article 57 oblige les Etats membres à transposer l'article 57 par disposition législative, réglementaire ou administrative en arrêtant ses conditions d'application. Ce faisant ils doivent déterminer notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 6 de l'article 57 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 1 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 4.

La CSL est d'avis que le Luxembourg doit opter pour la période d'exclusion la plus longue permise par la directive, soit 5 ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 1 de l'article 57 de la directive et 3 ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 4 de l'article 57 de la directive.

L'article 69 de la directive relatif à l'offre anormalement basse

Selon l'article 69 de la directive, en cas d-offres anormalement basses⁹ les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre.

Les explications peuvent concerner notamment le respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2 de la directive.

Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés.

Les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2 de la directive.

Selon le considérant (40) le contrôle du respect de ces dispositions du droit environnemental, social et du travail devrait être effectué aux stades pertinents de la procédure de passation de marché, lors de l'application des principes généraux régissant le choix des participants et l'attribution des marchés, lors de l'application des critères d'exclusion et lors de l'application des dispositions concernant les offres anormalement basses. Les vérifications nécessaires à cette fin devraient être réalisées conformément aux dispositions pertinentes de la présente directive, en particulier celles régissant les moyens de preuve et les déclarations sur l'honneur.

Le considérant (103) précise que les offres qui paraissent anormalement basses par rapport aux travaux, fournitures ou services concernés pourraient reposer sur des hypothèses ou des pratiques techniquement, économiquement ou juridiquement contestables. Si le soumissionnaire ne peut pas fournir d'explication satisfaisante, le pouvoir adjudicateur devrait être autorisé à rejeter son offre. Ce rejet devrait être obligatoire dans les cas où le pouvoir adjudicateur constate que ce prix ou ces coûts anormalement bas sont dus à des manquements aux obligations découlant du droit de l'Union ou du droit national compatible avec celle-ci en matière de droit social et du travail ou de droit environnemental, ou de dispositions internationales en matière de droit du travail.

La CSL est d'avis que ce n'est que si le pouvoir adjudicataire est tenu de vérifier si l'offre basse s'explique par un non-respect des règles sociales qu'un tel non-respect a une chance d'être détecté.

En accord avec l'article 18.2 de la directive (les Etats membres sont tenus de veiller ...) la transposition doit se faire dans ce sens. Légiférer autrement enlèverait tout sens à l'article 18.2 de la directive et mènerait à une fausse interprétation de l'article 61 de la directive. Le considérant 103 confirme que seule cette interprétation de l'article 61 assure efficacité.

Le futur texte de loi doit ainsi être formulé comme suit (volet social):

„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 ci-avant doivent au moins concerner le respect par l'opérateur économique des règles de droit européennes et nationales de droit du travail et de sécurité sociale, ainsi que le respect des conventions collectives de travail auxquelles celui-ci est le cas échéant tenu.

Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés.

Les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux règles de droit européennes et nationales de droit du travail et de sécurité sociale, ainsi qu'aux règles issues des conventions collectives de travail auxquelles celui-ci est le cas échéant tenu.“

⁹ Art. 80. RGD (1) La remise d'une analyse de prix doit être demandée par le pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires dont les offres sont de plus de quinze pour cent inférieures à la moyenne arithmétique des prix de toutes les offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation reçues, y compris l'offre la plus chère et l'offre la moins chère. (2) Le paragraphe 1^{er} ci-dessus n'est pas d'application si moins de cinq offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation ont été reçues. Toutefois, dans ce cas, il est loisible au pouvoir adjudicateur de demander une analyse de prix, ceci de son initiative ou à la demande d'un soumissionnaire.

