



GUIDE DE DÉONTOLOGIE DE L'ACHAT PUBLIC

→ JANVIER 2011

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
---------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE : APPROCHE GLOBALE DE LA DÉONTOLOGIE, LES FILS CONDUCTEURS	7
---	---

1.1. DÉFINITIONS : éthique et déontologie.....	7
1.2. POURQUOI UN GUIDE DE DÉONTOLOGIE ?	8
1.2.1. Les raisons économiques.....	8
1.2.2. Un impact social et environnemental.....	8
1.2.3. Une image positive de la collectivité et du service public	8
1.2.4. Responsabilisation des acteurs	9
1.3. LES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE	9
1.3.1. La liberté d'accès à la commande publique.....	9
1.3.2. L'égalité de traitement.....	10
1.3.3. La transparence dans les procédures d'attribution.....	10
1.4. OBJECTIFS DU GUIDE DE DÉONTOLOGIE	11
1.4.1. Efficacité de la commande publique.....	11
1.4.2. La bonne utilisation des deniers publics	11
1.4.3. La sécurité juridique	12
1.4.4. Une meilleure efficacité	12
1.5. LA GESTION DES RISQUES	12
1.5.1. La notion de risque	13
1.5.2. Le risque juridique.....	13
1.5.3. Le risque financier.....	18
1.5.4. Le risque en termes d'image	19
1.5.5. Le risque en termes d'efficacité.....	19

DEUXIÈME PARTIE : APPROCHE PRATIQUE DE LA DÉONTOLOGIE, LES DIFFÉRENTS POINTS DE REPÈRES	20
--	----

PRÉAMBULE	20
2.1. Points de repères relatifs à la préparation du marché	24
2.1.1. Définition préalable des besoins	24
2.1.2. Le choix de la procédure	25
2.1.3. Rédaction du cahier des charges	26
2.1.4. Critères de sélection des candidats	27
2.1.5. Critères d'attribution de l'offre.....	28
2.2. POINTS DE REPÈRES RELATIFS À LA PASSATION DU MARCHÉ	28
2.2.1. Mise en concurrence.....	28
2.2.2. Attribution du marché.....	30
2.2.3. Contrôle des marchés	31
2.3. POINTS DE REPÈRES DE L'EXÉCUTION DU MARCHÉ	31
2.3.1. Pénalités de retard	31
2.3.2. Non respect des clauses du contrat	32

CONCLUSION	32
-------------------------	----

INTRODUCTION

Les marchés publics reposent sur un socle de réglementations particulièrement solide.

Sur le fond, les réformes les plus récentes intervenues en 2004 et 2006, n'ont pas conduit à un bouleversement des pratiques de l'achat public et elles préservent l'essentiel, c'est-à-dire les grands principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidatures et de transparence des procédures, ainsi que les grands types de procédures de passation des marchés. Mais, dans le même temps, ces récentes réformes ont fait apparaître de nouvelles « zones à risques », notamment en raison de la simplification et de l'allègement des procédures qui ont conduit à une extension des possibilités de dérogations aux règles de publicité et de concurrence. Or, les dérogations aux règles de publicité et de concurrence limitent la transparence et accroissent les risques de favoritisme.

En même temps qu'il se complexifie et se développe, le processus d'achat public continue donc d'être une activité à risques. La commande publique n'échappe d'ailleurs pas au phénomène de « judiciarisation » qui affecte aujourd'hui l'État et les collectivités territoriales : en effet, les concurrents évincés hésitent de moins en moins à demander des comptes aux décideurs soupçonnés d'avoir failli dans leur fonction d'achat. Un phénomène récent, apparu dans les années 1990, est aussi celui de la « pénalisation du droit des marchés publics ». Cela explique le sentiment d'incertitude, d'insécurité, d'instabilité, qui est aujourd'hui ressenti par de nombreux acheteurs.

Ce contexte conduit donc aujourd'hui à s'interroger sur les mécanismes qui pourraient aider à prévenir très en amont les dérives susceptibles d'affecter le processus d'achat. La sensibilisation et la formation des agents jouent naturellement un rôle essentiel, et doivent encore être renforcées. La prévention passe par la formation aux techniques d'achat et par une sensibilisation aux règles de déontologie. Les agents publics sont particulièrement concernés par les impératifs éthiques, notamment ceux qui sont régulièrement en contact avec le monde des entreprises.

A ce titre, la recommandation contenue dans la **Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics** dispose qu'« il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'adopter un guide de déontologie, qui devra régir tant le comportement de leurs services d'achats, que celui des décideurs finaux ». Le département avait en mai 2007, soit, antérieurement à cette circulaire, déjà édité un guide de déontologie. Le présent guide constitue donc une mise à jour de « L'achat public : principes de déontologie » ; il met davantage l'accent sur l'aspect pratique de la déontologie en s'intéressant davantage aux problèmes rencontrés par les agents du Département. Tout en étant plus pragmatique, ce guide reprend également les aspects généraux mais néanmoins essentiels de la déontologie.

APPROCHE GLOBALE DE LA DÉONTOLOGIE, LES FILS CONDUCTEURS

Cette première partie décrit les aspects généraux mais pour autant essentiels de la déontologie.

Elle permet tout d'abord de délimiter le champ d'application du guide. Pour se faire, il est important de définir ce qu'est la déontologie dans l'achat public.

Elle indique les raisons de sa mise en place ainsi que ses objectifs tout en rappelant quels sont les grands principes à respecter.

Finalement, elle souligne les différents risques encourus en cas de manquement aux règles juridiques et aux principes déontologiques.

1.1. DÉFINITIONS : ÉTHIQUE ET DÉONTOLOGIE

ÉTHIQUE

L'éthique recouvre l'ensemble des principes moraux concernant tant la vie personnelle que la vie professionnelle. L'éthique englobe donc nécessairement la déontologie qui, elle, se limite aux règles touchant l'environnement professionnel.

DÉONTOLOGIE OU ÉTHIQUE PROFESSIONNELLE

En effet, la déontologie est l'ensemble des règles qui régissent une profession et la conduite de ceux qui l'exercent. Autrement dit, elle est l'énoncé et la mise en pratique des règles de bonnes conduites dans les situations concrètes du métier. Ainsi, la déontologie ou l'éthique professionnelle est supposée faire valoir une exigence générale d'intégrité et de cohérence dans la pratique. Il faut donc la comprendre comme l'adhésion à un code de comportements, ceux-ci étant eux-mêmes les reflets de valeurs communément partagées, à savoir l'honnêteté, l'équité et l'intégrité. La déontologie fait partie des valeurs essentielles d'un groupe humain. Elle ne concerne pas seulement l'expertise de quelques-uns, mais aussi la culture de tous.

DÉONTOLOGIE DANS L'ACHAT PUBLIC

La déontologie dans l'achat public repose d'une part sur tout ce qui a trait au comportement de l'acheteur notamment dans ses relations avec les fournisseurs, et d'autre part sur l'aspect organisationnel et matériel de l'achat .

1.2. POURQUOI UN GUIDE DE DÉONTOLOGIE ?

Derrière l'expression du besoin de règles formalisant les valeurs morales à travers des chartes de déontologie, se pose la question de savoir pourquoi un tel besoin existe, alors que le régime juridique qui les régit permet d'empêcher de nombreuses atteintes aux principes de loyauté, de libre concurrence, de conflits d'intérêt et de lutte contre la corruption. La situation est paradoxale car d'un côté la commande publique se caractérise par la lourdeur de la réglementation et des contrôles, et de l'autre, les marchés publics restent le lieu de prédilection de pratiques condamnables.

1.2.1. LES RAISONS ÉCONOMIQUES

Le montant de l'ensemble de la commande publique est évalué à environ 120 milliards d'euros par an, soit environ 10 % du PIB. Au titre de l'année 2010, les marchés passés par le Département du Bas-Rhin représentent un volume financier de 108 millions d'euros TTC. Par son volume même, l'achat public occupe donc une place économique considérable. L'importance de l'ensemble de la commande publique dans l'économie française laisse entrevoir les enjeux que représente la maîtrise des achats publics à travers un corps de règles claires, compréhensibles, et reconnues. A ce titre, la mise en place d'un guide de déontologie destinée à encadrer le comportement des acheteurs peut permettre de réduire les coûts des marchés publics et d'améliorer la qualité de ces derniers en choisissant le candidat dont l'offre est économiquement la plus avantageuse.

1.2.2. UN IMPACT SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL

Le Code des marchés publics permet déjà d'intégrer des dispositions environnementales et sociales dans les marchés. En effet, il est capital de garder à l'esprit que les collectivités peuvent imposer dans l'avis d'appel d'offre à la concurrence le recours à des personnes en insertion sociale pour la réalisation du marché, favoriser les entreprises embauchant des travailleurs handicapés ou celles soucieuses de la protection de l'environnement.

Dans cette perspective, le Département a mis en place deux guides sur l'achat éco et socio responsable que le présent document vient compléter.

