

# **NOUVEAU CADRE DE L'UE SUR LES MARCHÉS PUBLICS**



**POINTS CLÉS DE LA CES  
POUR LA TRANSPOSITION  
DE LA DIRECTIVE 2014/24/UE**

# **NOUVEAU CADRE DE L'UE SUR LES MARCHÉS PUBLICS**



**POINTS CLÉS DE LA CES  
POUR LA TRANSPOSITION  
DE LA DIRECTIVE 2014/24/UE**

# Introduction et principaux messages

**L**a nouvelle directive sur la passation des marchés publics introduit des éléments positifs du point de vue syndical, notamment une clause sociale contraignante. Elle offre aux syndicats un outil qui leur permet d'appuyer leurs principales revendications telles que le respect des conventions collectives, les critères sociaux et un renforcement de la transparence. Pour nous, ces résultats sont donc particulièrement satisfaisants. Toutefois, tout dépendra de la manière dont cette directive est transposée dans le droit national.

C'est un principe maintenant bien établi dans le droit européen que l'achat de biens, la prestation de services et la commande de travaux par des pouvoirs publics doivent faire l'objet d'une procédure de passation de marché public. Les règles européennes dans ce domaine sont souvent présentées comme améliorant l'efficacité des dépenses publiques (accroissement de la concurrence, baisse des prix et amélioration de la qualité des services pour l'usager).

Cependant, les syndicats à travers toute l'Europe racontent une toute autre histoire. Jusqu'à maintenant, le législateur européen s'est presque exclusivement focalisé sur des facteurs économiques en soulignant la nécessité, pour les pouvoirs publics, de choisir l'offre la moins chère. Ces pratiques se sont révélées extrêmement néfastes pour les travailleurs, les usagers et, au final, les finances publiques. La passation de marchés publics est généralement synonyme de licenciements, de réduction du temps de travail, de rythme de travail et de flexibilité insoutenables, de non-paiement des salaires et souvent de fraude massive. Au final, le prix à payer par la société dans son ensemble est extrêmement lourd puisque la qualité des services de base se détériore. Ce problème est particulièrement préoccupant en cette période de contraintes budgétaires où la tentation est grande, pour les pouvoirs publics, d'externaliser.

La CES est particulièrement critique envers la directive sur la passation des marchés publics de 2004 et appelle depuis long-temps à une révision en profondeur de l'approche adoptée par l'EU en matière de dépense des deniers publics. Les pouvoirs publics ont la responsabilité de les dépenser avec l'objectif de

promouvoir la cohésion sociale et économique, l'emploi et des services, des biens et des travaux de qualité. L'essentiel n'est pas de savoir ce qu'ils sont autorisés à faire, mais ce qu'ils devraient faire.

En 2012 a débuté le processus de révision de la directive cadre sur la passation de marchés publics. La CES a activement participé au processus législatif en demandant une révision axée sur les critères sociaux. Malgré une conjoncture politique défavorable, les syndicats se sont clairement faits entendre. La directive révisée comporte l'obligation de respecter les conditions de travail en vigueur sur le lieu de travail, y compris les conventions collectives. Les pouvoirs publics peuvent donner un réel poids à des considérations sociales supplémentaires lorsqu'ils déterminent quelle devrait être la meilleure offre. Le choix de l'offre la plus basse est en net recul. Les services sociaux bénéficient d'un régime moins contraignant mais leurs spécificités (universalité, disponibilité, etc.) doivent être prises en compte par les pouvoirs publics. Pour finir, des tentatives ont été faites afin d'améliorer la transparence dans les chaînes de sous-traitance.

Bien entendu, chaque processus législatif implique des compromis et il est certain que nous aurions aimé de meilleurs résultats. Les possibilités d'amélioration de cette nouvelle directive sont importantes et il est maintenant temps d'exploiter tout son potentiel grâce à des lois de transposition soigneusement étudiées.

Ce document fournit des orientations sur les principaux points à transposer. Les syndicats devraient fortement s'opposer à toute transposition littérale de cette directive. Des failles restent à combler et des formulations vagues doivent être corrigées. Plusieurs dispositions laissent la porte ouverte au législateur national. La CES demande une approche ambitieuse. Comme souligné ci-dessus, les pouvoirs publics doivent avoir conscience qu'il leur incombe clairement d'agir d'une manière socialement responsable.

**Bernadette Ségo**

*General Secretary*



# TABLE DES MATIÈRES

Introduction et principaux messages .....	5
<hr/>	
<b>REMARQUES PRÉLIMINAIRES .....</b>	<b>5</b>
Rôle des considérants .....	
Une directive définissant des normes minimales .....	5
<hr/>	
<b>1. CHAMP D'APPLICATION .....</b>	<b>6</b>
1.1 Marchés partiellement exclus du champ d'application de la directive: services sociaux et autres services spécifiques .....	6
Publication et adjudication de marchés pour des services sociaux .....	6
Marchés réservés .....	7
1.2 Marchés entièrement exclus du champ de la directive .....	8
Services d'intérêt général non économiques, y compris sécurité sociale et services fournis par les syndicats .....	8
SIEG non mentionnés à l'Annexe .....	8
<hr/>	
<b>2. CONSIDÉRATIONS D'ORDRE SOCIAL .....</b>	<b>9</b>
2.1 Considérations sociales à caractère obligatoire .....	9
Le principe: article 18.2 .....	9
Spécifications techniques .....	10
Principes généraux en matière de choix des participants et d'attribution des marchés .....	10
Motifs d'exclusion .....	10
Offres anormalement basses .....	10
Sous-traitance .....	10
2.2 Considérations sociales supplémentaires .....	11
2.3 Marchés publics et détachement de travailleurs .....	12
<hr/>	
<b>3. Critères d'attribution des marchés .....</b>	<b>15</b>
<hr/>	
<b>4 Sous-traitance .....</b>	<b>16</b>

# REMARQUES PRÉLIMINAIRES

## RÔLE DES CONSIDÉRANTS

Les considérants ne sont pas juridiquement contraignants, et n'ont pas vocation à être transposés en droit national. Il convient néanmoins de ne pas sous-estimer leur influence. Les considérants expliquent le contexte de la législation, ainsi que ses objectifs.

