

MARCHÉS PUBLICS RESPONSABLES

NOTE DE CADRAGE

ET DE CONSEILS JURIDIQUES



Jun 2019

Intégration de clauses
environnementales, sociales et
éthiques dans les marchés publics



PRÉAMBULE

Compte tenu de son importance économique, la commande publique a été identifiée de longue date comme un levier permettant de mener des politiques de développement durable. La jurisprudence européenne permet de retracer l'histoire et les avancées juridiques en matière de clauses environnementales, sociales et éthiques. Les premières clauses sociales soumises à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) remontent à 1988 déjà. Près de 30 ans plus tard, la jurisprudence et la législation ont bien évolué, permettant d'offrir un cadre juridique de plus en plus clair afin que les pouvoirs adjudicateurs puissent intégrer des clauses environnementales, sociales et éthiques dans leurs marchés publics.

Le présent document vise à faire la synthèse des opportunités juridiques d'intégration des clauses environnementales, sociales et éthiques dans les cahiers spéciaux des charges au regard de la réglementation des marchés publics belge qui comprend notamment la loi du 17 juin 2016 entrée en vigueur le 30 juin 2017 et la jurisprudence arrêtée au 1^{er} juin 2018.

Cette note de cadrage juridique vise à aider les rédacteurs de cahier des charges à intégrer des clauses environnementales, sociales et éthiques dans les cahiers spéciaux des charges qu'ils rédigent dans le cadre de leurs achats publics mais s'adresse également aux juristes chargés de les valider. Elle tient compte de l'ensemble des travaux, concepts et outils développés en Wallonie dans la thématique des achats publics responsables. Le cadrage juridique offert par ce document doit être complété par d'autres outils à vocation pratique mis à disposition des pouvoirs adjudicateurs sur le portail des marchés publics de Wallonie (<https://marchespublics.wallonie.be>, menu « Pouvoirs adjudicateurs > Marchés publics responsables »).

Dans le présent document, la notion d'achat public couvre l'ensemble des marchés de fournitures, services et travaux dans les secteurs classiques.

Cette note de cadrage et de conseils juridiques a été validée par la Commission Wallonne des Marchés Publics.

TABLE DES MATIÈRES

1. SOURCES DE DROIT ET SOURCES DOCUMENTAIRES	7
1.1. LÉGISLATION EUROPÉENNE	7
1.2. LÉGISLATION BELGE	7
1.3. CIRCULAIRES	7
1.4. JURISPRUDENCE	7
1.5. AUTRES CONTRIBUTIONS	8
2. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	9
2.1. MARCHÉS PUBLICS RESPONSABLES/DURABLES	9
2.2. CATÉGORIES DE CLAUSES LIÉES AU DÉVELOPPEMENT DURABLE	9
2.2.1. Les clauses environnementales	9
2.2.2. Les clauses sociales	9
2.2.3. Les clauses éthiques	10
2.3. CLAUSES ENVIRONNEMENTALES, SOCIALES ET ÉTHIQUES IMPOSÉES	11
a. Clauses environnementales liées à la performance énergétique	11
b. Label « energy star » pour le matériel de bureau (clause environnementale)	11
c. Intégration de méthode de calcul du cout du cycle de vie dans l'achat de véhicule	12
d. Intégration de clauses sociales visant à l'accessibilité des personnes handicapées	12
e. Clauses sociales dans les marchés publics de travaux pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux	12
f. Clauses de lutte contre le dumping social dans les marchés de travaux des pouvoirs adjudicateurs régionaux	12
2.4. PRINCIPES GÉNÉRAUX	12
2.4.1. Les principes d'égalité, de non-discrimination et de concurrence	13
2.4.2. Le respect du droit environnemental, social et du travail	13
2.4.3. Le principe de proportionnalité	13
2.4.4. Marchés réservés	13
2.5. INTÉGRATION DES CLAUSES DANS LE CAHIER SPÉCIAL DES CHARGES	14
3. PRÉPARATION DU MARCHÉ	15
3.1. DÉFINIR SON BESOIN	15
3.2. CONSULTATION DU MARCHÉ	15
4. OBJET DU MARCHÉ	16
5. MARCHÉS RÉSERVÉS ET SÉLECTION DES SOUMISSIONNAIRES	18
5.1. MARCHÉS/LOTS RÉSERVÉS (CLAUDE SOCIALE)	18
5.1.1. Réserve de l'accès à la procédure de passation	18
5.1.2. Réserve d'un lot du marché	19
5.2. MOTIFS D'EXCLUSION	19
5.2.1. Motifs d'exclusion obligatoire	19
5.2.2. Motifs d'exclusion facultative	19
a. Manquement à des obligations en matière de droit environnemental, social et du travail	20
b. Faute professionnelle grave	20
5.2.3. Mesures correctrices	20
5.2.4. Moyens de preuve et vérification	20
5.3. CRITÈRES DE SÉLECTION	21
5.3.1. Notions/considérations générales	21
5.3.2. Moyens de preuve concernant des aspects du développement durable - capacité technique	22
a. La liste des travaux, fournitures et services similaires effectués	22
b. La description de l'équipement technique	22

c.	L'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement	22
d.	L'indication des titres d'études et professionnels	23
e.	L'indication des mesures de gestion environnementale.....	23
f.	Des échantillons, descriptions ou photographies, ou des certificats de conformité de qualité	24
6.	EXAMEN DE LA RÉGULARITÉ DE L'OFFRE	25
7.	CRITÈRES D'ATTRIBUTION	25
7.1.	GÉNÉRALITÉS.....	25
7.2.	CLAUSES ENVIRONNEMENTALES.....	26
7.2.1.	Critères d'attribution environnementaux	26
7.2.2.	Appréciation du prix au travers de la méthode de l'analyse des coûts du cycle de vie (Life cycle cost ou LCC).....	27
7.2.3.	Critère d'attribution géographique et clause environnementale ?	28
7.3.	CLAUSES SOCIALES	28
7.4.	CLAUSES ÉTHIQUES	28
8.	CONDITIONS SPÉCIALES RELATIVES À L'EXÉCUTION DU MARCHÉ.....	30
8.1.	GÉNÉRALITÉS.....	30
8.2.	CLAUSES ENVIRONNEMENTALES.....	30
8.3.	CLAUSES SOCIALES	30
8.3.1.	Généralités	30
8.3.2.	Exemples de clauses sociales en conditions d'exécution.....	31
a.	Clause sociale de formation	31
b.	Clause sociale flexible	32
c.	Clause sociale d'insertion (clause développée en Région Bruxelloise)	32
d.	Clause de sous-traitance à l'économie sociale	32
e.	Clauses de genre et diversité	33
8.4.	CLAUSES ÉTHIQUES	33
8.4.1.	Commerce éthique et respect des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT).....	33
8.4.2.	Commerce équitable.....	34
8.4.3.	Les clauses de lutte contre le dumping social	35
9.	SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES	36
9.1.	CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	36
9.2.	CLAUSES ENVIRONNEMENTALES.....	37
a.	Spécifications techniques formulées en termes de performances.....	37
b.	Spécifications techniques formulées en termes d'exigences fonctionnelles.....	37
c.	Spécifications techniques formulées en termes de processus ou de méthode spécifique de production ou d'exécution.....	37
9.3.	CLAUSES SOCIALES	38
9.4.	CLAUSES ÉTHIQUES	38
9.5.	RECOURS AUX VARIANTES.....	39
10.	L'UTILISATION DES LABELS DANS LES MARCHÉS PUBLICS.....	40
10.1.	QUELS LABELS UTILISER ?	40
10.2.	COMMENT UTILISER UN LABEL	41
a.	En tant qu'outil pour déterminer des caractéristiques environnementales ou sociales	41
b.	En tant que moyen de preuve	42
11.	LA GESTION DU CONTENTIEUX	43
12.	CONCLUSION	44

1. SOURCES DE DROIT ET SOURCES DOCUMENTAIRES

1.1. Législation européenne

- Règlement (CE) 106/2008 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 concernant un programme communautaire d'étiquetage relatif à l'efficacité énergétique des équipements de bureau (article 6).
- Directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique (article 6).
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

1.2. Législation belge

- Loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.
- Loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.
- Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.
- Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.
- Arrêté royal du 20 décembre 2010 relatif à la promotion des véhicules de transport routier propres et économes en énergie dans le cadre des marchés publics.
- Arrêté royal du 14 Janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.
- Arrêté royal du 13 juillet 2014 relatif aux exigences d'efficacité énergétique dans le cadre de certains marchés publics et contrats de concession portant sur l'acquisition de produits, de services et de bâtiments.
- Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

1.3. Circulaires

- Circulaire wallonne du 3 juin 2009 relative à l'achat de papiers à copier et/ou à imprimer, M.B., 22 juin 2009, p. 43296. Circulaire wallonne du 23 avril 2009 relative à l'utilisation

de lubrifiants compatibles avec l'environnement dans les installations hydrauliques des cours d'eau en Région wallonne.

- Circulaire wallonne du 30 mai 2013 relative aux plantes exotiques envahissantes.
- Circulaire wallonne du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons.
- Circulaire Wallonne du 21 juillet 2016 - Insertion de clauses sociales dans les marchés publics. Obligation d'insérer des clauses sociales dans les marchés publics de travaux (bâtiments) > 1 million d'euros H.T.V.A.
- Circulaire Wallonne du 30 mars 2017 - Insertion de clauses visant à promouvoir la concurrence loyale et à lutter contre le dumping social dans les marchés publics. - Obligation d'utiliser les outils wallons dans tous les marchés publics de travaux à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs wallons régionaux.
- Circulaire Wallonne - marchés publics du 7 septembre 2017- Insertion de clauses sociales dans les marchés publics. Obligation d'insérer des clauses sociales dans les marchés publics de travaux en matière de voiries et d'équipement de zones d'activités économiques > 750.000 € HTVA.

1.4. Jurisprudence

- C.J.C.E., 20 septembre 1988 (GEBROEDERS BEENTJES B.V. C. ÉTAT DES PAYS-BAS), 31/87, *Rec. C.J.C.E.*, 1988, p. 04635.
- C.J.C.E., 26 septembre 2000 (COMMISSION EUROPÉENNE C. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE), C-225.-98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, I-07445.
- C.J.C.E., 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland Oy Ab, anciennement Stagecoach Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne), C-513/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2002 I-07213.
- C.J.C.E., 4 décembre 2003 (EVN AG ET WIENSTROM GMBH C. RÉPUBLIQUE D'AUTRICHE), C-448/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003 I-14527.
- C.J.U.E., 10 mai 2012 (Commission c. Etat des Pays-Bas), C-368/10.

1.5. Autres contributions

- Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, du 4 juillet 2001, COM (2001) 274 final.
- Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés du 15 octobre 2001, COM (2001) 566 final.
- Communication de la Commission, „Contribuer au développement durable : le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce“, 5 mai 2009, COM (2009) 215 final.
- Communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, 16 juillet 2008, COM (2008) 400 final.
- Égalité des femmes et des hommes dans les marchés publics, quelques recommandations, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2007.
- Acheter social, un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, Commission Européenne, 2010.
- Manuel pour l'utilisation de l'analyse des coûts du cycle de vie (ACCV) dans les marchés publics (durables), SPP DD, 2012.
- Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques, Commission Européenne, 3^{ème} édition, 2016.
- Le Guide des Achats durables (<https://guide-desachatsdurables.be>).
- European Tool kit (https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm).

2. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Ce chapitre contient les notions et grands principes à prendre en compte pour l'introduction d'aspects durables dans les marchés publics.

2.1. Marchés publics responsables/durables

Un achat public responsable (ou durable) est un achat, effectué par un pouvoir public, qui intègre des préoccupations non seulement économiques (« meilleur rapport qualité prix »), mais aussi sociales, éthiques et environnementales. Il s'agit de penser autrement la consommation publique, en tenant compte du besoin fonctionnel, de l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes et du cycle de vie du produit ou de la prestation. L'objectif est d'utiliser la consommation publique comme levier pour contribuer à relever de grands défis sociétaux : la réduction du chômage, de la pollution, la lutte contre les changements climatiques, la lutte contre le dumping social, etc. Les acheteurs maximisent ainsi l'impact de chaque euro d'argent public dépensé.

2.2. Catégories de clauses liées au développement durable

Le développement durable ne se résume pas à l'environnement. La thématique des achats publics responsables est avant tout un processus d'achat, allant de l'évaluation des besoins à la participation des usagers, en visant à réduire les impacts environnementaux, à améliorer de façon progressive et continue les conditions de travail, tout en soutenant une économie porteuse de sens, innovante et compétitive en garantissant une participation du plus grand nombre.

Il existe trois principaux types de clauses en lien avec le développement durable. Celles-ci sont développées ci-après.

2.2.1. Les clauses environnementales

Les clauses environnementales sont des stipulations qui permettent de prévenir/limiter les effets négatifs ou encourager les effets positifs sur le sol, l'air, l'eau et/ou la biodiversité, de réduire la consommation de ressources naturelles ou d'énergie, de prévenir et valoriser les déchets et, d'une façon générale, d'éviter ou limiter les atteintes à l'environnement. Ces stipulations peuvent concerner les fournitures, services et travaux tout au long de leur cycle de vie.

Ces clauses intègrent généralement des préoccupations variées, telles que l'utilisation de techniques ou de produits non polluants et respectueux de l'environnement (faible consommation en énergie, faible émission de gaz à effet de serre, etc.), l'intégration de matériaux recyclés ou recyclables, la réduction des déchets, etc.

Des clauses environnementales peuvent être insérées dans tous les types de marchés publics (fournitures, services et travaux), quel que soit le mode de passation ou l'estimation du montant du marché. Les principaux marchés pour lesquels des clauses environnementales peuvent être intégrées sont notamment :

- Construction (construction ou rénovation de bâtiments, voiries, infrastructures, ...)
- Nettoyage ;
- Alimentation et catering ;
- Matériel informatique ;
- Matériel électroménager ;
- Véhicules ;
- Électricité ;
- Espaces verts ;
- Matériel de bureau (ameublement, fournitures, papier, ...)
- Vêtements de travail ;
- Services d'impression ;
- ...

La pertinence de l'insertion de clauses environnementales dans un marché de services relatifs à des prestations intellectuelles doit s'évaluer au cas par cas.

2.2.2. Les clauses sociales

Ces clauses ont un objectif de politique sociale qui contribue directement au bien-être de la collectivité. Celles-ci peuvent notamment avoir des visées socioprofessionnelles (promouvoir la formation, l'insertion et/ou l'intégration de demandeurs d'emplois, apprenants, travailleurs handicapés, etc.), lutter contre la discrimination (sur base du genre, de l'origine ethnique, etc.), ou encore favoriser l'accessibilité de l'infrastructure à toutes personnes (en particulier aux moins valides).

Les clauses sociales peuvent être intégrées principalement dans les marchés de travaux et éventuellement de services, mais plus rarement dans les marchés de fournitures.

Concernant les marchés de services, les prestations suivantes sont plus particulièrement propices à l'insertion de clauses sociales :

- Réalisation et entretien d'espaces verts ;
- Restauration événementielle ou régulière, repas scolaires et exploitation des restaurants d'entreprise ;
- Collecte, gestion et traitement des déchets ;
- Imprimerie ;
- Publipostage et routage ;
- Archivage électronique.

Concernant les marchés de travaux, on peut citer pour exemple :

- Construction de bâtiments ;
- Rénovation de bâtiments ;
- Travaux de voirie, pavages ;
- Démolition de bâtiments ;
- ...

Les principales clauses sociales développées en Wallonie sont des clauses à visée socioprofessionnelle. Elles sont au nombre de trois :

- clause de réservation de marché à l'ESI (économie sociale d'insertion) ;
- clause de formation ;
- clause flexible.

Cette liste ne se veut pas exhaustive. Le pouvoir adjudicateur est donc libre de viser d'autres objectifs de politiques sociales.

