

La sous-traitance et le recours aux capacités d'autres entités

En phase passation et en phase d'exécution



Harmony Doumont
Consultant en matière
d'analyse et d'attribution
de marchés publics
h.doumont@dia3.be

Avec la promulgation de la nouvelle loi du 17/06/2016¹ et son arrêté d'exécution², le gouvernement fédéral a également promulgué le nouvel arrêté royal (ci-après A.R.) du 22/06/2017³. Dans sa lutte contre le dumping social, la Chancellerie du Premier Ministre, dans le nouveau RGE, a souhaité compléter les articles 12 et 13 relatifs à la sous-traitance et ajouter l'article 78/1.



Le SPF a édité un guide consacré à la lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions.
<http://chancellerie.belgium.be>

En phase passation

Si le recours à la capacité d'un tiers implique de la sous-traitance, la sous-traitance ne suppose pas nécessairement le recours à la capacité d'un tiers.

Le soumissionnaire a-t-il besoin d'un sous-traitant pour répondre aux critères de sélection d'un marché public ? Si oui, il y a bien recours aux capacités d'un tiers.

L'article 73 de l'A.R. du 18/04/2017 régit le **recours aux capacités d'autres entités**, quand l'article 74 traitera des **sous-traitants à la capacité desquels il n'est pas fait appel**.

Spécifications pour le recours aux capacités d'autres entités

Un soumissionnaire peut avoir recours à la capacité d'un tiers pour répondre aux critères relatifs à la capacité économique et financière et/ou aux capacités techniques et professionnelles et/ou aux titres d'études et professionnels. S'il en fait usage, le soumissionnaire devra fournir à l'adjudicateur⁴ l'engagement de ces entités.

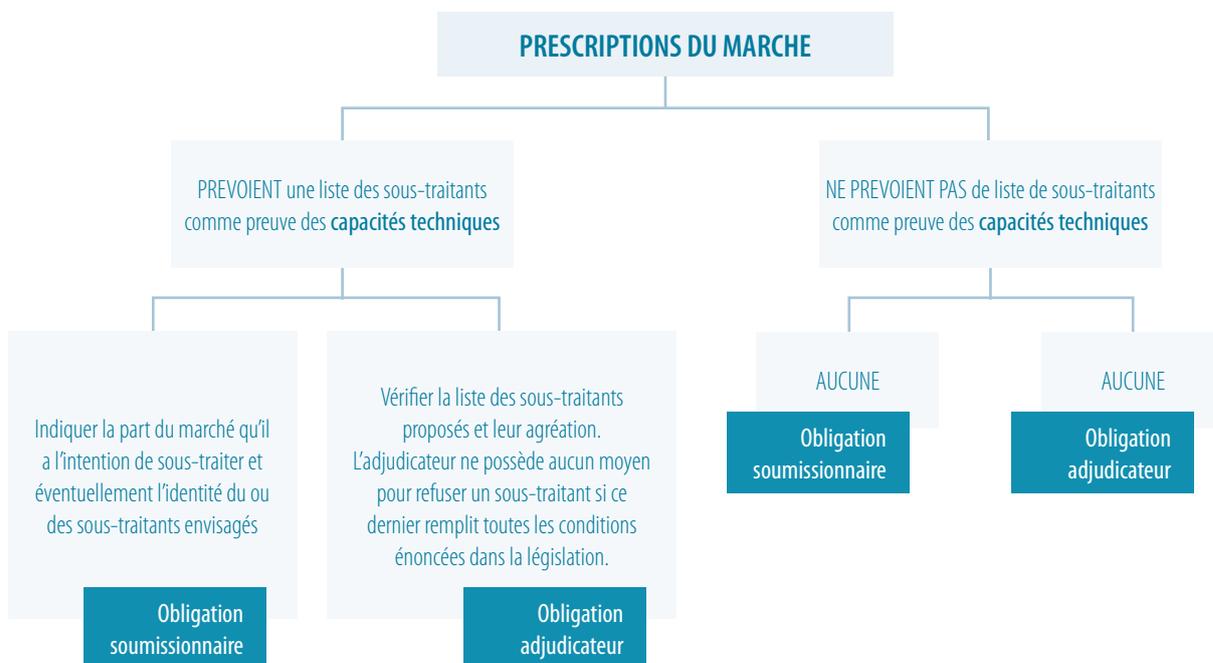
L'adjudicateur sera alors tenu de vérifier dans le chef de ces entités, si elles remplissent bien les critères de sélection et l'absence de tout motif d'exclusion, sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures correctrices⁵.