En fonction de leur contenu, il convient par conséquent d'adopter, vis-à-vis des considérants, une approche stratégique dans le cadre du processus de transposition. Dans un processus législatif aussi controversé que l'est celui concernant les marchés publics, des compromis ont été effectués dans les considérants: les articles établissent des principes consensuels rédigés en termes généraux, les considérants contenant quant à eux des concessions délayées au sein de formulations plus longues.

## UNE DIRECTIVE DÉFINISSANT DES NORMES MINIMALES

Une directive est obligatoire quant à son objectif, mais non quant aux moyens. Le législateur national jouit d'une grande latitude quant aux modalités d'application des principes de la directive. Une loi de transposition efficace est celle qui élaborera les dispositions de mise en œuvre les mieux adaptées au contexte national. La nouvelle directive relative aux marchés publics fixe notamment des objectifs clairs en ce qui concerne les considérations d'ordre social. Cependant, beaucoup de points n'ont pas été explicitement formulés. Une transposition littérale de ces principes dans la législation nationale compromettrait l'efficacité de la directive. Il convient de réfléchir de manière approfondie à la meilleure façon de définir et de garantir, ou de promouvoir, les considérations sociales. De même, le nouveau chapitre consacré aux services sociaux ne doit pas être transposé littéralement.

# 1. CHAMP D'APPLICATION

## 1.1 Marchés partiellement exclus du champ d'application de la directive: services sociaux et autres services spécifiques

La directive prévoit un régime allégé pour les « services sociaux et d'autres services spécifiques » d'un montant supérieur à 750 000 euros, et qui sont énumérés à l'annexe 14. Ces services sont soumis à des exigences de publication et à des principes d'adjudication, mais sont exemptés du reste de la directive. L'article 77 offre également la possibilité de réserver certains services à des organismes sélectionnés.

### Publication et adjudication de marchés pour des services sociaux

*Article 1.4 et considérants connexes 5 à 7*

*Article 4*

*Articles 74-77 et considérants connexes 114, 117, 118*

*Annexe 14*

La nouvelle directive sur les marchés publics ne s'applique que partiellement aux services sociaux et à d'autres services spécifiques, et ce à la différence des services purement commerciaux, auxquels la directive s'applique dans son intégralité. L'ancienne directive opérait également une distinction entre deux types de services: la liste A et la liste B, cette dernière étant très semblable à l'Annexe 14. Alors que les services énumérés dans la liste A étaient assujettis à l'ensemble de la directive sur les marchés publics, les services de la liste B bénéficiaient d'un régime allégé. Le contenu réel du nouveau « régime allégé » diffère de l'ancienne directive.

Au titre du régime anciennement en vigueur, l'adjudication des services de la liste B ne devait pas être annoncée au moyen d'un avis. Un avis relatif au résultat de l'attribution du marché suffisait<sup>1</sup>. Or, l'article 75 de la nouvelle directive exige que les pouvoirs adjudicateurs qui ont l'intention d'attribuer un marché fassent connaître cette intention par le biais d'un avis de marché ou d'un avis d'information préalable. En outre, les pouvoirs adjudicateurs devront toujours faire connaître les résultats de la procédure de passation des marchés.

L'ancien régime exigeait par ailleurs que les pouvoirs publics fixent dans les spécifications techniques les caractéristiques requises du bien ou du service en question<sup>2</sup>. L'art. 76 ne contient

pas cette obligation, mais impose aux États membres d'établir des critères pour l'attribution des contrats. Les États membres sont libres de déterminer les règles de procédure applicables, pour autant que les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques soient respectés. En outre, il est nécessaire de permettre aux pouvoirs publics de prendre en considération les principes fondamentaux inhérents aux services sociaux. Enfin, les États membres peuvent prévoir que le marché soit attribué en fonction du rapport qualité-prix, en tenant compte, pour les services sociaux, des critères de qualité et de durabilité.

En général, la CES soutient les principes de transparence et de non-discrimination. Cependant, il devrait être clair dans les lois de transposition que l'objectif principal des articles 74 à 77 consiste à donner aux autorités publiques la plus grande latitude possible s'agissant d'organiser et de financer la fourniture de services sociaux comme elles l'entendent. En ce sens, les articles 74 à 76 doivent impérativement être lus conjointement avec l'article 1.4 et ses considérants connexes 5 à 7.

Conformément à ces dispositions, la directive sur les marchés publics n'oblige pas les États membres à sous-traiter ou externaliser les services qu'ils souhaitent se procurer. C'est seulement lorsqu'une véritable décision de privatisation est prise par les pouvoirs publics que les règles de l'UE en matière de marchés publics s'appliquent.

En ce qui concerne les services sociaux et autres services spécifiques, l'article 1.4 stipule expressément qu'un certain nombre de principes fondamentaux ne sont pas affectés par la directive sur les marchés publics. Les États membres doivent notamment organiser et financer les services d'intérêt économique général (« SIEG ») comme ils l'entendent. Le considérant 7 renforce la liberté des autorités nationales, régionales et locales de définir les caractéristiques des SIEG devant être fournis, y compris les conditions relatives à la qualité.

La marge d'appréciation considérable laissée aux autorités publiques n'est cependant pas illimitée. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la transparence et la non-discrimination, qui sont des principes classiques des traités de l'UE, doivent être respectées. Mais l'art. 76 est novateur en ce sens que les États membres ont désormais une responsabilité claire s'agissant de garantir le respect des valeurs fondamentales des services sociaux<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Article 35.4 de la directive 2004/18/CE - <sup>2</sup>Article 23 de la directive 2004/18/CE - <sup>3</sup>Selon l'article 76 [passages soulignés par nos soins]:

1. Les États membres mettent en place, pour la passation des marchés relevant du présent chapitre, des règles nationales afin de garantir que les pouvoirs adjudicateurs respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques. Les États membres sont libres de déterminer les règles de procédure applicables, **tant que celles-ci permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les spécificités des services en question**.

2. *Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en compte la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation.*

Les États membres peuvent également prévoir que le choix du prestataire de services est opéré sur la base de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, en tenant compte de critères de qualité et de durabilité en ce qui concerne les services à caractère social.

Enfin, l'article 76 aurait pu préciser de manière plus claire que le respect des conditions de travail applicables sur le lieu de travail constitue un critère d'adjudication obligatoire (voir la section 2.1 ci-dessous). Cette obligation peut être déduite des multiples références à la qualité et à la durabilité des services sociaux, et devrait donc apparaître de manière plus visible dans les lois de transposition.