L'article 71 de la directive: le cas des sous-traitants

Les effets de la clause sociale horizontale se font encore sentir à l'article 71 de la directive:

Selon son paragraphe 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.“

Selon son paragraphe 6: „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:

- a) lorsque la législation d'un Etat membre prévoit un mécanisme de responsabilité solidaire entre les sous-traitants et le contractant principal, l'Etat membre concerné veille à ce que les règles correspondantes s'appliquent conformément aux conditions énoncées à l'article 18, paragraphe 2;
- b) conformément aux articles 59, 60 et 61, les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier ou être obligés par les Etats membres à vérifier s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants en vertu de l'article 57. Dans de tels cas, le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace un sous-traitant à l'encontre duquel ladite vérification a montré qu'il existe des motifs d'exclusion obligatoires. Le pouvoir adjudicateur peut exiger ou être obligé par un Etat membre à exiger de l'opérateur économique qu'il remplace un sous-traitant à l'encontre duquel la vérification a montré qu'il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.“

Selon le considérant (105) de la *directive il importe que le respect, par les sous-traitants, des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, établies par le droit de l'Union, le droit national ou des conventions collectives, ou par les dispositions de droit international environnemental, social et du travail énumérées dans la présente directive, à condition que ces règles et leur application soient conformes au droit de l'Union, soit assuré au moyen de mesures appropriées prises par les autorités nationales compétentes dans le cadre de leurs responsabilités et compétences, par exemple les inspections du travail ou les agences de protection de l'environnement. Il est également nécessaire d'assurer une certaine transparence dans la chaîne de sous-traitance, car les pouvoirs adjudicateurs disposeront ainsi d'informations sur l'identité des personnes présentes sur les chantiers de construction, sur la nature des travaux réalisés pour leur compte ou sur les entreprises qui fournissent des services dans des bâtiments, des infrastructures ou des zones, tels qu'une mairie, une école municipale, des installations sportives, un port ou une autoroute, pour lesquels les pouvoirs adjudicateurs sont responsables ou sur lesquels ils exercent une surveillance directe. Il convient de préciser que l'obligation de communiquer les informations requises incombera dans tous les cas au contractant principal, soit sur la base de clauses spécifiques que chaque pouvoir adjudicateur serait tenu d'inclure dans toutes les procédures de passation de marchés, soit sur la base d'obligations que les Etats membres imposeraient aux contractants principaux au moyen de dispositions d'application générale.*

Il convient également de préciser que les conditions relatives au contrôle du respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, établies par le droit de l'Union, le droit national, des conventions collectives ou par les dispositions de droit international environnemental, social et du travail énumérées dans la présente directive, à condition que ces règles et leur application soient conformes au droit de l'Union, devraient être appliquées chaque fois que le droit interne d'un Etat membre prévoit un mécanisme de responsabilité solidaire entre les sous-traitants et le contractant principal. En outre, il convient d'indiquer expressément que les Etats membres devraient pouvoir aller plus loin, par exemple en élargissant les obligations de transparence, en autorisant les paiements directs en faveur des sous-traitants ou en permettant ou en imposant aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier que des sous-traitants ne se trouvent pas dans l'une quelconque des situations qui justifieraient l'exclusion d'opérateurs économiques.

Lorsque de telles mesures sont appliquées aux sous-traitants, il convient d'assurer la cohérence avec les dispositions applicables aux contractants principaux, de sorte que l'existence de motifs d'exclusion obligatoires entraînerait l'obligation, pour le contractant principal, de remplacer le sous-traitant concerné. Lorsqu'il ressort des vérifications susmentionnées qu'il existe des motifs non obligatoires d'exclusion, il convient de préciser que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger le remplacement. Il convient toutefois également d'indiquer expressément que les pouvoirs adjudicateurs peuvent être tenus d'exiger le remplacement du sous-traitant concerné lorsque l'exclusion du contractant devrait être obligatoire dans de tels cas.

En outre, il convient d'indiquer expressément que les Etats membres restent libres de prévoir, dans leur législation nationale, des règles plus strictes en matière de responsabilité ou d'aller plus loin en ce qui concerne les paiements directs en faveur des sous-traitants.

La CSL estime que, eu égard au considérant 105 de la directive, cet article doit être transposé en droit national comme suit:

„Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de stipuler dans leur cahier des charges que si l'opérateur économique qui est candidat au marché, a l'intention de sous-traiter le marché, il est tenu de le mentionner lors de sa candidature tout en précisant les coordonnées exactes du sous-traitant.