L'avantage pour l'adjudicateur est qu'il est informé, dès la soumission, de l'identité du sous-traitant avec lequel il devra œuvrer, sans pour autant avoir de lien contractuel avec ce dernier.

Spécifications pour les sous-traitants à la capacité desquels il n'est pas fait appel

La grande nouveauté est la permission accordée à l'adjudicateur de réclamer au soumissionnaire, en tant que preuve des capacités techniques et professionnelles, l'indication de la part du marché que le soumissionnaire a éventuellement l'intention de sous-traiter ainsi que l'identité des sous-traitants⁶.

Quelles sont les obligations de chacun ?



En phase d'exécution

Selon l'article 12¹, si l'adjudicataire a eu recours à la capacité d'un tiers pour remplir le critère relatif aux **titres d'études et professionnels** ou à l'**expérience professionnelle** : il y a OBLIGATION DE SOUS-TRAITER. Si l'adjudicataire a eu recours à la capacité d'un tiers pour remplir les critères relatifs aux **capacités économique et financière** et/ou aux **capacités techniques et professionnelles** : il n'y a PAS OBLIGATION DE SOUS-TRAITER mais si l'adjudicataire compte recourir à la sous-traitance, il doit s'en tenir aux sous-traitants proposés dans son offre.

Selon l'article 12/2², lors d'un marché de travaux, l'adjudicateur a l'**obligation** de vérifier l'absence de motif d'exclusion dans le chef du sous-traitant direct de l'adjudicataire.

Rappelons que si l'adjudicataire a eu recours à la capacité d'un tiers pour faire valoir sa sélection, cette vérification a déjà été réalisée en phase de passation. Il n'en reste pas moins qu'elle doit être effectuée pour tous les autres sous-traitants qui n'ont pas été annoncés dès l'offre.

Selon l'article 12/3³, il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter l'entièreté du travail qui lui a été confié. De plus, sous peine de lourdes pénalités, lorsque le marché est défini, selon sa nature :

- dans une **catégorie**, la chaîne de sous-traitance est limitée à **3 niveaux** : le sous-traitant direct de l'adjudicataire, le sous-traitant de deuxième niveau et celui du troisième niveau.
- dans une **sous-catégorie**, la chaîne de sous-traitance est limitée à **2 niveaux**.

On retiendra qu'en phase de passation, il est important pour un soumissionnaire de bien cerner la différence entre le recours à la capacité d'un tiers et la sous-traitance, afin d'éviter que son offre ne soit frappée d'irrégularité substantielle par l'omission d'un document. En phase d'exécution, il faudra œuvrer avec le RGE dans sa version modifiée plus exigeante avec la sous-traitance.

¹ Loi du 17/06/2016 relative aux marchés publics

² Arrêté royal du 18/04/2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

³ Cet arrêté modifie l'arrêté royal du 14/01/2013 établissant les règles générales d'exécution (RGE) des marchés publics de travaux, de fourniture et de service.

⁴ Nouveau terme pour désigner le pouvoir adjudicateur

⁵ Article 70 de la Loi du 17/06/2016

⁶ Articles 68 et 74 de l'A.R. du 18/04/2017

⁷ Article 12 de l'A.R. du 14/01/2013

⁸ Article 12/2 de l'A.R. du 14/01/2013

⁹ Article 12/3 de l'A.R. du 14/01/2013