2.2.3. Les clauses éthiques

Les clauses éthiques sont des stipulations visant à acquérir des fournitures, à bénéficier de services ou travaux dans des conditions jugées justes et humaines. Les clauses éthiques visent à promouvoir des conditions de travail décentes tant au niveau de la chaîne d'approvisionnement des produits qu'au niveau des conditions de réalisation des services ou travaux¹.

Les clauses éthiques permettent de poursuivre un objectif complémentaire à celui des clauses sociales auxquelles elles sont parfois assimilées. Elles peuvent être distinguées des clauses sociales en ce qu'elles tendent à favoriser les comportements vertueux en lien avec des produits ou services, généralement réalisés en dehors du territoire belge. Elles peuvent notamment permettre l'application de règles en droit du travail qui apparaissent fondamentales, dans des pays où de telles législations n'existent pas, ou ne sont pas bien respectées.

En pratique, les clauses éthiques les plus fréquentes sont :

- **Les clauses favorisant le commerce éthique**, c'est-à-dire un commerce qui assure que les conditions au sein d'une chaîne de production rencontrent les standards de base minimum pour éradiquer les pires formes de travail qui exploitent la main d'œuvre, comme le travail des enfants, le travail forcé, les ateliers clandestins. Ces clauses imposent généralement le respect des conventions fondamentales de l'OIT au sein de la chaîne d'approvisionnement.

Des clauses de commerce éthique sont particulièrement pertinentes dans les secteurs où la production de fournitures ou encore la réalisation des services est effectuée à l'étranger, notamment pour les marchés suivants :

- Vêtements de travail ;
- Matériel TIC (ordinateurs, téléphones, ...)
- Alimentation et catering ;
- Services informatiques (développement de sites internet, de programmes, ...)
- Construction (pour les matériaux tels que les pierres naturelles, ...)
- ...
- **Les clauses favorisant le commerce équitable**. Le commerce équitable est un partenariat commercial juste, basé sur le dialogue, la transparence et le respect, qui vise plus d'équité dans le commerce international. Les critères du commerce équitable, tels que définis par le mouve-

¹ Circulaire wallonne du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons.

ment du commerce équitable, et repris dans une Communication de la Commission européenne du 5 mai 2009² sont beaucoup plus spécifiques que ceux du commerce éthique, et comprennent notamment : un prix équitable pour le producteur, des relations stables et de long terme, la transparence de traçabilité tout au long de la chaîne d'approvisionnement, le respect de l'environnement, le respect des droits fondamentaux des travailleurs, etc.

Des clauses de commerce équitable sont particulièrement pertinentes dans les secteurs suivants :

- Alimentation (café, fruits et légumes, chocolat, snacks, ...)
 - Vêtements de travail (coton) ;
 - ...
- **Les clauses de lutte contre le dumping social.** Le dumping social est « une notion qui recouvre un large éventail de pratiques abusives intentionnelles et le contournement de la législation sociale européenne et nationale en vigueur (y compris les dispositions législatives et les conventions collectives d'application générale), qui permettent le développement d'une concurrence déloyale en minimisant de façon illégale la charge salariale et les frais de fonctionnement et aboutit à des violations des droits des travailleurs et à l'exploitation des travailleurs »³. Contrairement aux clauses de commerce éthique, elles ne portent pas sur la chaîne d'approvisionnement, puisqu'elles visent à garantir le respect des droits des travailleurs lors de l'exécution du marché en Belgique. Elles imposent des obligations directes aux adjudicataires et leurs sous-traitants afin de garantir le respect des dispositions de droit social ou du travail applicables et garantir de bonnes conditions de travail.

Ces clauses sont particulièrement pertinentes notamment dans les secteurs sensibles à la fraude suivants⁴ :

- Construction ;
- Gardiennage ;
- Nettoyage ;
- ...

En Wallonie, des outils spécifiques ont été développés pour le secteur de la construction. Ils sont téléchargeables sur le Portail des marchés publics (<https://marchespublics.wallonie.be>).

2.3. **Clauses environnementales, sociales et éthiques imposées**

L'intégration de clauses sociales, environnementales et éthiques repose la plupart du temps sur un processus volontaire. Il arrive cependant que la législation ou des circulaires en imposent l'intégration, pour certains types de marché :

a. **Clauses environnementales liées à la performance énergétique**

L'article 168 §2 de la loi du 17 juin 2016 contient l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, des régions et des communautés de n'acquiescer que des produits, services et bâtiments à haute performance énergétique pour les marchés au-dessus du seuil de publicité européenne.⁵ La liste des produits, services et bâtiments est déterminée par l'arrêté royal du 13 juillet 2014 relatif aux exigences d'efficacité énergétique dans le cadre de certains marchés publics et contrats de concession portant sur l'acquisition de produits, de services et de bâtiments. Sont visés tous les marchés ayant pour objet un bien ayant une incidence sur la consommation d'énergie pendant son utilisation⁶.

b. **Label « energy star » pour le matériel de bureau (clause environnementale)**

L'Union européenne impose, par voie de règlement⁷, l'intégration d'exigences d'efficacité éner-

2 Communication de la Commission, « Contribuer au développement durable : le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce », 5 mai 2009, COM (2009) 215 final.

3 Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne (2015/2255(INI)).

4 Article 35/1 de la Loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

5 L'article 168 ne s'applique qu'aux marchés publics, concours et accords-cadres qui tombent dans le champ d'application du titre 2 de la loi donc les secteurs classiques.

6 Arrêté royal du 13 août 2011 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie.

7 Règlement (CE) 106/2008 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 concernant un programme communautaire d'étiquetage relatif à l'efficacité énergétique des équipements de bureau, article 6.

gétique qui soient au moins aussi strictes que les spécifications communes du label « energy star » pour tout le matériel d'équipement de bureau, lorsque le montant du marché est supérieur au seuil de publicité européenne.

c. Intégration de méthode de calcul du cout du cycle de vie dans l'achat de véhicule

L'arrêté royal du 20 décembre 2010 relatif à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie dans le cadre des marchés publics⁸ impose à tout pouvoir adjudicateur d'intégrer l'incidence énergétique et environnementale des véhicules pendant toute leur durée de vie, lors de la passation de marchés publics de véhicules. Cette disposition ne s'applique cependant que lorsque le marché dépasse le seuil de publicité européenne⁹. L'arrêté royal contient une méthode de calcul de ces externalités.

d. Intégration de clauses sociales visant à l'accessibilité des personnes handicapées

L'article 53 §1^{er} alinéas 3 et 4 de la loi du 17 juin 2016 précise que « pour tous les marchés publics destinés à être utilisés par des personnes physiques, qu'il s'agisse du grand public ou du personnel du pouvoir adjudicateur, les spécifications techniques sont élaborées, sauf dans des cas dûment justifiés, de façon à tenir compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou de la notion de conception pour tous les utilisateurs ».

Par ailleurs, lorsque des exigences d'accessibilité contraignantes ont été arrêtées par un acte juridique de l'Union européenne, les spécifications techniques sont définies par référence à ces normes en ce qui concerne les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la notion de conception pour tous les utilisateurs¹⁰.

e. Clauses sociales dans les marchés publics de travaux pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux

La circulaire wallonne du 21 juillet 2016 relative à l'insertion de clauses sociales dans les marchés

publics impose aux pouvoirs adjudicateurs régionaux l'intégration de clauses sociales pour tous leurs marchés de travaux de bâtiments dont le montant est supérieur ou égal à 1.000.000€ HTVA. Seuls les pouvoirs adjudicateurs régionaux sont concernés par cette obligation, c'est-à-dire la Région wallonne, les Organismes d'intérêt public et les institutions qui en dépendent.

Par ailleurs, la circulaire wallonne du 7 septembre 2017 relative à l'insertion de clauses sociales dans les marchés publics de travaux de voiries et d'équipement de zones d'activités économiques impose aux pouvoirs adjudicateurs régionaux l'intégration de clauses sociales dans les marchés de travaux de voiries d'un montant supérieur ou égal à 750.000€ HTVA.

f. Clauses de lutte contre le dumping social dans les marchés de travaux des pouvoirs adjudicateurs régionaux

La circulaire wallonne du 30 mars 2017 relative à l'insertion de clauses visant à promouvoir la concurrence loyale et à lutter contre le dumping social dans les marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs régionaux l'insertion de clauses approuvées par le Gouvernement wallon visant à lutter contre le dumping social. L'ensemble des marchés de travaux est concerné, quel que soit leur montant. Seuls les pouvoirs adjudicateurs régionaux sont concernés par cette obligation, c'est-à-dire la Région wallonne, les Organismes d'intérêt public et les institutions qui en dépendent.

2.4. Principes généraux

Pour les marchés publics responsables comme pour tout autre marché, il convient de toujours respecter les principes généraux issus du droit européen applicables aux marchés publics ainsi que le droit de la concurrence et les règles européennes de libre circulation des services et des travailleurs. Ces règles s'appliquent pour tous les marchés publics, quel que soit leur montant ou le type de procédure de passation.

Parmi ces grands principes, retenons en particulier les suivants :

⁸ Cet arrêté royal transpose la Directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie.

⁹ Article 11 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

¹⁰ Article 53§1^{er} alinéa 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

2.4.1. Les principes d'égalité, de non-discrimination et de concurrence

Les soumissionnaires/candidats doivent être traités avec égalité tout au long de la procédure des marchés publics. Il est impératif de veiller à ce qu'aucune clause ou critère ne puisse conduire à une discrimination, qui favoriserait ou défavoriserait indûment certains opérateurs économiques, réduisant ainsi la concurrence ou créant des distorsions de concurrence. Pour mieux comprendre cette notion dans le cadre des marchés publics responsables, il convient de se référer à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Celle-ci considère comme discriminatoire en raison de la nationalité, une condition qui ne pourrait être remplie que par les soumissionnaires nationaux ou bien qui serait plus difficile à remplir par des soumissionnaires provenant d'autres États membres (CJCE, C-31/87, 20 septembre 1988, Beentjes, point 30). Le principe de non-discrimination va au-delà du critère de la nationalité et exige une stricte égalité de traitement entre tous les candidats/soumissionnaires dans tous les aspects de la procédure de passation du marché. Toutefois, **un critère spécifique n'est pas forcément discriminatoire au motif que seul un petit nombre de soumissionnaires potentiels sont à même d'y satisfaire**¹¹. La question du caractère discriminatoire doit être analysée au cas par cas.

2.4.2. Le respect du droit environnemental, social et du travail

Ce principe général est introduit par l'article 7 de la loi du 17 juin 2016. Il prévoit que tout opérateur économique intervenant dans le cadre d'un marché est tenu de respecter et de faire respecter par ses sous-traitants toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit international, européen, national, ou les conventions collectives de travail. Le non-respect de ces obligations a en effet souvent pour conséquence de fausser la concurrence, en particulier en cas de manquement grave. Ce principe général est applicable tout le long de la procédure de marché public : lors de la passation (au stade des causes d'exclusion facultative, critère de sélection, analyse des prix anormalement bas), mais aussi lors de l'exécution, puisque le non-respect peut donner lieu si nécessaire à l'application de sanctions prévues en cas de manquement aux clauses du marché.

11 CJUE du 17 septembre 2002 dans l'affaire C-513/99 (Concordia Bus), points 85 et 86.

12 Article 15 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

2.4.3. Le principe de proportionnalité

Toute clause du cahier spécial des charges, ou toute autre mesure doit être proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi (en ce compris les objectifs environnementaux, sociaux et éthiques). Ce principe est applicable aussi bien lors de la phase de passation (définition des spécifications techniques, sélection qualitative,...) que d'exécution d'un marché public (par exemple lors de l'application de sanctions).

2.4.4. Marchés réservés

La législation offre la possibilité, pour un pouvoir adjudicateur, de réserver un marché à l'économie sociale¹². Concrètement, seules les entreprises qui s'intègrent dans une démarche d'insertion socioprofessionnelle répondant à certaines prescriptions légales pourront remettre une offre. La réservation de marché est considérée comme une clause sociale, pour laquelle des outils spécifiques ont été développés en Wallonie. Ce point est développé au chapitre 5 « Marchés réservés et sélection des soumissionnaires ».

2.5. Intégration des clauses dans le cahier spécial des charges

Les clauses environnementales, sociales et éthiques peuvent être intégrées à différents endroits du cahier spécial des charges. Le tableau ci-dessous résume les possibilités d'intégration de ces clauses. Les chapitres suivants complètent et précisent ce tableau.

	Objet du marché	Choix des participants	Spécifications techniques	Critères d'attribution	Conditions d'exécution
Clauses environnementales	Lien avec objet du marché	Sélection qualitative Motifs d'exclusion	Spécifications techniques environnementales (label possible)	Critère d'attribution environnemental (Label possible)	Condition d'exécution environnementale
Clauses sociales	Lien avec objet du marché	Réservation de marché/lot	Conception et usage pour tous	Critère d'attribution social	Clause sociale d'insertion socio-professionnelle
Clauses éthiques (En ce compris de lutte contre le dumping social)	Lien avec objet du marché	Motifs d'exclusion Sélection qualitative	/	Critère d'attribution éthique (label commerce équitable possible)	Lutte contre dumping social Commerce éthique Commerce équitable (label possible)

3. PRÉPARATION DU MARCHÉ

Inscrire un marché dans une démarche responsable demande une préparation qui commence avant même la rédaction d'un cahier spécial des charges. Différentes étapes pourront être nécessaires afin de bien prendre en compte les impacts environnementaux, sociaux et éthiques de son marché.

3.1. Définir son besoin

Avant de lancer la procédure d'achat, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déjà prendre en compte l'impact environnemental et identifier la plus-value sociale d'un achat en définissant son besoin de manière adéquate. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur peut consulter des utilisateurs internes ou finaux pour déterminer notamment si le volume de la commande ou les spécifications techniques ne doivent pas être revus.

Exemple

Une photocopieuse multifonction connectée au réseau peut s'avérer suffisante dans un service plutôt qu'une imprimante individuelle dans chaque bureau. L'impact environnemental en sera bien moindre (moins de consommation d'énergie, utilisation moindre des ressources, économies d'argent).

3.2. Consultation du marché

En vertu de l'article 51 de la loi du 17 juin 2016, les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser des consultations du secteur économique en vue de **préparer la passation du marché** (et ainsi se tenir au courant des innovations et évolutions en matière de produits et de techniques) et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et exigences. A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander ou accepter les avis d'organismes publics/privés, d'acteurs du marché ou d'experts indépendants. Cette consultation doit avoir lieu avant qu'une procédure de passation ne soit entamée, **et ne peut pas consister en une forme de pré-négociation avec certains opérateurs économiques**. Elle ne peut pas avoir pour effet de fausser la concurrence et d'entraîner une violation des principes de non-discrimination et de transparence.

Conseil

Renseignez-vous auprès des entreprises pour connaître les techniques innovantes et plus respectueuses de l'environnement. Vérifiez s'il existe des entreprises d'économie sociale susceptibles de pouvoir répondre à votre cahier spécial des charges avant d'envisager une clause de réservation de marché.

Il arrive également qu'un potentiel candidat/soumissionnaire conseille le pouvoir adjudicateur lors de la rédaction de son cahier des charges, voire participe à la rédaction.

Si tel est le cas et conformément à l'article 52 de la loi du 17 juin 2016, le pouvoir adjudicateur doit prendre des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire (avec consignation des mesures pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de publicité européenne).

Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

Cet article, en son paragraphe 2, précise que l'entreprise qui a participé à la préparation de la passation ne peut être exclue de la procédure que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement. Toutefois, avant de pouvoir être exclu, le candidat ou soumissionnaire reçoit la possibilité de prouver au moyen d'une justification écrite et endéans un délai d'au moins 12 jours à compter de la demande écrite du pouvoir adjudicateur, que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence.