## Marchés réservés

### Article 77, considérant 118

Conformément à l'article 77, les États membres peuvent permettre aux pouvoirs adjudicateurs de réserver à certaines organisations la participation aux procédures de passation des marchés pour certains services dans les secteurs des services sociaux, culturels et de santé. Ce serait par exemple le cas

pour les organisations fondées sur l'actionnariat salarié ou la participation active des employés, ou pour les coopératives. L'article 77.2 énonce les critères auxquels les organisations doivent satisfaire pour pouvoir bénéficier de marchés réservés. La formulation de ces critères est toutefois si faiblement élaborée que ceux-ci ne permettent pas la distinction entre les entreprises commerciales et les véritables entreprises et coopératives sociales.

Les lois de transposition doivent resserrer ces critères afin d'éviter que toute entité commerciale privée ne puisse contester le principe des marchés réservés. Au moment de décider s'il faut ou non transposer l'article 77, il convient également de garder à l'esprit que les marchés réservés sont limités dans le temps et qu'ils ne peuvent pas être renouvelés avec le même prestataire.

## PRINCIPAUX POINTS À RETENIR POUR LA TRANSPOSITION:

- 1 Les articles 74 à 77 doivent être lus conjointement avec les articles 1.4 et 1.5. Le dernier paragraphe du considérant 114 fournit également une interprétation utile. Toute affirmation selon laquelle que la directive sur les marchés publics crée une incitation à privatiser, organiser ou financer les services sociaux d'une certaine manière doit être réfutée.
- 2 L'article 76 ne peut pas être transposé tel quel. Les États membres doivent mettre en place des règles nationales pour la passation de marchés en matière de services sociaux. La directive envisage de donner aux pouvoirs adjudicateurs les moyens de tenir compte des spécificités qui sont celles des services sociaux. Les lois de transposition pourraient utilement renforcer cette disposition en veillant à ce que les pouvoirs publics soient fortement encouragés, voire même contraints, à garantir au moins le respect des principes fondamentaux visés à l'article 76.2.
- 3 L'article 76.2 offre la possibilité aux États membres d'élaborer des critères d'attribution « sur la base de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, en tenant compte de critères de qualité et de durabilité en ce qui concerne les services à caractère social ». Cette option doit être transposée en droit national. L'attribution d'un marché concernant des services sociaux, principalement sur la base d'un critère économique, doit être exclue (voir section 3 ci-dessous).
- 4 Le respect obligatoire des conditions de travail applicables telles que définies par la loi et/ou par des conventions collectives conclues au niveau du lieu de travail doit explicitement devenir un critère d'attribution (voir section 2.1 ci-dessous)..
- 5 Suivant le contexte national, les affiliés devraient réfléchir à l'opportunité de la transposition de l'article 77 en droit national (les marchés réservés sont une possibilité ouverte aux États membres, et non une obligation). En cas de transposition :
  - Autant que possible, les critères énumérés à l'article 77.2 doivent être resserrés, de manière à éviter que des services purement commerciaux ne viennent interférer dans la procédure de réservation de marchés en ce qui concerne certains services sociaux. L'article 77.2 (a) pourrait notamment être amélioré en précisant que la majorité au moins des bénéfices doit être reinvestie en vue de réaliser l'objectif de l'organisation.
  - Il convient de préciser que les articles 75 et 76 s'appliquent également aux marchés réservés. Cela signifie que les marchés réservés sont quand même soumis à une forme de publicité, à tout le moins un avis d'information préalable. Plus important encore, il serait utile de préciser que les principes d'attribution visés à l'article 76 (qualité, continuité, accessibilité, etc.) s'appliquent également dans le cas des marchés réservés.

## 1.2 Marchés entièrement exclus du champ de la directive

Les marchés d'une valeur inférieure aux seuils fixés à l'article 4, ainsi que les services d'intérêt général non économiques, n'entrent pas dans le champ d'application de la nouvelle directive sur les marchés publics. Cela devrait également être le cas des SIEG qui ne sont pas explicitement mentionnés par la directive.

Les contrats ne relevant pas des règles de l'UE en matière de passation des marchés publics restent néanmoins soumis aux principes du Traité (par ex. : la non-discrimination, la transparence) et du droit de la concurrence de l'UE.

### Services d'intérêt général non économiques, y compris sécurité sociale et services fournis par les syndicats

*Article 1.5 et considérant connexe 6, Annexe 16*

La dernière phrase du considérant 6 précise que les services d'intérêt général non économiques n'entrent pas dans le champ d'application de la directive. La définition de la notion de services d'intérêt général non économiques est entièrement laissée aux États membres. Il convient de garder à l'esprit que l'article 2 du Protocole 26 sur les services d'intérêt général<sup>4</sup> prévoit que les règles de l'UE ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres s'agissant de fournir, de faire exécuter et d'organiser ces services.

L'article 1.5 de la nouvelle directive sur les marchés publics exclut expressément toute incidence des règles de passation des marchés publics de l'UE sur l'organisation des systèmes de sécurité sociale. Toutefois, ce principe pourrait se trouver contesté par l'annexe 14, qui énumère les « services de sécurité sociale obligatoire » en tant que services potentiellement couverts par le régime plus léger décrit aux articles 74-77.

La CES est d'avis que la sécurité sociale n'est pas un service économique. En tant que service d'intérêt général non économique, il convient donc de l'exclure purement et simplement des marchés publics de l'UE. Ce point nécessite cependant quelques éclaircissements dans les lois de transposition.

L'Annexe 14 contient également une référence aux « services fournis par les syndicats ». Encore une fois, les lois de transposition devraient préciser que les services syndicaux sont des services d'intérêt général non économiques.

### SIEG non mentionnés à l'Annexe 14

*Annexe 14, article 1.4 et considérants connexes 5 à 7*

L'Annexe 14 ne peut pas être considérée comme une liste exhaustive des SIEG, la nouvelle directive affirmant en plusieurs endroits que les règles de l'UE en matière de passation des marchés publics n'affectent pas la liberté des États membres de définir les SIEG.

Toutefois, la directive reste muette quant au régime applicable aux SIEG qui ne figurent pas à l'Annexe 14. Compte tenu des multiples références aux spécificités des SIEG et à la marge d'appréciation laissée aux autorités publiques pour organiser et financer ces services, il est peu probable qu'ils relèveraient de la directive dans son intégralité. Cependant, pour des raisons de sécurité juridique, les lois de transposition devraient préciser qu'en l'absence de dispositions spécifiques, les SIEG non énumérés à l'Annexe 14 doivent être considérés comme ne relevant pas du champ d'application de la directive de l'UE sur les marchés publics.

