



L'OBLIGATION DE CONTROLE DANS LES MARCHES PUBLICS

Rapport

Philippe Salomon

SOMMAIRE

Projet de stage	4
Introduction sur la commande publique	6
A. La commande publique en France	6
B. La commande publique en Europe	9
C. La commande publique aux Etats-Unis	10
I L'obligation de contrôle dans les marchés publics en France	12
A. Les contrôles légaux	13
1° Le contrôle de régularité	13
a) Le suivi des marchés publics et des délégations de service public de la DGCCR	13
b) Le contrôle de la Mission Interministérielle d'Enquête sur les Marchés Publics (MIEM)	14
2° Le contrôle juridictionnel	17
a) Le contrôle de légalité	17
b) Le référé précontractuel	18
3° Le contrôle financier	19
a) Le contrôle des agents comptables	19
b) Le contrôle des juridictions financières	20
B. Les contrôles des prestations à exécution récurrente	22
1° L'assistance technique de la DDE	22
2° Le contrôle de la qualité des prestations récurrentes	24
a) Au niveau de la passation du contrat	26
b) Au niveau de l'exécution du contrat	28
C. L'indépendance des contrôleurs	28
1° L'indépendance statutaire des agents comptable	28
2° Le contrôle de l'indépendance par les chambres régionales des comptes	28
D. L'appréciation des contrôles par les élus locaux	29
E. Les marchés réservés	29
II L'obligation de contrôle des marchés publics dans l'Union européenne et dans ses Etats membres	31
A. L'obligation de contrôle des marchés publics dans l'Union européenne	31
1° Les obligations de contrôle instituées par les directives communautaires	31
a) Le recours en matière de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services	31
b) Les recours en matière de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	32
c) Des propositions d'évolution	33

2° Les procédures d'infraction pour la mise en œuvre des directives communautaires	34
B. L'obligation de contrôle dans les marchés publics en Allemagne et au Royaume-Uni	37
1° L'Allemagne	37
a) La réglementation allemande des marchés publics	38
b) Procédures de passation	38
c) Les obligations de contrôle	39
2° Le Royaume-Uni	42
a) La réglementation britannique des marchés publics, la recherche du meilleur rapport qualité-prix	42
b) Le contrôle des règles de passation des marchés	44
c) L'indépendance contrôleurs	44
d) Les contrôles des prestations à exécution récurrente	45
e) Les marchés réservés	46
III Les marchés publics aux Etats-Unis	47
A. La législation américaine des marchés publics	47
1° Le cadre institutionnel	48
2° Le cadre légal	49
B. L'obligation de contrôle dans les marchés publics aux Etats-Unis	49
1° Le contrôle des règles légales	49
a) Le contrôle des dispositions du FAR	49
b) Le contrôle des programmes et opérations de l'agence GSA	50
2° Les contrôles des prestations à exécution récurrente	51
3° Prévention et lutte contre la corruption	52
a) Prévention de la corruption	52
b) Lutte contre la corruption	53
4° L'indépendance contrôleurs	53
C. La commande publique comme instrument de régulation économique	54
1° La clause de la préférence nationale	54
2° La politique de discrimination positive en matière de marchés publics	54
a) Le cadre juridique	54
b) Le cadre législatif	55
D. Un marché à conquérir	56
Conclusion	58
Annexes	59
Bibliographie	61

PROJET DE STAGE :
L'OBLIGATION DE CONTROLE DANS LES MARCHES PUBLICS

1. But poursuivi par l'association

L'association - qui regroupe des cabinets conseils auprès des collectivités locales – cherche à savoir quelles sont, dans les principaux pays industrialisés, les obligations liées aux marchés publics ou aux contrats de délégation de services publics, notamment concessifs, en matière de contrôle. Cette recherche est préalable au souhait de l'association de pouvoir intervenir auprès du législateur ou directement au profit de ses membres.

Il conviendrait de pouvoir répondre aux questions suivantes :

- 1.1. Les codes des marchés ou les lois encadrant la passation de ces marchés prévoient-ils un contrôle obligatoire ?
- 1.2. Si non, comment le contrôle est-il organisé ? Comment les cabinets conseils interviennent-ils ?
- 1.3. Si oui, quel est le type de contrôle ?
- 1.4. Si oui, un pourcentage du marché est-il réservé ? Si non, quel est le principe de la rémunération ?
- 1.5. Comment sont anticipés les éventuels conflits d'intérêts (indépendance des contrôleurs au regard des contrôlés) ?
- 1.6. Quelles est l'importance de ces contrôles ? Comment sont-ils utilisés par la collectivité ?
- 1.7. Existe-t-il des études d'impact sur les systèmes de contrôle existants ?

L'étude devrait porter sur les pays suivants :

- Etats-Unis
- Grande-Bretagne
- Allemagne
- Belgique, Luxembourg, Pays-Bas

2. Méthodologie

Le stagiaire devra préalablement identifier les obligations existantes en France et, éventuellement, tombées en désuétude.

Il vérifiera ce qui existe au niveau européen qui n'aurait pas encore été transposé dans le droit français (ce qui est dans les tuyaux).

Si rien n'existe, il pourra, par la question inversée, tenter de savoir pourquoi rien n'est fait, ce qui pourra utilement enrichir la réflexion.

Il devra ensuite identifier les voies susceptibles de l'aider dans sa recherche.

Il pourra à l'occasion des contacts avec certains organismes faire une digression « alimentaire » afin de savoir si cette étude peut être financièrement aidée par des organismes publics ou co-financée par d'autres : FNCC, AMF, SYNTHEC, DGCL, SP 2000, revues professionnelles.

3. Intérêt pour le stagiaire

L'intérêt d'un tel stage repose sur :

- d'une part, la démonstration de la capacité à mener une étude importante en terme d'impact tant pour les conseils que pour les collectivités ;
- d'autre part, l'ouverture sur l'environnement législatif et réglementaire des marchés publics dans les principaux pays ;
- enfin, les contacts noués auprès des organisations professionnelles peuvent constituer des opportunités de carrière.

4. Complément

Dans le cadre de ses contacts avec Bruxelles, le stagiaire pourra émettre une note annexe sur les possibilités de financement que les cabinets conseils pourraient offrir à leurs clients pour rémunérer leurs prestations (programme TACIS ou autres...), les collectivités connaissant mal ces procédures.

Introduction sur la commande publique

A. La commande publique en France

La commande publique en France représente 250 000 marchés par an : 60 000 pour l'Etat et 190 000 pour les collectivités locales.

Le ministère de l'économie et des finances n'est pas en mesure de chiffrer avec exactitude le poids de la commande publique en France. Selon les comptes de la Nation, les dépenses d'achat des administrations publiques se sont élevées à plus de 120 milliards d'euros (750 milliards de francs) en 2000, tandis que le montant des marchés publics a représenté près de 30 milliards d'euros (196 milliards de francs), ce qui équivaldrait à environ 10 % du PIB national. Par conséquent, un grand nombre de petits marchés échappent aux règles de concurrence.

La plupart des observateurs estiment cependant ces chiffres nettement sous-estimés. Des secteurs comme les travaux publics, le bâtiment, la défense, les transports, la restauration collective ou les équipements hospitaliers réalisent une part substantielle de leur activité avec l'Etat ou les collectivités locales.

Les règles relatives aux marchés sont anciennes.

D'après les historiens du droit, c'est en 1349 que sont apparues les premières lettres patentes demandant aux fonctionnaires royaux de : « confier les travaux publics par adjudication publique au rabais en présence des bonnes gens. »

A la révolution française, c'est encore le principe de l'adjudication qui est retenu.

Cette règle de mise en concurrence est devenue le mode obligatoire d'attribution des marchés de travaux publics jusqu'à l'époque de Charles X. Puis deux ordonnances de 1836 et 1837 ont imposé l'adjudication avec publicité et concurrence pour les achats de l'Etat et des communes, et ont substitué la transmission des offres sous plis scellés à l'enchère orale.

Au cours du XIXe siècle s'est ensuite dégagée l'idée de la concurrence de la procédure d'adjudication.

Ensuite, un décret de 1882 a autorisé le recours au gré à gré.

Ce n'est qu'aux alentours des années 1920 que l'idée d'attribution selon l'offre la plus avantageuse est apparue.

Il faudra cependant attendre un décret de 1964, portant code des marchés publics pour voir se mettre en place l'instauration de procédures formelles.

Il est complété par des règles relatives à l'adjudication et l'appel d'offres à partir de 1971

Les procédures applicables étaient jugées compliquées par tous les acteurs. Des règles différentes s'appliquaient à l'Etat et aux collectivités locales.

La réforme intervenue par le décret du 7 mars 2001 constitue une réponse à ces critiques. Avec 136 pages au lieu des 399 du code précédent, le nouveau texte se veut désormais plus simple.

Le code des marchés publics est applicable à l'Etat, aux établissements publics nationaux autres qu'industriels et commerciaux, aux collectivités et établissements publics territoriaux et à leurs groupements. Par ailleurs, des textes spécifiques assujettissent à des règles de mise en concurrence des fournisseurs un certain nombre d'entités publiques ou privées investies d'une mission d'intérêt général (par exemple : les contrats passés par les SEM et autres organismes de construction de logements sociaux, les marchés des organismes des régimes obligatoires de sécurité sociale).

Cependant, l'achat de prestations par une collectivité publique à un organisme associatif autonome dont l'activité relève du secteur concurrentiel est normalement soumis au code des marchés publics. Dans cette situation, l'organisme en cause n'a pas lui-même à appliquer le code des marchés publics pour ses propres achats.

Le décret du 7 mars 2001 portant code des marchés publics s'articule autour de quelques principes forts :

- 1) L'innovation la plus importante est l'abandon de la notion de moins-disant (car les entreprises cassaient les prix et les presta^o n'étaient pas ou mal effectuées) au profit d'une appréciation multidimensionnelle des offres en fonction du coût d'utilisation, de la valeur technique, du délai d'exécution, des qualités esthétiques et fonctionnelles de la rentabilité, du service après-vente, de l'assistance technique, du délai et de la date de livraison ainsi que des prix. Les prix apparaissent comme dernier critère.
- 2) Le nouveau texte prévoit aussi que des caractéristiques sociales ou environnementales peuvent être prises en compte dans les conditions d'exécution d'un marché mais ce critère doit être indiqué au moment l'appel d'offre
- 3) Aussi, le nv code retient parmi les critères du mieux disant, celui du mieux disant social et environnemental.
- 4) Trois étages de seuils sont créés pour les conditions de recours à la procédure d'appel d'offres.

Le nouveau marché publics a augmenté les seuils à partir duquel il y a mise en concurrence. On passe de 300 000 F (45 700 euros) à 90 000 euros.

De 0 à 90 000 euros, c'est un achat sur facture, il n'y a pas de règles

De 90 000 à 130 000 euros (200 000 Pour les collectivités locales), mise en concurrence simplifiée. Les formalités st allégées

Au delà de 130 000 euros (200 000 Pour les collectivités locales), l'administration peut recourir :

- A un appel d'offre (c'est la procédure de droit commun). Il y a obliga^o de publicité et de mise en concurrence des offres avec des critères précis. Les plis cachetés st reçus. Une commission des appels d'offre ouvre les enveloppes publiquement. Ensuite, l'administration examine les offres et choisit.

- A un marché négocié. Il n'y a ni publicité ni mise en concurrence. L'administration choisit son entreprise. Elle ne peut le faire qu'en cas d'urgence, quand une seule entreprise peut faire le produit, quand il y a eu un échec antérieur de l'appel d'offre ou ds le cas du confidentiel défense.
 - Pour les marchés particuliers (urgence, secret, presta° unique), il y a dispense de la procédure.
- 5) Enfin, il encourage la possibilité de recourir à des moyens électroniques pour la transmission d'informations, ce qui ouvre la possibilité d'utiliser des enchères inversées par voie électronique, permettant aux entreprises de faire en ligne des offres de prix et de surenchérir à la baisse pour des achats de fournitures courantes.

Deux ans à peine après avoir été réformé, le code des marchés publics est sur le point d'être à nouveau réécrit. Si la précédente réforme avait été précédée d'années de concertation avec les différentes parties prenantes, la réforme voulue par le gouvernement s'est, cette fois, organisée avec rapidité.

La nouvelle version a été incluse dans le projet d'ordonnance discuté à l'Assemblée nationale depuis mardi 8 avril 2003. Elle ne fera donc l'objet d'aucun débat parlementaire sur le fond. Pour ses concepteurs, tout doit être achevé fin juin, début juillet, de cette même année.

La réforme projetée est pourtant d'importance tant par l'impact économique que par l'ampleur juridique. La philosophie de la réforme est de responsabiliser l'acheteur public, en lui laissant la plus grande souplesse possible quant aux conditions et modalités de son intervention.

Dès le premier article : le texte ne fait plus référence ni "à la définition préalable des besoins, au respect des obligations de publicité et mise en concurrence", ni "à l'offre économiquement la plus avantageuse" parmi les principes devant guider la dépense publique. "C'est à l'acheteur, au cas par cas, de définir ses critères".

Jugeant le code actuel trop rigide, les initiateurs du projet ont décidé d'en assouplir de nombreuses dispositions. Ainsi, plusieurs secteurs comme les services d'hôtellerie et de restauration, de transports, d'enquête et de sécurité, qui faisaient auparavant l'objet d'une stricte mise en concurrence, ne seront plus soumis à l'avenir qu'à "la définition des prestations par référence". Ils échapperont au système classique des appels d'offres.

Pour tous les autres secteurs, les seuils qui déterminent les appels d'offres sont considérablement relevés. En ce qui concerne les marchés de fournitures et de travaux, ils passent de 90 000 euros à 130 000 euros pour les marchés d'Etat et à 240 000 euros pour les collectivités territoriales. Le seuil des marchés de travaux, lui, est fixé à 6,2 millions d'euros, ce qui dépasse le plafond de 5 millions fixé par l'Union européenne.

Dans le même temps, alors que la réforme précédente avait institué en règle les marchés par lot, dans le double but de mieux maîtriser les coûts et de permettre aux petites entreprises d'accéder aux commandes publiques, le texte autorise à nouveau le recours aux marchés globaux.

Cette réforme attendue fait déjà l'objet de virulentes critiques.

Les artisans font par exemple valoir que ces dispositifs vont les conduire à être exclus de la commande publique. Entre le relèvement des seuils et la suppression de l'allotissement, les grandes entreprises du BTP seraient, en effet, favorisées.

Certains observateurs se soucient également du respect de la publicité, des règles de la concurrence, de la transparence des appels d'offres et des commandes publiques. Là encore, la responsabilité semble laissée aux acheteurs, qui seraient libres de définir les voies par lesquelles la publicité et la mise en concurrence seront mises en œuvre.

Dans le même souci de décentraliser les responsabilités, le comptable public et les représentants de la direction générale de la concurrence et de la consommation et de la répression des fraudes, qui siègent aujourd'hui dans les commissions d'appels d'offres, ne pourront plus qu'y assister "avec voix consultative, lorsqu'ils y seront invités".

Ces transformations profondes, les critères laissés à la seule appréciation des acheteurs publics et le flou juridique qui entoure certaines dispositions, font craindre aux entreprises le risque d'un contentieux accru dans les années à venir.

B. La commande publique en Europe

L'ensemble des marchés publics européens représente aujourd'hui environ 14% du PIB de l'Union Européenne, soit approximativement 1 000 milliards d'euros. Ces marchés ont pour objet la réalisation de travaux publics, les achats de biens et de services par les administrations publiques et les entreprises gérant des services d'utilité publique.

Depuis l'ouverture et la mise en concurrence de ces marchés au niveau européen, les entreprises peuvent soumissionner dans les mêmes conditions de transparence et d'égalité de traitement sur tout le territoire de l'Union. Encadrés par une réglementation communautaire spécifique, et à partir d'un certain montant, ils sont obligatoirement publiés au niveau européen, dans les 11 langues officielles de l'Union.

Ces chiffres confirment que les marchés publics sont importants, non seulement du fait de leur incidence sur le marché unique et la concurrence, mais aussi parce qu'ils ouvrent les marchés aux fournisseurs européens.

En ce qui concerne les marchés publics dont la contre-valeur estimée est supérieure à certains seuils, des directives communautaires définissent les règles communes relatives à la publication des avis de marché, aux invitations à soumissionner et à l'attribution des marchés. Ces règles sont fondées sur les principes de non-discrimination en fonction de la nationalité des entreprises de l'Union européenne, de libre concurrence et de transparence des procédures de passation des marchés.

C'est ainsi qu'en 2000, quelques 119 636 avis de marchés publics ont fait l'objet d'une publication au Journal officiel des communautés européennes.

Avant que la Communauté ne légifère dans ce domaine, seulement 2 % des marchés publics passés dans la Communauté étaient attribués à des entreprises d'un État membre différent de celui qui avait lancé le marché. Cette absence de concurrence ouverte et efficace a été un des obstacles les plus évidents à l'achèvement du marché intérieur.

Outre le surplus de coût supporté par les pouvoirs adjudicateurs, le manque de concurrence intracommunautaire dans certaines industries clés (les télécommunications par exemple) freinait le développement d'entreprises européennes compétitives sur les marchés mondiaux. En matière de marchés publics, l'ouverture à la concurrence nécessite avant tout la création d'incitations afin d'amener les acheteurs publics et ceux dotés de droits spéciaux exclusifs à

acheter par des procédures compétitives. À cet effet, la Communauté a décidé de procéder à une coordination des procédures nationales de passation des marchés. Outre ces mesures réglementaires, elle s'est attachée à promouvoir une plus large participation des entreprises aux marchés publics; elle a notamment développé toute une série d'outils visant à développer la participation des fournisseurs.

Cet effort de coordination a présidé à l'adoption de quatre directives en la matière qui couvrent respectivement les marchés de travaux, de fournitures, de services et enfin les secteurs particuliers de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Les marchés publics de fournitures et de travaux ont fait l'objet, en décembre 1989, d'une directive régissant les voies de recours dans ces domaines, directive qui fut étendue aux services en 1992.