4. OBJET DU MARCHÉ

L'objet du marché consiste en une description de ce qui sera couvert par le marché public. Il s'agit du besoin de l'acheteur. Il est librement décrit par le pouvoir adjudicateur dans le respect des principes généraux des marchés publics, à savoir l'interdiction de la limitation de la concurrence et le respect des principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination dans ses contacts avec les opérateurs économiques.

L'ensemble des clauses décrites ci-après doivent toujours être en lien avec l'objet du marché, que ce soit dans le cadre des spécifications techniques (article 53§1 de la loi du 17 juin 2016), des critères d'attribution (article 81§3 de ladite loi) ou des conditions spéciales relatives à l'exécution (article 87 de ladite loi).

Cela implique qu'il n'est pas possible d'exiger, dans le cadre des clauses environnementales, sociales et éthiques, des prestations qui excèdent le champ de l'objet du marché notamment par leur durée, leur quantité, ou leur nature.

Exemple 1

Dans le cadre de l'affaire C-448/01 (EVN et Wienstrom), l'Autriche souhaitait s'approvisionner en électricité produite à partir d'énergies renouvelables. Elle avait, pour ce faire, formulé un critère d'attribution attribuant des points pour la quantité d'énergie produite à partir d'énergie renouvelable, exigeant des soumissionnaires qu'ils produisent un minimum dépassant la consommation prévisible dans le cadre du marché (donc l'objet du marché). La Cour a considéré que prendre en compte des quantités d'énergie dépassant celles consommées par le pouvoir adjudicateur ne pouvait être considéré comme lié à l'objet du marché¹³.

Exemple 2

Dans le cadre d'une clause sociale de formation, impliquant la prise en charge d'un stagiaire par l'adjudicataire, il n'est pas possible d'exiger la formation de stagiaire pour une durée supérieure à la durée du marché, ou pour des prestations qui ne sont pas liées à celles visées dans le cadre de l'exécution du marché. De la même manière, il n'est pas possible pour les entreprises de valoriser la prise en compte

d'un stagiaire à l'occasion d'autres prestations que celles visées par le marché.

Il est par ailleurs nécessaire d'introduire la dimension environnementale, sociale ou éthique dans la description de l'objet du marché. La mise en œuvre de cet objet sera quant à elle précisée dans les spécifications techniques, les critères de sélection qualitative, les critères d'attribution et/ou les conditions d'exécution selon le cas. Cela a pour but de consacrer le lien entre l'objet du marché et une spécification technique, un critère d'attribution ou une condition spéciale d'exécution ayant un caractère environnemental, social ou éthique. Le pouvoir adjudicateur précise ainsi qu'il poursuit, à travers son marché, un ou des objectifs complémentaires à la simple réalisation de travaux, prestations de service ou livraisons de fournitures.

Exemple : en cas de clause sociale

« Le présent marché a vocation à poursuivre une politique sociale d'insertion et d'intégration socioprofessionnelle de demandeurs d'emploi ou de personnes handicapées. Son exécution doit être effectuée conformément à cette préoccupation d'ordre social ».

Exemple : en cas de clause environnementale

« <Le pouvoir adjudicateur> s'intègre dans une démarche de développement durable et souhaite que l'empreinte écologique soit minimisée lors de l'exécution du présent marché ».

Exemple : en cas de clause éthique

Dans le cadre d'un marché de fournitures de vêtements de travail dans le respect des Conventions fondamentales de l'OIT, indiquer : « Le présent marché a également pour objet la promotion des droits fondamentaux des travailleurs à travers le monde. C'est pourquoi les vêtements de travail fournis lors de l'exécution de ce marché devront être fabriqués et commercialisés dans des conditions de travail respectueuses des droits fondamentaux des travailleurs ».

Mentionner l'intégration de clauses environnementales, sociales et éthiques dans l'objet du marché

¹³ C.J.C.E., 4 décembre 2003 (EVN AG et Wienstrom GmbH c. République d'Autriche), C-448/01, point 67.

permet également d'attirer l'attention des soumissionnaires sur l'importance que revêt cet aspect pour le pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur peut également, **dans l'intitulé du marché**, mentionner les préoccupations environnementales, sociales ou éthiques dont il entend tenir compte à l'occasion de l'exécution du marché considéré afin d'attirer l'attention des soumissionnaires sur l'importance que le pouvoir adjudicateur accorde au caractère durable du marché.

Exemple : en cas de clause environnementale, sociale et éthique

« Marché de travaux de (...) et tenant compte de préoccupations de développement durable. »

Exemple : en cas de clause sociale

« Marché de travaux (...) et visant à la formation de personnes éloignées de l'emploi. »

Exemple : en cas de clause éthique

« Marché d'achat de fournitures de café respectueux des droits des producteurs. »

5. MARCHÉS RÉSERVÉS ET SÉLECTION DES SOUMISSIONNAIRES

5.1. Marchés/lots réservés (clause sociale)

5.1.1. Réserve de l'accès à la procédure de passation

L'article 15 de la loi du 17 juin 2016 permet aux pouvoirs adjudicateurs de réserver l'accès au marché à « des ateliers protégés » (communément appelé en Belgique « entreprises de travail adapté ») et opérateurs économiques « dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées ».

Par personnes défavorisées, il faut entendre les demandeurs d'emploi, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons.¹⁴

Dans des conditions de concurrence normale, ces opérateurs économiques pourraient en effet difficilement être en mesure de remporter des marchés publics. Leur réserver l'accès à la procédure de passation permet dès lors de favoriser leur participation et valoriser leurs activités.

La législation émet cependant une condition : l'accès peut être réservé à ces opérateurs économiques pour autant qu'ils comptent au moins 30% de travailleurs handicapés ou défavorisés au sein de leur personnel.

En Belgique, les entreprises qui répondent, par principe, actuellement à cette exigence sont les « entreprises d'économie sociale d'insertion », dites EESI, dont les conditions sont reprises à l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi. En effet, la réglementation permet au pouvoir adjudicateur de se référer à un type/une terminologie spécifique d'opérateur économique ou atelier protégé, légalement encadré.

Sont comprises sous le vocable « entreprises d'économie sociale d'insertion », les entreprises agréées par l'autorité régionale suivantes :

- Les ETA (entreprises de travail adapté) ;
- Les EI (entreprises d'insertion) ;
- Les EFT (entreprises de formation par le travail).

Doivent également être acceptées, les entreprises non désignées comme « entreprise d'économie sociale d'insertion » mais répondant aux conditions équivalentes et ce, afin de garantir la non-exclusion d'ateliers, programmes, opérateurs provenant d'autres Etats membres.

Un marché peut être réservé aux EESI quel que soit le montant estimé dudit marché. Cependant, une limite doit toutefois être appliquée pour les marchés de travaux : les EESI actives dans le secteur doivent, comme les entreprises classiques, disposer d'une agréation déterminant leur classe (classement selon le montant) et leur catégorie (classement selon le type de travaux). Pour chaque catégorie, les entreprises agréées sont réparties en 8 classes. Actuellement en Wallonie et à Bruxelles, les entreprises d'économie sociale sont majoritairement agréées en classe 1, ce qui signifie que ces entreprises ne peuvent se voir confier que des travaux pour un montant à approuver maximal de 135.000 € HTVA qui correspond au maximum de la valeur des travaux pouvant être exécutés par une entreprise de travaux agréée en classe 1.

En cas de marchés de travaux, la réservation de marché n'est donc pas conseillée pour des marchés dépassant le montant de 135.000€ HTVA.

Conseil

Pour connaître les entreprises d'économie sociale d'insertion à même de répondre à ses besoins, le pouvoir adjudicateur peut consulter l'annuaire de l'«ES Préférences » mis en ligne par une fédération d'entreprises d'économie sociale (<http://www.saw-b.be>). Cet annuaire recense près de 800 entreprises d'économie sociale classées par secteurs d'activité, agréments, provinces et statuts.

À noter qu'il est vivement conseillé au pouvoir adjudicateur de prévoir des délais d'exécution un peu plus longs que ceux habituellement dédiés à l'exécution du type de marché considéré afin de permettre au processus d'insertion et de formation de prendre place sur le chantier.

¹⁴ Directive 2014/24/UE du parlement et du conseil sur la passation des marchés publics du 26 février 2014, considérant 36.

5.1.2. Réserve d'un lot du marché

Conformément à l'article 58 de la loi du 17 juin 2016, le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché sous la forme de lots distincts. Si le montant estimé du marché atteint 144.000 euros HTVA, tous les pouvoirs adjudicateurs **doivent envisager** l'allotissement¹⁵.

En vertu de la combinaison des articles 58 et 15 de la loi du 17 juin 2016, il est également possible de réserver l'accès d'un ou plusieurs lots aux entreprises d'économie sociale d'insertion et ce, quel que soit le montant¹⁶.

On parle de « **clause de réserve de lots** ».

La même limite doit être appliquée pour la réserve de lots (v. infra). En cas de marchés de travaux, celle-ci n'est pas conseillée pour des lots dépassant le montant de 135.000 euros HTVA.

Conseil

Des modèles de clauses de réserve de marchés (ou de lots) spécifiques aux marchés de travaux ont été élaborés par le Service Public de Wallonie. Ils sont disponibles sur le Portail des marchés publics de Wallonie (<https://marchespublics.wallonie.be>).

5.2. Motifs d'exclusion

Les motifs d'exclusion visent à exclure de la procédure de passation d'un marché public les opérateurs économiques qui ont eu un comportement de nature à jeter le discrédit sur leur honorabilité professionnelle ou leur aptitude économique ou financière à mener à bien les travaux, fournitures ou services couverts par le marché public auquel ils soumissionnent.¹⁷ Ces motifs d'exclusion sont énumérés exhaustivement dans la loi du 17 juin 2016. L'exclusion est soit obligatoire¹⁸ soit facultative¹⁹. Pour être tout à fait complet, il existe également un motif d'exclusion obligatoire relatif aux dettes sociales et fiscales qui ne sera pas abordé dans le

cadre de cette note au vu de la non-pertinence.

5.2.1. Motifs d'exclusion obligatoire

La loi du 17 juin 2016 prévoit en son article 67 qu'un pouvoir adjudicateur doit exclure, à tout stade de la procédure, un soumissionnaire ou candidat qui aurait fait l'objet d'une condamnation passée en force de chose jugée, pour une série d'infractions sauf si des mesures correctrices ont été prises, conformément à l'article 70 de ladite loi. Ces infractions et leurs références dans le code pénal sont précisées dans l'article 61 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Certaines d'entre elles concernent des préoccupations d'ordre éthique, telles que le travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains²⁰. En cas d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, le pouvoir adjudicateur doit exclure le soumissionnaire ou candidat, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée et ce, dès l'instant où cette infraction a été constatée par une décision administrative ou judiciaire. Ces causes d'exclusion obligatoire sont également applicables si une condamnation définitive a été prononcée à l'encontre d'un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire, ou une personne détenant un pouvoir de représentation, décision ou contrôle en son sein. Les pouvoirs adjudicateurs ne sont toutefois pas obligés, pour les marchés soumis à la publication belge, de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef de ces derniers²¹.

5.2.2. Motifs d'exclusion facultative

L'article 69, 1° et 3° de la loi de 2016 contient les motifs sur base desquels les pouvoirs adjudicateurs **peuvent**, à quelque stade de la procédure de passation, exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation à une procédure pour autant qu'aucune mesure correctrice n'ait été prise conformément à l'article 70 de ladite loi. Parmi ces motifs d'exclusion facultatifs, certains correspondent à des comportements antérieurs qu'un opérateur économique pourrait avoir eu ayant des implications environnementales, sociales et éthiques :

15 Article 11, 2° de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Le montant est revu tous les 2 ans au 1^{er} janvier des années paires.

16 Au sens de l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998.

17 CJCE., C-213/07 du 16 décembre 2008 point 42.

18 Le pouvoir adjudicateur doit, à défaut de mesures correctrices suffisantes, exclure le soumissionnaire qui fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions énumérées à l'article 67 de la loi précitée.

19 La vérification de l'ensemble des motifs d'exclusion est obligatoire mais l'exclusion est facultative. Le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas exclure le soumissionnaire moyennant motivation.

20 Article 67, §1, al 1, 6° de la loi du 17 juin 2016 et article 61, al 1, 6° de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

21 Article 67 al.6 de la loi du 17 juin 2017.

a. Manquement à des obligations en matière de droit environnemental, social et du travail

Conformément à l'article 69, al.1, 1° de la loi du 17 juin 2016, le pouvoir adjudicateur peut exclure un candidat ou soumissionnaire de la procédure de passation s'il peut **prouver par tout moyen approprié qu'il a manqué à ses obligations en matière de droit environnemental, social et du travail**. Le manquement doit être intervenu dans les 3 ans avant la procédure.

Exemple – motif d'ordre environnemental

Un soumissionnaire peut être exclu s'il apparaît qu'il a violé les règles en matière de gestion, transport et tri des déchets, qu'il a rejeté des polluants atmosphériques sans disposer d'autorisation, n'a pas respecté les normes de bruit, etc., dans le cadre d'un marché précédent. La preuve pourrait être apportée par la constatation de pénalités non contestées lors d'un marché précédent, ou de sanctions administratives.

Exemple – motif d'ordre social (dumping social)

Un soumissionnaire pourrait être exclu si lui, ou l'un de ses sous-traitants, a recouru à un détachement de travailleurs en violation des règles sociales, à du travail au noir, qu'il a violé les règles de sécurité des travailleurs (pas de port du casque sur un chantier par exemple). Le principe de proportionnalité doit ici aussi être respecté. La preuve peut être apportée par un procès-verbal, dressé par un fonctionnaire dirigeant ou par un inspecteur social, qui a donné lieu à des sanctions.

b. Faute professionnelle grave

Le candidat ou soumissionnaire qui a commis une **faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité** peut également être exclu²². Cette faute peut être démontrée par le pouvoir adjudicateur par tout moyen approprié.

Exemple

Une entreprise dans laquelle des accidents du travail se produisent à répétition suite à des négligences de l'employeur quant au respect

des règles de sécurité pourrait être exclue de la procédure de marché public.

Exemple – clause éthique (convention OIT)

Sur cette base, un pouvoir adjudicateur pourrait exclure des produits provenant d'un fournisseur ou d'une marque déterminée, s'il apparaît que ceux-ci ont été produits en violation des droits fondamentaux des travailleurs et des conventions fondamentales de l'OIT. La preuve pourrait être apportée par tout moyen approprié²³.

Il importe de bien énoncer les causes d'exclusions qui pourront être appliquées aux sous-traitants et leurs modalités de preuve dans le cahier spécial des charges, tout en combinant les différentes hypothèses d'exclusion (par exemple, distinguer ce qui relève de la faute professionnelle grave d'autres choses).

5.2.3. Mesures correctrices

Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations d'exclusion obligatoire ou facultative peut cependant fournir la preuve qu'il a pris des mesures correctrices pour démontrer sa fiabilité, conformément à l'article 70 de la loi de 2016. Si cela est considéré comme suffisant par le pouvoir adjudicateur, il n'y a pas d'exclusion.

5.2.4. Moyens de preuve et vérification

Pour les marchés dont le montant estimé atteint les seuils de publicité européenne, le Document Unique de Marché Européen (DUME) vaut déclaration explicite sur l'honneur et permet de démontrer que les candidats ou soumissionnaires ne sont pas concernés par les motifs d'exclusion obligatoire et facultative visés par les articles 67 et 69 de la loi de 2016 et qu'ils satisfont aux critères de sélection qualitative.

Le pouvoir adjudicateur peut cependant exiger d'autres moyens de preuves pour vérifier l'absence de motifs d'exclusion (et critères de sélection), et demander des justificatifs au soumissionnaire. Certains de ces justificatifs sont énumérés dans la législation²⁴.