1.2.3. UNE IMAGE POSITIVE DE LA COLLECTIVITÉ ET DU SERVICE PUBLIC

1.2.3.1. Rigueur et professionnalisme

La complexité des procédures de passation mais également la libéralisation des procédures de passation, conséquences des modifications réglementaires, exigent de tous les acteurs de l'achat, davantage de rigueur et de professionnalisme. Cette rigueur et ce professionnalisme sont d'autant plus nécessaires, qu'en raison de nombreuses relations qu'il entretient avec le monde extérieur, l'acheteur véhicule « l'image » de son service achat au-delà de celle de la collectivité.

1.2.3.2. Confiance chez nos concitoyens

Régulièrement détenteur d'informations confidentielles, il peut lui arriver d'être soumis à des sollicitations extérieures. Ainsi le guide de déontologie, destiné à encadrer le comportement des acheteurs est un moyen de faire savoir à nos concitoyens que la collectivité s'engage à respecter un certain nombre de principes. La déontologie est « l'art de créer de la confiance chez nos concitoyens ».

1.2.3.3. Respect des normes

L'élaboration d'une charte déontologique met en avant la volonté de la collectivité de suivre les principes **de la norme internationale ISO 26 000** qui constituent un cadre commun et un outil de référence pour toutes les entreprises, collectivités, syndicats, etc. Elle est l'unique norme internationale qui donne un cadre international de comportement à toute organisation quelle que soit sa taille et son domaine d'action.

A ce titre, elle s'articule autour de sept questions centrales parmi lesquelles, la loyauté des pratiques et plus précisément la conduite éthique des transactions : lutte contre la corruption, concurrence loyale, comportement responsable, relations entre organisations, etc.

Tout comme la norme ISO 26000, la charte de déontologie est un outil non contraignant qui tend à éclairer, encadrer, expliquer afin d'éviter toute incompréhension.

1.2.4. RESPONSABILISATION DES ACTEURS

La commande publique, secteur en mouvement permanent, dispose d'une réglementation en constante évolution. S'inscrivant dans une démarche plus générale de « modernisation » de l'administration, ces changements se traduisent par une plus grande liberté de l'acheteur, notamment en procédure adaptée, en vue d'une meilleure efficacité de la commande publique.

Cette plus grande liberté implique en contrepartie une plus grande responsabilisation des acheteurs tant d'un point de vue procédural que comportemental. Alors que les procédures de passation des marchés publics sont encadrées par le Code des marchés publics, la charte de déontologie de l'achat public est quant à elle destinée à orienter le comportement des acheteurs.

1.3. LES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Certains principes commandent depuis toujours le droit des contrats de la commande publique. Leur fonction consiste avant tout à orienter et à caractériser les contrats publics, principalement leur passation, accessoirement leur exécution. Il s'agit de la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ces principes s'appliquent à l'ensemble des marchés publics quel que soit leur montant, ce qui inclut les marchés passés selon une procédure adaptée. Le rappel de ces principes est fondamental car tout acteur intervenant dans le processus d'achat devra s'y référer chaque fois qu'il s'interrogera sur l'interprétation d'une règle externe ou chaque fois qu'il devra appliquer une règle interne.

1.3.1. LA LIBERTÉ D'ACCÈS À LA COMMANDE PUBLIQUE

Le principe de liberté d'accès à la commande publique se définit par le droit de toute personne remplissant les conditions requises pour l'exécution d'un marché d'être candidate à l'attribution de ce marché. La liberté d'accès à la commande publique suscite une concurrence qui est essentielle pour l'acheteur, car elle se traduit par une diversité des offres qui doit normalement engendrer qualité et maîtrise des coûts. Concrètement, le libre accès à la commande publique suppose :

- D'une part, de procéder à une publicité adéquate (adaptée ou formalisée en fonction de la nature et du montant du marché) de manière à recevoir le maximum d'offres : à ce titre, certains sites accessibles uniquement par abonnement recensent et répertorient, de leur propre initiative, les avis de marchés diffusés par les acheteurs sur des sites accessibles gratuitement. Cette pratique, qui n'est pas imputable aux pouvoirs adjudicateurs, n'est pas contraire au principe du libre accès à la commande publique. Toutefois, elle ne permet pas aux candidats potentiels d'être informés, et ne suscite pas une diversité des offres suffisante pour garantir une vraie mise en concurrence, en raison du coût résultant de la consultation des avis. Par conséquent, un acheteur qui déciderait de publier ses avis de marché uniquement sur ces sites méconnaîtrait le principe du libre accès à la commande publique.
- D'autre part, de définir de manière précise et objective les caractéristiques de la prestation afin de ne pas écarter certains fournisseurs : le libre accès à la commande publique est notamment garanti par l'impossibilité pour la collectivité territoriale de définir des critères de sélection qui sont étrangers

à l'objet du marché, de rédiger un cahier des charges qui ne puisse être attribué qu'à une seule entreprise, de divulguer des informations à certains candidats aboutissant à les privilégier et d'exclure du marché un candidat qui remplit les conditions définies dans le cadre du règlement de la consultation et de l'avis d'appel public à la concurrence. *A contrario*, lorsque l'acheteur a rencontré des difficultés d'exécution lors d'un précédent marché notamment en raison de la méconnaissance par le candidat de ses obligations contractuelles, il lui est possible de procéder à son éviction sous certaines conditions posées par la jurisprudence. Il est également interdit pour l'acheteur de commander systématiquement chez un fournisseur attiré ou de limiter les consultations aux fournisseurs locaux lorsque l'objet du marché ne l'impose pas.

1.3.2. L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

Ce principe est une application du principe général de droit suivant : l'égalité de tous les citoyens devant la loi. En vertu de ce principe, les opérateurs doivent se trouver dans une situation d'égalité et ce, à toutes les étapes de l'acte d'achat :

- Au moment où le pouvoir adjudicateur définit ses besoins : la définition des besoins ne doit donc pas être formulée en fonction d'une solution a priori.
- Au moment où il fixe les conditions de dépôt des candidatures et des offres : les mêmes informations doivent être fournies à l'ensemble des candidats. Il n'est toutefois pas possible d'écarter d'office un candidat qui a participé à l'élaboration du cahier des charges relatif au marché public. Ce candidat peut soumissionner à l'attribution du marché à condition qu'il n'ait pas, à cette occasion, obtenu des informations privilégiées susceptibles de l'avantager pour l'élaboration de son offre. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, il convient dans ce cas de diffuser aux candidats des informations permettant de respecter ce principe d'égalité de traitement.
- Au moment où il va appliquer les critères de jugement des candidatures et des offres : l'examen des candidatures et des offres doivent s'effectuer sans parti pris et ne doit pas être discriminatoire.

Il convient de rappeler que la méconnaissance de ce principe a abouti à la création du délit d'octroi « d'avantage injustifié » plus communément appelé « délit de favoritisme » (voir infra).

1.3.3. LA TRANSPARENCE DANS LES PROCÉDURES D'ATTRIBUTION

Issu de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et réaffirmé dans le Code des marchés publics, le principe de transparence s'applique l'ensemble des procédures et modes de passation. La transparence est l'accessibilité des informations relatives au marché et la volonté d'en assurer une communication claire, exacte, opportune, honnête et complète. L'acheteur doit garantir à tous les soumissionnaires un degré de publicité suffisant permettant une libre concurrence et un contrôle de l'impartialité des procédures.

L'obligation d'information demeure la principale garantie de la transparence des procédures en ouvrant, notamment aux candidats, l'accès aux voies de recours. En application de ce principe, aucun des candidats en présence ne doit disposer d'informations exclusives ou privilégiées, ni bénéficier de conditions particulières, qui l'avantageraient au détriment des autres candidats et qui fausseraient, ainsi, le libre jeu de la concurrence. Finalement les informations doivent être claires et les pièces du dossier de consultation ne présenter aucune contradiction.

Ce principe implique par ailleurs une traçabilité écrite des négociations engagées avec les entreprises. Elle conditionne également la motivation et la décision du choix des titulaires. A ce titre, quelle que soit la procédure à laquelle il est recouru, il convient d'informer les candidats non retenus de leur éviction et, sur leur demande, des motifs détaillés du rejet de leur candidature ou de leur offre (article 80 du Code des marchés publics). Enfin la transparence, c'est se mettre en situation de pouvoir répondre de ses actes par le biais de justificatifs devant les corps de contrôle.

Ces principes sont des moyens indispensables pour lutter contre l'opacité des choix, le favoritisme, et sont donc nécessaires pour moraliser la commande publique. Leur non-respect constitue une cause d'illégalité de nature à entraîner l'annulation d'une procédure et la mise en jeu de la responsabilité pénale de l'acheteur. Bien que peu explicités dans le Code des marchés publics, ces principes induisent donc une série de règles déontologiques.

1.4. OBJECTIFS DU GUIDE DE DÉONTOLOGIE

Les trois principes fondamentaux précités ont, en vertu de l'article 3-II du Code des marchés publics, pour finalité, d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. De manière plus spécifique, la réflexion sur la déontologie des acheteurs, tout en poursuivant les objectifs précités, trouve à s'insérer dans un contexte de plus en plus porté sur la sécurité juridique et la performance économique de l'achat.