Dans le domaine des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, la directive adoptée par le Conseil couvre les marchés de fournitures, de travaux et de services passés par les entreprises gérant les services de production et de distribution de l'eau et de l'énergie, de transport et de télécommunications. Cette directive tient compte de la spécificité des adjudicateurs et de la diversité des structures dans ces secteurs au sein de la Communauté. Là encore, les voies de recours font l'objet d'une directive du Conseil. Celle-ci garantit des possibilités de recours suffisantes aux entreprises lésées en cas de violation des règles communautaires de passation de marchés dans les secteurs dits "spéciaux".

L'ensemble de ces directives a contribué à établir une législation communautaire en matière de marchés publics fondée sur des règles de transparence pour l'ouverture à la concurrence des marchés publics, une préférence aux procédures ouvertes ou restreintes et des critères transparents de sélection des offres, des recours efficaces et rapides à l'encontre des décisions prises par les entités adjudicatrices qui ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics.

La Commission a développé un vocabulaire, le CPV (*Common Procurement Vocabulary*) qui, contrairement aux nomenclatures existantes, répond aux besoins spécifiques des marchés publics et existe dans toutes les langues officielles de la Communauté. Il est envisagé de promouvoir l'utilisation de ce vocabulaire pour la définition de l'objet du marché et d'élargir son utilisation à des bases de données nationales ou internationales. Ainsi le CPV devrait contribuer à rendre les avis de marchés plus transparents et accessibles dans toutes les langues de l'Union.

Il faciliterait également la compatibilité technique entre les différentes sources d'information sur les marchés.

C. La commande publique aux Etats-Unis

Avec 235 milliards de dollars d'achats par an, le gouvernement fédéral est le plus gros acheteur mondial.

La commande publique aux Etats-Unis, c'est aussi 200 milliards pour les États américains et 200 milliards pour les collectivités locales (municipalité, comtés...). Même si une partie seulement de ces commandes est accessible aux entreprises étrangères, la ratification des dispositions de l'accord de Marrakech sur les marchés publics (AMP), le 1^{er} janvier 1996, a considérablement élargi le champ de la concurrence.

A cette époque, estimant le code des marchés publics établi par le GATT trop restrictif, les États-Unis et l'Union européenne ont décidé d'élargir son principe.

D'une part, le Congrès américain a revalorisé le plafond des achats, restreignant du même coup la part des PME américaines sur les petits marchés. D'autre part, les secteurs de la construction et des services sont inscrits sur la liste des appels d'offres mondiaux.

L'Europe est bien placée, en théorie, pour enlever près des 100 milliards de dollars annuellement souscrits par le gouvernement fédéral. Une enquête réalisée par MDF International, du 1^{er} janvier 1997 au 31 mars 1998, fait apparaître la suprématie des entreprises britanniques qui se sont octroyé 204,7 millions de dollars, loin devant leurs concurrentes canadiennes (154,9 millions de dollars). Un deuxième groupe de pays se défend bien, avec un montant total de contrats compris entre 35 et 43 millions de dollars : les Pays-Bas, Israël. La France n'arrive, en revanche, qu'en onzième position avec 5,7 millions de dollars (1% des contrats fédéraux attribués aux douze premiers étrangers).

Le paysage de la commande tracé, il convient de s'assurer du contrôle des règles de passation ces marchés et de surtout, de son exécution.

Seront donc successivement étudiés l'obligation de contrôle dans les marchés publics en France (I), dans l'Union européenne et dans ses Etats membres (II) et, enfin, aux Etats-Unis (III).

I L'obligation de contrôle dans les marchés publics en France

Seuls seront examinés les contrôles relatifs aux marchés publics des collectivités locales. Les contrôles concernant les marchés de l'Etat ne sont donc pas traités ici, sinon sous forme d'un rappel de quelques règles générales.

Il convient ainsi de noter que ces contrôles sont réalisés au sein des administrations centrales ou au sein d'organismes qui en sont l'émanation.

Ils prennent quatre formes :

1) Le contrôle hiérarchique

La personne responsable du marché (P.R.M.) disposait d'une délégation de pouvoir « à qualité ». Le ministre qui a consenti cette délégation dispose d'un pouvoir de surveillance, qui lui permet, à tout moment, de vérifier la bonne marche d'une opération.

2) Le contrôle financier central

Avant d'être notifié, un marché d'Etat doit être revêtu du visa du contrôleur des dépenses engagées placé auprès de chaque département ministériel. Celui-ci a un rôle théoriquement assez limité: vérification de l'existence des crédits (autorisations de programme et crédits de paiement), exacte imputation de la dépense,

En réalité ses investigations portent aussi sur la régularité des paiements, et donc sur celle de la procédure qui a conduit à la conclusion du contrat.

3) Le contrôle des commissions spécialisées des marchés

L'article 119 du code (complété par le décret n° 2001-739 du 23 août 2001) soumet les marchés publics de l'Etat excédant certains seuils au contrôle de commissions spécialisées des marchés. Ces commissions interministérielles, au nombre de sept, sont placées auprès du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie. Elles sont présidées par des conseillers d'Etat, des magistrats de la cour des comptes ou des inspecteurs généraux des finances (aujourd'hui: trois conseillers d'Etat, deux conseillers maîtres à la cour des comptes, un inspecteur général des finances). Leur rôle est de donner un avis sur la régularité et la pertinence des projets de marchés qui leur sont présentés.

4) Le contrôle de la cour des comptes

Le rapport public, que présente tous les ans la haute juridiction financière relève toutes les irrégularités les plus graves constatées à l'occasion de la passation des marchés publics, sur l'ensemble du territoire national. Ce rapport est trop rarement suivi des sanctions que justifierait la gravité des faits relevés.

Ce rappel fait en ce qui concerne les marchés de l'Etat, il convient d'aborder les règles relatives aux contrôles des marchés des collectivités territoriales.

A. Les contrôles légaux

1° Le contrôle de régularité

- a) Le suivi des marchés publics et des délégations de service public de la DGCCRF

La Circulaire du 5 juin 1992 du ministre de l'économie et finances a précisé le rôle des directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes dans l'exécution de la loi du 3 janvier 1991 et dans leur assistance à la Mission interministérielle d'enquête.

Plus récemment, une note de service sur les missions de la DGCCRF du 17 avril 1998 et une circulaire sur le contrôle de légalité, diffusée par note d'information du 3 avril 2000 ont été communiquées aux services concernés afin :

- de rappeler leur mission fondamentale, à savoir le contrôle du bon fonctionnement de la concurrence
- de préciser son lien avec le contrôle de légalité ;
- de dégager les principes d'intervention par un meilleur ciblage des actions et une meilleure utilisation des instruments en possession des agents.

Le suivi des marchés publics et des délégations de service public est une mission importante de la DGCCRF. L'entrée en vigueur du nouveau Code des marchés publics en septembre 2001 a mobilisé ses services qui ont mené, au niveau national et au niveau local, de nombreuses actions d'information et de sensibilisation auprès des acteurs locaux.

Les DDCCRF sont à même d'apporter nombre d'informations à la Mission interministérielle d'enquête.

Elles peuvent intervenir à plusieurs stades en détectant des indices laissant présumer qu'un acheteur public n'a pas respecté le principe d'impartialité et de régularité dans le choix d'un soumissionnaire à un marché.

Concrètement, les orientations et les priorités données se traduisent par un plus grand nombre de participations de services départementaux (DDCCRF) aux commissions d'appel d'offres (+ 22% de 1996 à 1999).

En effet, dans le domaine des marchés publics et des délégations de service public, la DGCCRF est chargée de veiller à l'exercice d'une concurrence loyale dans l'accès à la commande publique. Une de ses missions fondamentales consiste à prévenir, détecter et poursuivre les pratiques des entreprises qui altèrent le jeu de la concurrence lors des procédures liées aux marchés publics et aux délégations de service public.

Lors de l'examen des dossiers examinés sur demande des préfets, dans le cadre du contrôle de légalité, les DDCCRF formulent des avis sur la régularité des dossiers qui leur sont transmis.

La participation de la DGCCRF au contrôle de légalité constitue un outil privilégié pour recueillir des indices de pratiques anticoncurrentielles.

Le développement des participations de la DGCCRF aux commissions des marchés des autres administrations centrales assure un perfectionnement du ciblage des interventions par lesquels, en liaison avec les brigades régionales d'enquête, les agents « marchés publics » exercent une vigilance particulière sur certains secteurs économiques.

Lors des commissions d'ouverture des plis, la présence d'un représentant de la DGCCRF aux diverses commissions de « marchés de l'État et des collectivités locales » constitue un observatoire privilégié

La présence de droit des agents de la direction générale aux commissions d'appel d'offres est de nature à faciliter cette recherche ; à cette fin, la direction générale met en œuvre les compétences fondées sur le livre IV du Code de commerce. La participation des agents à ces commissions vise également à faire respecter par les acheteurs publics les principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats.

L'information et la prévention constituent une voie essentielle permettant d'assurer la bonne application des règles relatives à la commande publique. Ainsi, l'action de la DGCCRF consiste également à apporter un appui aux décideurs locaux en les sensibilisant aux règles de mise en concurrence, les procédures permettant la plus forte mise en concurrence des offreurs et les éventuels comportements anticoncurrentiels de ceux-ci.

En 2002, les agents de la DGCCRF ont participé à environ 23 500 commissions d'appel d'offres des marchés publics et de délégations de service public.

Plusieurs milliers de marchés ont été examinés dans le cadre du contrôle de légalité et plus de 2 700 notes d'observations ont été adressées aux préfets.

Un nombre important de ces observations portaient sur des irrégularités graves, et les services déconcentrés de la DGCCRF ont proposé à l'autorité préfectorale 438 déférés aux tribunaux administratifs, 18 saisines des Chambres régionales des comptes, 13 saisines de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et 24 transmissions au Parquet pour délits d'octroi d'avantages injustifiés ou de prise illégale d'intérêts. Les services ont eux-mêmes transmis directement au Procureur 58 dossiers sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale.

Les DGCCRF fournissent assistance à des demandes émanant de la Mission interministérielle d'enquête ou d'un département ministériel. Dans ce domaine, et si elles sont sollicitées en raison de leur expérience ou de la nature des renseignements qu'elles peuvent détenir, les directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes apporteront leur assistance à la Mission interministérielle d'enquête

b) Le contrôle de la Mission Interministérielle d'Enquête sur les Marchés Publics (MIEM)

- Mission

Créée par la loi du 91-3 du 3 janvier 1991, la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public, qui a succédé à la Brigade interministérielle d'enquêteurs, a vu ses compétences accrues par la loi 93-122 du 29 janvier

1993. Son intervention figure désormais à l'article 124 du code des marchés publics aux termes duquel « l'enquête diligentée par la Mission interministérielle d'enquête instituée par l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée s'effectue sans préjudice des contrôles existants et ne peut empiéter sur les fonctions de direction ou d'exécution des services ».

Sa fonction est de vérifier les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales.

L'objet de la Mission d'enquête est de relever tout manquement commis à cette occasion par un acheteur public (élus, fonctionnaires ou leurs représentants), à la réglementation de la commande publique (code des marchés publics, lois et dispositions soumettant certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence), à la loi pénale (délit de favoritisme, prise illégale d'intérêts, abus de biens sociaux, faux, ...), au droit budgétaire (loi du 25 septembre 1948 modifiée, instituant la cour de discipline budgétaire et financière), au droit de la concurrence (art. 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence), au statut de la fonction publique.

En douze ans, La Mission a été saisie de 342 affaires (166 demandes de rapport et 176 demandes d'avis).

138 rapports ont été déposés, 92 affaires ont été transmises aux parquets compétents par application de l'article 40 du code de procédure pénale.

De par son caractère interministériel, les enquêtes peuvent être demandées à la Mission :

- par le Premier ministre
- par le ministre de l'économie et des finances
- par chaque ministre, pour les affaires relevant de son département ou les établissements placés sous sa tutelle,
- par la Cour des comptes.

Outre la création d'un corps de contrôle spécifique à l'achat public, la loi de 1991 a institué un délit visant à sanctionner les atteintes au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, le délit d'octroi d'avantage injustifié ou délit de favoritisme.

Inscrit à l'article 432-14 du code pénal, ce dernier dispose que : « est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

Cette infraction conduit à sanctionner outre les fonctionnaires, les élus pour des fautes de gestion commises dans l'exercice de leur fonction.

La Mission interministérielle se trouve ainsi au centre d'un dispositif mis en place pour garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés et aux conventions de délégation de service public, veiller au bon emploi des deniers publics et s'opposer aux pratiques délictueuses que peut générer la commande publique.

- Composition

Elle est présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire. Il dirige les missions d'enquête et veille au respect du principe du contradictoire et à la garantie d'une enquête loyale et équitable.

Elle est composée de six membres permanents :

- deux magistrats de l'ordre judiciaire
- un magistrat de l'ordre administratif
- un administrateur civil
- un receveur-percepteur
- un attaché principal d'administration.

Des membres non permanents ayant les mêmes prérogatives que les membres permanents sont désignés pour des missions ponctuelles. Ils sont au nombre de 12 et sont pour la plupart membres des corps de contrôle et d'inspection de l'administration centrale.

La Mission dispose de pouvoirs étendus. Toute entrave apportée à leur exercice est constitutive du délit d'opposition qui sanctionne quiconque aurait fait obstacle de quelque façon que ce soit à l'exercice des pouvoirs attribués aux membres de la Mission. (Cass., Crim., 8 octobre 1996)

Ces derniers sont, comme les officiers et agents de police judiciaire, habilités à constater le délit de favoritisme :

- Les membres de la Mission disposent, pour les nécessités de l'enquête, des droits d'investigation les plus larges tant sur pièces que sur place.
- Ils peuvent, dans le cadre de leur mission, accéder à tout document ou élément d'information détenu, sans se voir opposer le secret professionnel (art. 3 de la loi). Ils peuvent de même accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, prendre copie de tout document professionnel et recueillir les renseignements ou justifications (art. 4 de la loi), ce qui implique l'audition des agents concernés. Les auditions et visites ainsi effectuées donnent lieu à un compte rendu (art. 38-5 du code des marchés publics).
- Enfin, ils peuvent constater l'infraction de délit de favoritisme. Les membres de la Mission peuvent procéder à des visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents. Ces mesures sont subordonnées à une autorisation et un contrôle judiciaires. Cette décision judiciaire, qui est motivée, est susceptible de pourvoi en cassation.

2° Le contrôle juridictionnel

a) Le contrôle de légalité

Le principe du contrôle de légalité est prévu par la Constitution à l'article 72, alinéa 3. Cet article impose un contrôle administratif de l'État sur les actes des collectivités locales, qui ne peuvent notamment entrer en vigueur avant leur transmission au préfet afin que celui-ci puisse, le cas échéant, mettre en œuvre le contrôle de légalité (C.C., décision du 25 février 1982).

Avec la loi du 2/03/82, la tutelle administrative *a priori* est remplacée par un contrôle juridictionnel *a posteriori*. Le contrôle qu'exerçait directement le préfet sur les actes des collectivités territoriales est remplacé par la faculté de les déférer au tribunal administratif. On a assisté à une véritable « explosion » du contrôle administratif du préfet qui se manifeste notamment par le nombre élevé d'observations adressées aux collectivités locales. En 1993, on relève 66 fois plus d'observations sur la légalité que de déférés. Elles sont particulièrement nombreuses en matière de marchés publics (99).

Les actes les plus importants ne deviennent exécutoires qu'après avoir été transmis au préfet, qui peut, dans un délai de deux mois, en demander l'annulation au tribunal administratif. Le tribunal peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de l'acte si le déféré du préfet est fondé sur un moyen sérieux.

Le préfet doit veiller à la légalité des actes des collectivités territoriales. Mais cette obligation ne va pas jusqu'à le contraindre à examiner la légalité de toutes les décisions prises, qu'elles doivent ou pas lui être transmises. A fortiori, le préfet n'est-il jamais tenu de déférer l'un de ces actes à la censure du tribunal administratif.

En matière de contrats, l'obligation de transmission concerne les marchés soumis au Code des marchés publics et qui ont un caractère administratif. Les contrats de droit privé, comme les marchés de fournitures, échappent donc à cette obligation, bien qu'ils relèvent du Code des marchés publics.

Les marchés doivent être soumis au contrôle dans les quinze jours de leur signature (L. n° 92-125, 6 févr. 1992, art. 43).

La capacité du préfet à déférer au tribunal administratif les actes soumis à l'obligation de transmission, a une conséquence importante en matière de contrat : elle lui permet d'en obtenir l'annulation (CE, 2/11/1988, Commissaire République Hauts-de-Seine c/ OPHLM Malakoff).

Le contrôle des marchés correspond à moins de 5% de l'ensemble des actes transmis au préfet, il représente toutefois plus de 10% des déférés enregistrés devant la juridiction administrative.

Le plus souvent, le préfet (ou le sous-préfet) préfère inviter d'abord la collectivité à modifier ou à retirer l'acte litigieux. Pour le représentant de l'État, le recours gracieux auprès de la collectivité territoriale interrompt le délai contentieux de deux mois.

Le préfet peut saisir (ou pas) le tribunal administratif pour obtenir l'annulation de la décision en cause quand son recours gracieux a été rejeté, implicitement ou expressément.

Mais il peut également déférer directement la décision devant la juridiction, sans avoir au préalable adressé ce recours gracieux à la collectivité, dans les deux mois de la transmission de l'acte ou de la réception des pièces complémentaires. En effet, le préfet, lorsque il a un doute sur la légalité d'un acte d'une collectivité territoriale qui lui a été transmis, n'est pas tenu d'en aviser cette dernière avant de saisir le juge administratif.

Tant que le délai de recours contentieux de deux mois n'est pas expiré, les collectivités territoriales ne peuvent être assurées que leurs décisions ne seront pas soumises au juge administratif. Elles peuvent, toutefois, par la voix du maire, du président du conseil général ou du président du conseil régional, solliciter du préfet une attestation de non-recours. La sécurité juridique attachée à ce document est très aléatoire.

En outre, les collectivités territoriales ne sont jamais obligées de répondre aux sollicitations du préfet dans le cadre du contrôle de légalité. L'exécutif local n'est même pas tenu d'informer l'assemblée délibérante des observations portées par le préfet sur la légalité d'une délibération.