L'article 14 du TFUE ainsi que le Protocole 26 sur les services d'intérêt général ont une approche fonctionnelle de ce qui constitue un SIEG. Parmi les principales caractéristiques d'un tel service, il convient de citer : un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

### PRINCIPAUX POINTS À RETENIR POUR LA TRANSPOSITION:

- 6 Toute affirmation selon laquelle la directive sur les marchés publics implique une obligation de fournir des services privés, ou un encouragement à le faire, doit être réfutée.
- 7 L'interprétation au niveau national de ce que sont les SIEG ou les SIG non économiques doit être maniée avec une très grande prudence. Les services d'intérêt général non économiques ne relèvent pas du champ d'application de la directive sur les marchés publics. En fonction du contexte national, il pourrait se révéler hautement souhaitable de définir certains services comme étant des services d'intérêt général non économiques.
- 8 Les services de sécurité sociale et les services fournis par les syndicats doivent être définis sans ambiguïté par le droit national en tant que services d'intérêt général non économiques.
- 9 Les lois de transposition devraient préciser que les SIEG non énumérés à l'Annexe 14 ne relèvent pas du champ d'application des règles de l'UE en matière de passation des marchés publics.

<sup>4</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008M/PRO/26&from=FR>

## 2. CONSIDÉRATIONS D'ORDRE SOCIAL

La CES attache une grande importance à la responsabilité particulière qui incombe à toute autorité publique de dépenser l'argent public de manière responsable. La nouvelle directive sur les marchés publics ouvre plusieurs possibilités permettant aux pouvoirs publics de dépenser l'argent public de manière socialement responsable. Le respect des conditions de travail applicables sur le lieu de travail doit constituer une ligne rouge absolue pour les syndicats. En outre, les lois de transposition doivent trouver des moyens d'encourager fortement les autorités publiques à recourir aux marchés publics durables.

### 2.1 Considérations sociales à caractère obligatoire

#### Le principe : article 18.2

*Article 18.2 et considérants connexes 37 à 40*

Un objectif clé de l'article 18.2 consiste à garantir le respect des conditions de travail applicables sur le lieu de travail, que celles-ci soient définies dans la loi ou dans les conventions collectives. Si nous laissons de côté le cas particulier du détachement de travailleurs, le droit du travail applicable sur le lieu de travail devrait normalement être déjà en vigueur. La pratique, cependant, est moins claire quant au respect des conventions collectives. Si elle est appliquée correctement, la nouvelle directive devrait garantir l'application continue des conventions collectives en vigueur sur le lieu de travail en cas de changement d'employeur consécutif à une procédure de marché public (par exemple en cas d'externalisation ou de changement de fournisseur).

L'article 18.2 vise également à assurer le respect des conventions fondamentales de l'OIT, et notamment les Conventions C87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, et C98 sur le droit d'organisation et de négociation collective. Il convient de noter que l'article 18.2 évoque également des obligations dans le domaine de la législation de l'environnement.

L'article 26 de l'ancienne directive 2004/18 se contentait d'ouvrir aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de fixer des conditions particulières concernant notamment les « aspects sociaux », sans plus de précisions. L'article 18.2 représente donc un changement majeur par rapport à l'ancien régime, et en tant que tel, il devrait déboucher sur d'importantes modifications dans la législation nationale. Le nouvel article 18.2 contient en particulier deux nouveaux éléments clés :

Tout d'abord, son caractère obligatoire. L'article 18.2 constitue clairement une obligation. L'article 18.2 peut être considéré comme un principe général, qui se trouve ensuite développé dans des articles spécifiques. Néanmoins, cette disposition

doit être transposée dans les législations nationales (« Les États membres prennent les mesures appropriées »). Il serait souhaitable que parmi les mesures appropriées, l'on trouve des dispositions juridiques générales, mais aussi des mesures d'exécution adéquates destinées à assurer l'application effective de l'article 18.2. Le considérant 39 donne des indications utiles à cet égard<sup>5</sup>.

Il est à noter que l'obligation de faire en sorte que les opérateurs économiques respectent les conditions de travail applicables incombe aux États membres, et non aux pouvoirs publics. Il s'agissait d'un choix politique de la part du législateur européen, qui ne souhaitait pas imposer une charge excessive aux autorités locales. Les États membres doivent donc rendre des comptes en ce qui concerne le respect des conditions de travail applicables.

Deuxièmement, l'égalité de traitement. Les obligations applicables dans le domaine du droit social et du travail sont celles en vigueur sur le lieu de travail. Une attention toute particulière doit être accordée aux considérants 37 et 38, qui précisent que les obligations applicables sont celles de l'endroit où les travaux sont exécutés, ou les services fournis. Les services doivent être considérés comme fournis à l'endroit où les prestations caractéristiques se trouvent exécutées. Lorsque les services sont fournis à distance (par ex. : centres d'appels), les services doivent être considérés comme fournis à l'endroit où ils sont effectivement exécutés.

Les obligations applicables figurent dans la loi et dans la convention collective de travail. En utilisant des termes génériques, notamment en ce qui concerne les conventions collectives, l'article 18.2 respecte la diversité des traditions nationales en la matière. Cependant, l'article 18.2 mentionne également le respect du droit de l'Union, et le considérant 37 soulève explicitement la question des travailleurs détachés. Le recours à des travailleurs détachés dans un contexte de marchés publics entraîne des conséquences s'agissant du type de conventions collectives pouvant être imposées à l'entreprise (voir section 2.3 « Marchés publics et détachement de travailleurs »). Toutefois, un marché public n'impliquant pas le recours à des travailleurs détachés doit être exécuté en conformité avec la législation du travail dans son ensemble, ainsi qu'avec les conventions collectives en vigueur sur le lieu de travail, sans que le droit de l'Union vienne interférer de quelque manière que ce soit. Par ailleurs, quelle que soit la nationalité de l'opérateur économique, il n'y a absolument pas lieu d'invoquer le principe du pays d'origine, à moins, bien sûr, que cela ne résulte de l'application de termes et conditions d'emploi plus favorables aux travailleurs (le considérant 37 vient expliciter ce dernier point).