22 Article 69, 3° de la loi du 17 juin 2016.

23 Il n'existe pas encore de jurisprudence pour appuyer cette thèse (moyen approprié).

24 Article 72 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

5.3. Critères de sélection

5.3.1. Notions/considérations générales

Les critères de **sélection** concernent l'analyse de l'aptitude, des capacités économiques et financières, et des capacités techniques/professionnelles des candidats ou soumissionnaires à exécuter un marché spécifique²⁵.

Ces critères ne portent pas en tant que tels sur l'objet même du marché, mais doivent cependant être en lien avec l'objet du marché, et proportionnés à celui-ci. Autrement dit, la phase de sélection vise à vérifier si le prestataire possède les capacités intrinsèques en termes de moyens financiers, humains et techniques/professionnels pour réaliser le marché concerné²⁶. Il s'agit d'un filtre : si un soumissionnaire ne remplit pas les conditions énoncées dans les critères de sélection, il doit être considéré comme « incapable » ou « inapte » à exécuter le marché.

Conseil

D'un point de vue pratique, il est recommandé de bien évaluer l'ampleur des critères de sélection car un soumissionnaire qui ne répond pas à ces critères doit être écarté. Dès lors, en fixant des critères de sélection trop sévères, les risques sont

- rendre la concurrence insuffisante voire même qu'aucun candidat ne puisse répondre aux exigences de la phase de sélection qualitative ;
- rendre les marchés inaccessibles aux jeunes entreprises innovantes.

L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précise les modalités d'intégration de critères de sélection (articles 65-74) :

- Les critères de sélection et les moyens de preuve acceptables doivent être indiqués dans l'avis de marché, ou en son absence,

dans les documents de marché (sauf en cas de procédure négociée sans publicité préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne²⁷, à défaut de disposition contraire dans les documents du marché)²⁸.

- Les critères doivent être assortis d'un niveau d'exigence qui doit être proportionné à l'importance et à la complexité du marché (sauf si le critère utilisé ne s'y prête pas, auquel cas un autre critère de même type permettant la fixation d'un niveau d'exigence doit être prévu)²⁹.
- Chaque critère et son niveau d'exigence doivent être formulés de manière suffisamment précise pour permettre de sélectionner les candidats ou soumissionnaires. Le candidat et/ou soumissionnaire doit en effet pouvoir, à la lumière des exigences du pouvoir adjudicateur, apprécier si le marché le concerne ou non et déposer sa candidature/ offre en pleine connaissance de cause³⁰.

Concernant les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. Il peut notamment exiger de l'opérateur économique qu'il dispose d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement.

Remarque : capacité technique et sous-traitance

Le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'exiger que les sous-traitants de l'adjudicataire satisfassent en proportion de leur participation au marché aux critères de sélection qualitative exigés par les documents de marché (capacité financière, économique et technique/professionnelle)³¹.

²⁵ Article 71 al 1 de la loi du 17 juin 2016.

²⁶ Article 71 al. 2 de la loi du 17 juin 2016.

²⁷ Article 11 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

²⁸ Article 65, al. 1 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

²⁹ Article 65, al. 2 et 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

³⁰ Article 65, al. 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

³¹ L'article 12/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics le prévoit explicitement.

5.3.2. Moyens de preuve concernant des aspects du développement durable - capacité technique

La législation énumère de manière exhaustive les différents moyens de preuves que le pouvoir adjudicateur a le droit d'imposer afin de vérifier la capacité technique/professionnelle des soumissionnaires/candidats à exécuter le marché considéré. Parmi ces moyens de preuve énumérés, certains concernent des aspects du développement durable.

a. La liste des travaux, fournitures et services similaires effectués

Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques présentent la liste des principaux marchés effectués au cours des 5 dernières années (pour les travaux) ou des 3 dernières années (pour les fournitures et les services), assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants (pour les travaux uniquement). Afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent également prendre en considération les éléments de preuve relatifs à des travaux/ fournitures/ services pertinents exécutés il y a plus de 5 ans ou 3 ans selon le cas.

Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les marchés exécutés aient des exigences environnementales similaires à celles du marché concerné.

Exemple – clause environnementale

Pour la construction ou la rénovation d'un bâtiment prévoyant de très hautes performances environnementales (comme le standard passif ou à préciser), les critères de sélection pourraient exiger que l'opérateur économique ait réalisé au moins un bâtiment atteignant des performances similaires.

b. La description de l'équipement technique

Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques présentent la liste de leur équipement technique dont ils disposent pour exécuter le marché. Si le cahier spécial des charges prescrit des exigences environnementales, le pouvoir adjudicateur peut s'assurer que les soumissionnaires

disposent bien de l'équipement technique pertinent pour garantir une bonne exécution du marché³².

Exemple – clause environnementale

Dans le cas d'un marché de transport (ou impliquant du transport), les prescriptions du cahier spécial des charges pourraient exiger que les véhicules utilisés soient électriques. Le pouvoir adjudicateur pourra dès lors exiger des opérateurs économiques qu'ils disposent d'un nombre suffisant de véhicules électriques. Ce nombre ne peut cependant excéder le nombre requis dans le cadre de l'exécution du marché, sans quoi le critère de sélection serait disproportionné par rapport à l'objet du marché.

c. L'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement

Les principales incidences environnementales ou éthiques d'un marché n'interviennent pas nécessairement lors de la fourniture du produit ou d'un service déterminé. Elles peuvent avoir lieu en amont, au sein de la chaîne d'approvisionnement du potentiel adjudicataire. La chaîne d'approvisionnement se compose de toutes les étapes de production de l'objet du marché, de l'extraction des matières premières jusqu'à la livraison finale.

Dans la mesure où le cahier spécial des charges contient une clause environnementale ou éthique s'appliquant à l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement, les critères de sélection pourront exiger l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que l'opérateur économique pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché.³³ Le soumissionnaire devra ainsi prouver qu'il est en mesure d'avoir une certaine maîtrise sur les maillons de sa chaîne d'approvisionnement.

Il convient de bien cibler jusqu'où le potentiel adjudicataire doit être en mesure de suivre sa chaîne d'approvisionnement. Tout excès de zèle pourrait en effet être considéré comme une violation du principe de proportionnalité. Le pouvoir adjudicateur devra donc se limiter à des éléments essentiels de la chaîne de production de l'objet du marché (il serait difficile, par exemple, de remonter jusqu'à l'extraction des matières premières).

³² Article 68, §4, 3° de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

³³ Article 68, §4, 4° de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Pour vérifier qu'un système de gestion de la chaîne d'approvisionnement a bien été mis en place, le pouvoir adjudicateur pourra notamment exiger une certification ISO 28000 ou équivalent. Cette norme certifiable prescrit les exigences applicables à un système de management de la sûreté, y compris les aspects cruciaux pour l'assurance sûreté de la chaîne d'approvisionnement.

Exemple – clause éthique

Dans le cadre d'un marché de fournitures de vêtements de travail contenant une clause éthique visant au respect des conventions fondamentales de l'OIT sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement, le critère de sélection pourrait exiger que le soumissionnaire indique quel système de gestion de sa chaîne d'approvisionnement il a mis en place pour l'exécution du marché. Il devrait ainsi être en mesure de pouvoir remonter jusqu'à l'usine où le vêtement a été confectionné, afin de garantir que les droits fondamentaux des travailleurs y sont bien respectés. La production d'un certificat ISO 28.000 (ou équivalent) pourra être exigée.

d. L'indication des titres d'études et professionnels

Les critères de sélection permettent d'exiger certains diplômes, titres d'études ou certificats de formation du personnel qui exécutera les services ou les travaux visés par le marché ou des cadres de l'entreprise³⁴. Parfois cependant, de tels critères sont plus pertinents dans le cadre **des critères d'attribution**. Dans ce cas, il ne pourra être recouru à ce moyen de preuve dans le cadre de la sélection qualitative.

Dans le cadre de marchés publics responsables, de tels titres de formation pourraient être exigés pour garantir que le personnel dispose par exemple d'une connaissance suffisante des techniques environnementales, de la législation sociale qui doit être respectée.

Exemple – clause environnementale

Pour un marché de nettoyage, il peut être exigé au stade des critères de sélection que le personnel ait suivi une formation incluant l'usage raisonné des produits de nettoyage, ou maîtrise des techniques innovantes.

e. L'indication des mesures de gestion environnementale

Le pouvoir adjudicateur peut demander aux opérateurs économiques de mentionner les mesures de gestion environnementale qu'ils pourront appliquer lors de la réalisation du marché (pour les travaux, services, fournitures)³⁵. En pratique, le pouvoir adjudicateur pourra se référer, dans les critères de sélection, à un certificat attestant un système ou norme de gestion environnementale (ou système de management environnemental - SME)³⁶.

Un système de management environnemental est défini comme une « partie du système global de management qui comprend la structure organisationnelle, les activités de planification, les responsabilités, les pratiques, les procédures, les procédés et les ressources nécessaires pour développer, mettre en œuvre, réaliser, analyser et maintenir la politique environnementale, ainsi que pour gérer les aspects environnementaux »³⁷.

Le pouvoir adjudicateur pourra exiger la production de certificats délivrés par des organismes indépendants et attestant que le candidat ou soumissionnaire se conforme à certaines normes de gestion environnementales comme le « système communautaire de management environnemental et d'audit » (EMAS) (règlement 1221/2009 CE) ou à d'autres normes de gestion environnementale fondées sur des normes européennes ou internationales, élaborées par des organismes accrédités, comme le système EN/ISO 14001. Le pouvoir adjudicateur doit également accepter les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres.

Le pouvoir adjudicateur ne doit pas accepter d'autres modes de preuve, à moins qu'un opérateur économique ne prouve qu'il n'avait pas accès

³⁴ Article 68, §4, 6° de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

³⁵ Article 68, §4, 7° de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

³⁶ Article 72, §1 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et article 77 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

³⁷ Article 2, 13) du Règlement (CE) No 1221/2009 du Parlement et du Conseil du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement (CE) no 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE.

à de tels certificats ni la possibilité de se les procurer dans les délais fixés pour des motifs qui ne lui sont pas imputables. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit accepter d'autres preuves des mesures de gestion environnementale, pour autant que l'opérateur économique établisse que ces mesures sont équivalentes à celles requises en vertu du système ou de la norme de gestion environnementale applicable. Autrement dit, le pouvoir adjudicateur doit également accepter une description étayée des mesures appliquées par l'opérateur économique qui permettent d'assurer un niveau de protection de l'environnement équivalent.

Remarque-Différence entre EMAS et ISO 14001

Le système EMAS est le plus complet et le plus rigoureux des SME. Il est disponible uniquement dans l'Union européenne dans la mesure où le cadre d'audit est un règlement européen. EMAS intègre la norme ISO 14001, mais va au-delà. Ce SME énonce une déclaration environnementale avec des objectifs chiffrés et son niveau d'exigences fait de lui un SME de première importance.

Le système ISO 14001 est moins complet et moins rigoureux que le système EMAS. Cependant, le fait qu'il se base sur une norme ISO internationale, le rend disponible dans le monde entier et est par conséquent apprécié par les grands groupes. Ce SME n'atteste pas que ce qui est produit par une entreprise est durable, mais que le management environnemental de cette entreprise s'insère dans une dynamique d'amélioration continue. La certification ISO 14001 établit donc qu'un processus d'amélioration continue est mis en place, alors qu'EMAS permet également de déterminer un niveau de performance.

En Belgique, moins de 75 organismes disposent d'une certification EMAS³⁸ contre 1167 organismes pour ISO 14001.

f. Des échantillons, descriptions ou photographies, ou des certificats de conformité de qualité

En ce qui concerne les produits à fournir, un échantillon, une description ou une photographie de l'objet du marché peut être demandé lors de la phase de sélection.³⁹ L'authenticité de ceux-ci doit pouvoir être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur peut également réclamer des certificats de conformité ou de qualité concernant les fournitures faisant l'objet du marché. Ces certificats doivent être établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents.⁴⁰ Le pouvoir adjudicateur doit reconnaître également les certificats équivalents, mais n'est pas tenu d'accepter d'autres modes de preuve d'assurance de la qualité, à moins que l'opérateur économique établisse qu'il n'était pas en mesure d'obtenir les certificats dans les délais pour des raisons indépendantes de sa volonté.

Ces échantillons et certificats de conformité et de qualité peuvent permettre de garantir que l'opérateur économique est en mesure de livrer des fournitures qui correspondent aux spécifications techniques ou aux conditions d'exécution du marché, et notamment les exigences environnementales ou éthiques. Ceux-ci peuvent être très utiles pour vérifier que les fournitures remplissent certaines exigences environnementales, par exemple en matière de consommation d'énergie, de production biologique, etc. Ils peuvent également permettre de garantir que des mesures ont été prises pour garantir les droits fondamentaux des travailleurs.

Exemple – clause éthique

Pour la fourniture de matériel informatique ou de vêtements de travail, les critères de sélection pourraient exiger un certificat « SA 8000⁴¹ » ou équivalent dans le chef des opérateurs économiques ou de leurs fournisseurs. Ce certificat garantit que les droits fondamentaux des travailleurs ont été respectés.

³⁸ La base de données des organisations enregistrées dans la liste européenne EMAS est disponible via le lien suivant, <http://www.emas-register.eu/search.php?view=base>.

³⁹ Article 68, §4, 11°, a), de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

⁴⁰ Article 68, §4, 11°, b), de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

⁴¹ Pour plus d'informations cfr. p. 50 de la présente note.

6. EXAMEN DE LA RÉGULARITÉ DE L'OFFRE

Lorsque le pouvoir adjudicateur procède à l'examen de la régularité des offres, il est tenu d'exclure toute offre qui ne respecte pas la législation environnementale, sociale ou du travail sanctionnée pénalement⁴². Il s'agit en effet d'une irrégularité substantielle, de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire et entraînant une

distorsion de concurrence⁴³.

Dans les cas où l'offre ne respecte pas la législation environnementale, sociale ou du travail non sanctionnée pénalement, le pouvoir adjudicateur a la faculté d'écarter ladite offre, mais n'y est pas contraint.

7. CRITÈRES D'ATTRIBUTION

7.1. Généralités

Conformément à l'article 81 de la loi du 17 juin 2016, pour attribuer son marché, le pouvoir adjudicateur doit se fonder sur **l'offre économiquement la plus avantageuse**. Celle-ci peut être, au choix, déterminée :

- Sur base du prix uniquement (sauf en cas de dialogue compétitif et de partenariat d'innovation pour lesquels il est interdit de ne prendre en compte **que** le prix - le marché doit en effet impérativement être attribué sur la base du critère d'attribution du meilleur rapport qualité/prix - ces modes de passation ne sont cependant pas abordés dans la présente note) ;
- Sur base du coût, selon une approche fondée sur le coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie ;
- En se basant sur le meilleur rapport qualité-prix, évalué sur base non seulement du prix ou du coût, mais également sur des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Pour plus de clarté et conformément à l'exposé des motifs, « cela signifie que les critères peuvent comprendre l'un, l'autre ou les trois aspects précités. A noter toutefois que la décision d'attribution du marché ne peut être fondée exclusivement sur des critères autres que le coût. Les critères doivent en effet toujours au moins compter un critère monétaire /coût qui pourrait être, au choix du pouvoir adjudicateur, soit le prix, soit une approche coût/efficacité telle que le coût

du cycle de vie. Il n'en demeure pas moins que, dans des cas exceptionnels, l'évaluation du rapport qualité/prix pourrait se faire uniquement sur la base de critères autres que le prix ou la rémunération et ce, lorsque des dispositions nationales établissent la rémunération de certains services ou imposent un prix fixe pour certaines fournitures ».

La loi mentionne, par conséquent, explicitement qu'il est possible d'intégrer des critères d'attribution environnementaux, sociaux et/ou éthique (de commerce équitable) liés à l'objet du marché, tels que « l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquelles il est pratiqué »⁴⁴.

L'attribution d'un marché public peut, donc, se faire soit au travers d'un critère unique, à savoir le prix ou le coût soit sur une base multicritère.