Au cas où le marché est attribué à un tel opérateur, le pouvoir adjudicateur payera directement au sous-traitant le prix de ses prestations, qui sont ainsi à ventiler dans l'offre de l'opérateur principal.

Les salaires payés par le sous-traitant ne peuvent ni être inférieurs à ceux prévus par les lois et les règlements en vigueur, ni à ceux prévus dans la convention collective de travail, s'il en existe une. En cas de retard ou d'insuffisance de paiement des salaires par le sous-traitant, le pouvoir adjudicateur, après avoir constaté le retard, doit payer les salaires arriérés ou les compléments et déduire les sommes ainsi dépensées de l'avoir du sous-traitant¹⁰.

Le respect par le sous-traitant des règles européennes et nationales de droit du travail et de sécurité sociale s'impose tout au long de la procédure et de l'exécution du marché. Il en est de même des règles issues d'une convention collective le cas échéant applicable. Un non-respect de cette règle entraîne à chaque moment de la procédure ou de l'exécution du marché l'exclusion de ce prestataire et la nécessité de son remplacement par l'opérateur principal.

Le non-respect de cette obligation de remplacement par l'opérateur principal, permet au pouvoir adjudicateur de l'exclure du marché ou de résilier le contrat au cours de la phase d'exécution du marché.

En cas de sous-traitance, l'opérateur principal et le ou les sous-traitants, sont responsables solidairement de l'exécution du marché attribué à l'opérateur principal. En cas de non-exécution ou exécution fautive du marché par un de ces opérateurs, le pouvoir adjudicateur peut se retourner contre l'un d'eux ou plusieurs ou tous au choix.“

II.2. Les autres clauses sociales permises par la directive

Quelques articles de la directive permettent aux pouvoirs adjudicateurs d'aller encore plus loin et d'assortir leurs marchés de conditions et exigences sociales supplémentaires.

L'article 43.1. de la directive relatif aux labels

L'article 43.1. de la directive prévoit que 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:

- a) les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché;
- b) les exigences en matière de label sont fondées sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires;
- c) le label est établi par une procédure ouverte et transparente à laquelle toutes les parties concernées, que les organismes publics, les consommateurs, les partenaires sociaux, les fabricants, distributeurs ou les organisations non gouvernementales, peuvent participer;
- d) le label est accessible à toutes les parties intéressées;

¹⁰ Cette disposition figure à ce jour déjà dans notre législation et doit être maintenue; cf. article 32 du RGD du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics

e) les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs n'exigent pas que les travaux, fournitures ou services remplissent toutes les exigences en matière de label, ils indiquent les exigences qui sont visées.

Les pouvoirs adjudicateurs qui exigent un label particulier acceptent tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services remplissent des exigences équivalentes en matière de label.

Lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par le pouvoir adjudicateur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, le pouvoir adjudicateur accepte d'autres moyens de preuve appropriés tels que, par exemple, un dossier technique du fabricant, pour autant que l'opérateur économique concerné établisse que les travaux, fournitures ou services qu'il doit fournir satisfont aux exigences concernant le label particulier ou aux exigences particulières indiquées par le pouvoir adjudicateur.

Cet article doit être transposé tel quel en droit national. Il permet au pouvoir adjudicateur d'exiger notamment que l'opérateur économique qui remporte le marché justifie d'un label social, à condition que les exigences du label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché.

L'article 67.1 et 67.2 de la directive relatif à la notion de l'offre économiquement la plus avantageuse

Selon cet article les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68 de la directive, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné.

Il peut s'agir par exemple: de la qualité, organisation, qualification et expérience du personnel, service après-vente, dates de livraison, mode de livraison.

Les Etats 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.

Selon le considérant (92), lorsqu'ils évaluent le meilleur rapport qualité/prix, les pouvoirs adjudicateurs devraient établir les critères économiques et qualitatifs liés à l'objet du marché qu'ils appliqueront à cette fin. Ces critères devraient donc permettre une évaluation comparative du niveau de prestation offert par chaque soumissionnaire par rapport à l'objet du marché, tel qu'il est défini dans les spécifications techniques. Dans le cadre du meilleur rapport qualité/prix, une liste non exhaustive de critères d'attribution susceptibles d'être utilisés, comprenant notamment les aspects sociaux et environnementaux, figure dans la présente directive. Il y a lieu d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services de grande qualité qui correspondent idéalement à leurs besoins.