1.4.1. EFFICACITÉ DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Avant tout appel à la concurrence, l'acheteur devra se situer dans les conditions économiques et qualitatives les plus favorables :

- L'efficacité de la commande publique résulte tout d'abord d'une identification précise des besoins de la collectivité afin d'apporter une réponse adaptée au projet. Les offres devront donc répondre aux besoins définis par le pouvoir adjudicateur, dont le cahier des charges est la traduction formalisée.
- L'efficacité suppose ensuite une mise en concurrence optimale : pour ce faire l'acheteur doit affiner sa connaissance du secteur d'activité et éviter d'alourdir inutilement les coûts de procédure et les frais de dossier par des exigences non justifiées. La mise en concurrence systématique des candidats est un facteur déterminant pour atteindre cet objectif d'efficacité et doit s'opérer dès le premier euro dépensé.
- L'efficacité se traduit ensuite par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse : il s'agit de choisir le « mieux-disant » résultant du meilleur rapport qualité / prix. L'offre économiquement la plus avantageuse n'est donc pas nécessairement assimilable au prix le plus bas, ce qui ne doit toutefois pas conduire l'acheteur à ignorer le critère prix dans l'analyse des offres. L'acheteur doit être en mesure d'apprécier la performance globale du marché, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux disante ».

1.4.2. LA BONNE UTILISATION DES DENIERS PUBLICS

Quand il s'agit de l'exécution d'un marché public, il faut veiller à la bonne utilisation de l'argent public. Cet objectif repose sur la responsabilité des agents et des élus des collectivités publiques vis-à-vis de leurs concitoyens dans l'utilisation des deniers publics. La loi reconnaît la responsabilité personnelle des fonctionnaires et des élus en matière de gestion. Elle prévoit en effet des amendes en cas « de préjudices pour la collectivité ».

Par formation et tradition, les acheteurs publics sont particulièrement soucieux de la bonne utilisation des deniers publics. C'est la raison pour laquelle le prix occupe souvent une place prépondérante dans les critères de choix des offres. En effet, l'objectif fondamental est d'apporter à la collectivité un meilleur rapport qualité/prix. En d'autres termes, il s'agit d'acheter efficacement avec le souci permanent d'économiser les deniers publics. On retrouve donc ici l'importance du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'acte d'achat est certes un acte juridique mais il est avant tout un acte économique qui implique de la part de l'acheteur une bonne connaissance du marché et le cas échéant la maîtrise des techniques de la négociation pour obtenir le meilleur prix, et garantir un bon usage de l'argent public.

1.4.3. LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

Si les multiples réformes des marchés publics ont permis, à n'en point douter, de simplifier et d'alléger le processus d'achat, il n'en reste pas moins qu'elles accroissent le risque d'opacité des circuits de décision nourrissant ainsi des soupçons de favoritisme ou d'arbitraire. En effet, le paradoxe entre, d'une part la volonté de faciliter la passation d'un marché, et d'autre part le souci de transparence est ici très fort. Alors que les modifications réglementaires ont privilégié la simplification et l'allègement des procédures, le présent guide de déontologie s'attèlera quant à lui, dans un objectif de complémentarité, à favoriser la transparence de ces dernières.

De plus, du fait de ces nombreuses réformes réglementaires, les acheteurs doivent faire face à la complexification du dispositif légal et réglementaire des marchés publics. Or, les décisions prises par le Département doivent être juridiquement sûres pour ne pas faire l'objet d'un contentieux et pour ne pas engager sa responsabilité. Les règles déontologiques ont donc pour finalité d'encadrer la conduite des acheteurs dans l'exercice de leurs fonctions afin d'assurer une pratique professionnelle respectueuse des règles juridiques.

La définition par la collectivité d'un certain nombre de bonnes pratiques permet ainsi d'éviter certains comportements répréhensibles tels que le délit de favoritisme, la prise illégale d'intérêt, ou la corruption qui résultent le plus souvent de maladresse ou méconnaissance plutôt que de malhonnêteté qui engageraient la responsabilité des acheteurs. Ce guide permet également de répondre aux questions que suscite la passation d'un marché.

1.4.4. UNE MEILLEURE EFFICACITÉ

Le nouveau Code des marchés publics fait en sorte que la référence à des normes ne soit plus la seule règle. L'acheteur peut également exprimer les caractéristiques de son marché en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles.

La meilleure performance suppose, d'une part, une certaine rapidité dans la passation des marchés. En effet, l'acheteur doit pouvoir définir ses besoins, choisir la procédure la mieux adaptée, identifier les critères de sélection pertinents, être capable de négocier avec les fournisseurs, choisir l'offre et ce, dans un temps réduit. Dès lors, ce souci de rapidité multiplie les risques de maladresse, incompetence, manque de moyens. Dans ce contexte, la compétence professionnelle est indispensable. Cela permet d'éviter les achats inutiles ou l'attribution du marché au plus offrant.

D'autre part, la meilleure performance ne peut être obtenue que si la satisfaction de l'intérêt public est le seul intérêt poursuivi. Dans la mesure où l'achat public est réalisé avec l'argent public, les acheteurs doivent agir dans l'unique souci de l'intérêt général et le faire primer sur leurs intérêts personnels.

Finalement, une concurrence large et loyale stimule l'innovation et l'efficacité, réduit les coûts des produits et services, encourage le développement de produits ou de processus nouveaux ou améliorés, favorise la croissance économique et permet d'assurer une meilleure performance économique.

1.5. La GESTION DES RISQUES

Afin de répondre aux objectifs précédemment énumérés, le département doit avant tout mettre l'accent sur la gestion du risque juridique, financier, du risque en termes d'efficacité, de performance et en termes d'image. Les collectivités locales ont conscience du fait qu'elles doivent évaluer et faire évoluer leur gouvernance en matière de gestion des risques afin de préserver la sécurité juridique.

1.5.1. LA NOTION DE RISQUE

Les évolutions constantes du cadre juridique des marchés publics ont considérablement accru la notion de risque pour les collectivités locales. Le risque zéro n'existe pas. Le fait de prendre une décision, de faire un choix engendre automatiquement des risques.

Cette part d'inconnu doit, sans pour autant paralyser l'activité administrative, être maîtrisée. Ainsi, la connaissance des risques induits pour chaque situation potentielle, est indispensable. L'achat public n'échappe pas à cette règle. Acte complexe, l'achat met en jeu la notion de risque dans l'ensemble de ses composantes : financière, juridique, etc.

1.5.2. LE RISQUE JURIDIQUE

Le risque juridique inhérent à la passation des marchés publics concerne tant la collectivité, en tant que personne morale, que les personnes physiques.

1.5.2.1. Le risque juridique pour la collectivité

Le non-respect des règles de la commande publique peut entraîner un contentieux administratif et le cas échéant, conduire à l'annulation du marché.

De plus, la multiplicité des autorités ou des personnes intervenant au nom du pouvoir adjudicateur ne dilue pas les responsabilités juridiques susceptibles d'être mises en cause, au contraire elle les accroît (respect des arrêtés de délégations de signature).

Enfin, les moyens juridiques ouverts aux administrés pour engager la responsabilité des personnes publiques sont nombreux :

- La collectivité peut d'une part être confrontée à un **recours précontentieux ou non-juridictionnel** entre cocontractants. Ce recours peut prendre la forme :
 - De la **conciliation avec un tiers** et du **recours devant les comités de règlement amiable** : le conciliateur et les comités de règlement amiable peuvent intervenir en cas de litige entre des personnes privées et l'Administration. Leur mission est d'aider les parties à trouver un terrain d'entente afin de mettre fin au litige.
 - Du **recours gracieux** par lequel l'administré demande à l'administration de revenir sur sa décision
 - De la **transaction** : contrat par lequel plusieurs personnes mettent fin à un litige sans saisir le juge

- La collectivité peut d'autre part connaître un **recours contentieux** devant le juge administratif. Il existe plusieurs formes de recours contentieux :
 - Le **référé suspension** qui permet d'obtenir, à certaines conditions et dans un délai rapide, la suspension de l'exécution du marché public. Il s'agit d'une mesure provisoire ou conservatoire qui perdurera jusqu'à ce que le juge administratif statue sur la demande en annulation du requérant.
 - Le **référé précontractuel** qui est formé avant que le marché soit signé par le Département. L'introduction du référé précontractuel suspend automatiquement la signature du contrat jusqu'à la décision juridictionnelle.
 - Le **déféré préfectoral** (recours spécial en annulation pour cause d'illégalité) : il s'agit de la saisine du tribunal administratif par le préfet afin que soit statué sur la légalité du marché considéré comme illégal. La finalité de ce recours est l'annulation du marché.
 - Le **recours pour excès de pouvoir** : recours par lequel il est demandé au juge d'annuler une décision administrative en raison de son illégalité. Le recours pour excès de pouvoir ne concerne que les décisions unilatérales. Dès lors, les tiers sont autorisés à former un recours pour excès de pouvoir uniquement contre les actes détachables du contrat : il s'agit d'actes préalables à la conclusion d'un contrat telles que la décision de le conclure ou celle refusant de le conclure.
 - Le **recours de plein contentieux** : recours par lequel un justiciable demande au juge administratif de reconnaître à son profit l'existence d'un droit, de constater que l'administration a porté irrégulièrement atteinte à ce droit et de la condamner au paiement de dommages - intérêts ou d'annuler le contrat. Contrairement au recours pour excès de pouvoir, le recours de plein contentieux concerne le contrat et peut donc être intenté par une partie au contrat.