Selon la jurisprudence de la CJUE et la loi⁴⁵, les critères d'attribution :

- Doivent être liés à l'objet du marché. A cet égard, la loi précise que les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie (processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation, ou autre) même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel⁴⁶ ;

⁴² Article 66, §1 al.2 de la loi du 17 juin 2016.

⁴³ Article 76, §1, al 3, 1° de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

⁴⁴ Article 81, §2, 3° a) de la loi du 17 juin 2016.

⁴⁵ Article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

⁴⁶ « Autrement dit, ils ne doivent pas être visibles ou perceptibles dans le produit ou service final. Cela signifie que, comme pour les spécifications techniques, les critères d'attribution peuvent porter sur des considérations liées à la durabilité, telles que les

- Ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, ce qui suppose que les critères d'attribution soient spécifiques, vérifiables et directement quantifiables pour pouvoir être interprétés de la même manière par tous les soumissionnaires et permettre une comparaison objective des offres ;
- Doivent être assortis de précisions (moyens de preuve) qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires, afin d'évaluer dans quelles mesures les offres répondent aux critères d'attribution ;
- Doivent respecter les principes fondamentaux du droit de l'Union européenne (non-discrimination, ...) ;
- Doivent être expressément mentionnés dans l'avis de marché ou dans un autre document de marché.

Finalement, il est obligatoire de pondérer chacun des critères d'attribution choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (SAUF pour les offres déterminées sur la seule base du prix) pour les marchés dont le montant estimé atteint les seuils européens⁴⁷ visés à l'article 11 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Lorsque la pondération n'est pas possible, le pouvoir adjudicateur peut déroger à cette obligation dans des cas dûment justifiés qu'il doit être en mesure de motiver. Dans cette hypothèse, il mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics n'atteignant pas les seuils de publicité européenne, le pouvoir adjudicateur a le choix. Il doit préciser soit la pondération des critères d'attribution, soit leur ordre décroissant d'importance. À défaut, les critères sont considérés avoir un poids équivalent.

Toute proportion gardée par rapport à la pondération affectée à l'objet du marché, les pouvoirs adjudicateurs devront veiller à ce que la pondération des critères d'attribution de type environnemental, social ou éthique soit suffisamment incitative.

Différents facteurs vont permettre d'aider le pouvoir adjudicateur à déterminer la pondération appropriée. Il faut, notamment, se demander dans quelle mesure les préoccupations envi-

ronnementales sont importantes par rapport à d'autres - telles que le prix par exemple - dans le cadre du marché concerné⁴⁸. La détermination de la pondération va refléter le degré de prise en compte des aspects environnementaux, sociaux et éthiques.

7.2. Clauses environnementales

7.2.1. Critères d'attribution environnementaux

Le pouvoir adjudicateur peut utilement intégrer des clauses environnementales en critère d'attribution lorsqu'il n'a pas identifié de façon assez précise le coût ou la disponibilité sur le marché de produits, travaux ou services pour atteindre les objectifs environnementaux souhaités, pour les imposer comme spécifications techniques, ou comme conditions d'exécution. Cela permet de valoriser positivement les opérateurs présentant de bonnes performances environnementales.

Il s'agit non pas d'évaluer « l'impact de l'exécution d'un marché sur l'environnement » car cette démarche est beaucoup trop complexe, mais de cibler un ou plusieurs aspects de ces impacts et de les objectiver sous forme de critères d'attribution. Cette faculté résulte d'une évolution de la jurisprudence européenne dans l'arrêt *Concordia Bus*, confirmée dans l'arrêt *Wienstrom* et a été consacrée dans l'article 67 de la directive 2014/24/UE. En Belgique, elle est expressément prévue à l'article 81 de la loi du 17 juin 2016.

Exemple

Il est possible dans le cadre d'un marché pour des services d'autobus d'avoir des critères d'attribution portant sur des niveaux d'émissions de pollution et de bruit. (CJUE du 17 septembre 2002 dans l'affaire C-513/99 (*Concordia Bus*)).

Il peut aussi être judicieux de fixer **un niveau minimal de performance** dans les spécifications techniques, et d'ensuite **octroyer des points supplémentaires** pour une performance supérieure au niveau minimal lors de la comparaison des offres.

énergies renouvelables ou la production biologique, ou les émissions de gaz à effet de serre associées à un produit ou à un service particulier » (*Acheter vert !* p. 53).

⁴⁷ Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, article 81, §4.

⁴⁸ « *Acheter Vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques, 3^{ème} édition* », 2016, p. 56 (ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_fr.pdf).

7.2.2. Appréciation du prix au travers de la méthode de l'analyse des coûts du cycle de vie (Life cycle cost ou LCC)

Conformément à l'article 82 de la loi du 17 juin 2016, la méthode de l'analyse des coûts du cycle de vie (Life Cycle Cost) peut être utilisée comme moyen financier de comparaison des offres. En effet, lors de la phase d'attribution, le coût d'une offre s'avère être un facteur prépondérant. Les coûts du cycle de vie se calculent en tenant compte :

- Des coûts liés à l'acquisition (les prix d'achat et tous les frais connexes (livraison, installation, mise en service, etc.)) ;
- Mais aussi de tous les coûts qui seront encourus pendant la durée de vie (les frais de fonctionnement (frais de maintenance, coûts relatifs à l'utilisation des ressources)) ;
- Ainsi que ceux liés à la fin de vie (les frais d'élimination (recyclage), coûts de collecte et de recyclage, etc.) du produit, des travaux ou du service.

Ce calcul est utile sur le plan environnemental car les produits respectueux de l'environnement coûtent souvent plus cher à l'achat, mais sont très avantageux en tenant compte de toute leur durée de vie car leur coût d'utilisation est moindre (par exemple, grâce à une durée de vie plus longue, moins de consommation d'énergie et de ressources).

Exemple

Critère du prix : 50 points

Prix d'achat : 20 points

Prix de livraison : 10 points

Prix de la maintenance : 5 points

Coût de la consommation d'énergie/mois : 15 points (attention le CSC doit alors introduire les données d'utilisation, par exemple 10 heures/jour à raison de 20 jours/mois sachant que 1 KW/h vaut « x » euros).

Les coûts du cycle de vie peuvent également inclure les **coûts environnementaux externes** (c'est-à-dire les coûts d'utilisation supportés non pas par le pouvoir adjudicateur, mais par la collectivité comme notamment, le coût des émissions de gaz à effet de serre ou d'autres émissions pol-

luantes) à condition qu'ils puissent **être chiffrés et vérifiés/faire l'objet d'un suivi**. La pollution peut être causée par l'extraction des matières premières utilisées dans le produit ou par le produit lui-même ou sa fabrication⁴⁹.

Dans ce cas, il s'agit de traduire les impacts environnementaux consécutifs à l'exécution du marché en valeur monétaire via une formule de conversion prévue dans les documents du marché. Conformément à l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016, les méthodes utilisées par les pouvoirs adjudicateurs doivent au préalable être établies de manière objective et non discriminatoire, être accessibles à toutes les parties intéressées et doivent pouvoir être appliquées moyennant un effort raisonnable des opérateurs économiques.

Il n'existe, à l'heure actuelle, qu'une catégorie de produits pour laquelle il existe une méthode commune pour l'Union européenne en ce qui concerne le calcul des coûts environnementaux externes : la directive 2009/33/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion des véhicules de transport routier propres et économes en énergie contient une méthodologie de calcul des coûts du cycle de vie. En Belgique, les achats de véhicules soumis au seuil de publicité européenne doivent respecter le prescrit de l'arrêté royal du 20 décembre 2010 qui intègre l'outil « Life Cycle Cost » en convertissant l'impact environnemental de l'utilisation du véhicule en valeur monétaire (en ses articles 5 et 6).

Conseil

La méthode du LCC est recommandée pour les marchés dont les coûts d'usage peuvent représenter plus de 10 à 15 % du coût d'achat initial.

À titre d'exemple, voici une liste non exhaustive de marchés qui méritent une réflexion sur l'usage de l'outil LCC :

- Achat de véhicules
- Achat de matériel informatique, de serveurs, etc.
- Installation de production d'énergie (cogénération, panneaux solaires, etc.)
- Conception d'infrastructures
- Achat de machines tournantes (tronçonneuses, outils, etc.)

Remarquons que la prise en compte du coût

⁴⁹ Voir l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016, article 81, p. 137.

du cycle de vie n'intervient de manière optimale que dans les critères d'attribution du marché. Certaines clauses dans les conditions d'exécution peuvent cependant permettre d'inclure certains coûts d'utilisation dans le « prix de base » du bien ou du service (par exemple, en imposant au fournisseur d'un bien de le récupérer et de le recycler après utilisation).

7.2.3. Critère d'attribution géographique et clause environnementale ?

La législation relative au marché public interdit toute référence à une origine géographique. Le Conseil d'Etat a cependant déjà autorisé l'usage de critères d'attribution géographiques, dans un arrêt 220.563 du 11 septembre 2012. Dans un marché de collecte de métaux, la ville d'Anvers avait en effet rédigé un critère lié à la proximité géographique entre un point de référence (la ville d'Anvers) et le point de livraison. Ce critère était attaqué⁵⁰ au motif d'une violation du principe d'égalité et d'un manquement à l'obligation de motiver. Le Conseil d'Etat a estimé que ce critère d'attribution géographique « peut être pertinent pour déterminer l'offre la plus avantageuse. Pour ce critère, une distance plus courte semble pouvoir être considérée par la partie défenderesse comme un avantage parce que ceci pourrait se traduire par un gain de temps et une économie de coûts pour ses propres services. Il ne semble pas déraisonnable de travailler à cet égard avec un seul point central de référence. Comme ce critère ne représente qu'un poids de 20 sur 100 points, ceci n'apparaît pas à première vue disproportionné »⁵¹.

Le Conseil d'Etat admet donc l'utilisation de critère d'attribution géographique justifié par un gain de temps et une économie de coût pour les services du pouvoir adjudicateur. L'on pourrait imaginer qu'un tel critère soit également acceptable s'il est motivé par des raisons environnementales – à condition bien sûr que l'impact environnemental puisse être objectivé et mesuré. Dans tout le cas, un tel critère doit être utilisé avec prudence.

50 C.E. (12e ch.) n° 220.563, 11 septembre 2012, point 16 et s.

51 C.E. (12e ch.) n° 220.563, 11 septembre 2012, point 17.

7.3. Clauses sociales

L'article 81, 3° de la loi du 17 juin 2016 mentionne expressément la possibilité de tenir compte de considérations d'ordre social dans les critères d'attribution (pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché concerné).

Si le pouvoir adjudicateur souhaite introduire des considérations sociales en critères d'attribution, il est important que ces critères permettent une objectivation des politiques sociales entreprises pour permettre une comparaison entre les opérateurs. Le pouvoir adjudicateur devra trouver une formulation précise et objectivable.

Exemple

Le critère intitulé « les performances en matière de formation » pourrait être analysé au regard du nombre d'heures de formation que le soumissionnaire entend accomplir dans le cadre de l'exécution du marché concerné. Ainsi, l'offre qui présentera le nombre d'heures le plus important recevra le nombre maximal de points prévu pour ce critère. Les autres offres obtiendront un nombre de points qui correspondra au ratio par rapport à la meilleure offre. Moins il y aura d'heures, moins l'offre recevra de points.

Notons que cette possibilité n'a pas été retenue pour les clauses sociales développées en Wallonie pour les marchés de travaux. L'intention de garantir qu'un effort social soit réalisé, constitue donc une condition d'exécution.

7.4. Clauses éthiques

A l'instar des deux types de clauses vus précédemment, l'article 81, 3° de la loi de 2016, indique expressément la possibilité de tenir compte, en critère d'attribution, des conditions du commerce et des conditions dans lesquelles il est pratiqué. Cela permet de prendre en compte les clauses de commerce éthique et équitable en critère d'attribution.

Rappelons que ces critères d'attribution doivent être conformes à l'objet du marché et aux règles européennes, notamment aux principes d'égalité de traitement et de transparence pour permettre, conformément à l'exposé des motifs de la loi du

17 juin 2016, « à tous les soumissionnaires d'être raisonnablement informés des critères et des modalités qui seront appliqués lors de la préparation de la décision d'attribution du marché et ce, afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés. » Il s'agit d'indiquer clairement les critères et l'éventuelle pondération y afférente.

En outre, et pour rappel, ils doivent également faire l'objet de précisions afin que les pouvoirs adjudicateurs puissent contrôler adéquatement les renseignements obtenus des soumissionnaires afin d'évaluer dans quelles mesure les différentes offres répondent aux critères d'attribution⁵².

Les pouvoirs publics pourront se référer à un label ou à des parties du label en tant que critères d'attribution et préciser que les soumissionnaires qui sont titulaires du label en question sont présumés satisfaire au critère d'attribution et se verront dès lors attribuer des points en conséquence.

Exemple – clause de commerce équitable en critère d'attribution (marché de snacks)

Le critère d'attribution pourrait être formulé comme suit :

Pourcentage des produits issus du commerce équitable (X points) :

Le soumissionnaire indique dans son offre le pourcentage de produits issus du commerce équitable qu'il fournira dans le cadre de l'exécution du présent marché. Pour prouver le respect de son engagement, l'adjudicataire fournira au pouvoir adjudicateur un label de commerce équitable pour les produits indiqués dans son offre.

Exemple – Garantie du respect des droits fondamentaux des travailleurs

Le critère d'attribution relatif à la vérification du respect des droits fondamentaux des travailleurs pour un marché de fournitures de vêtements de travail pourrait être formulé comme suit⁵³ :

Vérification de la clause éthique (5 points)

▪ **5 pts**> Les conditions de travail seront contrôlées au sein des unités de production de l'entreprise soumissionnaire et auprès de ses fournisseurs et sous-traitants en collaboration

avec les syndicats locaux ou des organisations de défense des droits des travailleurs ou le soumissionnaire est affilié à une initiative multipartite telle que la Fair Wear Foundation, Fair Labor Association ou équivalent.

▪ **3 pts**> Les conditions de travail seront contrôlées au sein des unités de production de l'entreprise soumissionnaire et/ou auprès de ses fournisseurs et sous-traitants en collaboration avec des auditeurs externes ou l'entreprise soumissionnaire a recours à des unités de production certifiées dans un cadre tel que la norme SA8000 ou équivalent. L'adjudicataire devra fournir les rapports des auditeurs externes (nombre, date) et/ou la preuve de la certification SA8000 des unités de production.

▪ **2pts**> Les conditions de travail seront contrôlées au sein de l'entreprise soumissionnaire et/ou au sein de ses fournisseurs et sous-traitants est contrôlé par des auditeurs dans le cadre de l'initiative « Business Social Compliance Initiative » (BSCI). Les soumissionnaires remettront la preuve de leur adhésion à cette initiative dans leur offre.

⁵² Voir l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016, p. 135.

⁵³ Formulation inspirée du « Mode d'emploi de l'achat écologique et socialement responsable – spécial vêtement de travail et promotionnels », achACT et Ecoconso, novembre 2012, http://www.achact.be/upload/files/VT_Guide_Achats_Publics.pdf.

8. CONDITIONS SPÉCIALES RELATIVES À L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

8.1. Généralités

Les conditions spéciales relatives à l'exécution du marché sont les clauses contractuelles qui spécifient les modalités de réalisation du marché.

Elles doivent être clairement énoncées dans l'avis de marché ou dans les documents du marché pour garantir une transparence envers les candidats/soumissionnaires. Ces derniers devront y souscrire sans réserve pour établir leur offre et calculer leur prix.

La loi du 17 juin 2016 prévoit expressément en son article 87 que « 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 ». Ces possibilités sont énoncées de manière générale - et plus de manière exhaustive comme c'était le cas dans l'ancienne réglementation - ce qui permet plus de souplesse et offrir une grande marge de manœuvre aux pouvoirs adjudicateurs.