Selon le considérant (93) lorsque des dispositions nationales établissent la rémunération de certains services ou imposent un prix fixe pour certaines fournitures, il convient de préciser qu'il demeure possible d'évaluer le rapport qualité/prix sur la base d'autres facteurs que le seul prix ou la seule rémunération. Selon le service ou le produit concerné, ces facteurs pourraient, par exemple, inclure les conditions de livraison et de paiement, des aspects liés au service après-vente (par exemple l'étendue des services de conseil et de remplacement) ou des aspects sociaux ou environnementaux (par exemple le fait que des livres aient ou non été imprimés sur du papier recyclé ou du papier produit à partir de bois issu de sources durables, les coûts imputés aux externalités environnementales ou le fait que l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables parmi le personnel assigné à l'exécution du marché ait ou non été facilitée). Etant donné qu'il existe de nombreuses possibilités pour évaluer le rapport qualité/prix sur la base de critères matériels, il convient d'éviter de recourir au tirage au sort comme unique moyen d'attribuer le marché.

Le considérant (94) prévoit que lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser

comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question, étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte. Les pouvoirs adjudicateurs ayant recours à cette possibilité devraient s'assurer, par des moyens contractuels appropriés, que le personnel assigné à l'exécution du marché répond effectivement aux normes de qualité spécifiées et qu'il ne peut être remplacé qu'avec l'accord du pouvoir adjudicateur qui vérifie que le personnel de remplacement offre un niveau de qualité équivalent.

Selon le considérant (97), afin que les considérations sociales et environnementales soient mieux prises en compte dans les procédures de passation de marché, il convient que les pouvoirs adjudicateurs soient autorisés à appliquer des critères d'attribution ou des conditions d'exécution de marché liés aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché public sous tous leurs aspects et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, depuis l'extraction des matières premières utilisées pour le produit jusqu'au stade de l'élimination de celui-ci, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation et ses conditions, desdits travaux, produits ou services, ou dans un processus spécifique lié à un stade ultérieur de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

A titre d'exemple, sont à considérer comme des critères et des conditions applicables à ce type de processus de production ou de prestation ceux prévoyant que des substances chimiques toxiques n'entrent pas dans la fabrication des produits achetés ou que les services achetés sont fournis en utilisant des machines économes en énergie.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il s'agit également de critères d'attribution ou de conditions d'exécution du marché relatifs à la fourniture ou à l'utilisation de produits issus du commerce équitable lors de l'exécution du marché à attribuer. Les critères et conditions concernant la commercialisation et ses conditions peuvent par exemple mentionner que le produit concerné est issu du commerce équitable, y compris l'obligation de payer aux producteurs un prix minimum et une majoration de prix.

Parmi les conditions d'exécution du marché liées aux considérations environnementales pourraient figurer par exemple, la livraison, l'emballage et l'élimination des produits et, pour ce qui est des marchés de travaux ou de services, la minimisation des déchets et l'utilisation efficace des ressources.

Toutefois, la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise.

Il résulte encore du considérant (98) que les conditions d'exécution du marché pourraient également viser à favoriser la mise en oeuvre de mesures destinées à promouvoir l'égalité des hommes et des femmes au travail, une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée, la protection de l'environnement ou le bien-être animal, à assurer le respect pour l'essentiel des dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT), ainsi qu'à recruter davantage de personnes défavorisées que ne l'exige la législation nationale.

Le considérant (99) prévoit encore que les mesures visant à protéger la santé du personnel participant au processus de production, à favoriser l'intégration des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables parmi les personnes chargées d'exécuter le marché ou à former aux compétences nécessaires pour le marché en question peuvent également faire l'objet de critères d'attribution ou de conditions d'exécution du marché, à condition d'être liées aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché.