<sup>5</sup>**(39)** « Les obligations pertinentes pourraient figurer dans des clauses du marché. Il devrait également être possible d'introduire dans des marchés publics des clauses garantissant le respect des conventions collectives conformément au droit de l'Union. Le non-respect des obligations en question pourrait être considéré comme une faute grave de l'opérateur économique concerné, pouvant entraîner son exclusion de la procédure de passation de marché public ».

L'Article 18.2 s'applique « dans l'exécution des marchés publics ». Cela devrait être compris d'une manière générale, et non comme une référence spécifique à l'article 70 relatif aux conditions d'exécution des contrats. La considération sociale obligatoire s'applique à presque toutes les étapes de la passation de marchés publics, à l'exception des spécifications techniques.

## Spécifications techniques

*Article 42 et considérants connexes 74 à 76*

Les spécifications techniques constituent une étape essentielle dans la procédure de passation des marchés publics, car elles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services. Néanmoins, la nouvelle directive ne fait aucune référence à l'article 18.2 à ce stade particulier. Une autorité publique peut encore garantir le respect des conditions de travail applicables en fixant les conditions de l'exécution des contrats. Toutefois, l'article 18.2 revêtant un caractère clairement obligatoire, et son respect devant être contrôlé à plusieurs reprises lors des étapes suivantes de la procédure, il serait logique que les lois de transposition comportent également une référence aux considérations sociales à caractère obligatoire dès le stade des spécifications techniques.

## Principes généraux en matière de choix des participants et d'attribution des marchés

*Article 56*

En vertu de l'article 56, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas attribuer un marché à un soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse lorsque cette offre n'est pas conforme à l'article 18.2. L'utilisation du mot « peuvent » plutôt que « doivent » est en contradiction flagrante avec l'esprit de l'article 18.2, dont l'application est clairement obligatoire. Les lois de transposition pourraient utilement préciser que les pouvoirs publics n'ont pas le choix sur ce point: un soumissionnaire ne respectant pas le droit du travail ou la convention collective en vigueur sur le lieu de travail ne peut pas se voir attribuer le marché.

## Motifs d'exclusion

*Article 57 et considérants connexes 85, 100-102*

*Article 59*

Conformément à l'article 57, l'autorité publique possède la faculté d'empêcher un opérateur économique de participer à une procédure de marché public si elle peut démontrer, par tout moyen approprié, une violation de l'article 18.2 soit avant, soit pendant la procédure. Cette exclusion peut survenir à tout moment au cours de la procédure.

L'article 57 est une possibilité offerte aux autorités publiques, mais les États membres peuvent faire en sorte, dans leurs lois de transposition, que les autorités publiques soient effectivement tenues de procéder à une exclusion en cas de violation de l'article 18.2. Ce faisant, ils renforceraient considérablement les répercussions de l'article 57.

L'article 59 introduit le principe d'un Document unique de marché européen (DUME), consistant en une autodéclaration mise à jour par l'opérateur économique et constituant une pièce justificative préliminaire. Cette autodéclaration confirmerait notamment que l'opérateur économique n'enfreint pas l'article 18.2. Il convient d'accorder une attention particulière à cette disposition lors de la phase de transposition de façon à réduire les risques d'abus. Il est essentiel que l'autorité publique, ou un tiers de confiance, procède à une vérification satisfaisante.

## Offres anormalement basses

*Article 69 et considérants connexes 40 et 103*

En cas de soumissions anormalement basses, les pouvoirs publics sont tenus de demander des explications à l'opérateur économique. Cependant, les pouvoirs publics ne sont pas tenus de demander des explications spécifiquement liées au respect de l'art 18.2. Il s'agit là d'une faille à laquelle il convient de remédier dans les lois de transposition. En cas d'offres anormalement basses, il faut que les pouvoirs publics demandent systématiquement des explications en ce qui concerne le respect de l'article 18.2.

Cela dit, l'article 69 stipule que, lorsqu'il est établi que l'offre est anormalement basse du fait de la violation des obligations visées à l'article 18.2, cette offre doit être rejetée.

L'article 69.5 traite de la coopération entre États membres par le biais des échanges d'informations. En ce qui concerne les conditions de travail, cette disposition ne devrait être considérée comme pertinente que dans le contexte du détachement de travailleurs (voir la section 2.3 « Marchés publics et détachement de travailleurs »).

## Sous-traitance

L'article 71.1 se réfère au respect de l'art 18.2 en cas de sous-traitance. La formulation utilisée dans ce paragraphe est très vague et ne peut pas être transposée littéralement (voir section 4 ci-dessous).

### PRINCIPAUX POINTS À RETENIR POUR LA TRANSPOSITION:

- 10 L'article 18.2 ne doit pas être considéré uniquement comme un principe général, mais comme une obligation concrète faite aux États membres, qui sont tenus de prendre les mesures appropriées. L'article 18.2 nécessite donc une transposition effective.
- 11 Les lois de transposition doivent établir clairement que les conditions de travail applicables englobent à la fois le droit du travail et la convention collective applicable sur le lieu de travail. En cas de changement d'employeur consécutif à une procédure de marché public (sous-traitance ou changement d'employeur), la (les) convention(s) collective(s) en vigueur avant le processus d'appel d'offres doit (doivent) continuer de s'appliquer.
- 12 La transposition de l'article 42 relatif aux spécifications techniques doit ajouter une référence au respect obligatoire des conditions de travail en vigueur sur le lieu de travail.
- 13 Les renvois aux articles 56 (Principes généraux), 57 (Motifs d'exclusion), 69 (Offres anormalement basses), et 71 (Sous-traitance) contenus à l'article 18.2 devraient être libellés avec plus de force. Les pouvoirs publics devraient être tenus de vérifier le respect des conditions de travail applicables.
- 14 L'utilisation du Document unique de marché européen (DUME) ne doit pas porter atteinte à l'utilité de l'article 18.2. Les pouvoirs publics et/ou une tierce partie de confiance doivent se voir accorder les moyens de veiller à ce qu'une vérification satisfaisante soit bien effectuée.