- > Le **référé contractuel** : nouveau recours issu du décret n° 2009 - 1456 du 27 novembre 2009 qui vient en complément du référé précontractuel. La création de ce recours avait pour objet d'ouvrir une voie de recours postérieurement à la signature du contrat, devant le juge administratif ou judiciaire en cas de manquement à l'obligation de publicité ou mise en concurrence.

1.5.2.2. Le risque pénal pour les personnes

Bien qu'aucune règle du droit français n'interdise explicitement à un agent d'une collectivité de recevoir de la part d'un fournisseur ou d'un partenaire un « cadeau » au sens large du terme, le Code pénal dispose tout de même que « les manquements au devoir de probité » constituent « des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique ».

Ce phénomène de « pénalisation du droit des marchés publics » est la conséquence de la simplification et de l'allègement des procédures de passation des marchés en même temps que de la responsabilisation de l'acheteur. Cette pénalisation témoigne également d'une tendance à l'aggravation du risque juridique lié aux activités d'acheteur : en effet si le fait d'accepter un cadeau de la part d'une entreprise partenaire ou qui souhaiterait le devenir ne constitue pas en lui-même une infraction, il peut néanmoins s'inscrire dans le cadre d'une action conduisant à la commission d'un délit.

Ainsi, le Code pénal définit cinq situations réprimées pénalement, dans lesquelles le « cadeau » peut devenir un élément déterminant de la constitution d'un délit.

→ La CONCUSSION

Prévu par l'article 432-10 du Code pénal, le délit de concussion réprime tout avantage, quel qu'il soit, qu'un agent ou qu'un élu peut retirer de l'attribution d'un marché, et ce quels que soient l'objet et le montant du marché. Il vise plus précisément « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû ».

Le délit de concussion comprend également « le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires ».

Ce délit est passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Exemple : est coupable de concussion l'agent contractuel d'une collectivité territoriale qui perçoit, au-delà de ceux auxquels il sait avoir droit, des salaires et indemnités dont l'attribution et le montant sont arrêtés, conformément aux textes applicables par l'autorité compétente (Cass. crim. 24 octobre 2001).

→ LE DÉLIT DE CORRUPTION PASSIVE ET LE TRAFIC D'INFLUENCE

L'article 432-11 du Code pénal condamne le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques :

- > Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat

→ CORRUPTION PASSIVE

- Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publiques des distinctions, des emplois et des marchés ou toute autre décision favorable.

→ TRAFIC D'INFLUENCE

En matière de marchés publics, le délit de corruption passive et le trafic d'influence sont constitués :

- **Même si la réglementation a été scrupuleusement respectée**
- **Sans que l'auteur ait effectivement influé sur le cours de la procédure** ou le choix du titulaire du marché. La Cour de cassation considère que l'élément intentionnel est rempli dès lors que la législation a été violée « en connaissance de cause » (Cass. Crim 24 mai 1994).
- Dès lors qu'**une personne accepte ce qu'on lui offre** ou prend l'initiative de faire ou de s'abstenir de faire un acte (corruption passive). Il faut néanmoins un lien de causalité entre les dons, avantages, promesses sollicités ou reçus et les actes ou abstentions du corrompu.

Exemple : lorsqu'un membre de la commission d'appel d'offres sollicite d'une entreprise qui l'accepte, le versement d'une commission en échange de quoi il facilitera l'attribution de ce marché à l'entreprise.

- Dès lors que **l'agent public sollicite une offre pour abuser de son influence** réelle ou supposée, afin de favoriser un tiers (trafic d'influence).

Exemple : il est constitué lorsque le fonctionnaire reçoit une rémunération de l'entreprise attributaire du marché en contrepartie de son intervention auprès d'élus chargés d'attribuer le marché.

Tous deux sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

→ LA PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊT

L'article 432-12 du Code pénal définit la prise illégale d'intérêt appelée délit d'ingérence comme « le fait pour tout fonctionnaire ou agent public, tout élu ou leur représentant, de prendre, recevoir ou conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte (par exemple la passation d'un marché public) en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». Le délit de prise illégale d'intérêt est constitué :

- Si l'auteur détient une **double fonction** à savoir **une fonction élective et une fonction particulière dans l'entreprise attributaire.**

Exemple :

- le maire d'une commune intervenant dans la passation d'un marché avec une entreprise dont il est le gérant de fait (Cass. crim, 21 juin 2000), un élu qui attribue le marché à un proche ami, la collectivité qui vend un bâtiment à un élu local.
- Exception : dans les communes de moins de 3500 habitants, il est admis que l'on puisse vendre un terrain à un élu.

> **Même si la réglementation a été respectée**

- > **Même sans avantage pour son auteur ni dommage pour la collectivité.** (Cass. crim, 22 octobre 2008) Le seul fait qu'il existe un lien entre l'acheteur et l'entreprise suffit à constituer le délit. Il suffit que le coupable ait sciemment eu un intérêt dans une affaire soumise à sa surveillance, même s'il n'avait pas voulu tirer profit de son immixtion et s'il avait voulu rendre service à la collectivité publique.

La jurisprudence retient une acception extrêmement large de ce délit, de sorte que l'intérêt peut être matériel ou moral, direct ou indirect.

Exemple : l'acheteur qui participe au sein d'une commission d'appel d'offres à l'attribution d'un marché à une entreprise gérée par sa fille. En l'occurrence, il y a prise illégale d'intérêt alors même que l'avantage est moral et indirect. Ce délit est passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

→ **LE DÉLIT D'OCTROI D'AVANTAGE INJUSTIFIÉ OU DÉLIT DE FAVORITISME**

L'article 432-14 du Code pénal définit le délit de favoritisme comme le fait pour tout fonctionnaire ou agent public, toute personne investie d'un mandat électif (parlementaire, maire, conseiller général ou régional, etc.), et leur représentant, (mandataire, salarié, etc.) « De procurer ou 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 ».

Le délit de favoritisme est constitué à partir du moment où :

- > **L'auteur est l'une des personnes visées par la loi :** en l'état des textes, le délit de favoritisme ne peut être appliqué aux personnes morales. En revanche, il concerne toutes les personnes physiques :
- **Les personnes dépositaires de l'autorité publique** c'est-à-dire investies d'un pouvoir de décision ou de contrainte sur les individus ou sur les choses dans le cadre de la passation du marché. La qualité de dépositaire de l'autorité publique est étendue à toute personne exerçant des fonctions de représentant des collectivités territoriales ou des établissements publics. La condition préalable à la constitution de l'infraction est que ces personnes doivent avoir le pouvoir d'intervenir a priori dans la passation d'un marché public.
 - **Les personnes chargées d'une mission de service public et les personnes investies d'un mandat électif :** ce sont les élus locaux (maires, conseillers municipaux, président des conseils régionaux et généraux, nationaux (députés et sénateurs) et les administrateurs élus des établissements publics. Ces personnes doivent également avoir eu, au moment des faits, le pouvoir d'intervenir dans la procédure de passation du marché public.
 - **Les personnes agissant « pour le compte » :** les personnes investies d'un mandat électif et soumises au Code des marchés publics peuvent également donner mandat à un tiers pour effectuer en leur nom un certain nombre d'actes juridiques, telle que la signature des marchés publics. Au sein du Département, la délégation des compétences est pratiquée : à ce titre, l'assemblée délibérante du Conseil Général (législatif) a décidé de transférer toute la compétence « marchés » au Président du Conseil Général (exécutif) ; et ce dernier délègue sa signature au directeur général des services.

- Cet auteur doit avoir effectué **un acte contraire au principe de concurrence et d'égalité des chances**.

Exemple :

- ➔ **Lors du lancement de la consultation :** la participation de l'entreprise à la définition des besoins, la définition non objective des besoins, le recours injustifié à une procédure dérogatoire (procédure négociée), la rédaction d'un cahier des charges sur mesure, le fractionnement artificiel d'un marché pour ne pas atteindre le seuil de la procédure formalisée et par conséquent s'affranchir de celle-ci.
- ➔ **Pendant l'examen des offres :** l'influence exercée sur la commission d'appel d'offres, l'insertion de clauses techniques d'une extrême précision afin de garantir l'attribution d'un marché à une entreprise déterminée, le choix d'un attributaire fondé sur des critères irréguliers, etc.

- **Ce délit est non intentionnel** c'est-à-dire que le délit est caractérisé même en l'absence de volonté de favoriser un candidat. En effet, il a été admis que la simple méconnaissance d'un texte ou une erreur administrative commise dans le cadre de la procédure de mise en concurrence peut être retenue par le juge pour caractériser la réalité du délit de favoritisme. Il suffit que l'irrégularité ait profité à l'entreprise pour que le délit soit constitué.
- **Le délit de favoritisme peut être constitué alors même qu'il a été sans conséquence** c'est-à-dire lorsque l'octroi d'un avantage à l'entreprise n'a pas eu les conséquences escomptées sur le choix de l'attributaire et que l'entreprise n'a pas été retenue pour l'attribution du marché et même lorsque l'avantage n'a causé aucun dommage à la collectivité (ex. : l'entreprise avantagée était la moins disante).
- **Le délit de favoritisme est constitué indépendamment du montant du marché en question.**

Ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

➔ **LES INDICATEURS DE RISQUE DE CORRUPTION ET DE DÉLITS DE FAVORITISME**

Il s'agit de définir les principales dérives susceptibles d'affecter la vie des marchés à chacune de leurs étapes (préparation, passation, exécution) en recensant les indicateurs de risque qui en sont la manifestation.