Aux termes de l'article L 2131-2-4° CGCT, doivent être transmises les conventions relatives aux marchés, à l'exception des marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant. L'article L. 2131-2(4°) du même code prévoit que sont transmis au contrôle de légalité " les conventions relatives aux marchés et aux emprunts ainsi que les conventions de concession ou d'affermage à l'exception des marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant. " S'agissant du formalisme de la décision de marché, le procédé de la délégation autorisé en cette matière par la loi MURCEF ne dispense pas le maire de prendre formellement une décision en vue de la conclusion d'un marché sans formalités préalables. Néanmoins, les délibérations autorisant la signature de ces marchés sont toujours à transmettre. En matière de marchés publics, le préfet doit obligatoirement recevoir la copie de toutes les pièces constitutives du marché (acte d'engagement, cahiers des prescriptions, cahiers des clauses ...sauf les plans), la délibération autorisant l'exécutif à signer le marché, la copie de l'avis d'appel public à la concurrence, le cas échéant, la lettre et le règlement de la consultation, les procès-verbaux et rapports de la commission d'adjudication ou d'appel d'offres et les avis du jury de concours et tous les renseignements, attestations et déclarations demandés au cocontractant (CGCT, art. R. 2131-1). De plus, tous les avenants, y compris ceux concernant des marchés initiaux sans formalités préalables, doivent être transmis.

b) Le référé précontractuel

Plusieurs directives du Conseil des Communautés européennes ont pour objet, depuis 1970, d'ouvrir la passation des contrats publics à la concurrence communautaire. Il en est ainsi, pour les plus récentes, de deux directives, l'une pour les marchés classiques (travaux, fournitures, services), l'autre pour les marchés des opérateurs de réseaux (eau, énergie, transports, télécommunication). En outre une directive n° 89-665 CEE a eu pour objet l'organisation d'un système de recours spécifiques. Sa transcription dans le droit interne est réalisée, s'agissant du contentieux administratif, par les articles L.22 et L.23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (pour les marchés privés cf. art.1441 du NCPC). La loi du 29 janvier 1993 a étendu le dispositif de l'art.L.22 à l'ensemble des marchés publics et délégations de service public. La numérotation de ces dispositions est devenue L.551-1 et L.551-2 avec le code des juridictions administratives (CJA).

Les dispositions réglementaires prises pour l'application des articles législatifs L.551-1 et L.551-2 CJA sont codifiées sous les n° R.551-1 à R.551-4 de ce code. Ainsi a été définie une procédure qui a pour objet de censurer les manquements aux obligations de publicité et de

mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public. Cette procédure est applicable aux litiges relatifs à la passation des marchés public de services au sens de la directive n° 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 transposée en droit national par une loi du 22 janvier 1997 et par le décret d'application du 27 février 1998.

Les actes concernés par l'article L.551-1 sont nombreux. Il s'agit d'une part de l'ensemble des marchés publics, qu'ils soient conclus par l'Etat, des collectivités locales ou des établissements publics, qu'ils aient pour objet des travaux publics, des fournitures ou des services. Sont d'autre part visées les concessions et les conventions de délégation de service public. Cette liste, qui n'est sans doute pas exhaustive, inclut les marchés d'entreprise de travaux publics. Saisi sur le fondement de l'article L.551-1 le juge administratif peut:

- ordonner à l'auteur du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence de se conformer à ses obligations;
- suspendre la passation du marché
- suspendre l'exécution des décisions relatives à la passation
- annuler ces décisions
- supprimer les clauses destinées à figurer dans ces contrats et contraires aux obligations dont s'agit.

Les pouvoirs du juge, dans le cadre de l'article L.551-2 sont beaucoup plus limités. Il ne peut que :

- ordonner à l'auteur du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence de se conformer à ses obligations;
- déterminer les délais dans lesquels cet auteur doit s'y conformer
- prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration de ce délai.

3° Le contrôle financier

a) Le contrôle des agents comptables

- Le rôle de conseil, le contrôle préventif

Le réseau des comptables du Trésor joue un rôle considérable en matière de conseil aux collectivités locales. En leur apportant une assistance technique à l'élaboration des budgets locaux, en tenant au jour le jour les comptes des collectivités locales, les agents du Trésor jouent un rôle d'information et de conseil dont profitent en particulier les petites communes. L'élaboration d'indicateurs de ratios (de solvabilité, de liquidité, ...) ou de projections financières permet également de prévenir les risques financiers.

- Le contrôle des opérations financières des ordonnateurs

En vertu du principe de séparation des ordonnateurs et des comptables, l'exécution des opérations financières des collectivités locales n'appartient pas aux élus locaux mais à des

agents spécialisés de l'État appartenant au réseau du Trésor public. Ces derniers, qui ne sont pas hiérarchiquement subordonnés aux ordonnateurs des collectivités locales (maires, présidents de conseil général ou régional), n'exécutent leurs ordres qu'après en avoir vérifié la régularité au regard des règles de la comptabilité publique.

Ainsi, les agents comptables, dans le cadre de leurs compétences budgétaires et comptables, sont conduits à opérer des vérifications sur les marchés publics au moment du paiement. En cas de manquement à l'une de ces règles, le comptable public doit refuser de mettre en paiement le mandat émis par l'ordonnateur local. Il engage dans le cas contraire sa responsabilité personnelle et pécuniaire devant le juge des comptes (Chambre régionale des comptes et Cour des comptes en appel).

b) Le contrôle des juridictions financières

Les vingt-quatre chambres régionales des comptes sont des juridictions financières chargées de juger en premier ressort les comptes des comptables publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de certains établissements publics de l'État et d'exercer le contrôle budgétaire des collectivités territoriales.

- Le contrôle en matière de passation des marchés publics

L'article 47-III de la loi du 6 février 1992 (article L. 234-1 du code des juridictions financières (CJF)) a ouvert la possibilité pour le préfet de saisir pour avis les chambres régionales et territoriales des comptes de conventions de marchés publics ou de délégations de service public ayant déjà fait l'objet d'un contrat écrit. Cette loi a également autorisé le représentant de l'État et les autorités territoriales à adresser aux chambres régionales des comptes des demandes de vérification motivées (art. L. 211-8 du CJF). Les ordonnateurs peuvent ainsi bénéficier du concours des juridictions financières pour les éclairer sur la régularité et l'efficacité de leur gestion. En 1999, les chambres régionales et territoriales des comptes ont reçu quatorze saisines relatives aux conventions de marchés publics (art. L. 234-1) et vingt-sept demandes motivées (art. L. 211-8 du CJF). Hormis ce cas précité, les chambres régionales et territoriales des comptes ne peuvent être directement consultées pour avis par les autorités locales et ne peuvent donc émettre des avis délibérés collégalement. Il en est ainsi de l'examen des conditions préalables à la conclusion d'un marché public.

- Le contrôle en matière d'exécution des marchés publics

En ce qui concerne l'exécution des marchés publics, les chambres régionales des comptes jugent les comptes des comptables chargés de procéder au règlement financier des marchés, les jugements pouvant être portés en appel devant la Cour des comptes. Ce contrôle implique l'examen de nombreuses questions liées directement ou indirectement au rôle du comptable: qualité de l'ordonnateur, disponibilité des crédits, imputation des dépenses, caractère libératoire du règlement, validité de la créance, justification du service fait, exactitude des calculs de liquidation, production des justifications.

Par ailleurs, lorsqu'une somme due au titre d'un marché public n'est pas inscrite au budget de l'acheteur public malgré son exigibilité, les chambres peuvent être amenées à effectuer un constat de carence et à mettre en demeure l'acheteur public d'inscrire la somme à son budget.

Ainsi, si le préfet constate qu'une collectivité territoriale s'est abstenue d'inscrire à son budget une dépense obligatoire, il doit saisir la chambre régionale des comptes. Cette procédure s'applique à toutes les dépenses, y compris celles recouvrant des créances de l'État sur la collectivité.

Si la chambre ne reconnaît pas à la dépense un caractère obligatoire, notamment si elle fait l'objet d'une contestation sérieuse, le préfet n'a d'autre alternative que de déférer cette appréciation au tribunal administratif. Il n'est pas autorisé, en effet, à passer outre cette décision pour inscrire d'office la dépense au budget local.

Le système français de séparation des fonctions d'ordonnateurs et de comptable comporte trois étapes juridiques et comptables :

- La commande par la collectivité (en pratique par son ordonnateur dans la limite des pouvoirs dont il dispose)
- Le mandatement de la dépense après exécution de la prestation (opération une nouvelle fois du ressort de l'ordonnateur) ;
- Le paiement de la dépense par le comptable au vu du mandat de l'ordonnateur.

Le véritable problème auquel ont été confrontés les juges des comptes a consisté à déterminer à laquelle de ces étapes doivent s'effectuer les cumuls permettant de vérifier le respect du seuil

En effet, la demande d'une prestation par une personne responsable, l'exécution de cette prestation par un fournisseur, et enfin son règlement, ne sauraient être simultanés.

Il convient de tenir compte des décalages intervenant entre les différentes étapes et de l'appréciation par rapport à l'année civile. Un ordonnateur peut effectuer des commandes en année N à un fournisseur donné pour moins de 300 000 euros, suivies de commandes en année N + 1 pour moins de 300 000 euros. Mais il peut arriver que le mandatement d'une partie des commandes de N intervienne en N + 1, et que le mandatement de la totalité des commandes de N + 1 intervienne aussi en N + 1. Il y aura ainsi dépassement du seuil en mandatements en N + 1, même s'il n'y a eu dépassement de seuil en commandes ni en N, ni en N + 1. Un raisonnement analogue pourrait être effectué au niveau des paiements. A l'inverse, plus de 300 000 euros commandés en N peuvent être mandatés ou payés à la fois sur N et N + 1, sans qu'au niveau des mandatements ou des paiements le seuil ne soit franchi pour chacune des années N et N + 1, si les paiements intervenus en N + 1 sur les commandes de N + 1 restent suffisamment limités.

Avant 1993, les chambres régionales des comptes n'avaient pas, malgré la position de la Cour des comptes à l'époque, hésité à mettre en débet des comptables qui avaient accepté de payer des dépenses au-delà du seuil.

La Cour des comptes, dans son arrêt du 1^{er} juillet 1993 (Syndicat intercommunal d'électrification du sud de la Corse), avait ainsi libellé un de ses attendus: « la formulation: " prendre en considération les commandes ", doit être entendue comme impliquant une totalisation des mandats ». En conséquence, la Cour aurait insisté sur le fait que la

responsabilité des comptables devait être appréciée sur la seule base des mandats qu'ils avaient pris en charge dans l'année.

Ensuite, la Cour des comptes énonce, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1993, relatif au Département de la Corse-du-Sud, que « prendre en considération les commandes doit être interprété comme ayant pour conséquence que le comptable doit veiller à procéder à l'addition des mandats relatifs aux commandes passées à un même fournisseur pendant l'année civile »

Une précision a été apportée avec un arrêt du 6 mai 1999, Syndicat intercommunal pour l'informatique. Un comptable avait été constitué en débet par la chambre régionale des comptes de Provence Alpes Côte d'Azur pour dépassement du seuil des marchés en 1991, bien qu'il ait fait valoir que les mandats de paiement émis en 1991 concernaient pour partie des commandes effectuées en 1990.

Selon la cour, même si le total des factures payées par (le comptable) au cours de l'exercice 1991 dépassait le seuil de 300 000 euros, la somme des commandes correspondant aux factures acquittées était inférieure au seuil en question.

Par conséquent, le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables rend les ordonnateurs responsables de la commande, et les comptables responsables du paiement. S'il apparaissait au comptable qu'à l'occasion d'un paiement, le seuil des marchés allait être dépassé pour un fournisseur, il lui appartiendrait de le signaler à l'ordonnateur et de faire opposition au paiement, comme cela était couramment admis jusque là.

B. Les contrôles des prestations à exécution récurrente

1° L'assistance technique de la DDE

Pour les communes de moins de 3 500 habitants et de moins de 250 000 euros de budget, les marchés qui exigent l'intervention de la DDE contiennent des dispositions particulières et spécifiques, assimilables à un contrôle.

Il s'agit en réalité moins d'une assistance dans la mesure où il n'y a ni de préférence ni de pourcentage réservé.

Tout d'abord, la loi du 6 Février 1992 prévoit l'assistance technique de la DDE pour certaines collectivités.

Les communes qui peuvent bénéficier de l'assistance technique prévue à l'article 7-1 de cette loi sont :

- Celles dont la population est inférieure à 2 000 habitants et dont le potentiel fiscal est inférieur ou égal à 1 000 000 euros. Ce montant est indexé sur celui du potentiel fiscal moyen des dites communes
- Celles dont la population est comprise entre 2 000 et 4 999 habitants et dont le potentiel fiscal est inférieur ou égal à 1 500 000 euros ; ce montant est indexé sur celui du potentiel fiscal moyen des dites communes

- Celles dont la population est comprise entre 5 000 et 9 999 habitants et dont le potentiel fiscal est inférieur à 2 500 000 euros. Ce montant est indexé sur le potentiel fiscal moyen desdites communes.
- Les groupements de communes qui peuvent bénéficier de l'assistance technique sont ceux dont la population totale des communes qu'ils regroupent est inférieure à 15 000 habitants et dont le potentiel fiscal est inférieur ou égal à 1 000 000 euros
- Les syndicats de communes peuvent bénéficier de l'assistance technique prévue si la population totale des communes qui les composent est inférieure à 15 000 habitants et si la somme des potentiels fiscaux desdites communes est inférieure ou égale à 1 000 000 euros.

Le décret n° 2002-1209 du 27 septembre 2002 relatif à l'assistance technique fournie par les services de l'Etat au bénéfice des communes et de leurs groupements et pris pour l'application du III de l'article 1^{er} de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier a précisé les modalités d'application de la loi.

Une convention détermine la nature et le montant de la rémunération de l'assistance technique fournie par l'Etat. La durée de la convention est fixée à un an. Elle peut être renouvelée deux fois, par tacite reconduction.

La convention peut être résiliée moyennant un préavis de six mois.

L'assistance technique comprend une mission de base complétée, le cas échéant, par une ou plusieurs missions complémentaires, dans les domaines relevant des compétences exercées effectivement par la commune ou le groupement de communes concerné.

La mission de base de l'assistance technique fournie aux communes et aux groupements de communes est la suivante :

1) Dans le domaine de la voirie :

- l'assistance à la gestion de la voirie et de la circulation ;
- l'assistance, pour l'entretien et les réparations de la voirie, à la programmation des travaux, à la conduite des études, à la passation des marchés de travaux et à la direction des contrats de travaux ;
- l'assistance à la conduite des études relatives à l'entretien des ouvrages d'art intéressant la voirie ou liés à son exploitation
- l'assistance à la définition des compétences à transférer à un groupement de communes ;

2) Dans les domaines de l'aménagement et de l'habitat :

- le conseil sur la faisabilité d'un projet ainsi que sur les procédures et démarches à suivre pour le réaliser.

3) La mission de base de l'assistance technique fournie aux groupements de communes comprend en outre :

- le conseil pour l'établissement de diagnostics sur l'aménagement du territoire du groupement ;
- l'assistance pour l'élaboration de politiques d'intervention en matière d'habitat
- l'assistance à la mise en place d'un service technique.

Les missions complémentaires susceptibles d'être prévues dans la convention sont les suivantes :

- l'assistance à l'établissement d'un diagnostic de sécurité routière
- l'assistance à l'élaboration de programmes d'investissement de la voirie
- la gestion du tableau de classement de la voirie
- l'étude et la direction des travaux de modernisation de la voirie dont le coût unitaire prévisionnel n'excède pas 30 000 euros (hors TVA) et dont le montant cumulé n'excède pas 90 000 euros (hors TVA) sur l'année.

La contribution annuelle du bénéficiaire de la mission de base de l'assistance technique est fixée à un montant forfaitaire par habitant, pour chacune des catégories de communes ou de groupements de communes. Elle est augmentée d'un pourcentage de ce montant pour chacune des missions complémentaires figurant, le cas échéant, dans la convention. En cas de résiliation de la convention, la commune ou le groupement de communes doit s'acquitter d'une contribution au prorata de la durée d'exécution de la convention.

Le préfet recueille chaque année l'avis des représentants des communes et groupements de communes, bénéficiaires d'une convention, sur les conditions d'exécution de l'assistance technique fournie par les services de l'Etat.

La cotisation ainsi due par ces communes correspond à 2,5% du montant des travaux réalisés dans l'année.

Lorsque l'Etat perçoit ces cotisations, il exerce en contrepartie un contrôle de qualité des prestations fournies (épaisseur, glissement, roulement, ...). Dans la mesure où les laboratoires agréés pour effectuer ces contrôles sont ceux de la DDE, il n'est pas contraire aux règles de concurrence que ces derniers puissent seuls effectuer ses contrôles. En outre, vérifier la conformité de travaux ou le nivellement de routes est un travail d'expertise coûteux.

Par conséquent, cette rémunération était seulement destinée à permettre à la DDE d'assurer le contrôle des délégataires. Le financement par le prestataire permet ainsi d'avoir les budgets nécessaires à l'exercice de cette mission.

Cette règle, bien que peu connue, n'est pas tombée en désuétude, comme le montre le décret publié en 2002.

A cette mission d'organisme d'agrément, la DDE peut exercer des missions de travaux au profit d'une collectivité territoriale dans le cadre d'une commande. Dans ces situations, la DDE devra soumissionner en conformité avec règles de concurrence établies par le nouveau code des marchés publics

Il existe des facilités comparables au profit des directions départementales de l'agriculture.

2° Le contrôle de la qualité des prestations récurrentes

a) Au niveau de la passation du contrat

Normalement, lors de la passation du marché, Les obligations de contrôle doivent être prévues dans le contrat.

Ce sont les pièces du marché qui organisent les contrôles. Les marchés auxquels s'appliquent les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) contiennent de ce fait les dispositions nécessaires.

Les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) sont des textes types généraux, qui ont été approuvés par décret. Ils permettent de préciser et compléter le code des marchés publics.

Ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

Les CCAG sont applicables à un type de marché si ce dernier s'y réfère expressément. Cependant, la personne responsable du marché décide de faire ou non référence à ces documents.