## 2.2 Considérations sociales supplémentaires

Articles 42, 43, 67, 70 et considérants connexes 92-95, 97, 104

La nouvelle directive fait, directement ou indirectement, référence aux considérations sociales lors des différentes étapes de la procédure de passation de marchés publics :

- L'article 42 relatif aux spécifications techniques facilite aux pouvoirs publics l'exigence de caractéristiques « sociales », à condition toutefois que ces facteurs soient liés à l'objet du contrat et qu'ils soient proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.
- L'article 43 relatif aux labels permet aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger un label social spécifique dans le cadre des spécifications techniques, des critères d'adjudication ou des conditions d'exécution du contrat
- Conformément à l'article 67 relatif aux critères d'attribution des marchés, les contrats peuvent être attribués sur la base d'un meilleur rapport qualité-prix, ce qui implique des critères liés aux aspects sociaux. Ces critères comprennent par exemple la qualité, les caractéristiques sociales ainsi que l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel.
- Conformément à l'article 70, les pouvoirs adjudicateurs peuvent inclure des considérations sociales dans leurs conditions d'exécution du contrat, même si ces considérations n'ont pas été précisées dans les spécifications techniques ou les critères d'attribution du marché.

Il est absolument nécessaire d'opérer une distinction entre la considération sociale obligatoire prévue à l'article 18.2 et dans les renvois ultérieurs, et les considérations sociales supplémentaires mentionnées ci-dessus. La considération sociale obligatoire fixe les conditions de travail devant être respectées à toutes les étapes de la procédure de passation de marchés publics. Les considérations sociales supplémentaires sont d'autres critères qui permettent aux autorités publiques de favoriser les marchés publics durables. Ce faisant, les pouvoirs publics bénéficient d'une grande souplesse, même si la directive impose certaines restrictions bien claires.

Concrètement, le respect d'une convention collective qui était en vigueur sur le lieu de travail avant le déclenchement d'une procédure de marché public ne doit pas être considéré comme un critère de durabilité que l'autorité publique peut souhaiter promouvoir dans le cadre des spécifications techniques ou des critères d'attribution du marché. Il s'agit d'une condition obligatoire qui doit être appliquée tout au long de la procédure. Les critères sociaux supplémentaires sont plus difficiles à circonscrire dans une perspective européenne, et ils doivent être définis par les autorités locales elles-mêmes. Selon le considérant 92, «Il y a lieu d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services de grande qualité qui correspondent idéalement à leurs besoins». Le considérant 92 précise également que les différents exemples figurant dans la directive constituent une liste non exhaustive.

Le considérant 93 cite par exemple «l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables». Le considérant 98 parle de «la mise en œuvre de mesures destinées à promouvoir l'égalité des hommes et des

femmes au travail, une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée, à assurer le respect pour l'essentiel des dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT), ainsi qu'à recruter [des] personnes défavorisées». Le considérant 99 mentionne l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en œuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes, et l'accessibilité des personnes handicapées.

Un autre critère important est la qualité du personnel, y compris de son organisation, de ses qualifications et de son expérience, lorsque la qualité du personnel peut avoir des incidences importantes sur le degré de qualité de l'exécution du contrat (article 67, paragraphe 2, lettre b) et considérant 94).

Cependant, la marge d'appréciation dont disposent les autorités publiques pour définir les critères sociaux utiles n'est pas illimitée. Une décision d'attribution de marché ne peut pas se fonder uniquement sur des critères non économiques. En outre, les critères doivent être liés à l'objet du contrat, c'est à dire qu'ils concernent les travaux, les fournitures ou les services à fournir. Le considérant 97 précise cette restriction<sup>6</sup>.

De manière concrète, il semble que le pouvoir adjudicateur ne puisse pas exiger qu'une entreprise respecte un critère social donné si ce n'est pas l'objet du contrat, mais qu'il pourrait accorder des points supplémentaires à ces entreprises dans son évaluation du meilleur rapport qualité-prix.

### PRINCIPAUX POINTS À RETENIR POUR LA TRANSPOSITION:

- 15 Les critères sociaux supplémentaires ne doivent pas être confondus avec la considération sociale obligatoire prévue à l'article 18.2 et dans les renvois ultérieurs. Le respect des conventions collectives ne peut notamment pas être considéré comme un critère devant être pondéré dans le cadre d'une évaluation du meilleur rapport qualité-prix; il s'agit d'une obligation séparée.
- 16 Les lois de transposition devraient adopter une approche favorisant les critères sociaux, en encourageant les pouvoirs publics à y avoir recours à tous les stades d'une procédure de marché public.
- 17 Les exemples de critères sociaux contenus dans la directive ne doivent pas être considérés comme une liste exhaustive.

<sup>6</sup> Le considérant 97, dernier paragraphe, est libellé comme suit: «la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise».

### 2.3 Marchés publics et détachement de travailleurs

La nouvelle directive établit sans ambiguïté le principe de l'égalité de traitement sur le lieu de travail pour les situations nationales. La situation est moins claire lorsque l'entrepreneur fait appel à des travailleurs détachés. Dans l'arrêt Rüffert, la Cour de Justice de l'Union européenne a interprété de manière restrictive la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs, ce qui complique la tâche de certaines autorités publiques s'agissant d'imposer aux employeurs étrangers le respect des conventions collectives sur le lieu de travail.

Dans l'affaire Rüffert, les pouvoirs publics avaient demandé l'engagement, de la part des soumissionnaires, à payer aux employés (au minimum) la rémunération prévue par la convention collective locale. Une fois attribué à une entreprise allemande, le contrat avait ensuite été sous-traité à une entreprise polonaise par le recours à des travailleurs détachés.

La Cour de Justice de l'Union européenne a donné une interprétation restrictive de la directive sur les travailleurs détachés, en affirmant qu'un niveau donné de salaire fixé par convention collective ne peut être imposé pour l'exécution d'un marché public que dans deux situations qui s'excluent mutuellement:

- La convention collective est universellement applicable.
- La convention collective est applicable généralement. Pour ce faire, l'autorité publique doit démontrer que la convention collective en question s'applique également au secteur privé. Ce scénario n'est recevable que si l'État membre d'accueil ne dispose pas d'un système permettant de déclarer qu'une convention collective est universellement applicable.

Une autorité publique imposant un taux de rémunération défini par convention collective et qui ne serait pas fixé au moyen de l'une de ces deux méthodes violerait la directive concernant le détachement de travailleurs, ainsi que le Traité.

Une des raisons pour lesquelles ce jugement est fortement critiqué est que l'exigence de conventions collectives d'application générale s'appliquant à la fois aux marchés privés et publics est une condition presque impossible à remplir pour les conventions collectives locales.