- Au stade de la définition du besoin :
 - ➔ La création d'un faux besoin (sur ou sous-estimation des coûts, informations fausses, absence d'étude de l'offre interne, absence de consultation du service juridique, etc).
 - ➔ Le saucissonnage du besoin (fractionnement artificiel ayant pour but de contourner les seuils réglementaires et soustraire le marché aux obligations de mise en concurrence)
 - ➔ La falsification de l'évaluation des besoins (surestimation ou sous-estimation des besoins),...
- Au cours de la consultation :
 - ➔ Orientation du choix de la procédure : recours abusif à un appel d'offres restreint, recours à la procédure négociée au lieu de recourir à la procédure adaptée
 - ➔ La manipulation de la liste des candidats : exclusion de soumissionnaires qualifiés, soumissionnaires disposant d'informations privilégiées
 - ➔ Un nombre élevé de propositions émanant d'une seule entreprise
 - ➔ La manipulation affectant le jugement des offres
 - ➔ La manipulation des critères de sélection des candidats
 - ➔ L'insertion de clauses favorables à certains fournisseurs

- Pendant l'exécution du marché :
 - Mauvaise exécution du contrat : modification des quantités, modifications de la nature des prestations, contrôles défectueux
 - Multiplication des avenants et des ordres de service
 - Paiement sans justification : absence de pénalités de retard
 - Attribution de marchés supplémentaires sans mise en concurrence
 - Coûts d'exploitation supérieurs aux estimations, dépassement des budgets et des délais, acceptation des modalités de livraison et des conditions des fournisseurs sans réaction de l'acheteur
 - Recours systématique à la sous-traitance
 - Dépassement des délais de livraison sans justification.

1.5.3. LE RISQUE FINANCIER

La gestion défectueuse d'un processus d'achat peut générer deux sortes de risques : un risque collectif pour la collectivité ainsi qu'un risque personnel pour les acteurs de la chaîne achat.

1.5.3.1. Le risque pour la collectivité

Il intervient tout au long du processus d'achat. Certaines phases sont plus concernées que d'autres : pour chacune de ces phases, il convient de dresser une liste non exhaustive des risques financiers.

- Lors de l'élaboration du marché :
 - Une mauvaise définition du besoin, cause de l'imprécision des cahiers des charges, est de nature à provoquer une insatisfaction de la prestation fournie et à générer un surcoût. Une bonne évaluation des besoins n'est pas seulement une exigence juridique mais aussi une condition impérative à la réalisation de l'achat dans les meilleures conditions économiques.
 - Si le besoin est suffisamment défini, il est important, lors du lancement du projet d'achat, de vérifier que le besoin et la réponse qui lui est apportée sont toujours d'actualité. Cette absence de vérification fait courir à la collectivité le risque d'une dépense inutile et d'avenants au contrat.

- Lors de la passation du marché :
 - Un mauvais choix des critères de sélection des candidats peut amener à retenir une solution insatisfaisante et coûteuse ou à être confronté à un contentieux, lui-même générateur de coût.
 - Les acheteurs devront veiller à ce qu'un achat réalisé par un souci d'économie ne se révèle pas à l'usage plus coûteux : en effet, l'absence de prise en compte du coût de possession peut générer de mauvaises surprises en termes de coût pour la collectivité. C'est pourquoi, parmi les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse figure le coût global d'utilisation et la rentabilité à long terme.

- Lors de l'exécution du marché :
 - La mauvaise rédaction des clauses du marché est souvent génératrice de surcoût au moment de l'exécution du contrat : par exemple, en cas de difficultés de réalisation du projet, deux clauses permettant de redresser la situation devraient être prévues : les clauses de pénalités de retard et la clause de résiliation aux frais et risques du titulaire.
 - L'absence d'un bilan réel ne permet pas à la collectivité de bénéficier de l'expérience passée, bonne ou mauvaise, pour ses achats à venir. Cela peut dans un cas comme dans l'autre générer des surcoûts inutiles. Le département a décidé de remédier à ce état de fait et ce, en instaurant un suivi qualitatif de l'exécution des marchés.

- Lors de la liquidation du marché :
 - Les retards de traitement des demandes d'acomptes ou de paiement sont générateurs d'intérêts moratoires.
 - Dernier d'une liste non exhaustive, il est important de rappeler que les contentieux représentent, à chaque étape du processus d'achat, le risque financier le plus encouru.

1.5.3.2. Les risques personnels

Les fonctionnaires ou agents contractuels des collectivités territoriales peuvent voir leur responsabilité disciplinaire engagée devant la Cour de discipline budgétaire et financière pour faute de gestion ou négligences graves. Cette cour sanctionne les actes des agents publics constituant des fautes lourdes ou des irrégularités dans la gestion des finances publiques.

Des amendes peuvent être prononcées contre les coupables, preuve du risque financier encouru par les agents publics. Sont considérées comme des fautes lourdes ou irrégularités dans la gestion des finances publiques :

- > **Manquement aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses tels que l'engagement de dépenses** sans respecter les règles applicables en matière de contrôle financier portant sur l'engagement des dépenses ou la dissimulation d'un dépassement de crédit par imputation irrégulière d'une dépense ou l'engagement de dépenses sans avoir reçu une délégation de signature. Les fonctionnaires encourent une amende pouvant aller jusqu'à une année de salaire ou de traitement.

- > Les agissements ayant entraîné la condamnation d'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public à une astreinte en raison de **l'inexécution totale ou partielle ou de l'exécution tardive d'une décision de justice** peut aller jusqu'à une année de salaire ou de traitement.

- > **La procuration ou la tentative de procuration à autrui d'un avantage injustifié**, pécuniaire ou en nature entraînant un préjudice pour la collectivité peut entraîner la condamnation à une amende dont le montant pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction.

Toutefois, la responsabilité du supérieur hiérarchique ou de la personne légalement habilitée à donner l'ordre peut être substituée, selon l'appréciation des juridictions, à celle du subordonné. Les agents ont également la possibilité de contracter une assurance contre ces risques.

1.5.4. LE RISQUE EN TERMES D'IMAGE

La multiplicité des réformes relatives aux marchés publics ne favorise pas la confiance des citoyens dans la capacité des acheteurs d'assumer leurs nouvelles libertés d'action et de décision.

Ensuite, l'acheteur est « gardien » de l'image de respectabilité de sa collectivité. Or, la constatation de pratiques condamnables dans le processus d'achat public porte atteinte à l'image de la collectivité.

De surcroît, le département, garant de l'intérêt général, doit montrer l'exemple, ce d'autant plus que l'argent utilisé par les acheteurs publics est celui des contribuables.

Finalement, un comportement anticoncurrentiel risque de nuire à la réputation de l'organisation vis-à-vis de ses parties prenantes et peut créer des situations d'illégalité.

1.5.5. LE RISQUE EN TERMES D'EFFICACITE

En choisissant de satisfaire ses intérêts privés au détriment de l'intérêt général, l'acheteur public diminue la performance de la collectivité qui a pour mission d'offrir aux citoyens des prestations de qualité.

En effet, si l'entreprise attributaire du marché n'est pas choisie en fonction de ses capacités financières, techniques et professionnelles, il est fort probable qu'au terme du marché, la prestation fournie soit insatisfaisante voire incomplète.

APPROCHE PRATIQUE DE LA DÉONTOLOGIE, LES DIFFÉRENTS POINTS DE REPÈRES

En vue de maîtriser au mieux les risques évoqués, ce guide tend à définir les points de repères déontologiques destinés à orienter le comportement des acheteurs et à sécuriser les marchés. L'existence d'un marché public suppose trois phases : la préparation, la passation et l'exécution. Si l'exigence morale la plus élevée pèse fondamentalement sur la manière d'attribuer les marchés (passation), cela ne signifie pas pour autant que la préparation et l'exécution ne sont pas concernées par ces questions déontologiques.

Le guide doit donc revêtir à la fois les attributs d'une procédure irréprochable, accessible, non discriminatoire et transparente, et ceux d'une exécution efficace et optimale.

Avant de traiter distinctement de chacune de ces phases, il est important d'évoquer, dans un préambule, la veille technologique ainsi que les sollicitations qui concernent chacune de ces trois étapes.

PRÉAMBULE

LA VEILLE TECHNOLOGIQUE

La veille technologique et stratégique, aussi appelée « renseignement sur la concurrence », est une nécessité pour le Département. Dans ce contexte, le Département dote ses services de moyens nécessaires pour effectuer cette veille.

Outre les sources d'informations classiques tels que les revues, les sites internet, les salons d'entreprises, la veille technologique s'effectue également à travers les démarches commerciales des entreprises (démarchage, visites de sites ou d'usines, présentation des produits ou services).