Par exemple, ces critères ou conditions pourraient porter, entre autres choses, sur l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en oeuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir dans les spécifications techniques des exigences sociales caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs.

(104) Les conditions d'exécution du marché énoncent des exigences spécifiques liées à l'exécution du marché. Contrairement aux critères d'attribution du marché, qui servent de base à l'évaluation comparative de la qualité des offres, les conditions d'exécution du marché constituent des exigences objectives arrêtées qui n'ont pas d'incidence sur l'évaluation des offres. Les conditions d'exécution du marché devraient être compatibles avec la présente directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient liées à l'objet du marché, y compris tous les facteurs qui interviennent dans le processus même de production, de prestation ou de commercialisation lui-même. Cela comprend les conditions relatives au processus d'exécution du marché, mais exclut les exigences concernant la politique générale d'une société. Les conditions d'exécution du marché devraient figurer dans l'avis de marché, l'avis de préinformation servant de moyen d'appel à la concurrence ou dans les documents de marché.

Dorénavant le Luxembourg ne pourra plus laisser l'option du prix le plus bas dans l'article 11 de la loi de 2009.

Seul le critère de l'offre économique la plus avantageuse pourra être retenu dans la future loi.

La CSL suggère que le texte national de transposition reprenne les dispositions de l'article 67 de la directive tout en élargissant la liste non-limitative de critères sociaux prévue à cet article et qui peuvent être des prérequis permettant de démarquer les offres et de sélectionner l'offre économique la plus avantageuse.

Ainsi le futur texte pourrait être formulé comme suit:

„Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68¹¹ de la directive, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/ prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné.

Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:

- a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;*
- b) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution;*
- c) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;*
- d) l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables parmi le personnel assigné à l'exécution du marché;*
- e) la promotion de l'égalité des hommes et des femmes au travail, une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée;*
- f) la santé du personnel participant au processus de production, l'intégration des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables parmi les personnes chargées d'exécuter le marché ou à former aux compétences nécessaires pour le marché en question;*
- g) l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en oeuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer;*
- h) spécifications techniques caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs.“*

¹¹ Dans le futur texte de loi se trouvera bien évidemment la référence à la disposition nationale ayant transposée cet article.

L'article 70 de la directive relatif aux conditions d'exécution du marché

En vertu de cet article 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 de la directive, 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.

Cet article est à lire ensemble avec l'article 67 de la directive.

Il permet au pouvoir adjudicateur d'exiger dans le cadre de l'exécution du marché le respect des conditions notamment sociales posées dans le cadre de l'appel d'offre.

Cet article doit être transposé tel quel en droit national, mais assorti de même que la transposition de l'article 67 (aspect social) de la même liste non-exhaustive d'exigences sociales possibles, cela afin d'inciter les pouvoirs adjudicateurs à faire emploi de ces conditions dans leurs marchés dans le but d'influer positivement le marché de l'emploi.

Cet article pourrait ainsi être formulé comme suit:

„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 3¹², 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.

Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:

- a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;*
- b) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution;*
- c) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;*
- d) l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables parmi le personnel assigné à l'exécution du marché;*
- e) la promotion de l'égalité des hommes et des femmes au travail, une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée;*
- f) la santé du personnel participant au processus de production, l'intégration des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables parmi les personnes chargées d'exécuter le marché ou à former aux compétences nécessaires pour le marché en question;*
- g) l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en oeuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer;*
- h) spécifications techniques caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs;*
- i) le fait d'accorder un repos compensatoire spécial aux salariés affectés à l'exécution du marché public, lorsque celui-ci implique un travail particulièrement éprouvant pour les salariés concernés.“*

*

¹² Dans le futur texte de loi se trouvera bien évidemment la référence à la disposition nationale ayant transposée cet article.

III. LES DISPOSITIONS NATIONALES EXISTANTES A MAINTENIR ET SI NECESSAIRE A ADAPTER

L'article 20 de la loi modifiée de 2009 sur les marchés réservés

L'article 20 de la directive permet aux Etats membres de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30% du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

L'appel à la concurrence doit alors renvoyer à l'article 20 de la directive.