Comme le précise l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016, « Ces possibilités d'imposer des conditions particulières à l'exécution du marché ne sont nullement illimitées. » En effet, tout comme les critères de sélection et les critères d'attribution, les conditions d'exécution doivent être liées à l'objet du marché considéré⁵⁴, ne peuvent être discriminatoires et doivent respecter les règles du droit communautaire.

8.2. Clauses environnementales

Des prescriptions à caractère environnemental peuvent être prévues en termes de conditions d'exécution. Cette possibilité est formulée expressément, comme déjà énoncé supra, dans l'article 87 de la loi du 17 juin 2016. Ces exigences devront obligatoirement être rencontrées par les soumissionnaires sous peine de voir leur offre écartée pour irrégularité.

En cas d'introduction de conditions d'exécution

environnementales, les pouvoirs adjudicateurs devront mettre en place des systèmes pour en contrôler l'application, soit en demandant au prestataire d'apporter la preuve du respect des conditions contractuelles, soit en procédant au contrôle eux-mêmes ou en mandatant un tiers. En cas de non-respect des clauses contractuelles, des pénalités spéciales pourront être prévues.

Exemples

Les conditions d'exécution à caractère environnemental les plus couramment utilisées sont celles relatives :

- À la gestion des déchets produits dans le cadre de l'exécution du marché⁵⁵, à la formation du personnel et/ou des usagers (Par exemple : la formation du personnel de nettoyage à l'utilisation et aux dosages des produits écologiques de nettoyage) ;
- Aux modes de transport et/ou de livraisons (par exemple : se faire livrer à certaines heures préférentielles ou se faire livrer par des modes de transport moins polluants pour autant que cette exigence soit formulée de telle sorte qu'il n'en résulte pas une discrimination géographique⁵⁶).

D'autres conditions d'exécution environnementales peuvent être stipulées, pour autant qu'elles soient réalistes et liées à l'objet du marché.

8.3. Clauses sociales

8.3.1. Généralités

Si le pouvoir adjudicateur a l'intention d'imposer des objectifs sociaux supplémentaires - en outre de ceux imposés par les textes législatifs et qui n'ont trait ni aux spécifications techniques, ni aux critères de sélection, ni aux critères d'attribution - il peut, dès lors, utiliser les clauses d'exécution du marché⁵⁷.

⁵⁴ Article 87 de la loi du 17 juin 2016.

⁵⁵ En matière de fournitures, l'article 119 RGE (fournitures) prévoit spécifiquement que, si les documents de marché le prévoient, les emballages restent la propriété du fournisseur et lui sont renvoyés à ses frais. Si les documents de marché prévoient cela, la reprise des emballages doit se trouver dans les règles générales d'exécution et non les conditions d'exécution du cahier spécial des charges.

⁵⁶ Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, du 4 juillet 2001, COM (2001) 274 final.

⁵⁷ Voir Guide « Acheter social », p. 43.

De façon générale, les conditions d'exécution des marchés constituent le moyen le plus approprié pour introduire des considérations sociales à **visée socioprofessionnelle** dans le cadre de la commande publique.

Les pouvoirs adjudicateurs disposent d'un large éventail de possibilités pour déterminer des clauses contractuelles en matière sociale, tant que celles-ci restent liées à l'objet du marché.

Dès lors, de telles conditions d'exécution permettent, par exemple, de tenir compte d'objectifs sociaux tels que :

- La mise en œuvre d'actions de formation professionnelle pour les chômeurs ou les jeunes ;
- La promotion de la politique de l'égalité des chances par rapport à l'emploi des personnes qui ne sont pas suffisamment intégrées dans le circuit professionnel ;
- La lutte contre le chômage.

L'attention du lecteur est attirée sur le fait que les clauses sociales à visée socioprofessionnelle doivent être adaptées lorsque les marchés de services sont soumis à des conventions collectives particulières, comme celle du secteur du nettoyage, en vertu de laquelle le nouvel adjudicataire doit reprendre le personnel de l'ancien marché et le garder durant 6 mois⁵⁸.

De manière générale, pour toutes catégories de marché confondues, il est important d'insister sur le fait que l'insertion de clauses sociales à visée socioprofessionnelle dans les marchés publics n'a de sens que si celles-ci peuvent effectivement être mises en œuvre, c'est-à-dire si des personnes appartenant au groupe ciblé peuvent effectivement être insérées sur le « terrain ». Il n'est, par exemple, pas opportun de réserver un marché à l'économie sociale si aucun acteur n'est disponible pour ce type de marché.

Pour assurer une véritable portée effective aux conditions d'exécution prenant en compte des considérations sociales, les pouvoirs publics devront prévoir, dans leur cahier spécial des charges, des pénalités en cas de manquement. Bien entendu, la sanction ne sera possible que si le pouvoir adjudicateur met en place des systèmes de

contrôle de l'application des conditions d'exécution, soit en exigeant de l'adjudicataire qu'il apporte la preuve du respect des conditions contractuelles, soit en procédant au contrôle eux-mêmes ou en mandatant un tiers. À défaut, de telles conditions d'exécution seraient réduites à de simples déclarations d'intention.

8.3.2. Exemples de clauses sociales en conditions d'exécution

Notons qu'en pratique, ce sont les clauses sociales à **visée socioprofessionnelle** qui sont les plus développées en Wallonie. Les explications qui suivent portent donc principalement sur celles-ci. En Wallonie, deux clauses sociales sont proposées en condition d'exécution pour les marchés de travaux⁵⁹: la clause sociale de formation (a) et la clause sociale flexible (b). D'autres clauses sociales sont possibles, mais ne sont pas promues en Wallonie, comme la clause sociale d'insertion (c).

Cette liste ne se veut pas exhaustive et le pouvoir adjudicateur est donc libre de viser d'autres objectifs de politiques sociales à travers des clauses sociales comme par exemple la clause de genre et diversité (e).

S'il s'agit d'une clause sociale à **visée socioprofessionnelle**, il est conseillé d'insérer celle-ci dans les marchés dont le délai d'exécution est au moins égal à 20 jours ouvrables. Ceci afin que l'expérience sur chantier apporte le bénéfice escompté au public visé (durée de formation suffisante).

a. Clause sociale de formation

L'adjudicataire d'un marché public qui se voit imposer l'exécution d'une clause sociale « formation » en condition d'exécution aura pour obligation de mener, dans le cadre de l'exécution du marché, des actions de formation professionnelle pour un nombre d'heures déterminé et d'encadrer, durant son stage, le bénéficiaire de la clause sociale de formation pour lui permettre de s'insérer dans une équipe de travail, de mettre en pratique des compétences acquises à la suite d'un enseignement en formation et d'en acquérir de nouvelles compétences tant techniques que professionnelles.

Toutes les catégories de marché peuvent être concernées par l'insertion d'une clause sociale « formation » dans les conditions d'exécution.

⁵⁸ Convention collective de travail du 12 mai 2003 relative à la reprise de personnel suite à un transfert d'un contrat d'entretien, rendue obligatoire par l'AR du 19 juillet 2006.

⁵⁹ En plus de la réservation de marché ou de lot, également proposée, qui constitue un principe général (voir point 5.1.).

Conseil

En ce qui concerne les marchés de travaux, il est conseillé d'y avoir recours pour les marchés dont la durée d'exécution du chantier est supérieure à 20 jours ouvrables, pour garantir une formation suffisamment qualifiante.

En ce qui concerne les marchés de services, sont essentiellement concernés :

- Les services d'entretien et de réparation ;
- Les services de voirie et d'enlèvement d'ordures, services d'assainissement et services analogues ;

En ce qui concerne les marchés de fournitures, ce type de clause ne pourra être pertinent que si le fournisseur assure également la production des fournitures demandées.

Un modèle de clause « formation » spécifique aux **marchés de travaux** a été développé par le Service public de Wallonie et est disponible sur le Portail des marchés publics de Wallonie (<https://marchespublics.wallonie.be>).

b. Clause sociale flexible

Ce mécanisme développé par le Service Public de Wallonie **dans le cadre des marchés de travaux**, est un procédé qui se veut plus souple puisqu'il permet à l'adjudicataire de choisir entre la formation ou la sous-traitance à l'économie sociale. Cette souplesse assure d'ailleurs une plus grande garantie d'exécution effective de la clause sociale.

L'adjudicataire s'engage à mener, dans le cadre de l'exécution du marché, soit des actions de formation professionnelle, soit des actions d'insertion/d'intégration socioprofessionnelle.

Cette exigence pourra être rencontrée :

- Soit en ayant recours à la sous-traitance à des entreprises d'économie sociale d'insertion (EESI)⁶⁰ pour X % du marché ;
- Soit en ayant recours à une action de formation professionnelle à choisir parmi les différents dispositifs de formations éligibles proposés en annexe du cahier spécial des charges, pour une durée de XX heures.

- Soit en ayant recours en partie à la sous-traitance à des EESI et en partie à une action de formation professionnelle.

Conseil

Un modèle de clause « flexible » spécifique aux marchés de travaux a été développé par le Service public de Wallonie et est disponible sur le Portail des marchés publics de Wallonie (<https://marchespublics.wallonie.be>).

c. Clause sociale d'insertion (clause développée en Région Bruxelloise)

Nous mentionnons cette clause, développée en Région Bruxelloise dans un Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 avril 1999 imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements d'intérêt public. Elle permet aux pouvoirs adjudicateurs d'imposer à l'adjudicataire d'engager, pour la durée du marché, un demandeur d'emploi indemnisé (Pour les marchés de travaux d'une valeur supérieure à 750.000 euros HTVA).

Elle n'a pas encore fait l'objet de développements juridiques et pratiques en Wallonie et son application n'est pas encouragée.

d. Clause de sous-traitance à l'économie sociale

Par cette clause, le pouvoir adjudicateur peut contraindre l'adjudicataire à sous-traiter X % du marché à des entreprises d'économie sociale d'insertion ou EESI⁶¹. L'adjudicataire dispose alors du droit de choisir avec quelle entreprise d'économie sociale il souhaite travailler.

- Remarque : Il ne faut pas confondre avec la sous-traitance imposée

En vertu de l'article 12, §2, 2° de l'AR RGE, le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'imposer à l'adjudicataire le recours à certains sous-traitants. Cette option lui permet donc d'imposer à l'adjudicataire de sous-traiter tout ou une partie du marché à une entreprise **prédéterminée**, qui peut être une entreprise d'économie sociale.

⁶⁰ Les entreprises d'économie sociale sont les ETA (entreprises de travail adapté, employant des personnes handicapées), les EFT (entreprises de formation par le travail) et les EI (entreprises d'insertion, ayant pour but l'insertion de personnes difficiles à placer).

⁶¹ Pour rappel, les entreprises d'économie sociale sont les ETA (entreprises de travail adapté, employant des personnes handicapées), les EFT (entreprises de formation par le travail) et les EI (entreprises d'insertion, ayant pour but l'insertion de personnes difficiles à placer).

e. Clauses de genre et diversité

Nous entendons par considérations de genre, le souci de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les marchés publics. Au niveau fédéral, ce type de clauses est encouragé par l'article 3,3° de la loi du 12 janvier 2007.⁶² Au niveau européen, la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 exige elle aussi qu'un service public garantisse le respect de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans tous les services qu'il offre.

Ces clauses peuvent être liées à l'emploi, permettant un accès égal au travail pour les hommes et les femmes, ainsi qu'un salaire et des possibilités de promotions et de formations équivalentes, mais peuvent également viser d'autres domaines.

Exemple

Le pouvoir adjudicateur peut contraindre l'adjudicataire à s'engager à ce que :

- Toutes les communications entrant dans le cadre de l'exécution du marché, tant au niveau de l'image que de la langue, combattent les stéréotypes liés au sexe et soient neutres au niveau du genre ;
- On accorde de l'attention à la répartition équilibrée sur le plan du genre lors de la consultation d'experts ou lors de la composition de comités d'accompagnement ;
- On implique des groupes-cibles tant masculins que féminins dans la réalisation de sondages, d'évaluations des besoins, d'études préalables, d'études empiriques, d'enquêtes, etc., afin de pouvoir prendre en compte les similitudes et les caractéristiques propres aux deux sexes ;
- Toutes les données statistiques recueillies, établies et/ou demandées dans le cadre du marché soient ventilées par sexe et soumises à une analyse de genre⁶³.

Pour les aspects pratiques relatifs à l'insertion de clauses de genre, veuillez vous référer au manuel développé par l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes, « [Égalité des femmes et des hommes dans les marchés publics](#) ».

8.4. Clauses éthiques

Conformément à la jurisprudence de la CJCE (arrêt Max Havelaar, voir point 6.4.), les pouvoirs adjudicateurs ont également la faculté d'exiger, en conditions d'exécution, le respect de prescriptions éthiques, liées aux conditions de travail ou au commerce équitable. L'adjudicataire sera alors obligé de respecter ces règles.

8.4.1. Commerce éthique et respect des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT)

Le pouvoir adjudicateur peut imposer en condition d'exécution l'obligation de respecter en substance, les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Ces conventions, au nombre de 8, définissent les droits fondamentaux des travailleurs. Elles ont acquis cette valeur fondamentale dans une déclaration de l'OIT en 1998. Vu leur caractère universel, tous les Etats membres de l'OIT sont censés garantir le respect de ces conventions, et ce même s'ils ne les ont pas ratifiées (§2 de la déclaration de 98 relative aux principes et droits fondamentaux au travail).

Ces conventions garantissent les droits suivants :

- Les conventions n° 29 et n° 105 interdisant le travail forcé ;
- La convention n° 87 relative au droit à la liberté syndicale ;
- La convention n° 98 relative au droit d'organisation et de concertations collectives ;
- Les conventions n° 100 et 111 relatives à l'interdiction de toute discrimination en matière de travail et de rémunération ;
- Les conventions n° 138 et 182 relatives à l'âge minimum fixé pour le travail des enfants et à l'interdiction des pires formes du travail des enfants.

En complément de ces droits fondamentaux, le respect d'autres conventions de l'OIT peut être exigé dans les conditions d'exécution :

- Les conventions n°100 et 111 relatives au salaire minimum ;

⁶² Loi du 12 janvier 2007 visant au contrôle de l'application des résolutions de la conférence mondiale sur les femmes, réunie à Pékin en septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques fédérales, M.B., 13 février 2007.

⁶³ Exemples extraits du guide « *Égalité des femmes et des hommes dans les marchés publics* ».

- La convention n°1 relative à la durée de travail ;
- La convention n°155 relative à la sécurité et la santé des travailleurs.

Pour ce type de clause, la grande difficulté réside dans **la vérification**, au sein de la chaîne d'approvisionnement, que les droits des travailleurs n'ont pas été bafoués lors de l'exécution du marché ou la confection des fournitures qui font l'objet du marché. Il est parfois simplement exigé que l'adjudicataire signe une déclaration sur l'honneur par laquelle il certifie qu'il exécutera le marché dans le respect de ces prescriptions éthiques, mais ce moyen de preuve offre peu de garanties.

Les labels sociaux (ou éthiques) en la matière sont en effet très rares, à l'exception de certains labels de développement durable qui comprennent un volet social pour des produits issus de l'agriculture (Rainforest Alliance et Utz, par exemple).

D'autres modes de preuve existent également :

- Le standard SA 8000, qui permet de certifier que des entreprises respectent notamment les droits fondamentaux des travailleurs. Il s'agit du standard le plus complet pour garantir le respect des droits de l'homme et des droits fondamentaux des travailleurs au sein de la chaîne d'approvisionnement. Près de 3700 entreprises disposent d'une certification SA8000 dans des domaines variés tels que les vêtements (confection, import, ...), le matériel informatique, la construction, la sécurité (gardiennage), les produits alimentaires, l'extraction de matières premières, agence de voyage, services juridiques, etc. ⁶⁴.