En théorie, il est donc toujours possible de déroger au CCAG, mais remettre en question les obligations de contrôle est une dérogation telle qu'elle semble peu envisageable. En outre, si telle est le cas, cette dérogation devra être motivée dans le rapport de présentation. On voit mal les arguments qui pourraient être retenus.

Dans les collectivités locales, ce sont essentiellement le Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAGFCS) relatifs aux marchés publics de Fournitures Courantes et de Services et le Cahier des clauses administratives générales relatifs aux marchés publics de prestations intellectuelles approuvés par qui seront applicables.

La plupart du temps, dans le CCAG, la collectivité publique doit certifier le service fait, mais également le service "bien" fait et mis en œuvre dans les délais convenus.

Il est également possible, sciemment, de ne pas faire référence aux CCAG.

Dans ce cas, le contrôle peut s'effectuer par l'élaboration de référentiels utilisant un maximum des moyens objectifs pour les deux parties. L'Association française de normalisation (AFNOR) édicte des normes qui peuvent aider les contractants à élaborer les référentiels dont ils ont besoin pour leur développement stratégique et commercial, en leur facilitant l'accès au processus de normalisation, à l'information et en assurant des services d'accompagnement. Elle propose aussi une offre de certification large et reconnue de produits et services, ainsi que des prestations de certification de systèmes et de compétence. Ces modalités sont utilisées, notamment pour le nettoyage

Cependant, dans ce cas, le fait que les prestations soient récurrentes est sans importance par rapport à leur contrôle.

Il faut retenir malgré tout qu'à ce stade, les dispositifs réglementaires sont muets.

Il ne se pose donc pas un problème de réglementation mais d'application des pénalités prévues au marché.

Ainsi, en matière de travaux, le contrat peut très bien indiquer que le marché fera l'objet d'un suivi minutieux avec des réunions de chantier régulières. Dans ce cas, une main courante peut exister et chaque service pourra signaler les dysfonctionnements rencontrés. Dans ce cas, la collectivité contractante n'hésitera pas à appliquer des pénalités pour les dysfonctionnements qualitatifs observés ou le non respect des horaires.

Ainsi, dès lors que l'un des principaux critères à l'appel d'offre est la qualité technique de la prestation (estimée notamment au regard des moyens mis en œuvre et des horaires du personnel) une obligation de suivi régulière par un agent d'encadrement de la société peut être imposée.

Dans l'exemple qui m'a été donné, l'entreprise devait remettre un mémoire à son offre, c'est-à-dire un récapitulatif des prestations de travaux effectués, dont l'essentiel du contenu était défini au marché.

b) Au niveau de l'exécution du contrat

La vérification du service fait, incombe normalement à la personne responsable du marché ou ses représentants.

La difficulté concernant ce type de prestations est l'impossibilité d'en exercer le contrôle.

Il n'y a, en effet, pas de dispositions législatives relatives au contrôle des prestations à exécution récurrente.

Cette absence de cadre légale est fâcheuse.

D'abord, elle justifie les éventuels abus ou fraudes des délégataires, ces derniers n'ayant pas la crainte de se voir inquiéter pour le non-respect d'obligations légales.

Ensuite, en l'absence de tout cadre réglementaire, les contrôles dans les collectivités locales prennent la forme la forme de « pratiques », pas toujours homogènes ou aisées à décrire.

D'ailleurs, dans les petites collectivités, le contrôle de ces prestations n'est tout simplement pas effectué, faute d'agent pour s'assurer du respect des obligations contractuelles.

Enfin, il faut souligner qu'il n'existe pas à ce jour de certification portant sur le service prestations récurrentes comme la restauration collective, car il n'y a pas de normes applicables à ce type de service. Plus généralement, il n'existe pas de Marque NF Service concernant les prestations récurrentes.

Ainsi, M. Dominique Fausser, Directeur Territorial en région Bourgogne procédait à des sondages selon une périodicité en cohérence avec l'importance du marché.

M. Frédéric Didier, maire de Vemars, a adopté la même stratégie en ne vérifiant que les prestations les plus importantes.

Il m'a ainsi déclaré que dans le domaine du ménage, un contrôle systématique a, pour sa commune, une limite en terme de coût (payer un agent à contrôler). Ce dernière préfère donc plutôt privilégier un contrôle aléatoire et ne passer que des contrats annuels. Quoi qu'il en soit, ces contrats doivent comporter une clause de compte rendu régulier.

A l'inverse, en ce qui concerne sa délégation de service public dans le domaine de l'eau, le délégataire, la Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE) a une obligation contractuelle de faire parvenir un bilan mensuel sur la qualité de l'eau.

En outre, le conseil municipal doit, chaque année, voter le bilan de l'année passée, lequel doit répertorier les travaux faits et l'entretien des réseaux.

Cependant, il y a une limite technique au suivi du travail du délégataire. En effet, peu d'agents ont la formation nécessaire à ce type de dossier (d'où l'intérêt de passer par un prestataire).

Plus original, M. Didier a récemment mis en place une présentation obligatoire de la SFDE de son rapport annuel devant le conseil afin que chaque élu puisse lui poser les questions qu'il souhaite.

Cette pratique comporte des limite, la première étant qu'aucun élu n'est en mesure de comprendre les réponses apportées par les techniciens. Dès lors, le prestataire est plutôt jugé sur sa réactivité face à une demande d'un administré.

Il s'agit presque là d'un contrôle politique.

La ville de Beaune, elle, a délégué la gestion de l'eau et de l'assainissement. Le délégataire est responsable de la qualité de l'eau et effectue régulièrement des analyses consignées dans un registre disponible à l'usine de traitement de l'eau.

Chaque année, avant le 1^{er} juin le délégataire doit remettre à la ville un rapport sur la qualité du service. Plus que la qualité de traitement, c'est le rapport qualité/prix qui est difficile à évaluer. Pour ce faire, un audit par un cabinet d'étude vient d'ailleurs d'être réalisé. Par ailleurs, la DDASS effectue des contrôles à la source et en sortie de robinet tous les mois, les résultats devant être affichés en mairie.

Concernant la restauration scolaire, la ville a passé un marché de service pour la fourniture des repas en liaison froide. La société doit être en mesure de prouver à la collectivité, à tout moment, la traçabilité de la viande .

Par ailleurs, la ville peut demander à son prestataire, quand elle le désire, le résultat des contrôles biologiques effectués.

Concernant l'équilibre alimentaire, un contrôle des fréquences est réalisé et une "Commission Menu" se réunit deux fois par trimestre afin de déterminer les repas à venir (quantité, équilibre,...). Cette commission réunit un représentant de la collectivité, un agent de service, un référent de restaurant scolaire et un représentant de la société.

Enfin, un "club frimousse" se réunit régulièrement afin de proposer à un groupe d'enfant des nouveaux menus et de faire un bilan.

Au travers de ces deux exemples, ce qui est vite apparu comme essentiel à la collectivité bourguignonne afin d'être à même de contrôler l'exécution de la prestation, c'est la précision du cahier des charges sur la base duquel est effectuée la mise en concurrence.

La tendance actuelle est à une généralisation de l'externalisation des prestations, dans un souci de rationalisation des coûts, de qualité de la prestation et de réduction de l'éventuelle responsabilité des décideurs.

Ainsi, une réflexion vient de s'engager afin de déléguer l'entretien et le contrôle de l'eau de la piscine municipale.

C'est une autre forme de contrôle qui est pratiqué à Aurillac, dans le Cantal, et qui est adapté à la taille de la commune.

Concernant les repas, ceux-ci sont, en effet, réalisés par les cuisines municipales. Par conséquent, le recours aux prestataires extérieures est assez rare et de nombreux services sont assurés en régie direct par la ville ou par l'agglomération (eau, ordures ménagères).

Concernant l'exécution des marchés, le contrôle est effectué par les services concernés. Il n'y a donc pas un service spécifique.

A titre d'exemple pour les travaux commandés à une entreprise de Travaux Publics, un technicien (contrôleur des travaux) suit le dossier et une réception des travaux est organisée à l'issue en présence de l'ensemble des prestataires qui sont intervenus sur le chantier.

A Issy-les-Moulineaux, près de Paris, un inspecteur de la société attributaire du marché est chargé d'effectuer des visites sur place pour s'assurer de la régularité et la qualité des prestations ménagères. Dans ce système, l'inspecteur est payé par la société qui a remporté le marché. Toutefois, si un fonctionnaire local constate des négligences persistantes, il peut être fait un rapport de constat débouchant sur des pénalités.

Surtout, afin de s'assurer de la rigueur du contractant, la municipalité a décidé de ne passer de tels contrats que pour une durée réduite de trois années, et de procéder, le terme achevé, à un nouvel appel à la concurrence.

Quant à la qualité des menus offerts à la cantine dans les vingt-huit écoles de la ville, celle-ci est assurée par une « commission des menus » à laquelle participe le directeur d'école, un représentant de la mairie, des parents d'élèves et le prestataire de service. Cette commission débat de la qualité et la composition des menus, avec l'aide d'une diététicienne.

Dans chaque école, un cahier de prestations est ouvert et permet aux enseignants, aux élèves, par l'intermédiaire des écoliers et aux agents de la mairie d'exprimer leurs doléances.

Enfin, l'adjoint au maire chargé des questions d'alimentation dans les établissements scolaires contrôle la qualité des produits en déjeunant inopinément sur place.

Pour vérifier la traçabilité des produits, particulièrement pour la viande bovine, la mairie d'Issy-les-moulineaux a confié à l'institut Pasteur la réalisation d'un audit sur l'origine des produits donnés dans les cantines. D'ailleurs, l'exigence de label est imposée quant aux produits fournis, avec conservation de la facture pour en vérifier l'authenticité.

C. L'indépendance des contrôleurs

1° L'indépendance statutaire des agents comptables

Elle est assurée d'abord par le statut organique différent qui est le leur dans l'organisation des services financiers. L'élément clef de cette indépendance est celle des comptables publics qui, appartenant à une catégorie particulière d'agents publics nommés par le ministre des Finances ou avec son agrément, ne sont pas placés dans une situation de subordination vis-à-vis de l'ordonnateur. Celui-ci ne détient aucun pouvoir hiérarchique sur eux, réserve étant faite de ceux des comptables publics agissant en qualité auprès du ministre des Finances ordonnateur principal.

Mais même dans ce dernier cas, l'indépendance du comptable public vis-à-vis de l'ordonnateur résulte en droit de ce qu'il tient sa mission non pas de l'autorité administrative qui le nomme et dont il dépend hiérarchiquement, mais de la loi qui définit les obligations qui sont les siennes. Ainsi, quand bien même il est soumis en tant que fonctionnaire au régime d'obligations de droit commun de la fonction publique, le comptable a cependant dans l'accomplissement de ses fonctions une obligation d'obéissance limitée.

2° Le contrôle de l'indépendance par les chambres régionales des comptes

Un certain nombre de textes viennent conforter l'obligation d'indépendance à l'égard des tiers. Les ordonnateurs ne peuvent prendre ou recevoir des intérêts dans les affaires dont ils ont en tout ou partie l'administration et la surveillance (N.C.P. : 432-12,432-13) ; par ailleurs, durant l'exercice de leurs fonctions et même dans les cinq ans qui suivent la fin de leurs fonctions, ils ne peuvent acquérir ou conserver aucune participation dans les entreprises avec lesquelles les organismes qu'ils représentent ont passé des marchés ou des contrats.

Une protection accrue de l'indépendance des comptables publics est organisée avec l'extension de l'incompatibilité générale posée à l'article 20 du décret du 29 décembre 1962 à l'égard des conjoints des ordonnateurs qui ne peuvent être comptables des mêmes organismes ou services publics. En outre, certains comptables publics (comptables du Trésor, receveurs des administrations financières) ne peuvent être ni maires, ni adjoints dans les communes de

leur circonscription, cette incompatibilité étant même étendue à tout le département pour les comptables supérieurs (c. des communes, art. 122.8).

À l'organisation de l'exclusivité des fonctions par la règle de l'incompatibilité s'ajoute la protection accrue de l'exclusivité des fonctions de comptable public par la sanction prévue en cas de gestion de fait. Cette qualification est applicable aux agissements de tous ceux qui se seraient irrégulièrement immiscés dans le maniement des deniers publics sans avoir la qualité de comptable public (comptable patent).

Soumise au juge des comptes (Cour des comptes ou chambres régionales des comptes), la gestion de fait, en cas en d'irrégularité en recettes ou en dépenses, entraîne l'obligation pour le comptable de fait de reverser les sommes manquantes. Elle peut être de réprimée en outre par une amende pour gestion de fait qui est calculée selon l'importance et la durée de la détention ou du maniement des deniers et dont le montant ne peut dépasser le total des sommes indûment détenues ou maniées.

D. L'appréciation des contrôles par les élus locaux

En l'absence d'études réalisées sur l'impact des contrôles existants, il est fort difficile de déterminer comment ces contrôles sont perçus par les collectivités locales.

Cette analyse ne peut donc être entreprise qu'au cas par cas, auprès des différents acteurs locaux concernés.

A cette fin, je me suis entretenu avec M. Frédéric Didier, maire de Vemars, une commune du Val d'Oise de 2068 habitants, jouxtant la ville de Roissy.

Selon cet élu local, les contrôles pesant sur les marchés publics l'oblige à une grande vigilance dans le respect des règles procédurales. D'abord, il a critiqué le manque de formation, voire d'informations de qualité, donné aux élus locaux en la matière. Les risques de voir sa responsabilité mise en jeu constitue, en effet, une crainte constante dans la gestion de cet élu. En outre, son manque de connaissance pratique de la réglementation, en dépit des formations qui lui ont été dispensées, l'oblige à déléguer à son premier adjoint toutes les questions relatives aux marchés, ce dernier étant plus rompu à la matière des marchés publics.

E. Les marchés réservés

Quelle que soit l'appréciation portée par les élus locaux sur les contrôles existants, la passation de marchés publics est aussi pour ces communes l'occasion de passer des contrats avec le tissu économique local.

La possibilité de « réserver » des marchés s'est donc trouvé ainsi posé.

Il n'existe pas, dans le code des marchés publics, de pourcentages de marchés automatiquement réservés. En effet, l'Accord sur les marchés publics, signé à Marrakech le 15 avril 1994 fait obligation aux parties signataires de bannir toute préférence nationale en matière de marchés publics.

Néanmoins, l'article 54 du code des marchés publics donne un droit de préférence à certaines catégories de prestataires à offre équivalente avec les autres candidats.

Selon cet article : « I Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes.

II Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans, les personnes publiques contractantes doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres soumissionnaires, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans.

III Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au II, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes ».

L'avis n° 2000-A-25 en date du 20 novembre 2000 du Conseil de la concurrence sur le projet de décret réformant le Code des marchés publics, a considéré que cette disposition « ne devrait pas aboutir à créer des distorsions de concurrence ».

La loi du 12 Juillet 1985 relative à certaines activités d'économie sociale précise enfin que « les préférences accordées par le Code des marchés publics aux sociétés coopératives ouvrières de production sont également applicables aux sociétés coopératives ressortissant des États membres de la Communauté économique européenne présentant des caractéristiques comparables ».

L'article 12 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier avait pour objet de renforcer ce système de réservation et de l'étendre à d'autres organismes. Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition. Celle-ci prévoyait que lorsque des marchés publics faisaient l'objet d'un allotissement et portaient sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des structures coopératives ou associatives -poursuivant un but d'insertion sociale ou de protection de l'environnement-, un quart des lots devait faire l'objet d'une mise en concurrence de ces organismes. Ce système dit " *réservataire* " existait, à une échelle plus restreinte, dans l'ancien code.

Ainsi, cet article reconnaît un droit de préférence aux SCOP, aux artisans et artistes et ce afin de faciliter leur accès aux marchés publics.

La liste des SCOP pour 2000 est parue au JO lois et décrets du 8 avril 2000 mais ce décret a supprimé « le quart réservataire » dont bénéficiait jusqu'alors les SCOP.

Bien que non répertorié dans le Code, un régime préférentiel existe également pour les organismes, associations ou institutions de travailleurs aveugles ou handicapés en matière de marchés de fournitures (article 175 du Code de la famille et de l'aide sociale).

II L'obligation de contrôle des marchés publics dans l'Union européenne et dans ses Etats membres

Le droit communautaire ne régit pas toutes les modalités de contrôle des marchés publics mais seulement certains aspects des procédures de recours en matière de marchés publics.

A. L'obligation de contrôle des marchés publics dans l'Union européenne

1° Les obligations de contrôle instituées par les directives communautaires

En cas d'infraction à la réglementation communautaire applicable à la passation des marchés publics, des moyens de recours rapides et efficaces sont prévus par deux textes, lesquels sont régis en cas de manquement par la directive « recours » du 21 Décembre 1989.

- a) Le recours en matière de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services

Les recours pour ces marchés sont réglementés par la directive 89/665 du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, complétée par la directive marchés publics de services (92/50).

Cette législation a été transposée en France par le décret n° 92-964 du 7 septembre 1992 relatif aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux et modifiant le nouveau code de procédure civile et le code des travaux administratifs.

Peut exercer ce recours toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

En cas de recours, les mesures que les juridictions nationales peuvent prendre à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs n'ayant pas respecté la réglementation en vigueur consistent en :

- la possibilité de prendre, dans de brefs délais, des mesures provisoires, telles que la suspension de la procédure de passation du marché public en cause.

- l'annulation des décisions illégales, y compris la suppression de spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires.
- l'indemnisation par des dommages-intérêts des personnes lésées.

La Commission européenne a, enfin, la possibilité d'intervenir en cas de violation claire et manifeste, en notifiant cette violation à l'État membre et au pouvoir adjudicateur concernés puis en demandant la correction du manquement.

- b) Les recours en matière de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications

Les recours pour des marchés publics relevant de ces secteurs sont réglementés par la directive 92/13 du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Cette législation a été transposée en France par la loi n° 93-1415 du 29/12/1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Cette directive adapte la directive 89/665 aux marchés publics relevant de la directive "secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications" dans quatre domaines :

- 1) Les mesures spécifiques que peuvent prendre les juridictions nationales en cas de recours

Les procédures applicables par les États membres en vue de permettre des recours rapides et efficaces contre les mesures prises par les pouvoirs adjudicateurs en violation du droit sont, à leur choix :

- la suspension ou l'annulation de certaines procédures.
- l'imposition d'amendes.
- l'indemnisation par des dommages-intérêts des personnes lésées.