La veille résulte également du partage d'expériences entre acheteurs publics. Cette veille suscite donc des rencontres particulières avec les fournisseurs. Pour cette raison, la veille technologique, bien que nécessaire, doit tout de même être encadrée. Bien que certains services soient constamment en consultation, il est toutefois interdit de participer à un salon, une démarche commerciale, etc. pendant cette période.

L'ÉTHIQUE DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

Les agents ont un devoir d'éthique conformément au présent document.

Accepter des invitations au restaurant, des cadeaux des entreprises entraîne pour l'acheteur public une perte d'indépendance, perte d'intégrité, des conflits d'intérêt, et une ambiguïté dans les relations de travail. Dans ce cadre, tout avantage octroyé par des entreprises doit être refusé.

a. La VEILLE TECHNOLOGIQUE

A. LES VISITES DE SALONS

Il est nécessaire de distinguer d'une part, les salons qui ont lieu en France, et d'autre part, les salons internationaux.

Les salons en France

Les visites de salons doivent permettre de découvrir les dernières techniques ou technologies développées dans un domaine ou une série de domaines techniques. Le salon est non seulement un outil de communication unique qui permet des prises de contact concrètes, mais également un moyen pour l'entreprise de se faire connaître et de prospecter de nouveaux marchés.

Au cours de la passation d'un marché et plus particulièrement lors de la consultation, toute invitation à un salon doit être déclinée alors même que celui-ci porte sur un sujet différent de celui du marché. En dehors de toute consultation, les agents peuvent, à condition de se limiter au seul objectif technique, visiter des salons. Avec l'accord préalable de leur hiérarchie, les frais de déplacement sont pris en charge par le Département selon la réglementation en vigueur. Pendant la visite, les agents sont soumis au respect des règles déontologiques.

Il n'est pas nécessaire pour chaque pôle, d'établir, chaque année, une liste des principaux salons auxquels les agents du Département sont amenés à participer. En revanche, les agents intéressés par un salon doivent en informer leur hiérarchie qui dressera la liste définitive des participants. En effet, chaque salon fait l'objet d'un ordre de mission (sauf les salons du Département du Bas-Rhin).

→ Le repas lors d'un salon

Lorsqu'un acheteur se rend à un salon, peut-il participer au déjeuner ?

- Si le salon se déroule sur l'intégralité d'une journée et si le repas est pris en charge pour l'ensemble des invités, il est admis que les acheteurs puissent participer au déjeuner à condition qu'il ne s'agisse pas d'un repas individuel entre l'acheteur et le fournisseur, mais d'un repas collectif avec l'ensemble des invités.
- *A contrario*, si le salon se termine en fin de matinée ou s'il débute en début d'après-midi, l'acheteur devra décliner l'invitation, soit antérieurement à la visite du salon (si le salon se déroule pendant l'après-midi) soit postérieurement à celle-ci (si le salon a lieu pendant la matinée).

→ Le transport jusqu'au salon

Lorsqu'un acheteur participe à un salon, peut-il profiter du transport en commun mis à disposition par l'entreprise pour les invités qui ne se situe pas dans la ville dans laquelle se déroule le salon ?

Afin d'éviter l'utilisation systématique des véhicules de service, il est possible de mutualiser les déplacements, c'est-à-dire d'utiliser un transport commun mis à disposition par l'entreprise organisatrice du salon.

Cette solution est envisageable à condition que :

- Ce moyen de transport ne soit pas uniquement mis à la disposition des agents du Département, mais de tous les invités
- Ce moyen de transport ne soit pas disproportionné c'est-à-dire qu'il soit similaire aux transports prévus par le système de défraiements.

La mutualisation des déplacements permet par ailleurs de prendre en compte les exigences environnementales.

→ **Conflit entre deux services en raison d'un salon**

Afin d'éviter qu'un service accepte une invitation à un salon alors qu'un autre service de la même direction est en consultation avec l'entreprise organisatrice dudit salon, il convient à chaque direction d'assurer une communication suffisante entre les différents services et de mettre en place une organisation interne destinée à appréhender ce type de situation.

Exemple : si un acheteur constate une telle situation, il doit en informer son supérieur hiérarchique qui prendra une décision.

Les salons internationaux

Les salons/forums internationaux permettent également de voir les avancées technologiques. Néanmoins, dépendant de sa localisation, les frais de déplacement et de logement ne sont pas pris en charge par le Département. Le financement par l'entreprise étant susceptible d'influencer l'acheteur dans le futur, toute invitation à un salon / forum international, pendant ou en dehors d'une consultation, doit être déclinée.

Il convient toutefois de rappeler que cela ne concerne pas tous les salons internationaux mais uniquement ceux nécessitant de loger sur place. La participation à un salon en Allemagne ou en Suisse est tout à fait envisageable avec accord préalable de son supérieur hiérarchique.

B. LES DÉMARCHES COMMERCIALES

La démarche commerciale est à la fois le cœur même de l'activité de l'entreprise et une des sources d'information des acheteurs. La visite des commerciaux peut être acceptée si elle a un lien avec les futurs projets du service et si elle peut être répartie entre plusieurs produits ou marques couvrant ainsi un large panel.

L'intérêt de cette démarche étant d'élargir au maximum les perspectives techniques, notamment en matière de nouvelles technologies. Ces visites doivent bénéficier à l'ensemble du service et pas seulement aux agents ayant participé aux rendez-vous commerciaux. Les agents doivent automatiquement refuser le démarchage commercial lorsqu'ils se trouvent en période de consultation. L'efficacité du démarchage commercial tant pour l'entreprise que pour le Département suppose de prendre en compte :

- **La disponibilité des agents intéressés :** ces démarches managériales doivent être planifiées au sein du service en fonction de la disponibilité des agents intéressés et avec accord préalable de la hiérarchie.
- **L'objectivité des agents et de l'entreprise :**
 - Les agents devront se montrer prudents concernant les informations qu'ils fournissent sur les projets de marchés de sorte qu'elles ne favorisent pas l'entreprise à l'origine du démarchage lors d'une éventuelle mise en concurrence.
 - L'entreprise intervient forcément en vue d'influencer les acheteurs. Dès lors, les acheteurs devront faire preuve de discernement de manière à distinguer l'information de l'influence.
- **La diversité :** les agents doivent veiller à la diversité des entreprises rencontrées afin d'avoir un panel de choix plus important.

Les visites de sites ou d'usine

Elles doivent permettre de découvrir les dernières techniques ou technologies développées par l'entreprise. Ces visites doivent :

- Etre justifiées par un projet de marché tendancieux, par un projet/une stratégie technique, etc.
- Faire l'objet d'un accord préalable du supérieur hiérarchique en lui explicitant l'intérêt de la proposition de l'entreprise au regard du bénéfice qu'il pourra en tirer dans le cadre de sa fonction, par exemple une formation sur un nouveau produit ou une nouvelle méthode.

- S'effectuer à plusieurs
- Se limiter au strict objectif technique

Les frais de déplacement sont pris en charge par le département.

Si l'entreprise à l'origine de la démarche a réalisé une opération similaire à celle envisagée par le Département, la visite du site s'effectue en présence du maître d'ouvrage à l'origine du projet afin de recueillir son avis et de partager les expériences entre maîtres d'ouvrage.

Les présentations de produits ou de services

Ces présentations doivent être ouvertes à tous et non être pas réservées au seul Département. Cela permet de conserver le caractère professionnel et technique de la démarche.

Les présentations ne peuvent s'accompagner d'un cocktail ou d'une collation qu'à condition que l'accès à ces derniers soit exclusivement réservé aux agents ayant participé à la présentation technique à l'exclusion de tout accompagnateur extérieur (commerciaux).

Toute invitation à une présentation doit être proposée par écrit au Département et son acceptation, soumise à l'accord du supérieur hiérarchique de l'agent invité.

Notons qu'il ne faut pas que l'acheteur précise dans le cahier des charges de ses marchés, que le produit souhaité est celui qui a été promu par une entreprise lors d'une veille technologique.

Le partage d'expérience

L'efficacité et l'indépendance de la veille sont renforcées par le partage d'expérience entre les agents du Département, et entre ces derniers et d'autres acheteurs publics.

Le partage d'expérience est la conséquence d'une opération particulière ou d'une participation à des associations professionnelles. Les agents intéressés par ces associations doivent en informer leur hiérarchie qui dresse la liste définitive des participants. Les frais de déplacement sont pris en charge par le Département selon la réglementation en vigueur.

B. LE RESPECT DE L'ÉTHIQUE DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

A. LES CADEAUX

Le monde de l'entreprise est souvent propice à des cadeaux offerts aux principaux clients, notamment en période de fêtes. Cette pratique admise présente pourtant de véritables dangers lorsque les bénéficiaires s'avèrent être des agents territoriaux.

Si aucune règle de droit français n'interdit explicitement à un agent territorial de recevoir de la part d'un fournisseur ou partenaire, un cadeau, les règles internes au Département indiquent que :

- Pendant la période de consultation, les cadeaux doivent être systématiquement refusés.
- Au cours de l'exécution du marché, pour éviter toute ambiguïté dans la nature des relations avec les fournisseurs et éviter de faire naître des situations de dépendance, seuls les cadeaux d'usage (stylo de faible valeur, chocolats offerts à Noël, objets à caractère publicitaire) d'une valeur symbolique peuvent être acceptés.