Pour garantir le respect des engagements pris, certaines entreprises sont également membres de systèmes de vérification, qui impliquent la signature d'une charte et la vérification de sa mise en œuvre. Pour le secteur du textile, on peut par exemple citer :

- Les systèmes de vérification multipartite tels que la Fair Labor Association ou la Fair Wear Foundation ;
- Les systèmes de vérification non-multipartite comme BSCI (Business Social Compliance Initiative).

8.4.2. Commerce équitable

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger, dans les conditions d'exécution, que les biens fournis dans le cadre du marché aient été produits conformément aux principes du commerce équitable tels que définis par le mouvement du commerce équitable, et repris dans une Communication de la Commission européenne du 5 mai 2009⁶⁵ : un prix équitable pour le producteur, des relations stables et de long terme, la transparence de traçabilité tout au long de la chaîne d'approvisionnement, etc.

Ce type de clause est pertinent pour certains biens tels que les produits alimentaires (café, riz, céréales, sucre, fruits et légumes, chocolat, snacks, ...), ou des vêtements (en coton).

Pour **la vérification** de cette clause, le pouvoir adjudicateur peut se référer à des labels de commerce équitable. Il en existe de nombreux qui permettent de garantir le respect des principes de commerce équitable :

- Fairtrade;
- Le système de garantie de WFTO (World Fair Trade Organisation) ;
- Fairwild;
- Fairfor Life;
- Ecocert Equitable ;
- Naturland Fair ;
- Tu Simbolo ;
- Etc.

Notons que les labels Rainforest Alliance et Utz offrent certaines garanties en matière environnementale et sociale (respect des droits des travailleurs), mais ne portent pas sur des conditions de commerce « équitable ».

Exemple de clause

Les produits fournis dans le cadre de l'exécution du présent marché devront respecter les principes du commerce équitable.

Pour prouver le respect de cette clause, l'adjudicataire fournira un label de commerce équitable du type fairtrade, ou équivalent.

⁶⁴ La liste des entreprises certifiées peut être consultée sur le site du standard SA8000 : <http://www.sa-intl.org/>

⁶⁵ Communication de la Commission, «Contribuer au développement durable : le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce», 5 mai 2009, COM (2009) 215 final.

8.4.3. Les clauses de lutte contre le dumping social

Le pouvoir adjudicateur peut également insérer dans ses conditions d'exécution, des clauses permettant de promouvoir des conditions de travail décentes et le respect de la législation sociale. Contrairement aux clauses OIT ou de commerce équitable, ces clauses de lutte contre le dumping social ne portent pas sur des biens ou services réalisés à l'étranger, mais bien en Belgique. De nombreuses dérives sont en effet observées dans certains secteurs « sensibles » à la fraude, tels que le secteur de la construction, du nettoyage, du gardiennage, etc.

Pour le secteur de la construction, le Service Public de Wallonie a développé des outils spécifiques dans le guide intitulé « Promouvoir une concurrence loyale et lutter contre le dumping social ». Ce guide est disponible sur le portail des marchés publics (<https://marchespublics.wallonie.be>) et contient plusieurs clauses en condition d'exécution permettant de promouvoir une concurrence loyale et lutter contre la fraude. Ces clauses incluent notamment :

- L'obligation de signer, par l'adjudicataire et ses sous-traitants, une déclaration des entrepreneurs rappelant les obligations légales auxquelles ils sont soumis ;
- La limitation de la sous-traitance ;
- En cas de détachement de travailleurs étrangers, l'obligation de transmettre au pouvoir adjudicateur des documents attestant du détachement légal (Formulaire A1, déclaration LIMOSA) ;
- L'interdiction de loger des travailleurs sur chantier ;
- Etc.

9. SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES

9.1. Considérations générales

Les spécifications techniques permettent de traduire et détailler l'objet du marché. Elles sont définies par catégorie de marché aux articles 2, 44° et 53 de la loi du 17 juin 2016.

Elles définissent les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture ou d'un service et permettent de caractériser objectivement ceux-ci de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés.

La législation dispose clairement qu'il est possible d'intégrer des clauses environnementales et sociales au sein des spécifications techniques. Les clauses éthiques relatives au commerce équitable ou au respect des droits fondamentaux des travailleurs ne sont cependant pas possible au stade des spécifications techniques au regard de la jurisprudence européenne (arrêt Max Havelaar, voir infra).

L'article 2, 44° a) (travaux) et b) (fournitures et services) de la loi du 17 juin 2016 indique que : « ces caractéristiques comprennent les niveaux de performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins, y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées, (...), ainsi que les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie (...) ». Pour les fournitures et les services, les spécifications techniques peuvent également contenir des spécifications relatives à l'emballage, le marquage et l'étiquetage.

L'article 53 de la loi du 17 juin 2016 complète en précisant que « ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou d'exécution des travaux, des fournitures ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs. »

Les spécifications techniques peuvent être définies par référence soit à des normes techniques soit par des prescriptions en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Le pouvoir adjudicateur peut également recourir à des normes et agréments techniques européens et nationaux⁶⁶.

Certaines exigences doivent, cependant, être respectées :

- Les spécifications techniques doivent être transcrites dans le cahier spécial des charges de façon exacte, claire et précise ;
- Elles doivent avoir un lien avec l'objet du marché ;
- Elles doivent être proportionnées, c'est-à-dire que les exigences fixées doivent contribuer réellement aux objectifs environnementaux, sociaux ou éthiques poursuivis ;
- Elles doivent donner aux opérateurs une égalité d'accès à la procédure de passation ; elles ne peuvent donc pas être rédigées de manière à fausser artificiellement la concurrence en instaurant des exigences qui favorisent un opérateur économique en particulier ;
- Elles ne peuvent dès lors faire mention :
 - D'une provenance déterminée ;
 - D'un procédé particulier qui caractérise les produits ou services fournis par un opérateur spécifique ;
 - Faire référence à une marque, un brevet, ou un type, origine ou production déterminée.

Une telle mention est toutefois possible lorsqu'il n'est pas faisable de fournir une description suffisamment précise de l'objet du marché (avec mention de « ou équivalent ») ou qu'elle est justifiée par l'objet du marché⁶⁷.

Remarque : clauses environnementales et produits locaux

Dans certains cas, consommer des produits locaux peut, il est vrai, avoir un impact environnemental moindre. C'est particulièrement le cas lorsque des biens, pourtant produits localement, sont importés depuis l'autre côté du globe. L'impact environnemental lié au transport est alors très important, et les droits fondamentaux des travailleurs ne sont pas toujours respectés. La législation relative aux marchés publics prohibe cependant l'indication

⁶⁶ Article 53, §3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

⁶⁷ Article 53, §4 de la loi du 17 juin 2016.

de toute mention d'une provenance déterminée, et s'oppose donc en principe à la volonté des acheteurs d'acheter du « local » dans les marchés publics.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur qui souhaite s'approvisionner en produits locaux dispose de certains outils pour ne pas défavoriser les produits locaux. Le pouvoir adjudicateur doit donc se renseigner sur l'offre locale afin de ne pas l'exclure via ses spécifications techniques. Pour les produits alimentaires, le pouvoir adjudicataire peut également exiger que certains fruits et légumes soient « de saison », ce qui permet d'augmenter les chances d'obtenir une production locale.

Le pouvoir adjudicateur peut également exiger que la chaîne d'approvisionnement ne dépasse pas un certain nombre de maillons, afin de limiter le nombre d'intermédiaires entre le producteur et le consommateur final.

Enfin, certaines clauses environnementales et sociales permettent parfois, indirectement de privilégier des produits locaux qui ont un impact environnemental moindre. Ce sera par exemple le cas de clauses environnementales visant à limiter les émissions de CO₂ ou des clauses sociales à visée socioprofessionnelle.

9.2. **Clauses environnementales**

Les spécifications techniques constituent un outil important pour l'intégration de clauses environnementales dans les cahiers spéciaux des charges. Conformément aux articles précités, le pouvoir adjudicateur peut y inclure des spécifications environnementales de différentes manières.

a. **Spécifications techniques formulées en termes de performances**

Le pouvoir adjudicateur peut exiger certaines performances que doit atteindre l'objet de son marché. Ces spécifications peuvent comprendre des performances limitant l'impact environnemental de l'objet du marché, tel que sa consommation en ressources (eau, électricité, ...), son émission de polluant ou de déchets, etc.

Exemple de niveau de performance environnementale

Pour un appareil électrique, une consommation maximale de x kWh ou pour un véhicule, un taux maximum d'émission de CO₂.

Ces performances peuvent être liées à un autre stade du cycle de vie, de la production à la fin de vie. Des Déclarations Environnementales de produits (EPD – voir point 10 « L'utilisation des labels dans les marchés publics ») qui reposent sur des analyses du cycle de vie permettent en effet d'objectiver certaines performances environnementales tout au long du cycle de vie. Ces outils sont cependant encore peu développés.

Exemple

Le pouvoir adjudicateur pourrait par exemple exiger que les émissions de CO₂ de tel matériau de construction durant toute sa durée de vie soit de maximum XX tonnes de CO₂.

b. **Spécifications techniques formulées en termes d'exigences fonctionnelles**

Les spécifications techniques peuvent avoir trait notamment à la forme, taille, composition, emballage de l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur peut ainsi exiger que l'objet du marché ne contienne pas de composés toxiques ou polluants, ou en choisir certains dont l'impact est moindre sur l'environnement, de limiter l'emballage, etc. Des écolabels peuvent être utilisés pour les formuler et prouver qu'elles sont bien respectées (voir point 10 « L'utilisation des labels dans les marchés publics »).

Exemple

Pour un marché de fournitures de produits de nettoyage, le pouvoir adjudicateur peut préciser la composition des produits de nettoyage ou exiger que ne figure pas tel ou tel composant, afin de privilégier des produits plus respectueux de l'environnement.

c. **Spécifications techniques formulées en termes de processus ou de méthode spécifique de production ou d'exécution**

Le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'objet du marché soit produit selon un processus respectueux de l'environnement. Le processus ou la méthode de production peut être utilisé même si les facteurs retenus n'ont pas d'impact sur la substance ou le contenu matériel de l'objet du marché (c'est-à-dire que l'objet du marché soit identique, quelle que soit le processus). En revanche, le pro-

cessus de production mentionné ne peut être caractéristique des produits ou services fournis par un opérateur spécifique.

Exemple

Pour un marché de fournitures d'électricité, une spécification technique peut exiger que cette électricité soit fournie à partir de sources d'énergie renouvelable.

9.3. Clauses sociales

L'article 2, 44° de la loi du 17 juin 2016 prévoit la possibilité, tant pour les travaux que pour les fournitures et services, d'inclure dans les spécifications techniques, des caractéristiques relatives à « la conception pour tous les besoins, y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées ». L'article 53, §1, al. 4 de la loi de 2016 va plus loin, en stipulant que : « ...les spécifications techniques sont élaborées, sauf dans des cas dument justifiés, de façon à tenir compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou de la notion de conception pour tous les utilisateurs. » Les pouvoirs adjudicateurs ont donc l'obligation d'intégrer des spécifications techniques permettant l'usage de l'objet du marché par tous les utilisateurs.

Exemple

Pour le développement d'un site internet, le cahier spécial des charges devrait inclure des spécifications techniques permettant l'utilisation du site par des personnes atteintes de troubles de la vue ou non voyantes. Des conseils sont par exemple disponibles sur le site <http://www.anysurfer.be/>

Exemple

En cas de construction ou de rénovation d'un immeuble de bureaux, des spécifications techniques doivent également permettre l'usage pour tous (rampes, toilettes adaptées, ...).

9.4. Clauses éthiques

Au vu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE dans son arrêt « Max Havelaar »⁶⁸, il semble difficile de tenir compte de critères éthiques (OIT et commerce équitable) au stade des spécifications techniques. La Cour estime en effet que des spécifications techniques ne peuvent s'attacher qu'aux caractéristiques des produits eux-mêmes, de leur fabrication, de leur emballage ou de leur utilisation, ce qui n'est pas le cas des spécifications de commerce équitable, relatives aux conditions dans lesquelles le fournisseur a acquis le produit du producteur.

Dans cet arrêt, la province de Hollande-Septentrionale (Pays-Bas) avait passé un marché par adjudication ouverte de niveau européen ayant pour objet la fourniture, l'installation et l'entretien de machines distributrices de boissons chaudes. Les documents du marché imposaient en spécifications techniques que le café et le thé à fournir soient munis du label MAX HAVELAAR.

Ce label repose notamment sur les critères suivants : le prix payé doit couvrir tous les frais et comprendre une prime supplémentaire par rapport aux cours du marché, la production doit faire l'objet d'un préfinancement et l'importateur doit entretenir des relations commerciales de longue durée avec les producteurs. Or, la Cour a estimé « que de tels critères ne correspondent pas à la définition de la notion de spécification technique figurant au point 1, sous b), de l'annexe VI de la directive 2004/18, étant donné que cette définition s'attache exclusivement aux caractéristiques des produits eux-mêmes, de leur fabrication, de leur emballage ou de leur utilisation, et non aux conditions dans lesquelles le fournisseur les a acquis du producteur.

En revanche, le respect de ces critères entre dans le cadre de la notion de « conditions d'exécution du marché » au sens de l'article 26 de cette directive »⁶⁹.

Cette jurisprudence est antérieure à la directive de 2014 et la législation belge qui la transpose. L'article 53 de la loi de 2016 stipule, il est vrai, que les spécifications techniques ne doivent pas « faire partie du contenu matériel » de l'objet du marché. Cette législation offre davantage de possibilité, mais ne fait pas de référence explicite au commerce et aux conditions dans lesquelles il est

68 CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, « MAX HAVELAAR », C-368/10.

69 *ibid.* point 74 et 75.

pratiqué (contrairement aux critères d'attribution et aux conditions d'exécution⁷⁰). Sur ce point donc, la législation de 2016 ne semble pas contredire la jurisprudence de la Cour de Justice.

9.5. Recours aux variantes

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont des incertitudes quant aux alternatives écologiques, sociales ou éthiques disponibles, ou quant à leurs caractéristiques et leurs coûts, il leur est loisible de recourir aux variantes.

L'article 2, 53° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics définit la variante comme étant un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur (variante exigée), soit à l'initiative du soumissionnaire (variante autorisée ou libre).

L'utilisation de variantes pour la commande publique permet aux soumissionnaires de proposer un mode alternatif de conception ou d'exécution par rapport à celles envisagées dans le cahier spécial des charges. Il peut donc être intéressant pour le pouvoir adjudicateur d'autoriser les variantes ou de les imposer afin de se voir proposer de nouvelles techniques auxquelles il n'avait pas forcément pensé. Une telle possibilité est l'occasion pour les PME innovantes de proposer une offre sensiblement différente des attentes premières du pouvoir adjudicateur.

Rappelons également que, sauf disposition contraire dans les documents de marché, dès lors que des variantes sont remises dans le cadre de variantes exigées ou autorisées, le pouvoir adjudicateur est obligé de les prendre en compte pour réaliser son classement unique. Ce n'est que dans le cas de variantes libres que le pouvoir adjudicateur peut décider, en toute hypothèse, de ne pas les retenir⁷¹.

⁷⁰ Article 81, §3 de la loi du 17 juin 2016.

⁷¹ Article 87, §1 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

10. L'UTILISATION DES LABELS DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Un label consiste en tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures en question remplissent certaines exigences⁷².

Les labels constituent un outil essentiel dans le cadre de marchés publics responsables. Ils facilitent considérablement le travail des pouvoirs adjudicateurs pour déterminer ce qui est plus « responsable » ou « durable » et pour garantir objectivement que les prescriptions du cahier des charges sont respectées. Leur usage est explicitement autorisé par la législation marché public. L'article 54 de la loi du 17 juin 2016 stipule en effet que « lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, il peut, 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 (...)»