- 2) L'attestation de non conformité

Les entités adjudicatrices qui appliquent la meilleure pratique en matière de marchés publics et établissent des procédures internes saines ont le plus de chance de tirer le meilleur parti possible du régime communautaire en vigueur. Telle est la raison pour laquelle la directive "Recours" pour les secteurs spéciaux prévoit la création d'un système d'attestation dans le cadre duquel les entités adjudicatrices peuvent faire examiner leurs procédures de passation des marchés par un attestateur indépendant, chargé de vérifier qu'elles sont conformes à la directive et qu'elles sont axées sur une utilisation rationnelle des deniers publics. À l'instar d'un contrôle financier, cet examen est réalisé par un organisme indépendant, qualifié et agréé à cet effet.

Les entités adjudicatrices ont donc la possibilité de faire attester, par des personnes externes et indépendantes, que leurs procédures de passation des marchés sont conformes aux dispositions communautaires et nationales de transposition.

Elles peuvent également faire mention de cette attestation lors de la publication des avis au JOCE.

La directive "Recours" applicable aux secteurs classiques ne contient pas de disposition similaire.

Ainsi, conformément au mandat donné par la Commission aux organismes européens de normalisation CEN et CENELEC, une norme européenne concernant l'attestation a été approuvée en juin 1995. Les Etats membres doivent maintenant prendre les dispositions nécessaires pour que des attestateurs soient désignés et puissent se mettre au travail.

3) Procédure du mécanisme correcteur

La Commission a la possibilité, en cas de violation claire et manifeste de la réglementation relative aux marchés publics, de notifier cette violation à l'État membre et au pouvoir adjudicateur concernés et d'en demander la correction. Cette procédure est dite « mécanisme correcteur ».

4) Procédure de conciliation

Une procédure de conciliation au niveau communautaire est rendue possible, permettant de régler à l'amiable les différends entre une personne intéressée par un marché public déterminé et une entité adjudicatrice. Cette procédure, en accord avec les deux parties, est menée par un conciliateur agréé par la Commission et a pour objet de trouver une solution au litige.

c) Des propositions d'évolution

Un livre vert a été rédigé par la commission en 1996 afin de simplifier le cadre juridique existant et de l'adapter à l'ère de l'électronique.

Dans ce rapport, la Commission a proposé aux Etats membres à désigner des autorités indépendantes spécialisées dans les marchés publics.

Pour être efficaces (et reconnues comme telles), des autorités de ce type devraient être véritablement indépendantes et avoir le pouvoir d'obliger les organismes acheteurs à corriger toute erreur au niveau des procédures. Ces autorités pourraient jouer un rôle de tout premier plan pour améliorer les systèmes de passation. Elles pourraient aussi conseiller utilement les organismes acheteurs, vérifier les pratiques de passation des marchés dans un souci d'efficacité et veiller à ce qu'il existe un système de déclarations obligatoires permettant aux Etats membres de fournir à la Commission toutes les données statistiques nécessaires. Elle ne propose pas la création *ex novo* d'institutions, mais plutôt l'utilisation d'organes déjà existants tels que, par exemple, les Cours des comptes ou les Autorités chargées du respect de la concurrence.

Dans une communication du 11 mars 1998 portant sur Les marchés publics dans l'Union européenne, la commission a établi un Plan d'action, devant aboutir au renforcement du cadre juridique actuel à travers, notamment, une simplification et une amélioration des dispositions nationales et communautaires.

Une proposition de paquet législatif révisé sur les marchés publics (directive "marchés publics dans les secteurs classiques" et directive "marchés publics dans les secteurs spéciaux"), présentée par la Commission, est actuellement en cours de négociation au Parlement européen et au Conseil. La proposition moderniserait et simplifierait la législation actuelle sans modifier les principes de base applicables aux aspects de la législation française que la Commission considère non-conformes au droit européen.

Les propositions adoptées par la Commission s'inscrivent dans la droite ligne du plan d'action adopté par la Commission en 1998 pour insuffler un nouveau dynamisme à la politique européenne des marchés publics. Ce plan d'action avait été adopté par la Commission suite à une large consultation des principaux acteurs politiques et économiques qui avait conclu sur la nécessité de simplifier et de clarifier le cadre juridique actuel tout en maintenant la stabilité de ses fondements.

La Commission européenne a adopté une série d'amendements pour simplifier et moderniser les directives marchés publics. Ces directives imposent la mise en concurrence des marchés publics, la transparence et l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires pour faire en sorte que le marché soit attribué à l'offre assurant le meilleur rapport qualité/prix. Le Conseil Européen de Lisbonne a reconnu l'importance de ce paquet législatif pour la compétitivité des entreprises européennes, une allocation efficace des ressources publiques, la croissance économique et la création d'emplois, et a préconisé son adoption et mise en œuvre au plus tard 2002.

L'objectif poursuivi par le paquet législatif adopté aujourd'hui est double. Il s'agit, d'une part, de simplifier et de clarifier les directives communautaires actuelles et, d'autre part, de les adapter aux besoins d'une administration moderne dans un environnement économique en mutation.

Cette proposition de paquet législatif est actuellement en seconde lecture au Parlement européen. Le texte des deux positions communes a été adopté par le Conseil le 20 mars 2003.

En tout état de cause, le paquet législatif ne régit pas les "recours" dans le domaine des marchés publics mais seulement le droit "substantiel" des marchés publics.

Les directives en vigueur applicables aux recours sont d'une part la directive 89/665/CEE (secteurs classiques) et d'autre part la directive 92/13/CEE (secteurs spéciaux). Ces directives feront l'objet d'une proposition de modification que la Commission envisage de présenter dans le courant de l'année 2004 en vue de l'adoption d'une directive modificative en codécision par le Conseil et le Parlement à une date ultérieure qu'il est impossible de prévoir à ce stade.

Récemment, la Commission a lancé la première étape du processus de consultation des Etats membres et d'experts indépendants. Dans le cadre de ce processus de consultation préalable à la présentation d'une proposition de modification des directives "recours", un questionnaire en ligne sur le site Europa sera vraisemblablement disponible en septembre/octobre 2003. Ce questionnaire sera ouvert aux citoyens et entreprises communautaire.

2° Les procédures d'infraction pour la mise en œuvre des directives communautaires

Par son arrêt du 28 octobre 1999, Commission c/ Autriche, la CJCE a posé le principe que la responsabilité de l'Etat peut être engagée si une collectivité territoriale ou un établissement public local ne respecte pas les dispositions communautaires en matière de marchés publics ou les règles nationales les transposant.

En effet, les marchés publics sont l'un des domaines où la transposition des directives est plus tardive, la transposition correcte des directives dans tous les Etats membres ne dépassant pas 55,6 %.

En outre, il n'y a aucun signe évident de convergence des prix entre les Etats membres.

L'instrument principal à la disposition de la Commission pour assurer le respect du droit communautaire est la procédure en manquement de l'article 169 du Traité.

Or, comme l'a relevé le livre vert de 1996, l'expérience montre que la procédure en manquement prévue à l'article 169 du traité CE ne peut garantir une correction rapide et efficace de l'application des règles du traité.

Les procédures durent jusqu'à trois ans et, dans certains cas, plus longtemps encore du fait, notamment, de la difficulté d'obtenir les informations nécessaires à temps. Dans le domaine des marchés publics, des procédures aussi longues risquent souvent d'être inefficaces

En effet, cette procédure ne peut pas garantir à elle seule la résolution rapide et efficace des conflits qui est nécessaire dans le domaine des marchés publics. Lorsque la solution du litige intervient, les marchés sont la plupart du temps attribués, voire exécutés.

C'est pour cette raison que la Commission s'est déclarée déterminée à tout mettre en oeuvre pour accélérer le traitement des procédures en manquement.

Cependant, cet effort requiert aussi la collaboration des Etats membres qui doivent répondre aux demandes formulées par la Commission dans les délais impartis. Plus généralement, la Commission est fermement décidée à utiliser, dans tous les cas où cela s'avère nécessaire, la procédure de l'article 171 du Traité CE, qui prévoit la possibilité pour la Commission de demander à la Cour de Justice l'imposition d'astreintes à l'encontre des Etats membres qui ne se conforment pas à un arrêt constatant une violation des règles marchés publics.

Une autre insuffisance constatée porte sur le fait que la Commission n'intervient pas de manière systématique dans les cas de manquements aux règles relatives aux marchés publics mais au hasard des plaintes qui lui sont soumises.

Dans cette perspective, la communication a proposé dans son livre vert l'amélioration des procédures de contrôle au niveau communautaire. La Commission utilisera de manière plus pro-active et plus systématique ses pouvoirs basés sur les articles 169 (procédure de manquement) et 171 (demande d'imposition d'astreintes à la Cour de Justice) du traité CE à l'encontre des États membres qui ne se conforment pas aux règles applicables. En outre, la Commission examinera l'opportunité de mettre en place un mécanisme renforcé pour lutter contre les infractions graves dans le domaine des marchés publics.

En application des stipulations du Traité, la commission, et quelquefois, la CJCE, ont eu à constater le manquement des autorités nationales aux obligations de contrôle en matière de marchés publics.

Ainsi, il y a quelques années, le CJCE a pu constater, par son arrêt du 19 mai 1999.

Commission c/ France la compatibilité avec le droit communautaire de l'article L. 23 CTA relatif aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

La Cour valide le système français qui laisse au juge compétent le pouvoir de fixer le montant de la somme à verser. Une astreinte qui est une mesure coercitive, dont l'objectif principal est de garantir le respect des décisions du juge saisi, possède par elle-même un caractère dissuasif en raison de sa nature propre.

Cependant, La Cour constate que la France n'a pas transposé en droit national la procédure de conciliation prévue par la directive et dont l'application peut être demandée par tout intéressé.

Elle a également constaté que la France n'a pas transposé le système d'attestation de conformité au droit de passation des marchés prévu par la directive.

Manque aussi la procédure de conciliation dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public dans les secteurs spéciaux ainsi que la procédure d'attestation de conformité dans les mêmes secteurs. Mais ces procédures étant facultatives et sans effet contraignant on ne voit pas quelle personne pourrait se prétendre lésée par ce manquement.

Plus récemment, la Commission européenne a également décidé de transmettre une demande formelle à la France l'invitant à se conformer à un arrêt de la Cour de mai 1999 qui lui enjoignait d'appliquer pleinement et correctement la directive sur les procédures de recours ouvertes aux prestataires qui estiment avoir été injustement exclus de la passation d'un marché public dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

La directive 92/13/EEC fait obligation aux États membres de mettre en place des moyens de recours rapides et efficaces à l'intention des prestataires afin d'empêcher et de pallier les éventuelles violations des dispositions communautaires relatives à la passation de marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Cette directive devait être mise en œuvre le 1^{er} janvier 1993 au plus tard.

Plus récemment, la commission a constaté qu'en vertu de la loi française («loi MOP») fréquemment appliquée aux grands projets de construction, seules les entreprises figurant sur une liste préétablie sont susceptibles d'agir en qualité de maître d'ouvrage délégué et de conducteur d'opération. Du point de vue de la Commission, cette restriction à l'ouverture des appels d'offres et à la concurrence est en contradiction avec la directive de 1992 sur les marchés publics de services (92/50/CE) et avec les dispositions du traité UE en matière de non-discrimination. Dans leur réponse de juin 2002 à l'avis raisonné de la Commission, les autorités françaises ont admis que la conduite des opérations entre effectivement dans le champ d'application de la directive, mais elles maintiennent toujours que la fonction de maître d'ouvrage délégué n'en relève pas.

C'est pourquoi la Commission a renvoyé cette affaire devant la Cour.

De la même façon, la Commission renvoie l'Allemagne devant la Cour pour deux affaires dans le cadre desquelles des contrats de traitement des déchets ont été attribués sans passer par la nécessaire procédure d'appels d'offres au niveau européen. En 1998, la ville de Munich a remporté un appel d'offres concernant le traitement des déchets dans la zone «Donauwald» en Bavière, et ce pour une durée de 25 ans. Par la suite, et sans lancer d'appel d'offres, elle a sous-traité une partie de ces services (le transport des déchets) à une société privée. La Commission estime, contrairement aux autorités allemandes, que la ville de Munich ne peut pas, en sa qualité de pouvoir adjudicateur tel que l'entend le droit communautaire sur la passation des marchés publics, argumenter qu'elle a agi en dehors de son domaine de responsabilité public lors de l'attribution de ce marché et qu'elle aurait donc le droit de choisir librement ses sous-traitants, comme le ferait toute société privée. Si elle avait cette possibilité, elle serait dans une position de concurrence déloyale vis-à-vis du secteur privé, puisqu'elle pourrait exploiter sa situation privilégiée à Munich pour gérer son domaine public sans faire jouer la concurrence. La Commission maintient sa position, selon laquelle le contrat aurait dû faire l'objet d'un appel d'offres.

Dans le même temps, deux contrats d'élimination de déchets d'un montant respectif de 14,6 millions de DM (7,5 millions d'euros) et de 4,1 millions de DM (2,1 millions d'euros) ont été conclus en 1997 dans la région de Coesfeld pour la période s'achevant au 31 décembre 2003, et ce sans que soit organisé un appel d'offres européen. L'Allemagne s'est engagée à faire en

sorte que le droit européen soit respecté à l'avenir dans les cas de ce genre. Toutefois, cela ne change rien à l'infraction constatée, car le contrat en question reste valable jusqu'à fin 2003. En outre, des cas similaires continuent de se produire en Allemagne et deux affaires sont en cours de jugement par la Cour de justice.

Surtout, la Commission européenne a décidé de demander à la France de modifier plusieurs dispositions de son nouveau code des marchés publics afin de le rendre conforme aux directives « marchés publics » et au Traité CE. Lorsqu'un marché public est attribué sans une procédure transparente et organisée selon les principes requis par la législation européenne que tous les Etats membres se sont engagés à respecter, des entreprises européennes peuvent être injustement privées de leur droit de soumettre une offre.

Les principaux griefs de la Commission sont les suivants :

- Non-discrimination et égalité de traitement en cas d'achats non soumis aux procédures détaillées des directives « marchés publics »

Les dispositions du code français applicables d'une part aux marchés inférieurs aux seuils et d'autre part aux marchés visés par la directive « services » 92/50/CEE ne sont pas conformes au droit européen dans la mesure où ces différents marchés ne sont soumis, pour ce qui concerne leurs modalités de passation, à aucune procédure particulière. Effectivement, même si ces marchés ne sont pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence détaillées qui découlent des directives communautaires « marchés publics », il n'en demeure pas moins que le respect des principes posés par la Cour de Justice exige qu'ils soient passés conformément aux règles fondamentales du traité CE, à savoir la non-discrimination et la transparence, celle-ci étant assurée par un degré de publicité adéquat.

- Application non-conforme des seuils prévus par la Directive services

Les seuils applicables dans le code français aux autorités centrales ne sont pas conformes à ceux prévus par la directive marchés publics des services (92/50/CEE). En effet, les seuils d'applicabilité de la directive 92/50/CEE, sont d'une part 130.000 euros hors taxes pour les autorités gouvernementales centrales et d'autre part 200.000 euros hors taxes pour les autres pouvoirs adjudicateurs. Or, la transposition effectuée par le biais de l'article 74.3 du code, en posant un seuil uniforme de 200.000 euros pour ces marchés, revient à soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence ceux de ces marchés d'une valeur égale ou supérieure à 130.000 euros lancés par les autorités gouvernementales.

Enfin, le Conseil européen de Juin 1997 a adopté un Plan d'action pour la lutte contre la criminalité organisée qui contient une recommandation à la Commission et aux Etats membres pour qu'ils prévoient la possibilité d'exclure des procédures de passation un soumissionnaire ayant commis ou étant sous investigation ou faisant l'objet de poursuites pour avoir commis un délit ayant un lien avec la criminalité organisée.

B. L'obligation de contrôle dans les marchés publics en Allemagne et au Royaume-Uni

1° L'Allemagne

a) La réglementation allemande des marchés publics

Conformément aux règles budgétaires nationales, régionales et communales, les marchés publics en Allemagne sont régis par les textes suivants:

- Le *Verdingungsordnung für Bauleistungen* (VOB) (cahier de prescriptions pour les marchés de construction), dans la version de décembre 2000, applicable aux marchés publics de construction.

Le VOB, *Verdingungsordnung für Bauleistungen*, comporte trois volets A, B, C:

A, définissant les procédures à utiliser par l'organisme adjudicateur jusqu'à la conclusion du contrat (prescriptions relatives aux appels d'offre);
 B, définissant les dispositions générales des contrats, et devenant engagement contractuel dès la conclusion du contrat (conditions d'exécution des marchés);
 C, visant les spécifications techniques générales pour la réalisation des travaux (dans la pratique, cette partie contient la liste des normes D.I.N.).

- Le *Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen* (VOL) (cahier de prescriptions pour les marchés publics autres que de construction), dans la version du 03 août 1993, applicable aux marchés publics de fournitures et de services.

Le VOL, *Verdingungsordnung für Leistungen*, rédigé en 1974, concerne les contrats de marchés publics non visés par le VOB, il est structuré de manière similaire, mais ne comporte pas de volet C.

Les dispositions de ces deux textes sont très proches.

Les dispositions du VOL et du VOB, établies par les commissions respectives, n'ont pas en elles-mêmes de valeur législative, ni réglementaire. Elles sont rendues applicables par les collectivités concernées (République fédérale, Länder, collectivités locales) par voie de décrets ou d'arrêtés;

En outre, ces dispositions peuvent être adaptées selon les besoins des différents organismes adjudicateurs, et peuvent différer selon les Länder. C'est ainsi que la Bundesbahn (chemins de fer allemands) a notamment amendé le VOL/B.

Les directives communautaires applicables aux marchés publics ont été intégrées dans le VOB et VOL.

Certains pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés sur la base de conditions supplémentaires, complémentaires ou particulières (*zusätzliche, ergänzende sowie besondere Bestimmungen*), tels que la poste (Deutsche Post AG), les chemins de fer (Deutsche Bahn AG) et l'armée (Bundeswehr).