Mais à partir de quelle somme, de quel type de cadeau, y-a-t-il vraiment un risque ? Peuvent être considérés comme des cadeaux d'une valeur manifestement excessive, des bouteilles d'alcool, des

voyages d'agrément, les agendas électroniques, le foie gras, etc. En cas de doute sur la valeur symbolique du cadeau, l'agent concerné demande l'avis de son supérieur hiérarchique.

Si un cadeau d'une valeur manifestement excessive est offert, l'agent s'assurera que des témoins pourront attester de son refus afin de se protéger de tout soupçon.

B. LES REPAS

- **Pendant la procédure de mise en concurrence**, les invitations au restaurant pour un repas d'affaires doivent être systématiquement refusées.
- **Au cours de l'exécution d'un marché**, les repas avec le prestataire sont autorisés à condition que les agents présents au repas participent à la l'exécution du marché. Dans ce cas, un système de défraiement est prévu : en d'autres termes, les agents du Département payent leur repas qui doit se dérouler dans un restaurant compatible avec ces défraiements.

L'agent doit faire preuve de discernement quant au caractère approprié de l'invitation, à leur fréquence et au montant des dépenses et ne pas oublier qu'il représente le Département du Bas-Rhin lors d'un repas qui reste institutionnel et professionnel.

C. LES INVITATIONS

- **Pendant la procédure de mise en concurrence**, tous les types d'invitations (à des salons, séminaires, manifestations sportives et culturelles) doivent être systématiquement refusés.
- **Au cours de l'exécution du marché**, l'acheteur devra requérir l'accord de son supérieur en lui explicitant l'intérêt de la proposition de l'entreprise au regard du bénéfice qu'il pourra en tirer dans le cadre de sa fonction, par exemple une formation sur un nouveau produit ou une nouvelle méthode.

Les invitations somptuaires doivent être refusées.

Pour toutes les autres propositions, le principe sera le refus par l'acheteur notamment pour les sommes d'argent. En cas de non-respect de ces recommandations, l'acheteur pourrait voir engager contre lui une procédure de délit de favoritisme ou de corruption. Le régime des cadeaux et invitations diverses doit donc, eu égard aux risques encourus, être strictement respectés par l'acheteur.

2.1. POINTS DE REPÈRES RELATIFS à LA PRÉPARATION DU MARCHÉ

La préparation englobe notamment la définition des besoins, le choix de la procédure ainsi que l'élaboration des critères de sélection des candidats et d'attributions des offres. De nombreux contentieux sont dus à des dysfonctionnements dans la programmation des besoins et dans la rédaction du cahier des charges.

2.1.1. DÉFINITION PRÉALABLE DES BESOINS

Le choix de la procédure à mettre en œuvre se détermine en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder en amont, c'est-à-dire avant le lancement de la consultation, à une définition précise des besoins.

Les agents du Département prennent un soin particulier à l'identification des besoins et à l'élaboration de la solution y répondant afin de passer des marchés correspondant aux attentes initialement exprimées, dans le respect de la pluralité des offres et en toute indépendance.

L'estimation des besoins doit correspondre à une somme disponible sur le budget de l'acheteur public. La définition des besoins doit prendre en compte les exigences du développement durable, et en particulier, les exigences sociales et environnementales. Pour être efficace, l'expression des besoins repose sur :

- L'analyse des besoins fonctionnels des services
- La connaissance aussi approfondie que possible des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer par exemple sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur la documentation technique
- La distinction y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipement entre achats standards et achats spécifiques

Exemples de mauvaise évaluation des besoins :

- > Le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur (CE, 8 août 2008, Région Bourgogne)
- > La possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis (CE, 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque)
- > La sous-estimation des quantités de marchés (CE, 29 juillet 1998, Commune de Léognan)

Les services définissent également dans le cahier des charges les prestations à fournir par référence à des spécifications techniques objectives et non discriminatoires.

La définition des besoins répond non seulement à un impératif de bonne gestion (plus les besoins seront précis plus les offres des candidats répondront aux attentes de l'acheteur) mais aussi à l'obligation réglementaire d'assurer la sécurité juridique des marchés. C'est une phase essentielle, du ressort du maître d'ouvrage, dont le contenu va conditionner et encadrer le travail de conception du projet.

2.1.2. LE CHOIX DE LA PROCÉDURE

Le respect des procédures est la base du travail de l'acheteur. Le pouvoir adjudicateur doit choisir la procédure d'achat la plus appropriée, dans un souci de gestion efficace et de bonne utilisation des deniers publics. Les acheteurs doivent à la fois respecter les procédures prévues par le Code des marchés ainsi que les procédures internes au Conseil Général (A, B, C et D) définies dans le cadre du système de management de la qualité. Le choix de la procédure de mise en concurrence repose :

2.1.2.1. D'une part sur l'estimation du montant de l'opération

L'estimation du montant du marché est nécessaire. En fonction de ce montant, le marché devra être passé soit selon la procédure formalisée (l'appel d'offres en tant que procédure de droit commun est strictement encadré à chacune de ses étapes et n'accorde aucune place à la négociation entre l'acheteur et les candidats) soit selon la procédure adaptée.

Le montant des seuils des procédures formalisées étant modifié tous les deux ans par décret, les services achat sont tenus de vérifier si les seuils fixés à l'article 26 du Code des marchés publics qui déclenchent l'application des procédures formalisées sont atteints.

L'estimation doit être sincère. A ce titre, il est rappelé qu'aucun besoin ne doit être scindé ou abusivement fractionné dans le but d'échapper aux règles du Code des marchés publics. En effet, le découpage doit présenter un avantage pour être justifié. Ce découpage peut s'opérer selon plusieurs modalités, avec à chaque fois un objectif différent.

- Tout d'abord, les acheteurs ont la possibilité de répartir les prestations en « plusieurs lots donnant lieu chacun à un marché distinct », lorsque cela présente des « avantages économiques, techniques ou financiers ». L'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance du marché risque de dépasser les capacités techniques et financières d'une seule entreprise.

Lorsque la personne publique choisit de recourir à un marché alloti, les offres présentées par les candidats doivent être examinées lot par lot ; le respect du principe d'égalité entre les candidats à un

marché public ne s'apprécie, dès lors, qu'entre les candidats à un même lot (CE, 10 mai 2006, Société Schiocchet, n° 288435).

- Si l'allotissement est le principe, il est toutefois possible de réunir les prestations dans un marché unique. En effet, l'acheteur peut recourir au marché unique lorsque l'allotissement est rendu difficile pour des motifs techniques, économiques et financiers.
- Le découpage des besoins est parfois utilisé en vue de soustraire le marché aux obligations de mise en concurrence prévues par le Code des marchés publics. On parle alors de « saucissonnage ». Cette pratique utilisée soit pour éviter la procédure formalisée soit pour favoriser certaines entreprises (PME par exemple) est interdite car il est impossible de passer plusieurs marchés pour un même besoin.

2.1.2.2. D'autre part sur la nomenclature

Les acheteurs qui souhaitent acquérir des fournitures ou des services devront donc apprécier la procédure à mettre en œuvre en regroupant, à l'intérieur d'une même famille homogène de la nomenclature les produits qui la composent (ou, en l'absence de nomenclature, en additionnant la totalité des fournitures ou services considérés comme homogènes).

Les seuils seront appréciés famille par famille. En vue d'accompagner les services, de sécuriser la passation des marchés et de respecter le principe de computation des seuils, le service de la commande publique procède, au cours du deuxième semestre de chaque année, au recensement des besoins pour l'année à venir en application de la nomenclature en vigueur au sein de la collectivité.

Après analyse de ce recensement, le service de la commande publique identifie, au début de chaque exercice budgétaire, des services chefs de file et donne les consignes à suivre pour chaque famille de la nomenclature.

Il convient de rappeler que le choix irrégulier de la procédure applicable peut constituer l'élément matériel du délit de favoritisme. L'acheteur doit donc veiller à ce que l'utilisation des souplesses du Code des marchés publics (avenants, procédures dérogatoires telle que la procédure négociée, etc.) soit justifiée.

La cour de cassation a, par exemple, confirmé la condamnation d'un maire pour utilisation abusive de la procédure négociée ayant eu pour effet d'écarter de l'accès au marché des candidats potentiels. Il a ainsi procuré à l'entreprise attributaire un avantage injustifié (Cass. n° 2-80699 du 11 septembre 2002).

2.1.3. RÉDACTION DU CAHIER DES CHARGES

Dans certains domaines, le monde de l'entreprise et celui du secteur public s'ignorent presque totalement. Ainsi, les acheteurs rédigent parfois des cahiers des charges sans connaître réellement le monde des prestataires auxquels ils s'adressent.