Dans son jugement, la Cour s'est exclusivement focalisée sur la directive concernant les travailleurs détachés, en insistant sur une doctrine dite d'« accès au marché ». Imposer un certain niveau de salaire pourrait « imposer aux prestataires de services établis dans un autre État membre, où les taux de salaire minimal sont inférieurs, une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans l'État membre d'accueil » (paragraphe 37 de l'arrêt Rüffert). D'autre part, la Cour n'a accordé aucune considération à la notion de marchés publics durables. La nouvelle directive sur les marchés publics ayant introduit un nombre important de considérations sociales destinées à renforcer la durabilité, le risque de conflit avec la directive concernant les travailleurs détachés s'accroît.

Il faut également noter qu'à la suite des arrêts Laval et Commission c. Luxembourg, le fait d'imposer aux prestataires de services étrangers des conditions d'emploi plus avantageuses que celles expressément énumérées à l'article 3.1 de la directive 96/71/CE est susceptible d'enfreindre cette directive. Il convient donc de soulever des questions quant à la compatibilité des considérations sociales supplémentaires autorisées par le nouveau cadre relatif aux marchés publics avec la directive concernant les travailleurs détachés.

En cas de conflit entre deux instruments de même nature (en l'occurrence deux directives), le principe de la *lex specialis* s'applique normalement. Selon ce principe, la loi applicable à un objet spécifique l'emporte sur une loi ne régissant que les questions générales. Il arrive aussi fréquemment que la loi la plus récente soit prioritaire par rapport à la plus ancienne. En cas de conflit relatif au recours à des travailleurs détachés dans le cadre d'un processus d'appel d'offres, la directive sur

les marchés publics devrait théoriquement avoir préséance sur la directive concernant les travailleurs détachés. Toutefois, le considérant 37 de la directive sur les marchés publics laisse entendre que la directive concernant les travailleurs détachés ne peut pas être mise de côté<sup>7</sup>. Ce considérant semble impliquer que l'autorité publique ne peut pas imposer le respect d'une convention collective locale qui ne remplirait pas les conditions prévues dans l'arrêt Rüffert, même si cela signifie que l'égalité de traitement sur le lieu de travail ne peut être obtenue.

L'absence de toute considération liée aux marchés publics dans l'arrêt Rüffert est troublante. Il convient toutefois de noter que le cadre communautaire des marchés publics en vigueur au moment des faits de l'affaire Rüffert ne contenait pas de considérations sociales notables. Le choix effectué à l'époque par le législateur l'avait été pour des raisons presque exclusivement économiques.

La nouvelle directive sur les marchés publics adopte une approche différente. Non seulement elle contient une clause sociale obligatoire (article 18.2), mais les pouvoirs publics sont également encouragés à adopter une attitude plus conforme au principe de durabilité (considérations sociales supplémentaires, nette préférence pour une évaluation du rapport qualité/prix en tant que critère d'attribution, de préférence au seul critère du coût le plus bas). Si l'interprétation par la Cour de Justice de l'Union européenne de la logique de la directive 96/71/CE devait être appliquée de manière stricte, c'est toute une partie de la nouvelle législation sur les marchés publics qui pourrait alors être abrogée dans certains États membres. Cela aurait même pour effet de soulever d'autres questions quant à la légitimité de la Cour de Justice de l'Union européenne en tant que colégislateur. Lorsque la nouvelle directive sur les marchés publics entrera en vigueur, il faudra se demander si une autre affaire Rüffert serait encore possible.

Toutefois, en prévision d'une éventuelle contestation de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de détachement lorsque des marchés publics sont

<sup>7</sup> Le considérant 37 est libellé comme suit (passages soulignés par nos soins) :

“Afin que les exigences applicables dans les domaines environnemental, social et du travail soient prises en compte de manière appropriée dans les procédures de passation de marchés publics, il importe tout particulièrement que les États membres et les pouvoirs adjudicateurs adoptent les mesures nécessaires pour assurer le respect des obligations en matière de droit environnemental, social et du travail qui s'appliquent au lieu où les travaux sont exécutés ou les services fournis, et qui découlent de lois, règlements, décrets et décisions en vigueur au niveau national et au niveau de l'Union, ainsi que de conventions collectives, à condition que ces règles et leur application soient conformes au droit de l'Union. De même, les obligations découlant des accords internationaux ratifiés par l'ensemble des États membres, énumérés à l'annexe X, devraient s'appliquer lors de l'exécution du marché. Toutefois, cela ne devrait en aucune manière faire obstacle à l'application de conditions de travail plus favorables pour les travailleurs.

Il convient que les mesures pertinentes soient appliquées dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'Union, en particulier en vue d'assurer l'égalité de traitement. Ces mesures devraient être appliquées conformément à la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil et d'une manière qui garantisse l'égalité de traitement et ne crée pas de discriminations directes ou indirectes à l'égard des opérateurs économiques et des travailleurs d'autres États membres.

en jeu, il convient de se montrer vigilant lorsque des travailleurs détachés sont employés dans le cadre de l'exécution d'un marché public. En raison de la complexité de la situation juridique, certains pouvoirs publics ont pu devenir réticents à recourir de manière générale à des considérations sociales. Il s'agit là d'une réaction exagérée, qui doit être combattue. La jurisprudence Rüffert est limitée à la fourniture de services transnationale et au recours connexe à des travailleurs détachés. Elle ne joue aucun rôle dans le traitement des situations nationales.

En outre, le recours même à des travailleurs détachés doit être soigneusement examiné. La nouvelle directive sur l'application de la directive 96/71/CE<sup>8</sup> précise les circonstances dans lesquelles le détachement peut être utilisé. Les entreprises sans véritable lieu d'établissement dans le pays d'origine (sociétés

« boîtes aux lettres »), ainsi que les entreprises faisant appel à des travailleurs détachés à titre permanent, ne peuvent prétendre bénéficier des dispositions de la directive 96/71/CE.

Il convient de rappeler que les considérants servent d'orientation aidant à l'interprétation, et n'ont pas vocation à être transposés en droit national. Il serait donc sage d'éviter une codification du considérant 37 de la directive sur les marchés publics en droit national. Cela donnera plus de souplesse aux juges, y compris aux juges européens, pour adapter la jurisprudence Rüffert au nouveau cadre relatif aux marchés publics. Une transposition zélée du considérant 37 peut également avoir pour effet de conférer une importance disproportionnée à la question du détachement, alors que la majorité des procédures de passation de marchés publics se déroule dans un contexte purement national.