Dans la version de 2000 de la VOB, l'ouverture pour les offres électroniques a également été prise en compte. A côté des formes de transmission traditionnelles, le transfert électronique des données est également permis pour les procédures de soumission.

b) Procédures de passation

Les procédures de passation comprennent, par référence au VOL et VOB, la procédure ouverte, la procédure restreinte et le marché de gré à gré.

- L'appel d'offres ouvert

Il doit y avoir appel d'offres ouvert lorsqu'aucune circonstance particulière ne justifie une dérogation.

La réglementation de la procédure des appels d'offres ouverts porte sur les points suivants:

- Les offres doivent parvenir dans un délai fixé, les offres en retard ne sont pas examinées;
- Les candidats sont liés par leur offre jusqu'à la date prévue pour l'attribution du marché;
- Les offres sont ouvertes au cours d'une séance tenue au service responsable du marché, vues et consignées dans un procès-verbal; pour les appels d'offres passés en application du VOB, les candidats ou leurs représentants peuvent être admis à l'ouverture des offres; pour les marchés régis par le VOL, ils ne sont pas admis;
- On ne peut négocier avec les candidats aucune modification de leurs offres;

La procédure doit se clore, soit par l'attribution du marché, soit par l'abandon de la procédure;

Il peut y avoir appel public à la concurrence d'un nombre illimité d'entreprises par un avis qui contient toutes les indications nécessaires sur la nature et le volume de la prestation; la publicité est effectuée dans les publications officielles (par exemple le bulletin officiel fédéral des marchés: "Bundesausschreibungsblatt" et le journal officiel des soumissions: "Submissionsanzeiger").

Ainsi, pour les marchés de travaux, le texte de l'avis contient habituellement des données sur:

- la nature des travaux;
- l'emplacement du chantier;
- les délais fixés et la date limite de retrait des dossiers de consultation;
- les cautions exigées;

Si les offres ne sont pas prises en considération, l'entreprise est avertie.

- L'appel d'offres restreint

On ne peut y recourir que sous certaines conditions, notamment si :

- les frais d'études préalables aux travaux sont importants;
- la procédure ouverte s'est révélée infructueuse;
- la procédure ouverte est impossible pour des raisons d'urgence ou de confidentialité.

Il est à noter que la possibilité de passer des marchés négociés de faibles montants n'existe pas.

Ce mode de passation est caractérisé par:

- la mise en concurrence d'un nombre choisi d'entreprises invitées à soumissionner (3 à 8 concurrents capables et expérimentés);
- l'alternance que doit pratiquer l'administration dans le choix des candidats (paragraphe 8.2 du VOB A).

Pour recenser les candidats, le service n'est pas obligé de procéder à un appel public de candidatures préalable, sauf dans le cas de marchés soumis à l'obligation communautaire. En pratique, il ne procède à un tel avis que lorsqu'il n'a pas une connaissance suffisante des fournisseurs susceptibles de fournir la prestation.

En effet, chaque service achats détient une liste d'entreprises.

Ainsi, le service de la construction de la Ville de Cologne dispose d'un fichier de 5.000 entreprises, toutes branches confondues. Elles sont classées par branche, taille de l'entreprise, taille du marché, capacités techniques et financières.

L'Allemagne est caractérisée par le fait que la plupart des marchés publics sont attribués à la suite de consultations négociées ou restreintes et non à la suite de procédures ouvertes. Les ordonnateurs publics allemands invoquent en effet d'une part, un intérêt économique dans la mesure où soumissionner à un appel d'offre entraîne des frais d'étude élevés pour de nombreuses entreprises et d'autre part, selon ces mêmes ordonnateurs, les entreprises compétentes leur sont bien connues.

Dans ces deux cas, la mise en concurrence intervient dès lors entre un nombre limité d'entreprises invitées à soumissionner, aucun appel public de candidatures n'étant requis.

Le gré à gré n'est possible que si les procédures d'appels d'offres ouvert ou restreint sont inappropriées, notamment si :

- il n'y a qu'un seul entrepreneur capable d'exécuter les travaux (brevet, savoir-faire spécifique);
- le travail ne peut être évalué de façon complète et précise avant son exécution;
- il s'agit d'une prestation mineure ne pouvant se détacher sans inconvénient d'un marché déjà passé;
- il y a une urgence particulièrement marquée;
- après annulation d'une procédure ouverte ou restreinte, une nouvelle procédure de ce genre ne laisse présager aucun résultat acceptable.

L'adaptation, par exemple au sens du code des marchés publics français, n'existe pas.

La passation d'un marché public doit être précédée d'un avis de marché.

Indépendamment de la valeur du marché, et uniquement dans certains cas particuliers précisés dans VOL et VOB, les marchés publics peuvent être passés respectivement par procédure restreinte ou par un marché de gré à gré.

Avant d'avoir recours à la procédure restreinte ou au marché de gré à gré, et si la valeur du marché dépasse 5.000 euros, le pouvoir adjudicateur peut demander aux services d'information sur les marchés publics auprès de la Chambre de Commerce et de l'Industrie allemande (IHK) (*Auftragsberatungsstellen*) de lui indiquer des entreprises susceptibles de remettre une offre.

Selon le VOL, l'ouverture des offres n'est pas publique. Sur demande écrite, les motifs du refus d'une offre sont communiqués au soumissionnaire. La présence des soumissionnaires à l'ouverture des offres n'est autorisée que pour les marchés publics de construction (VOB).

Le cahier des charges doit indiquer clairement si des variantes sont autorisées.

En général, le prix le plus bas n'est pas le critère décisif de l'attribution du marché; les pouvoirs adjudicateurs doivent plutôt tenir compte d'un ensemble de critères économiques, techniques, esthétiques et fonctionnels.

- Règles de participation

Toute entreprise allemande ou étrangère peut soumissionner. Le pouvoir adjudicateur peut cependant demander aux entreprises allemandes et étrangères de fournir des certifications ou l'enregistrement dans le registre de commerce ou à la Chambre des Métiers, ainsi que des justificatifs de leur capacité technique, économique et financière (par exemple renseignements bancaires, déclarations concernant le chiffre d'affaires, etc.).

Les administrateurs peuvent exiger la présentation d'attestations de services compétents ou des déclarations appropriées.

Les offres doivent être remises et signées sous forme écrite. Cependant le pouvoir adjudicateur peut également admettre des offres digitales qui sont munies d'une signature digitale dans le sens de la loi sur la signature électronique et qui doivent être remises sous forme cryptée.

Le marché est attribué au candidat qui, compte tenu des aspects techniques et économiques, a présenté l'offre la plus avantageuse.

Le prix le plus bas n'est pas à lui seul décisif. Les offres dont les prix sont à l'évidence en disproportion avec la prestation exigée, sont écartées.

Dans tous les cas, la politique allemande consiste à privilégier le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse contre l'offre la moins-disante.

c) Les obligations de contrôle

- La réglementation technique

D'une manière générale, en matière de travaux et bien souvent de fournitures, les normes D.I.N. constituent tout à la fois la référence et la description du produit à livrer. C'est la raison pour laquelle les avis de marchés publics allemands font la plupart du temps référence à des normes D.I.N., sans toutefois exclure la normalisation européenne. Les soumissionnaires étrangers ont d'autant plus de chance de figurer sur la liste des fournisseurs potentiels que leurs produits sont homologués.

Il existe cinq principaux ensembles de prescriptions techniques en Allemagne :

- les normes D.I.N.;
- les prescriptions VDE, dans le domaine électrotechnique;
- les dispositions VDI, dans le domaine de la construction et de l'ingénierie;
- les directives DVGW, pour l'alimentation en eau et gaz;
- les prescriptions relatives à l'hygiène et la sécurité sur le lieu de travail, élaborées par les mutuelles professionnelles, qui revêtent un caractère réglementaire.

Faute de stipulations contractuelles contraires, le délai de garantie selon VOB est de quatre ans; selon VOL, il est demandé aux pouvoirs adjudicateurs de convenir des délais de garantie légaux qui sont en règle générale de deux ans.

- Le contrôle des adjudicateurs

Toutes les personnes morales de droit public soumises à un contrôle budgétaire de l'Etat doivent respecter la réglementation des marchés.

Y sont donc assujettis: les ministères fédéraux, les Länder (et les administrations leur étant directement rattachées), toutes les collectivités publiques locales (communes, communes urbaines, collectivités territoriales autonomes ("Kreis")) et leurs associations mais également l'Administration des Postes et Télécommunications (Bundespost), les Chemins de Fer Fédéraux (Bundesbahn), l'Armée (Bundeswehr), la protection fédérale des frontières (Bundesgrenzschutz), les universités, les établissements d'enseignement supérieur, les instituts de recherche (financés sur ressources publiques).

Les textes (VOL et VOB) applicables en matière de marchés ne sont pas différenciés selon que l'acheteur est la fédération ou une commune.

En revanche, de nombreux organismes dont l'objet est public, tels qu'aéroports, ou instituts de recherche (*Deutsche Forschungsanstalt für Luft und Raumfahrt*), sont des sociétés de droit privé et à ce titre ne sont pas juridiquement assujettis aux dispositions nationales allemandes régissant les marchés publics.

Le droit communal relève de la compétence des Etats fédérés. L'organisation des communes, leur droit économique, financier et budgétaire, le contrôle de l'Etat et le droit de formation de groupements de communes sont réglés par les législateurs des Länder. Ces prescriptions sont réunies dans le code des communes urbaines et communes de chacun des Länder. Il y a donc en Allemagne une multitude de codes des communes différents.

Or, des raisons historiques font que les Etats fédérés ont différents types d'organisation communale, les différences se manifestant aussi bien dans la répartition des compétences entre les organes de la commune que dans la création de ces organes.

En conséquence, il n'existe pas de centrale d'achat centralisée et les différentes administrations des Länder ont généralement recours à des "Beratungsstellen" (service d'information) pour consulter l'ensemble des fournisseurs susceptibles de répondre à leur offre.

2° Le Royaume-Uni

- a) La réglementation britannique des marchés publics, la recherche du meilleur rapport qualité-prix

La politique gouvernementale sur les marchés publics a, comme pierre angulaire, pour ambition d'offrir le meilleur rapport qualité-prix.

La rapport qualité-prix, dans le droit anglais des marchés, peut être défini comme la meilleure combinaison entre un coût adéquat et des exigences de qualité répondant aux souhaits de l'acheteur public.

L'objet de ces marchés est donc, avant tout, de répondre aux exigences de l'autorité publique. Cependant, les obligations imposées doivent, quel que soit le niveau de la qualité ou du standard exigé, être examinées au regard de sa nécessité, son coût et son caractère abordable pour les finances de l'autorité publique concernée.

Par conséquent, pour les marchés de biens et services, les ministères sont responsables et même comptables de la réalisation de l'objectif du meilleur rapport qualité-prix.

C'est le reflet de la responsabilité générale incombant à l'*Accounting Officers* de l'emploi effectif et efficace des ressources publiques.

En outre, les *Accounting Officers* sont responsables pour déterminer les circonstances dans lesquelles les contrats peuvent être accordés sans procédure concurrentielle.

Les ministères et autres administrations publiques sont responsable du respect de leurs obligations légales, c'est-à-dire de la réalisation du meilleur rapport qualité-prix et du respect de la concurrence.

Ce cadre légal des marchés publics inclus

- Les obligations communautaires et internationales, telles qu'elles ont été transposées dans la législation britannique, ou résultent de leur effet direct.
- La législation locale, par exemple, sur la corruption ou sur des clauses abusives du contrat.
- Le droit commercial et contractuel en général
- Le droit interne, comme l'illustre, par exemple, l'affaire Blackpool, dans laquelle la *Court of Appeal* considéra qu'il y existait un contrat implicite qui contenait, même dans le silence du contrat, des méthodes de passation du marché.

Toute acquisition de biens et services doit donc faire l'objet d'une véritable concurrence (à moins qu'il y ait des raisons impérieuses justifiant d'y déroger). La concurrence est en effet censé favoriser l'économie, l'efficacité et l'effectivité de la dépense publique. La concurrence permet aussi de contribuer à une plus grande compétitivité entre offreurs, contractants et fournisseurs de services.

La réalisation de ce bon rapport qualité-prix est évidemment cruciale pour le contribuable dans l'objectif, plus large, d'un bon usage des ressources concernant les services offerts. Par conséquent, il est essentiel que les acheteurs développent des stratégies claires dans l'amélioration continue des prestations.

Le livre blanc "Moderniser le Gouvernement", publié en mars 1999 a souligné l'importance pour les contribuables d'obtenir le meilleur usage des deniers publics. La réalisation de cet objectif permet la mise en œuvre de programmes permettant de moderniser la manière dont les administrations poursuivent leurs activités.

L'amélioration de l'efficacité du coût des marchés publics doit être considérée comme une part importante de la modernisation de l'Etat.

Aussi, suivant l'avis d'un rapport publié le 23 Juillet 1999 par le HM Treasury, confié à Peter Gershon, le gouvernement a créé un *Office of Government Commerce* (OGC).

Cet OGC est une direction centrale, qui est seule chargée de traiter des problèmes relatifs aux marchés publics.

Cet OGC regroupe tous les services ministériels étant impliqués dans les marchés comme, par exemple, les *Procurement Group of the Treasury* et le *Central Computer and Telecommunications Agency*.

L'OGC est chargé d'élaborer et d'intégrer la réglementation et la stratégie gouvernementale relative aux marchés, notamment dans les domaines qui pourraient permettre une amélioration significative du rapport qualité-prix.

Des méthodes appropriées d'évaluation des offres sont utilisées pour déterminer quelle est l'offre assurant le meilleur rapport qualité-prix.

Sur le plan financier, le facteur déterminant est celui d'un coût adéquat sur le long terme, et non du plus faible prix à court terme.

Ce coût adéquat de long terme doit prendre en compte tous les aspects financiers du marché dans le temps, comme, par exemple, le capital, l'entretien, la gestion, les coûts d'exploitation et de cession, et ce, quelque soit le moment du contrat.

Pour les marchés les plus complexes, notamment pour des fournitures de biens ou services particulièrement importantes ou les projets de construction, ce coût adéquat de long terme est interprété plus soupagement.

Quant au plan qualitatif, des dépenses plus, importantes, sur la qualité doivent pouvoir être compensées par un coût adéquat de long terme, par exemple par des coûts d'entretien plus faibles ou une durée plus longue du service rendu.

Cependant, une solution qualitativement meilleure peut être envisagée malgré le système de coût adéquat de long terme. Cependant, dans tous les cas, c'est pour l'acheteur un choix à opérer avec prudence car il faut que les hausses de bénéfices attendues soient plus importantes que le meilleur rapport qualité-prix résultant des offres initiales.

b) Le contrôle des règles de passation des marchés

C'est le National Audit Office (NAO) qui est chargé de l'examen de l'emploi des dépenses publiques pour le compte du Parlement.

Le NAO vérifie les comptes de toutes les administrations et agences d'Etat et, plus généralement, de l'ensemble du secteur public. Il rend compte au Parlement de l'utilisation, de l'efficacité et de l'efficacité de la gestion publique.

Le NAO s'assure aussi du respect des règles comptables.

A la tête du NAO se trouve un contrôleur des finances (*Comptroller and Auditor General* ou C&AG). Le NAO emploie 750 personnes.

Le rôle du *Comptroller and Auditor General*, en tant que chef de service du NAO est de rendre compte au Parlement de l'utilisation des fonds publics par le gouvernement.

En effet, dans le respect des normes comptables, les ministères doivent s'assurer de la définition claire et précise des rôles et responsabilités des personnes impliquées dans les marchés, notamment des rapports entre les autorités adjudicatrices et les comptables.

Le rôle des autorités publiques est seulement de travailler en collaboration avec les comptables et les consommateurs finaux.

c) L'indépendance contrôleurs

Le NAO est un organisme totalement indépendant. S'il est fait obstacle à ses fonctions, il a le pouvoir de poursuivre une administration d'Etat devant une chambre d'instruction du Parlement (*Parliamentary Scrutiny Committee*).

Véritable principe de séparation des ordonnateurs et des comptables à l'anglaise, la réglementation britannique impose une distinction entre l'autorité comptable (*financial authority*) et l'autorité qui effectue la commande (*purchasing authority*).

Cet « ordonnateur » a la liberté de passer ses ordres de commande, mais seulement s'il précise à son « comptable » le montant approximatif et l'objet de la dépense, lequel va alors libérer la somme nécessaire.

A cette séparation des fonctions s'ajoute, en plus, une séparation des activités entre l'autorité qui passe commande, le destinataire effectif des prestations et celui qui va autoriser le paiement.

Cette séparation a pour double intérêt, d'une part, d'instaurer des gardes-fous nécessaires contre des pratiques inconvenantes ou immorales et, d'autre part, de permettre la délivrance du meilleur rapport qualité-prix.

d) Les contrôles des prestations à exécution récurrente

L'autorité contractante et responsable de la qualité effective des biens achetés ou des services offerts.

Les collectivités, en règle générale, déterminent des normes de qualité, afin de s'assurer que les prestations effectuées ne tombent pas en dessous des standards déterminés par le contrat initial.

Le NAO a, par exemple, rendu public un rapport le 4 Avril 2003, sur le marché des prisons. S'il est constaté un manquement, au cours de l'exécution du contrat, il pourra faire l'objet d'observations critiques dans le rapport du NAO. Le rapport du NAO est présenté devant le *Public Accounts Committee* de la chambre des communes.

De même, le NAO a publié un rapport sur l'amélioration des rapports publics/privés afin d'assurer la qualité des prestations fournies (*Managing the Relationship to secure a success partnership in Private Finance and Investment*).

Dans ce rapport, le NAO préconise que le contrôle des marchés s'approche le plus possible d'un contrat. Donc, toutes les références qualitatives devront être déterminées avant la conclusion du contrat. Ces stipulations contiendront des dispositions relatives aux risques liés à l'exécution du contrat, aux contrôles des prestations de qualité, au moyen d'assurer un meilleur rapport qualité-prix.

Fin mai 2003, l'*Auditor General* pour le Pays de Galles a rendu public un rapport sur le contrôle des règles de propreté dans les hôpitaux.

Il a recommandé, par exemple, que certains hôpitaux remodelent en détail leur réglementation en matière de propreté, chambre par chambre, en déterminant les fréquences de nettoyage des locaux, la manière dont le ménage doit être effectué, et dans quel état doit apparaître le local une fois nettoyé.