Comme stipulé dans l'article 54 de la loi citée précédemment et par la jurisprudence⁷³, les considérations suivantes sont applicables pour l'utilisation de labels aussi bien en spécifications techniques qu'en critères d'attribution ou en conditions d'exécution.

10.1. Quels labels utiliser ?

Pour pouvoir utiliser un label au sein d'un marché public, il doit répondre à certaines conditions. Conformément à l'article 54 de la loi du 17 juin 2016 :

- 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, des fournitures ou des services qui font l'objet du marché ;
- Les exigences en matière de label sont fondées sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire ;
- Le label est établi par une procédure ouverte et transparente à laquelle toutes les parties concernées, telles que les organismes pu-

blics, les consommateurs, les partenaires sociaux, les fabricants, les distributeurs ou les organisations non gouvernementales, peuvent participer ;

- Le label est accessible à toutes les parties intéressées. Cela signifie qu'un label qui ne serait accessible qu'aux opérateurs économiques issus d'une zone géographique déterminée ne pourrait être utilisé dans le cadre d'un marché public ;
- 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 ; les labels liés à une marque ne peuvent donc être utilisés.

Concrètement, les types de labels qui répondent à ces conditions sont les suivants :

- **Tous les ecolabels dits « de type 1 »**, conformément à la norme ISO 14024 :1999 relative aux marquages et déclarations environnementales ;

Exemples – labels environnementaux



Écolabel européen



Ange Bleu



Agriculture bio



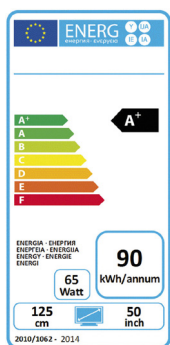
bois « durable »

- **Certains « eco-profil » (dits « labels de type III »)** visés par la norme ISO 14025, qui permettent d'afficher les performances d'un produit en regard de ses impacts environnementaux (émission de gaz à effet de serre, consommation d'eau, d'énergie, d'espace, etc.) à partir d'une analyse de cycle de vie (comme les déclarations environnementales de produits – EPD).

⁷² Article 2, 50° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

⁷³ C.J.U.E., C-368/10, 10 mai 2012, Commission contre Pays-Bas, §§94 et 95.

Exemples – labels environnementaux



Pour rappel (voir point 2.3. a) ci-dessus) concernant l'étiquette énergétique, les marchés publics au-dessus des seuils de publicité européenne des pouvoirs adjudicateurs fédéraux, des régions et communautés doivent obligatoirement acheter des produits conformes au critère d'appartenance à la classe d'efficacité énergétique la plus élevée possible, compte tenu de la nécessité de garantir un niveau de concurrence suffisant⁷⁴ ;

- Certains labels « sociaux » (ou éthiques) remplissent également les conditions énumérées.

Exemples – labels sociaux ou éthiques



Label de commerce équitable



Lapin étoilé (produit non testé sur des animaux)

En revanche, ne peuvent être utilisées dans le cadre d'un marché public :

- Les auto-déclarations (dites labels « de type 2 ») visés par la norme ISO 14021) Il s'agit de déclarations avancées par un producteur ou un distributeur sous sa seule responsabilité, en général sans qu'aucun contrôle ne soit exercé par un tiers indépendant.

Conseil

Le Guide des achats durables⁷⁵ propose, par catégorie de produits, une liste des divers labels disponibles ainsi que des spécifications techniques environnementales.

Le site www.infolabel.be contient également des informations sur les différents labels existants pour une consommation responsable.

10.2. Comment utiliser un label

a. En tant qu'outil pour déterminer des caractéristiques environnementales ou sociales

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent s'aider d'un écolabel pour détailler les performances ou les exigences fonctionnelles des fournitures ou prestations faisant l'objet du marché, afin de déterminer ses attentes environnementales ou sociales.

Une question se pose :

Le pouvoir adjudicateur peut-il se limiter à exiger, dans son cahier spécial des charges, que l'objet du marché soit conforme à un label déterminé, ou doit-il citer clairement dans son cahier spécial des charges les critères du label auquel il entend faire référence ?

Il convient de distinguer deux cas de figures :

- Le pouvoir adjudicateur fait référence à l'ensemble des prescriptions du label

Sous l'ancienne législation, la Cour de justice de l'Union européenne indiquait, dans un arrêt du 10 mai 2012 (affaire C-368/10, ou « Max Havelaar ») que le pouvoir adjudicateur ne pouvait se contenter de se référer à un label en tant que tel, mais qu'il devait en détailler chaque spécification dans le cahier spécial des charges.

Remarque

Dans cet arrêt, la Cour précise que « loin de constituer un formalisme excessif, l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de mentionner expressément les caractéristiques environnementales détaillées qu'il entend imposer même lorsqu'il recourt aux caractéristiques définies par un éco-label est indispensable pour

⁷⁴ Arrêté royal du 13 juillet 2014 relatif aux exigences d'efficacité énergétique dans le cadre de certains marchés publics et contrats de concession portant sur l'acquisition de produits, de services et de bâtiments, art 5.

⁷⁵ www.guidedesachatsdurables.be. Le site www.infolabel.be offre des informations permettant de mieux connaître les labels.

permettre aux soumissionnaires potentiels de se référer à un document unique et officiel, émanant du pouvoir adjudicateur lui-même, et donc sans qu'ils soient soumis aux aléas d'une recherche d'informations et aux possibles variations dans le temps des critères afférents à un éco-label quelconque ».

Ce jugement a cependant été rendu avant l'adoption de la directive de 2014 relative aux marchés publics et la loi de 2016 la transposant, qui contiennent des dispositions différentes par rapport aux labels.

Certains auteurs estiment cependant que l'article 43 de la directive et l'article 54 de la loi de 2016 opèrent un assouplissement par rapport à la jurisprudence, car la mention de l'exigence explicite d'un label n'impose plus l'obligation d'énumérer dans les documents de marché les spécifications détaillées sur lesquelles repose ce label⁷⁶.

Dans les dernières versions de ses critères de « marchés publics verts » (GPP Criteria), la Commission européenne va dans ce sens. Elle ne cite pas l'ensemble des spécifications de l'écolabel exigé dans le cahier spécial des charges, mais renvoie cependant vers le site de la Commission contenant les critères de l'écolabel⁷⁷.

Pour plus de facilité et de sécurité juridique, lorsqu'il s'agit de labels officiels, il est toujours possible pour le pouvoir adjudicateur de renvoyer à des dispositions législatives ou réglementaires qui contiennent les exigences des labels. C'est par exemple le cas pour le label biologique, dont les exigences sont contenues dans le règlement n°2092/91 concernant le mode de production biologique, ou les écolabels européens, dont les exigences sont contenues dans des décisions de la Commission.

- **Le label contient des exigences qui ne sont pas liées à l'objet du marché ou le pouvoir adjudicateur n'exige qu'une partie des exigences du label**

Lorsqu'un label fixe aussi des exigences qui ne sont pas liées à l'objet du marché, l'article 54, §2 de la loi du 17 juin 2016 précise que le pouvoir ad-

judicateur ne peut pas exiger le label en soi, mais peut définir les spécifications techniques par référence aux spécifications détaillées de ce label (ou aux parties de celles-ci qui sont liées à l'objet du marché). Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est contraint de retranscrire dans son marché uniquement les exigences du label pertinentes.

Comme mentionné au point précédent, il en va de même lorsque le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas que les travaux, services ou fournitures rencontrent l'ensemble des exigences du label. Dans ce cas, il doit retranscrire les exigences pertinentes.

▪ **Conclusion**

Dans tous les cas, le fait de mentionner les critères d'un label auxquels il est fait référence dans un cahier spécial des charges peut être considéré comme une bonne pratique. Cela permet en effet de s'assurer que tous les critères du label sont pertinents et qu'ils seront clairs pour les soumissionnaires⁷⁸.

b. En tant que moyen de preuve

Les labels servent de moyen de preuve, afin de vérifier que les travaux, services ou fournitures sont présumées correspondre aux caractéristiques requises. Il convient de distinguer deux cas de figure :

- **Le montant estimé du marché est supérieur aux seuils de publicité européenne :**

Le pouvoir adjudicateur peut exiger qu'un label spécifique lui soit fourni en tant que moyen de preuve. Il doit cependant accepter les labels équivalents, qui répondent aux mêmes conditions.

Exemple :

Un pouvoir adjudicateur qui exige le label bio européen devra également accepter le label « AB Agriculture biologique » (français) ou le label « biogarantie » (belge).

Le pouvoir adjudicateur peut exiger la détention d'un label comme seul moyen de preuve, et écarter les offres des soumissionnaires qui n'en disposent

76 P. FLAMEY, S. WAUTIER et C. DE KONINCK, « La loi relative au marchés publics du 17 juin 2016 - ratiō legis, champ d'application et nouveauté », *L'Entreprise et le Droit*, 1/2017, p.32.

77 Voir par exemple les « [Critères applicables aux marchés publics écologiques de l'UE pour les services et les produits textiles](#) », point CA.2.

78 « *Acheter Vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques, 3^{ème} édition* », 2016, p41 (ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_fr.pdf).

pas SAUF si le soumissionnaire apporte la preuve qu'il n'a pas la possibilité d'obtenir le label spécifique ou un label équivalent dans les délais fixés, et pour des raisons qui ne lui sont pas imputables. Dans ce cas, seulement, le pouvoir adjudicateur doit accepter d'autres moyens de preuve appropriés tels que, par exemple, un dossier technique du fabricant.

Lorsque le pouvoir adjudicateur impose un label dans son cahier spécial des charges, il doit indiquer la mention suivante (ou une mention analogue) : « Ce label est exigé en exécution de l'article 54, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Il satisfait à toutes les conditions mentionnées dans cette dernière disposition. Les exigences en matière de label ne concernent notamment que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux/fournitures/services qui font l'objet du marché »⁷⁹.

- **Le montant estimé du marché est inférieur aux seuils de publicité européenne**

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit non seulement toujours accepter les labels équivalents à celui qu'il exige, mais il doit également toujours

accepter tout autre mode de preuve, si le soumissionnaire parvient à démontrer qu'il satisfait aux exigences spécifiques.

Cette distinction opérée entre les marchés d'un montant supérieur ou inférieur aux seuils de publicité a été introduite par le législateur belge pour favoriser l'accès aux P.M.E. qui ne disposeraient pas d'un label⁸⁰.

Conformément à l'article 54§3, 2° de la loi, l'exigence du label doit alors être accompagnée de la mention suivante (ou une mention analogue) : « Il est renvoyé au label souhaité en exécution de l'article 54, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Il satisfait à toutes les conditions mentionnées dans cette dernière disposition. Les exigences en matière de label ne concernent notamment que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux/ fournitures/services qui font l'objet du marché. Néanmoins, il est également toujours tenu compte d'autres moyens de preuve appropriés, pour autant que ces dernières démontrent qu'il est satisfait aux exigences concernant le label particulier ou aux exigences spécifiques».

11. LA GESTION DU CONTENTIEUX

L'intégration de clauses environnementales, sociales et éthiques dans les documents du marché n'a de sens que dans l'hypothèse d'un suivi rigoureux lors de l'exécution du marché.

Dans le cadre de l'exécution du marché, en cas de constat de manquement aux clauses environnementales, sociales ou éthiques par l'adjudicataire, il y a lieu de se référer aux moyens d'action et aux sanctions mises à disposition du pouvoir adjudicateur en cas de défaut d'exécution⁸¹ prévus par les règles générales d'exécution consacrées par l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Par application de l'article 45 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, il est à souligner que des pénalités spécifiques à l'inexécution des clauses environnementales, sociales et éthiques peuvent le cas échéant être prévues dans les documents du marché.

Par application de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, l'adjudicataire en défaut d'exécution peut être exclu par le pouvoir adjudicateur de ses marchés pour une période de 3 ans. Cette sanction s'applique sans préjudice de celles organisées par l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux.

⁷⁹ Article 54 §3, 1° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

⁸⁰ Voir exposé des motifs.

⁸¹ Cf. articles 44-49 RGE + 85-87 RGE (travaux) + 123-124 RGE (Fournitures) + 152-155 RGE (Services).

12. CONCLUSION

La législation marché public autorise, voire encourage, la prise en compte de considération de développement durable dans les marchés publics, à nombreuses reprises dans un cahier des charges : critères de sélection, spécifications techniques, condition d'exécution, critères d'attribution, Les possibilités sont importantes, et la législation ne cesse de s'étoffer en la matière. La Loi de 2016 simplifie par exemple, à certains égards le travail des pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent introduire des clauses environnementales, sociales et éthiques, notamment en ce qui concerne le recours à des labels ou des certifications.

La démarche d'achat public responsable ne se limite cependant pas à l'insertion de clauses dans un cahier des charges. Elle commence par une bonne analyse des besoins, et doit se poursuivre, lors de l'exécution du marché, par un bon contrôle des clauses du cahier des charges.

A côté de cette note de cadrage, d'autres outils à vocation pratique sont mis à disposition des pouvoirs adjudicateurs.

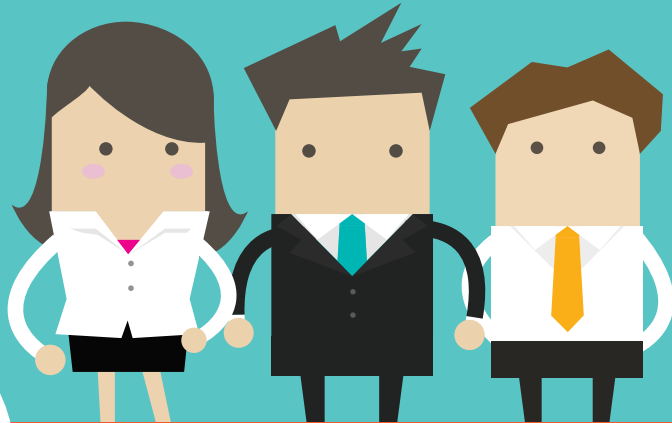
Ces outils se retrouvent notamment sur le portail des marchés publics de Wallonie (<https://marches-publics.wallonie.be>, menu « Pouvoirs adjudicateurs > Marchés publics responsables »).

- Un [Helpdesk](#) qui répond à toutes les questions des acheteurs publics responsables. Les acheteurs publics wallons peuvent adresser toutes leurs demandes à l'adresse marchespublics.responsables@spw.wallonie.be et bénéficier d'un accompagnement individualisé. Une réponse est transmise dans les 10 jours.
- Un [Réseau wallon des acheteurs responsables](#), auquel les acheteurs publics wallons peuvent [s'inscrire sur ce site](#), qui permet aux acheteurs de se tenir informés des nouveautés et d'échanger leurs bonnes pratiques.
- [Des outils relatifs aux clauses sociales pour les marchés publics](#) de travaux ont aussi été mis en place, afin d'assister les pouvoirs adjudicateurs et les adjudicataires dans l'insertion, la mise en œuvre et le contrôle de la clause sociale.
- [Un guide de lutte contre le dumping social](#) pour les marchés publics de travaux a été adopté par le gouvernement wallon, ainsi [qu'un guide de vérification des prix anormalement bas](#).

- Le [guide fédéral des achats durables](#) contient également de nombreuses clauses environnementales pour bon nombre de catégorie de produits et services.
- Des clauses environnementales sont aussi proposées par la Commission européenne. Elles sont disponibles en français [sur ce site](#).

Ces différents outils sont constamment améliorés tandis que de nouveaux outils sont en cours d'élaboration afin de répondre au mieux aux objectifs de protection de l'environnement, d'intégration et de cohésion sociale.

A series of 30 horizontal dotted lines spanning the width of the page, providing a template for text entry.



developpementdurable.wallonie.be

Des questions?

marchespublics.responsables@spw.wallonie.be



**Wallonie
service public
SPW**

Éditrice responsable :
Sylvie MARIQUE, Secrétaire générale - SPW
Place Joséphine-Charlotte, 2 - 5100 Namur

Dépôt légal : D/2019/11802/61

Juin 2019