### PRINCIPAUX POINTS À RETENIR POUR LA TRANSPOSITION:

- 18** Il convient d'éviter une codification du considérant 37 en droit national. Il convient aussi de rappeler que les considérants servent d'orientation aidant à l'interprétation, et qu'ils n'ont pas vocation à être transposés en droit national
- 19** Les limites de la jurisprudence de la CJUE en matière de détachement s'appliquent uniquement aux situations transnationales. Toute affirmation selon laquelle les principes de la directive 96/71 régissent les considérations sociales générales dans le cas des marchés publics doit être réfutée
- 20** Le recours aux travailleurs détachés doit être examiné de près. Les situations suivantes constituent une infraction à la directive concernant les travailleurs détachés: sociétés « boîtes aux lettres », absence de lien entre le travailleur détaché et son pays d'origine présumé, recours à des travailleurs détachés à titre permanent. Dans de tels cas, la directive 96/71/CE ne doit pas s'appliquer.

<sup>8</sup> Directive 2014/67/UE relative à l'exécution de la directive 96/71/CE

### 3. CRITÈRES D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS

Dans la nouvelle directive, le terme de « meilleur rapport qualité-prix » remplace le terme d'« offre économiquement la plus avantageuse ». La notion d'offre économiquement la plus avantageuse est utilisée dans la nouvelle directive comme une notion absolue se référant à ce que le pouvoir adjudicateur considère comme étant la meilleure solution parmi les différentes solutions proposées.

Les multiples références à des considérations sociales montrent que la nouvelle directive marque une préférence pour les critères d'attribution fondés sur un meilleur rapport qualité-prix. Il convient de s'en féliciter. Une procédure de passation de marchés publics se fondant uniquement sur le coût exerce une pression à la baisse sur les conditions de travail et la qualité du service. Cependant, l'attribution d'un marché se fondant uniquement sur l'évaluation du coût ou du prix n'est pas totalement écartée. Il existe donc une marge permettant aux lois de transposition de réduire dans la plus large mesure possible le recours à une évaluation purement économique.

Conformément à l'article 67, le prix ou le coût sont des éléments obligatoires qui doivent être évalués par les pouvoirs adjudicateurs. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent en outre y ajouter le meilleur rapport qualité-prix, ce qui implique de

s critères qualitatifs supplémentaires, tels que ceux énumérés à l'article 67.2<sup>9</sup>.

En bref, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un contrat sur la base:

- du prix seul; ou
- du coût seul, sur la base d'une approche de rentabilité, ce qui implique de procéder au calcul du coût du cycle de vie; ou encore
- du prix ou de la rentabilité combinés à des critères qualitatifs, y compris à des critères sociaux. Dans de tels cas, le pouvoir adjudicateur précise la pondération relative qu'il confère à chacun des critères.

La directive permet aux États membres d'établir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas recourir au seul critère de prix ou de coût, ou de limiter l'utilisation de ce critère à certaines circonstances. Aux termes du considérant 90, cela aurait pour effet de « favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité ». Les lois de transposition devraient tirer le meilleur parti possible de cette possibilité. Faute de quoi la situation actuelle, qui voit le critère de qualité et l'option la moins chère peser le même poids dans les passations de marchés, va perdurer.

#### PRINCIPAUX POINTS À RETENIR POUR LA TRANSPOSITION:

**21** Les lois de transposition devraient interdire explicitement le recours aux évaluations du seul prix ou du seul coût, ou à tout le moins limiter celles-ci à des cas spécifiques tels que les produits hautement standardisés qui ne laissent pas de place à l'évaluation de la qualité.

**22** Le respect du droit du travail et des conventions collectives en vigueur sur le lieu de travail ne peut pas être considéré comme un critère devant être pondéré dans le cadre d'un meilleur rapport qualité-prix; il s'agit d'une obligation séparée.

9

- la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;
- l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; ou
- le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

## 4. SOUS-TRAITANCE

### *Article 71 et considérant connexe 105*

L'article 71.1 précise que les obligations découlant de l'article 18.2 s'appliquent également aux sous-traitants. La responsabilité des autorités nationales compétentes est engagée à cet effet. Toutefois, la directive reste assez vague quant au type de mesures devant être prises par les autorités compétentes. Les lois de transposition devront combler cette lacune. L'article 71.6 mentionne deux indications au sujet du contenu éventuel des mesures appropriées:

- Quand un système de responsabilité solidaire entre les sous-traitants et l'entrepreneur principal existe dans la législation nationale, le respect des obligations applicables en vertu de l'article 18.2 s'applique dans le cadre de celui-ci. Malheureusement, la directive ne crée pas l'obligation de mettre en place un tel mécanisme, mais se contente d'ouvrir cette possibilité aux États membres. L'existence d'un système de responsabilité conjointe et solidaire tout au long de la chaîne de sous-traitance est l'un des moyens les plus efficaces d'assurer le respect des conditions de travail applicables.

- L'article 71.6 précise également que les motifs d'exclusion prévus à l'article 57 s'appliquent aux sous-traitants. Voilà une autre raison de faire en sorte que les États membres veillent à ce que, dans les lois de transposition, il soit effectivement exigé des autorités publiques qu'elles procèdent à une exclusion en cas de violation de l'article 18.2.

Toutefois, l'exclusion de sous-traitants doit avoir lieu conformément aux articles 59, 60 et 61. Encore une fois, il est particulièrement important que les lois de transposition veillent à ce que les autodéclarations de l'opérateur économique soient correctement surveillées.

### PRINCIPAUX POINTS À RETENIR POUR LA TRANSPOSITION:

- 23** Si ce n'est pas déjà le cas, les États membres doivent mettre en place un système de responsabilité conjointe et solidaire tout au long de la chaîne de sous-traitance.
- 24** Les lois de transposition doivent garantir la transposition adéquate de l'article 57, en exigeant des autorités publiques qu'elles vérifient systématiquement le respect des conditions de travail applicables.
- 25** L'utilisation du Document unique de marché européen (DUME) ne doit pas porter atteinte à l'utilité de l'article 18.2. Les pouvoirs publics et/ou une tierce partie de confiance doivent se voir accorder les moyens de garantir une vérification satisfaisante.



Boulevard du Roi Albert II, 5  
1210 Bruxelles  
Tél + 32 2 224 04 11  
E-mail : [etuc@etuc.org](mailto:etuc@etuc.org)

[www.etuc.org](http://www.etuc.org)