Il n'existe pas de procédure institutionnalisée de vérification de la qualité des prestations au niveau local.

Toutefois, il peut être institué un corps d'inspecteurs indépendants chargé de vérifier la qualité des prestations offertes aux usagers.

Ainsi, le *Drinking Water Inspectorate* (DWI) est un organisme de contrôle indépendant chargé d'évaluer la qualité de l'eau offerte aux usagers. Si ce corps d'inspection est, à titre principal, chargé de vérifier le rapport coût-bénéfice du service rendu, il peut faire toute analyse de l'eau ou entendre tout consommateur sur le service offert.

Les programmes de travail sur le traitement des eaux sont réalisés sur la base des informations fournies par les compagnies exploitantes elles-mêmes. Le DWI exerce régulièrement un contrôle de leurs déclarations.

e) Les marchés réservés

Il n'y a pas au Royaume-Uni, comme en France, de marchés réservés à des minorités ethniques sous-représentées ou à des travailleurs en difficultés.

Tous les marchés de prestations de biens et services reposent sur le même principe du rapport qualité-prix, au regard des exigences légales.

D'ailleurs, les dispositions des traités sur l'Union européenne prohibent toute discrimination fondée sur la nationalité, que ce soit directement ou indirectement.

L'*Office of Government Commerce in the Treasury* (OGC) est malgré tout chargé de définir de quelle manière garantir, dans le cadre de la politique de rapport qualité-prix et de la réglementation en vigueur, une politique de soutien et d'égalité raciale.

En revanche, l'application du principe de concurrence n'est efficace que dans la mesure où les acheteurs doivent s'assurer que seront levées toutes les entraves à la participation des petites entreprises ou des artisans sans discrimination au profit d'entreprises plus importantes.

III Les marchés publics aux Etats-Unis

A. La législation américaine des marchés publics

1° Le cadre institutionnel

Avec 250 milliards de dollars d'achats par an, le gouvernement fédéral est le plus gros acheteur mondial.

Lorsque le Président Bill Clinton signe, en avril 1994, l'accord de Marrakech (conclusion de l'Uruguay Round) sur les marchés publics (AMP), il ouvre un nouveau territoire de prospection aux entreprises étrangères : 235 milliards de dollars de contrats pour le gouvernement fédéral, 200 milliards pour les États américains et 200 milliards pour les collectivités locales (municipalité, comtés...).

En effet, jugeant trop restrictif le code des marchés publics du GATT, les États-Unis et l'Union européenne se sont mis d'accord pour élargir son application à d'autres entités des marchés publics.

Même si une partie seulement de ces commandes publiques est concernée par cet élargissement, la ratification des dispositions de l'AMP, le 1^{er} janvier 1996, a considérablement étendu le champ de manœuvre des Etats.

D'une part, le Congrès américain a revalorisé le plafond des achats, restreignant du même coup la part des PME américaines sur les petits marchés. D'autre part, les secteurs de la construction et des services sont inscrits sur la liste des appels d'offres mondiaux.

Quant à la commande publique dans les cinquante Etats américains, elle représentait 207 598 056 000 \$ pour l'année 2001.

En terme de volume, la Californie est l'Etat dans lequel la commande publique est la plus importante, puisqu'elle atteint 27 361 185 000 \$, soit 13,18% de la commande globale fédérale.

La Virginie avec ses 26 030 139 000 \$, soit 12,54% du total, s'est placée en deuxième position en 2001. Le Texas avec 14 689 490 000 \$ (7,08% du total) et le Maryland avec 10 186 300 000 (4% du total) se classent respectivement troisième et quatrième.

Le texte de référence pour traiter avec le gouvernement fédéral est la FAR (*Federal Acquisition Regulation*) qui impose des règles communes à l'ensemble des agences fédérales

pour l'acquisition de biens et services, tout en détaillant la réglementation propre à chacune dans des chapitres spécifiques.

Par exemple, l'entreprise qui souhaite démarcher le département de l'Agriculture se contentera d'étudier le premier chapitre (règles communes) et le troisième (spécifique à ce ministère) sans être obligée de lire l'ensemble du FAR.

Chaque ministère peut autoriser ses directions à établir des dispositions mettant en œuvre ou complétant le FAR et incorporant, dans le cadre de la réglementation nationale, des dispositions particulières (procédure, clauses contractuelles, sollicitation des entreprises). Le plus souvent, ces dispositions décrivent les règles procédurales ainsi que les relations entre les contractants.

L'ensemble de ces dispositions doivent être publiées.

Ces dispositions ne peuvent en aucun cas restreindre les règles communes du FAR (partie 1). Des formes de contrôle doivent être à chaque fois indiqués pour s'assurer du respect de ce principe.

Cependant, si ces dispositions sont susceptibles de s'appliquer à d'autres ministères, ces dernières pourront être incluses dans le FAR. Dans ce cas, un *contracting officer* doit s'assurer que les exigences de la loi, des règlements et des autres procédures applicables sont respectées.

Dans la même logique que le FAR, l'agence GSA (*General Services Administration*) a pour objectif de rassembler certaines activités communes aux agences fédérales: achat de fournitures, activités de construction, entretien des immeubles.

La GSA lance ainsi les appels d'offres pour le compte des administrations qui ont passé un contrat avec elle.

2° Le cadre légal

Malgré une simplification voulue par le Congrès, le cadre légal des marchés publics aux Etats-Unis reste marqué par un multitude d'acteurs et de lois. À chacun des niveaux, existent des procédures d'achat et publics spécifiques et précises.

En principe, les entreprises soumissionnaires doivent impérativement s'inscrire sur la liste des fournisseurs auprès des agences susceptibles d'acheter leurs prestations.

Le *Commerce Business Daily*, un quotidien, édité par le département du Commerce, publie tous les appels d'offres d'un montant supérieur à 25 000 dollars. Le gouvernement a l'obligation d'insérer les annonces quinze jours avant l'ouverture de l'appel d'offres et d'octroyer un délai à d'un mois aux fournisseurs avant sa clôture.

Par ailleurs, la plupart des agences gouvernementales, et des bureaux régionaux publient, chaque année, une liste des principaux achats anticipés. Ce système permet d'obtenir des informations sur les contrats actuels, de savoir lorsqu'ils arrivent à terme et d'en déduire à quel moment aura lieu le nouvel appel d'offres.

Même si la loi n'oblige pas les agences à contacter l'ensemble de ses fournisseurs, elle les contraint être aussi nombreux que possible. En revanche, une entreprise sollicitée doit

répondre systématiquement aux appels d'offres, même par la négative, sous peine d'être rayée de la liste. Deux manquements consécutifs suffisent pour être sanctionné.

Pour leurs appels d'offres, les agences ont le choix entre deux procédures d'attribution : la négociation ou l'adjudication. La première, la plus classique, est souvent précédée d'un entretien préliminaire (*Preposal Conference*) au cours duquel l'entité présente son cahier des charges et ses critères d'évaluation.

Mais l'entreprise peut également présenter des offres spontanées en donnant un délai de six mois à l'administration pour se prononcer. Cette procédure est qualifiée de « négociée » parce que l'officier contractant peut demander des éclaircissements aux soumissionnaires et ceux-ci, s'ils sont écartés, peuvent exercer un droit de recours. Un dernier appel d'offres est alors lancé entre les heureux élus.

La seconde procédure, l'attribution par adjudication, est utilisée sous trois conditions : lorsque le temps disponible permet le déroulement de cette procédure, le critère de prix est déterminant pour départager les soumissionnaires, aucune discussion technique n'est jugée nécessaire. Chaque soumissionnaire dispose de 45 jours pour remplir le cahier des charges.

L'entité acheteuse dispose alors de 60 jours pour attribuer le marché.

Ce n'est qu'à ce moment-là que le soumissionnaire a connaissance des offres de ses concurrents. Mais la procédure d'adjudication peut se compliquer et être effectuée en deux étapes. Les agences y ont recours lorsque la demande porte sur des produits techniquement différents.

Il faut compter en moyenne de trois à cinq ans pour réaliser une vente sur les marchés de la Défense et de trois à quatre ans avec les organismes civils du gouvernement fédéral.

B. L'obligation de contrôle dans les marchés publics aux Etats-Unis

1° Le contrôle des règles légales

Ce contrôle est particulier à l'exécutif des Etats-Unis. Le Congrès est soumis à sa propre réglementation. En outre, chaque Etat dispose de règles spécifiques.

a) Le contrôle des dispositions du FAR

Le contrôle du contenu du FAR est assuré par deux comités.

L'un assure le contrôle des contrats passés par le ministère de la Défense et l'autre contrôle ceux passés par les administrations civiles de l'Etat.

Le *Federal Acquisition Streamlining Act* (FASA) de 1994 a modifié les règles applicables à de nombreuses procédures afin de favoriser un traitement uniforme des marchés passés par le ministère de la défense et de ceux des administrations civiles de l'Etat.

Ainsi, le FASA a réformé le *Federal Property Act* afin d'instituer l'adjudication dans les contrats des agences civiles de l'Etat. Il a aussi établi des procédures de certification et de pénalité identiques à celles appliquées au ministère de la défense.

Le *Federal Acquisition Reform Act* de 1996 a offert de nouvelles latitudes aux *contracting officers* afin de restreindre le nombre de candidats, notamment en favorisant le recours à des procédures simplifiées. Ainsi, si le *contracting officers* considère que le nombre d'offres excède ce qui est nécessaire, il peut limiter le nombre de candidats, selon des modalités qui préservent la concurrence entre entreprises.

Chaque contrat fait l'objet, avant sa signature, d'un examen par un avocat spécialisé. Ces avocats sont des employés de chaque ministère qui entend contracter.

En outre, le FAR indique que, dans chaque ministère, des contrôles peuvent être exercés par des directions spécialisées. Il en existe environ 2 500.

Ce sont des *contracting officers* qui sont responsables de l'application des dispositions concernant la passation et la bonne exécution du contrat. Ces contrats doivent préserver les intérêts nationaux.

A cet effet, les *contracting officers* disposent de larges compétences.

Ils peuvent :

- S'assurer du respect des dispositions du FAR et de la disponibilité des fonds nécessaires pour l'exécution du contrat.
- S'assurer que les contractants sont soumis à traitement impartial, juste et équitable
- Recueillir et prendre en compte des recommandations dans tous les domaines appropriés : audit, juridique, ingénierie, transport,

b) Le contrôle des programmes et opérations de l'agence GSA

- Office of Inspector General

Afin de contrôler les programmes et opérations de l'agence GSA, un *Office of Inspector General* (OIG) a été créé afin de promouvoir l'efficacité et l'efficacé du GSA. Il a aussi en charge de prévenir et détecter d'éventuels fraudes, gaspillages ou abus.

Pour exercer cette mission, l'OIG conduit et supervise des enquêtes et audits, en toute indépendance, en relation avec l'exécution du GSA.

A ce titre, l'Office of Audits, un organisme composé d'auditeurs et d'analystes spécialisés dans les opérations menées par l'agence GSA, effectuer des évaluations sur les contrôles existantes, ainsi que de la conformité des opérations financières.

Au vu de ses informations, l'OIG peut être amené à faire des recommandations sur la législation existante et sur des possibilités d'évolution.

L'OIG a l'obligation de tenir régulièrement informé les membres du CSA et le congrès de tous les problèmes suscités par l'application de cette réglementation.

C'est l'*Office of Counsel* qui fournit conseil et assistance juridique à l'OIG et la représente en justice.

Au niveau externe, il s'assure du caractère équitable du prix du marché ainsi que l'adhésion de l'entreprise contractante aux termes et conditions du contrat.

L'Office of Audits publie chaque année un rapport sur ses activités.

- Office of Investigations

Un Office of Investigations (organisme d'enquête), est chargé, quant à lui, de prévenir et constater toute activité illégale ou illicite impliquant les programmes, les opérations ou le personnel du GSA.

2° Les contrôles des prestations à exécution récurrente

En règle général, les élus du congrès de chaque Etat ne s'occupent pas du contrôle des contrats à obligations récurrentes.

En revanche, ces parlementaires reçoivent des « retours » des électeurs concernant leur satisfaction ou insatisfaction concernant ces politiques publiques.

Ils peuvent éventuellement diligenter des enquêtes en ces matières. Dans le système institutionnel américain, les gouverneurs des Etats, et même, le Président des Etats-Unis, sont des élus, et ils seront, *in fine*, responsables devant les électeurs.

Sauf dans les très petites villes, où les contrôles peuvent être effectués par les agents municipaux eux-mêmes, il n'existe pas un système de contrôle organisé au niveau local.

Cependant, le gouvernement a mis en place ces dernières années un système unique et original de contrôle des prestations à exécution récurrentes.

Il s'agit donc de s'assurer de la qualité du service offert. C'est une question qui est abordée à la Partie 46 du FAR.

Même si un système de contrôle qualitatif existait déjà dans les années 1980, c'est le *Clinger-Cohen Act* de 1996 qui a lancé véritablement la politique du contrôle qualitatif des prestations offertes.

Lors de sa campagne pour l'élection Présidentielle de 2000, le candidat Républicain George W. Bush avait considéré qu'il fallait, « d'ici cinq ans, que la majorité des marchés publics passés par le Gouvernement fédéral soient évalués au plan de leur performance qualitative ». Pour déterminer les standards d'évaluation et de qualité, des groupes de travail ont été mis en place, comprenant des représentants du budget, des techniciens, des juristes, des prestataires de services et tous les autres services ministériels intéressés.

Un guide à l'intention des administrations contractantes a été publié (*seven steps to performance-based services acquisition*).

Il décrit en sept étapes les questions que doivent se poser les administrations avant de contracter (1. former une équipe de personnes compétentes, 2. décider quels problèmes exigent d'être résolus ; 3. comparer les solutions fournies par le secteur privé et public ; 4. décider comment mesurer la qualité ; 5. développer une méthode de travail ou des objectifs à atteindre ; 6. choisir le bon contractant ; 7. s'assurer du respect des obligations définies).

Le contrôle de la qualité des prestations de l'Etat s'effectue à travers un Plan de surveillance qualitative, le *Quality Assurance Surveillance Plan* (QASP), dont l'objet est de mesurer le respect des prescriptions du marché.

Le FAR prévoit qu'en cas de manquement, l'administration peut recommander tous les changements nécessaires afin d'assurer une meilleure efficacité de la prestation ou réduire les coûts inutiles (46.104 f).

A défaut, ou en complément de ces dispositions, il est possible pour le contractant de l'administration d'établir lui-même son plan de qualité, qui devra être agréé avant la signature du contrat.

Dans tous les cas, les contrôles sont effectués par des fonctionnaires d'Etat, les *Contracting Officer's Technical Representative* (COTR).

Ainsi, dès que le *Contracting Officer* est informé que les prestations du contrat ne sont pas correctement effectuées, il doit aviser le contractant qu'il doit se soumettre à ses obligations contractuelles.

Il peut mener toute évaluation et faire toute proposition afin d'améliorer la qualité de la prestation rendue. En revanche, il ne peut imposer des obligations nouvelles au contractant ni imposer au gouvernement de mettre fin au contrat.

3° Prévention et lutte contre la corruption

c) Prévention de la corruption

L'*Ethics of Government Act* de 1978 constitue la matérialisation de la volonté américaine de se doter des outils nécessaires pour assurer la transparence dans la gestion des affaires de l'Etat.

Cette législation a notamment donné naissance à l'*Office of Governmental Ethics* (OGE). Cet organisme s'est vu attribuer, entre autres, les fonctions de développer, de recommander et de réviser les règles en matière de conflit d'intérêts. C'est également à lui qu'échoit le rôle de fournir de l'information et de promouvoir la compréhension de standards éthiques dans l'appareil gouvernemental. Enfin, parmi ses autres fonctions, il doit évaluer l'efficacité des lois sur les conflits d'intérêts et recommander les modifications qui s'imposent.

D'autres organismes américains ont également un rôle à jouer en matière de prévention de la corruption et des conflits d'intérêts. On peut mentionner l'*Office of General Counsel and Legal Policy* (OGLP) qui doit notamment assister le Directeur général de l'OGE à coordonner, avec la Maison-Blanche et le Congrès américain, toute la politique qui a trait à l'éthique gouvernementale, l'*Office of Program Assistance Review*, qui révisé les programmes d'éthique des agences gouvernementales, et l'*Office of Education* dont le rôle principal est de s'assurer qu'il réalise un programme d'éducation des employés sur les questions d'éthique et les standards de conduite dans l'administration publique.

Les États américains ont également établi leur propre législation en ce qui a trait à l'éthique et un survol de leurs sites Internet nous apprend que plusieurs d'entre eux se sont dotés d'une commission d'éthique. Il existe quelque 35 commissions, lesquelles présentent leurs propres particularités quant à leur composition et aux responsabilités qui leur sont attribuées. De façon générale, ces commissions, qui ont le pouvoir d'imposer des sanctions disciplinaires, assument trois fonctions principales :

- Une fonction d'enquête afin de vérifier les faits allégués dans les cas de fraude, de corruption et de conflit d'intérêts et pour que les poursuites soient entreprises si nécessaire.
- Une fonction de prévention, grâce à ses conseils aux autorités publiques sur la révision des lois et des pratiques gouvernementales et à l'assistance qu'elle peut prodiguer lors de l'implantation des systèmes de contrôle.
- Une fonction d'éducation du public quant aux incidences néfastes de la corruption.

Au niveau international, les États-Unis font figure de chef de file dans la lutte contre la corruption internationale avec une loi très dissuasive, le *Foreign Corrupt Practices Act* qui prévoit des peines allant jusqu'à cinq ans de prison et des amendes susceptibles d'atteindre 5 millions de dollars en cas de corruption avérée.

d) Lutte contre la corruption

Les vérificateurs législatifs américains sont très attentifs aux possibilités de fraude et de corruption et ils n'hésitent pas à en faire mention dans leurs rapports, alertant ainsi les autorités compétentes afin qu'elles puissent prendre les actions jugées nécessaires. Plusieurs offrent à la population la possibilité de communiquer avec eux, notamment pour signaler les fraudes qu'elle pourrait suspecter. Par exemple, le site Internet de l'Office of Audits de l'État de la Californie livre la description de ce que l'on entend par des activités gouvernementales non acceptables et on y mentionne, bien entendu, la fraude et la corruption. La population est invitée à communiquer toute information pertinente à l'Office of Audits et, pour ce faire, un numéro de téléphone sans frais est indiqué. On rappelle également que les personnes qui désireraient transmettre de telles informations sont protégées par la loi quant à leur identité ainsi que des menaces d'intimidation et de représailles dont elles pourraient être victimes.