L'article 20¹³ de notre loi actuelle de 2009 sur les marchés publics prévoit déjà cette faculté. Il doit par conséquent être maintenu, sauf à l'adapter aux exigences de la directive qui fixe un seuil plus faible de travailleurs handicapés ou défavorisés (30%, alors que notre texte actuel prévoit un seuil de 50%).

L'article 32 du règlement grand-ducal de 2009 (RGD) sur les salaires impayés par l'opérateur économique

L'article 32 du RGD de 2009 relatif à l'exécution de la loi de 2009 sur les marchés publics prévoit que les salaires payés par les opérateurs économiques ne peuvent ni être inférieurs à ceux prévus par les lois et les règlements en vigueur, ni à ceux prévus dans la convention collective de travail, s'il en existe une, dans l'industrie ou le métier en cause.

Il prévoit aussi qu'en cas de retard ou d'insuffisance de paiement des salaires par l'opérateur, le pouvoir adjudicateur, après avoir constaté le retard, peut payer les salaires arriérés ou les compléments et déduire les sommes ainsi dépensées de l'avoir de l'entrepreneur.

Cet article va dans le sens des dispositions de l'article 18.2 de la directive.

Cet article est à maintenir dans la nouvelle législation, sauf à prévoir que le pouvoir adjudicateur est tenu de pourvoir à la carence de l'entrepreneur. Cela donnera en effet une garantie aux salariés impliqués dans ces travaux: du moment qu'ils participent à remplir un contrat pour une autorité publique, leurs salaires sont garantis. On passe donc d'une simple éventualité à une obligation pour le pouvoir public.

L'article 138 RGD relatif à la clause pénale et astreinte pour non-respect des conditions et délais du marché

Cet article permet au pouvoir adjudicateur de prévoir dans le cahier spécial des charges des clauses pénales et des astreintes pour le cas où l'adjudicataire ne se conforme pas ou ne s'est pas conformé aux conditions ou aux délais convenus pour le marché. Les clauses pénales et astreintes sont appliquées après une mise en demeure par lettre recommandée de la part du pouvoir adjudicateur précisant clairement ses intentions et restée sans succès ou sans le succès escompté. Les montants des clauses pénales et astreintes sont déduits de la facture définitive.

Cet article est aussi en accord avec l'article 18.2 de la directive et doit être intégré dans la future législation; il s'agit là en effet d'une mesure appropriée permettant au Luxembourg d'assurer le respect de l'article 18.2 de la directive.

Les articles 85, 86 et 87 du RGD relatifs au choix de l'adjudicataire

Le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus. En

¹³ Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

cas d'entreprise générale, les conditions précitées devront également être remplies par les sous-traitants.

Il ne peut être exigé des candidats ou soumissionnaires que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché. Ces niveaux de capacité minimaux sont précisés dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges.

Selon l'article 86 RGD, le pouvoir adjudicateur doit demander au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire et, le cas échéant, à ses sous-traitants, de lui soumettre dans un délai minimum de 15 jours des attestations établies par: 1) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale, 2) l'Administration des contributions directes, 3) l'Administration de l'enregistrement et des domaines, dont il ressort que le soumissionnaire est en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, des impôts et taxes, et relative à la déclaration de la retenue d'impôt sur les traitements et salaires, à une date qui ne peut être ni antérieure de trois mois au jour de l'ouverture de la soumission, ni postérieure au jour de l'ouverture de la soumission.

Selon l'article 87 RGD le soumissionnaire ou le sous-traitant non établi au Grand-Duché de Luxembourg doit produire, sur demande du pouvoir adjudicateur, les certificats prévus à l'article précédent, le même délai. Il doit produire en outre les mêmes certificats émis par les administrations fiscales et les établissements de sécurité sociale de son pays de résidence. Les attestations remises par ce soumissionnaire ou sous-traitant doivent provenir d'une autorité ou d'un organisme de leur pays de résidence, sinon il doit être justifié spécifiquement des conditions d'obtention dudit certificat.

Ces articles doivent aussi être maintenus dans la nouvelle législation.

Luxembourg, le 27 février 2015