Aux États-Unis, la délation, est un moyen privilégié pour la lutte à la corruption. Il est fait beaucoup de promotion autour de cet outil. Les bureaux de vérificateur législatif et les commissions d'éthique de plusieurs États offrent des services de communication téléphonique communément appelés hotline, par exemple, l'Office of Audits de l'État du Delaware ou celui de l'État de la Caroline du Nord.

Dans le même esprit, on trouve sur Internet une liste intitulée « *Who to contact when you suspect fraud in the USA ?* », laquelle donne les adresses et les numéros de téléphone du Bureau du Procureur général de chacun des 50 États américains.

4° L'indépendance contrôleurs

L'indépendance des contrôleurs n'est précisée dans aucune disposition textuelle. Elle est toutefois garantie dans les faits.

Ainsi, les avocats chargés d'examiner la régularité juridique des contrats aux dispositions du FAR passent préalablement, pour exercer cette activité, un contrat avec le contractant public. Par conséquent, ces derniers engageraient leur responsabilité et leur réputation en cas de conseil illégal.

D'ailleurs, leur recommandations semblent impartiales.

En outre, un contrôle d'une agence législative, celui du *General Accounting Office* (GAO), totalement indépendant pèse sur la personne publique contractante. Il contrôle toutes les branches du Gouvernement.

Ainsi, si une entreprise s'estime évincée à tort ou victime d'un traitement inéquitable, elle peut contester ladite décision. La contestation sera portée soit devant le GAO, soit devant le chef de service de la direction qui a proposé le contrat. Le FAR contient une partie entière (*Part 33*) consacrée aux discussions, protestations et contentieux suscité par le non-respect des règles du FAR.

Le système américain est un système qui « s'auto régule ».

C. La commande publique comme instrument de régulation économique

1° La clause de la préférence nationale

Le *Buy American Act* de 1933, ou clause de la préférence nationale, impose au gouvernement fédéral d'acheter des matériels fabriqués aux Etats-Unis.

Le code des marchés publics américain, la FAR, a conservé les traces de cette disposition protectionniste.

Toutefois, le *Buy American Act* a intégré d'importantes exceptions suite à la signature des accords du GATT, de l'ALENA et du Mémorandum européen.

Ainsi, les produits originaires des pays signataires de l'AMP sont traités à égalité avec les produits américains pour les marchés couverts par cet accord.

En outre, suite au règlement d'un litige négocié en 1993, les produits de l'Union européenne bénéficient des avantages accordés au Canada et au Mexique, En revanche, l'Union européenne subit des restrictions pour les marchés de prestation de services.

2° La politique de discrimination positive en matière de marchés publics

a) Le cadre juridique

Depuis de nombreuses années, le gouvernement fédéral a mis en œuvre des dispositifs de discrimination positive.

Tous ces dispositifs sont l'objet d'un réexamen par le ministère de la Justice.

Cette politique de discrimination positive a pour objet d'ouvrir les portes de l'éducation, de l'emploi et de la promotion sociale aux membres de groupes d'individus qui ont fait l'objet d'une longue et persistante discrimination. Sont principalement concernées les femmes et les minorités ethniques.

Chaque ministère a un objectif chiffré en pourcentage à atteindre dans les contrats qu'il conclut avec des petites entreprises ou des entreprises détenues par des personnes appartenant à des minorités.

Dans sa décision *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, du 12 Juin 1995, la Cour Suprême des Etats-Unis a fortement encadré la pratique de la discrimination positive en matière de marché public.

La Cour Suprême a ordonné au gouvernement fédéral d'appliquer les mêmes règles que celles qu'elle avait dégagées en 1989 pour les Etats fédérés dans un arrêt *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* La Cour Suprême avait alors affirmé que l'attribution d'un marché à des groupes minoritaires devait être justifiée par un intérêt public irrésistible.

Il est difficile de déterminer quels seront les conséquences à long terme de la décision de la Cour Suprême sur les marchés réservés.

Il est cependant probable que les marchés préférentiels accordés aux entreprises détenues par des personnes appartenant à des minorités ethniques soient plus axés vers des régions particulières ou des secteurs économiques bien précis, où l'exclusion de ces minorités peut être quantifiée.

Le ministère de la Justice réexamine actuellement l'ensemble des programmes appliqués en faveur de minorités pour s'assurer de leur compatibilité avec la décision *Adarand*.

b) Le cadre législatif

Plusieurs dispositions législatives ont été adoptées par le congrès afin de favoriser l'accès des minorités aux marchés publics.

Tout d'abord, le *Federal Acquisition Streamlining Act* (FASA) de 1994 a créé de nouvelles opportunités pour les petites entreprises détenues par des femmes.

Ainsi, FASA a institué pour ces dernières un objectif de réservation de 5% des marchés de l'Etat. Par cette disposition, la préférence ainsi instituée est incorporée dans la réglementation que doivent suivre les agences fédérales.

En effet, chaque ministère a pour obligation de réserver un pourcentage des marchés qu'il passe à des petites entreprises et contrôlées détenues par des femmes au moins égal à 5% de l'ensemble des contrats passés dans l'année fiscale.

Le 23 mai 2000, le Président américain adopta le décret 13157 qui impose aux agences fédérales l'application immédiate de ces dispositions.

Ensuite, le *HUBZone Act* du 2 Décembre 1997 constitue une nouvelle étape dans l'attribution préférentielle de marchés publics.

Ainsi, le chapitre VI de cette loi prévoit des dispositions particulières en matière de création d'emplois dans les zones à niveau de chômage élevé et à fort niveau de pauvreté. Au moins

1% des contrats marchés fédéraux doivent être conclus à l'intérieur de ces zones défavorisées. Ce chiffre a été porté à 3% en 2003.

C'est la U.S. Small Business Administration qui est en charge de mettre en œuvre ces dispositions.

Le *Veterans Entrepreneurship and Small Business Development Act* de 1999 étend les programmes déjà existants et établit des préférences nouvelles pour les blessés et mutilés de guerre dirigeant des petites entreprises. Cette loi prévoit une participation de 3% de l'Etat dans ces entreprises.

Enfin, la Public Law 95-507 a profondément révisé le *Small Business Act* de 1978.

Désormais, cette loi prévoit :

- Un engagement fort et déterminé des contractants du gouvernement fédéral de sous-traiter avec des petites entreprises désavantagées.
- Des dispositions spécifiques en matière de sous-traitance pour tout contrat dépassant 500 000 \$ (1 million pour les marchés de construction), sous le contrôle de la *Small Business Administration*.
- L'établissement d'un *Office of Small and Disadvantaged Business Utilization* afin d'assister ces petites entreprises dans leur démarche auprès du gouvernement fédéral
- La publication par chaque ministère d'objectifs annuels de contrats avec les petites entreprises défavorisées.

En 2001, le montant des marchés publics s'adressant aux petites entreprises s'élevait à 50 088 925 000 \$, dont 29 312 000 000 pour le seul ministère de la défense.

Sur cette somme, 5 035 368 000 \$ ont été réservés aux petites entreprises défavorisées en vertu de dispositifs préférentiels.

Par exemple, sur les 4 459 000 \$ de contrats passés entre le gouvernement fédéral et les entreprises détenues par des femmes, 118 000 l'ont été en vertu de marchés préférentiels.

Les minorités bénéficiant de ces avantages sont d'abord les hispaniques et les noirs, puis les indiens d'Amérique et les asiatiques.

D. Un marché à conquérir

Depuis l'AMP, la part des contrats gouvernementaux ouverte aux étrangers est évaluée à 100 milliards de dollars. Par ailleurs, quelque 37 États de l'Union ont accepté de suivre le dispositif de cet accord qui fixe les seuils au-delà desquels les marchés sont ouverts.

En théorie, L'Europe est bien placée, pour enlever les marchés annuellement souscrits par le gouvernement fédéral.

Une enquête réalisée par MDF International, du 1er janvier 1997 au 31 mars 1998, fait apparaître la suprématie des entreprises britanniques qui se sont octroyé 204,7 millions de dollars, loin devant leurs concurrentes canadiennes (154,9 millions de dollars). Suit un deuxième groupe de pays avec un montant total de contrats compris entre 35 et 43 millions de dollars: les Pays-Bas, Israël et l'Allemagne. La France, elle, n'arrive qu'en onzième position avec 5,7 millions de dollars.

Ainsi, la France n'a remporté que 1 % des contrats fédéraux attribués aux étrangers, tandis que le Royaume-Uni s'en adjugeait 38 %. En outre, six des huit contrats français relevaient du domaine militaire.

Pourtant, avec moins de 5 % des marchés publics accordés aux entreprises étrangères, dont à peine 0,28 % aux françaises, le marché est encore loin d'être saturé. Mais, pour saisir cette opportunité, les sociétés hexagonales vont devoir développer de nouvelles stratégies.

Par exemple, les entreprises allemandes ont choisi de développer aux États-Unis un réseau de consultants indépendants dont le rôle est de repérer les opportunités et de les faire remonter à leurs mandants, puis de suivre les négociations et l'administration du contrat.

Il est donc nécessaire, pour les entreprises françaises, de se faire connaître auprès des acheteurs américains qui ont tendance, comme les responsables des achats publics français, à se tourner naturellement vers des interlocuteurs qu'ils connaissent déjà. Pour cela, l'entreprise française devra assurer une présence régulière en dépêchant au besoin un responsable à Washington, ou en affectant du personnel dans la région ou, encore, en nommant un représentant sur place.

Qui plus est, en étant sur place, le représentant pourra faire la promotion des produits nationaux ou des services offerts.

Très souvent, les entreprises étrangères ne sont pas dans une position de commandement, parce qu'elles n'offrent qu'une pièce d'équipement ou qu'une composante. Il est fréquent, alors, de voir naître des groupes de travail résultant d'accords entre plusieurs entreprises. Ainsi, une entreprise française qui ne fabrique pas le produit fini que le gouvernement américain souhaite acheter, doit se trouver des partenaires. En théorie, ces partenaires n'ont pas besoin d'être américains. Mais pour garantir le succès de l'équipe, cette solution est préférable.

En fait, la compétitivité des marchés publics est telle qu'il est préférable de recourir aux services d'un consultant, après avoir bien identifié les objectifs.

Conclusion

Le contrôle des prestations à exécution récurrente est encore un sujet en friche. Aujourd'hui, il ne suffit plus qu'un contrat exige que le prestataire fournisse un service « de qualité », encore faut-il s'en assurer.

En France, il ne fait pas encore l'objet d'une réglementation spécifique, ce qui n'est pas, comme nous l'avons vu, sans poser quelques problèmes, les difficultés étant résolues au gré de l'imagination des élus locaux.

D'autres pays, tels le Royaume-Uni ou les Etats-Unis ont entrepris des ébauches de solution, notamment par la prise en compte effective de la qualité comme une composante du marché lui-même.

Si une intervention législative peut apparaître souhaitable, quelle forme celle-ci doit-elle prendre ? En tout état de cause, celle-ci ne pourrait être conduite qu'après une grande concertation avec les acteurs locaux.

L'œuvre reste à construire. Ce projet n'a pas pour ambition de proposer des pistes de réforme législative mais seulement d'indiquer la situation actuelle en matière de contrôle des marchés publics, en France, comme à l'étranger.

Cet exposé, nécessairement sommaire aurait peut-être pu, voire du, être complété, affiné, précisé. Reste que la matière est inépuisable et exigerait, pour y venir à bout des mois ou des années de recherches.

Il faut donc prendre ce travail pour ce qu'il est, une base de réflexion, un premier jalon posé sur un édifice encore largement à bâtir.

ANNEXES

Liste des principaux interlocuteurs

I Elus et fonctionnaires locaux

- M. Frédéric Didier, maire de Vemars
- Dominique Fausser, Directeur Territorial, chargé de cours au Centre National de la Fonction Publique Territoriale - Délégation Bourgogne.
- Peggy Le Nizerhy, Responsable des Affaires Juridiques, Mairie de Beaune.
- Philippe Wimart-Rousseau, Directeur de cabinet du maire d'Aurillac.
- Mme Delage, Gestion des agents d'entretien, Ville d'Issy-les-moulineaux

II Fonctionnaires des Administrations d'Etat

- M. Obadia, DGCCRF.
- Alain Tessier, Directeur adjoint de la Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'économie et des finances.
- Stéphane Sanchez, Chef de projet de SAOMAP.
- Claude Remondet, Ministère de l'économie et des finances, Sous-direction de la commande publique.
- Emmanuelle Mignon, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Conseillère juridique auprès du ministre de l'intérieur, Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris.

III A l'étranger

A. Royaume-Uni

- David Fincham, *Finance and resource director, Department of Trade and Industry*
- Daniel Ford, *Procurement Policy, Office of Government Commerce*
- Mark Strathdene, *Press Officer, Office of Government Commerce*
- Phil Hyde, *Principal Auditor, National Audit Office*
- Richard Douglas, *Policy Researcher, Policy Unit, National Audit Office*
- Jean-François Cappe-de-Vielle, *Ambassade de France au Royaume-Uni, Service de presse, d'information et de communication.*

B. Allemagne

- Hilmar Kaht *ministre conseiller, chef du service économique à l'Ambassade de la République fédérale d'Allemagne en France.*
- Arnold Boesen, *avocat, ancien responsable des marchés publics à la Commission européenne*

C. Union européenne

- Jocelyn Volpi, *SIMAP, Office des Publications*
- Eric Sitbon, *Administrateur à la Commission européenne, DG Marché intérieur, Unité D1 (politique des marchés publics)*

D. Etats-Unis

- John Cochran, *Government Services Administration*
- Craig Goral, *Government Services Administration*

BIBLIOGRAPHIE

I France

A. Codes

- Groupe Moniteur, mémento des marchés publics
- Code des marchés publics annoté, Bernard-Michel Bloch, ed. Berger-Levrault

B. Ouvrages spécialisés

- Les collectivités territoriales et leurs contrats, Jurisclasseur, 2002
- Stéphane Braconnier, Droit des marchés publics, Essentiels experts
- Bernard Gosselin, Les marchés publics, LGDJ

C. Articles de doctrine

- Muriel Dreifuss, *Vers une meilleure effectivité du contrôle des contrats des collectivités locales*, RDP n°3-1999
- Michel Fratacci, *Le contrôle juridictionnel du juge des comptes sur le respect du seuil de passation des marchés publics : obligations des comptables, évolutions et difficultés pratiques*, La Revue du Trésor, 80^{ème} année, 6/06/2000.
- Guylain Clamour, *loi MURCEF : les enjeux de l'administrativisation des marchés publics*, La Semaine Juridique, 27/03/2002
- Jacques Moreau, *Réforme des marchés publics et procédures administratives d'urgence*, CFP, Juin 2001
- Henri Savoie, *1998 : une année charnière pour le droit des délégations de service public et des marchés publics ?*, CFP Janvier 1999.

- Serge Salon, *La « moralisation » des marchés publics*, CFP Janvier 1999
- Dominique Deporcq, Philippe Schmidt, *Les vertus en trompe-l'œil du nouveau code*, Pouvoirs locaux, N°51, Avril 2001
- Sophie Pignon, *La réforme de la commande publique*, AJDA, Janvier 2002
- Muriel Dreifuss, *L'immixtion dans les contrats administratifs*, AJDA, 9/12/2002
- José Savoye, *De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics*, Recueil Dalloz 1999, 16^{ème} cahier.

D. Articles de presse

- Le Monde, *La réforme du code des marchés publics*, 26 Septembre 2002
- Le Monde, *Trois questions à Jean-François Susini*, 9 Avril 2003
- Le Monde, *Le Gouvernement fait adopter une refonte profonde du code*, 9 Avril 2003

E. Sites Internet

- Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie
www.finances.gouv.fr/daj/
- Localjuris
www.localjuris.com.fr/
- Direction Générale de la Consommation, de la Concurrence et de la Répression des Fraudes
www.finances.gouv.fr/DGCCRF/
- Légifrance
www.legifrance.gouv.fr/

II Union européenne, Allemagne, Royaume-Uni

A. Ouvrages, articles, législation

- Directive 89/665 du 21 Décembre 1989.

- Livre blanc, 1996, *Contrôle de l'application du droit des marchés publics*.
- Activités de l'Union européenne, *Synthèses de la législation, Les marchés publics dans l'Union européenne*, 1998.
- Thibaut Célérier, *La jurisprudence communautaire et le droit des marchés publics en 1999*, Mai 2000, éd. Jurisclasseur.
- Thibaut Célérier, *La réforme des marchés publics locaux*, Juin 2001, éd. Jurisclasseur.
- Richard, Wainwright, *Refonte des directives*, Revue du marché commun et de l'Union européenne, n° 449, Juin 2001.
- *Dix-neuvième rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire* (2001), 28 Juin 2002.

B. Sites Internet

- *Department of Trade and Industry*
www.dti.gov.uk/
- *Her Majesty's Treasury*
www.hm-treasury.gov.uk/
- *UK Treasury task Force, Private Finance Projects Team*
www.enterprising-communities.org.uk/
- Commission européenne
www.europa.eu.int/
- SIMAP
www.simap.eu.int/
- SOLVIT
www.europa.eu.int/comm/internal_market/solvit/index_en.htm
- Europa
www.europa.eu.int/

- Europe-direct
europa.eu.int/europedirect/

III Etats-Unis

A. Ouvrages

- Florence de Goldfiem, *Etats-Unis, pensez aux marchés publics*, Le moniteur du Commerce International, 17/02/2000
- Federal Procurement Report
- Guy Breton, *La prévention de la corruption dans la commande publique en Amérique du Nord*, Colloque, 1997

B. Sites Internet

- Government Services Administration
www.gsa.gov/
- Fedinfo
www.fedinfo.gov.au/
- Federal Acquisition Regulation
www.arnet.gov/far/
- Small Business Administraton
www.sba.gov