Dans ce contexte, il peut arriver, soit qu'aucune offre ne soit faite, soit que les entreprises qui candidatent aux marchés publics fournissent des offres peu adaptées aux besoins réels de l'administration. Ainsi, le cahier des charges, en plus de répondre exclusivement aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur, doit préciser la ou les catégories de prestataires auxquels l'acheteur s'adresse afin de s'assurer que ces derniers soient, d'une part en mesure de répondre au marché, et d'autre part intéressés par le marché en question.

Le cahier des charges doit également être réalisé en toute indépendance : en effet, il ne doit pas favoriser une entreprise en particulier, par exemple par des spécifications techniques auxquelles seule cette entreprise pourrait répondre. Finalement, le cahier des charges doit être de nature à favoriser l'insertion sociale et protéger l'environnement.

Ainsi, la cour de cassation a incriminé le fait d'insérer dans le cahier des charges « des clauses techniques rédigées à partir d'une plaquette publicitaire détaillant avec précision les prestations que la société était en mesure d'offrir (Cass. Crim. 30 juin 2004, n° 03-86.287). Par ailleurs, le fait d'exiger dans le cahier des charges une marque déterminée revient à octroyer un avantage injustifié à certaines entreprises (Cass. Crim, 19 novembre 2003, n° 02-86532).

2.1.4. CRITÈRES DE SÉLECTION DES CANDIDATS

Le classement des candidatures admises s'opère uniquement au vu de critères s'appuyant sur les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats.

2.1.4.1. Critères technique et financier

La vérification de l'aptitude des candidats est obligatoire.

Les critères de sélection doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; il n'est, par exemple, souvent pas possible de retenir un critère de localisation géographique des entreprises.

A ce titre, la Chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur considère que peut être qualifié de délit de favoritisme le fait d'avoir attribué les marchés à des entreprises sur le seul argument de leur implantation locale, alors qu'elles ne proposaient pas de meilleures offres de prix.

Dans la même logique, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger d'une entreprise titulaire qu'elle fasse appel à un sous-traitant local (CE, 29 Juillet 1998, Commune de Léognan) ni qu'elles se fournissent localement.

La sélection des candidats doit se faire dans des conditions de transparence. A cet effet, il convient d'indiquer les critères non discriminatoires que les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser pour sélectionner les concurrents. Dans cette perspective de transparence, le pouvoir adjudicateur devrait être tenu d'indiquer, dès la mise en concurrence d'un marché, les critères qu'il utilisera pour la sélection ainsi que le niveau de capacités spécifiques qu'il exige de la part des entreprises.

Lorsque l'objet du marché le permet, il est souhaitable d'insérer :

- des critères sociaux (clause d'insertion professionnelle) : « le code des marchés publics précise en effet que certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées (anciens ateliers protégés) ou à des établissements et services d'aide par le travail (anciens C.A.T), lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales ». A ce titre, le Département du Bas-Rhin a décidé de mettre en œuvre une action de promotion de l'emploi et de l'insertion sur cette opération. Cette clause, mise en œuvre dans le cadre de l'article 14 du Code des marchés publics, vise à favoriser le retour à l'emploi de publics prioritaires et particulièrement, sans que l'énumération soit limitative : les demandeurs d'emploi de longue durée, les allocataires du Revenu de Solidarité Active (RSA), les travailleurs handicapés reconnus par la Commission des Droits et de l'Autonomie, les jeunes de Niveau infra 5, c'est-à-dire de niveau inférieur au CAP/BEP.
- des critères environnementaux : de la même manière, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de s'interroger sur la possibilité d'intégrer dans son marché des exigences en termes de développement durable (réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie publiée dans le Journal officiel du Sénat du 11/01/2007).

2.1.4.2. Références professionnelles

Si un acheteur peut exiger des références afin d'attester des capacités des candidats, une telle exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser (CE, 10 mai 2006, Société BRONZO).

Ainsi, l'insuffisance ou l'absence de référence n'est plus un motif suffisant pour écarter un candidat. L'acheteur doit déterminer, au regard de l'ensemble des autres éléments, si l'entreprise a ou non la capacité d'exécuter le marché. Néanmoins ces références restent utiles pour orienter le choix de l'acheteur.

2.1.5. CRITÈRES D'ATTRIBUTION DE L'OFFRE

Les critères d'attribution de l'offre doivent être :

- **Précis** : c'est à dire obéir aux impératifs de clarté et de cohérence avec l'objet du marché.
- **Annoncés en amont de la procédure** : l'acheteur les aura lui-même fixés et portés à la connaissance des candidats lors de la consultation et notamment dans l'avis d'appel public à la concurrence et dans le règlement de la consultation.
- **Pondérés** : Pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus, l'attention de l'acheteur est appelée sur l'obligation et l'intérêt de la pondération des critères, telle que publiée en amont dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation. Contrairement à la hiérarchisation où les différents critères sont analysés indépendamment les uns des autres, la pondération permet une meilleure prise en compte de l'ensemble des critères choisis et des capacités actuelles de l'entreprise. Des modèles de pondération ont été mis en ligne sur IRIS, intranet du Département. Ils sont à adapter en fonction de la matière qui fait l'objet de la consultation.
- **Non-discriminatoires** : afin de respecter le principe d'égalité de traitement à la commande publique.

2.2. POINTS DE REPÈRES RELATIFS à LA PASSATION DU MARCHÉ

En termes de déontologie, les points les plus sujets à la déontologie sont :

- La mise en concurrence à travers l'action de susciter les candidatures et la communication avec les candidats
- L'attribution du marché avec la problématique des candidats évincés
- Les contrôles antérieur et postérieur à la passation du marché

2.2.1. MISE EN CONCURRENCE

2.2.1.1. Action de susciter les candidatures

L'objectif premier de la mise en concurrence est de susciter des candidatures.

La mise en concurrence pour les marchés publics répond aux mêmes impératifs que la publicité et la communication c'est-à-dire identifier ses cibles et trouver le meilleur moyen d'attirer son attention. Cette mise en concurrence peut donc être une combinaison d'actions de publicité et de communication : d'une part la publicité doit être adaptée à l'enjeu du marché (CE, 7 octobre 2005, Louvre II) et d'autre part la communication suffisamment large pour ne pas procurer d'avantages injustifiés à un nombre restreint d'entreprises. Si le Département conclut à une absence d'offre, il convient, le cas échéant, de relancer la concurrence en garantissant aux entreprises un délai suffisant pour élaborer leurs offres.

Pour des raisons de facilité, de commodité et de rapidité, les acheteurs peuvent être tentés de susciter directement les candidatures. Concernant les marchés à procédure formalisée cette pratique n'est pas possible en raison de l'encadrement strict des procédures. En cas d'infructuosité d'un marché à procédure formalisée, l'acheteur devra alors en analyser les raisons : délai de réponse trop court, mauvaise saisonnalité (août, période de Noël), marché mal monté, marché peu intéressant pour l'entreprise en termes de profit, etc.

A contrario, les marchés à procédure adaptée se caractérisent par davantage de souplesse en raison des procédures internes mises en place par le Département. Dans ce contexte, l'action de susciter des candidatures peut être envisagée, en application de ces procédures internes, à la condition d'effectuer au préalable une analyse du secteur concurrentiel et d'effectuer une mise en concurrence la plus large possible (trois devis ne suffiront peut-être pas).

De manière générale, la sollicitation directe des entreprises est considérée comme une rupture d'égalité de traitement en dehors des cas prévus expressément par les règles internes au Département. Dans le même esprit, lorsque l'acheteur ne dispose que d'une seule offre, il est en principe tenu de lui attribuer le marché. Néanmoins, le pouvoir adjudicateur peut, après analyse, décider que la mise en concurrence n'a pas été suffisante. Dans ce cas, il déclare le marché sans suite et relance la concurrence. Le classement sans suite du marché intervient par exemple lorsque la seule offre reçue est d'un montant trop élevé (CAA Nancy, 29 septembre 2008, n° 06NC01506).

Pour optimiser les chances d'avoir des offres, l'article 27 III du Code des marchés publics autorise, dans le cas de l'allotissement, l'utilisation de la procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 euros HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et à 1 000 000 d'euros HT pour les marchés de travaux à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots. Cette souplesse permet de faciliter l'accès des PME à la commande publique. Toutefois le recours à la procédure adaptée pour les petits lots n'est possible que si elle a été annoncée dans l'avis d'appel public la concurrence. Toujours dans l'optique d'optimisation des offres, il est souhaitable de constituer « des boîtes aux lettres thématiques auprès des professionnels des différents secteurs, afin qu'ils soient informés, dès lors qu'ils sont inscrits, de l'existence des procédures en cours et disponibles sur le site internet du Département ».

2.2.1.2. Communication avec les candidats

→ Au cours de la procédure

Au moment de la discussion avec le candidat : à quoi répondre, à quoi ne pas répondre ? Où est la limite ?

Pour les entreprises, la maîtrise de l'information est un atout compétitif indispensable. Afin de respecter le principe d'égalité de traitement, les agents du Département, dans leurs contacts avec les entreprises, doivent transmettre les mêmes informations à l'ensemble d'entre elles.

Les agents doivent, au préalable, déterminer entre eux :

- Les informations diffusables
- Celles qui revêtent un caractère stratégique : l'acheteur peut être amené à détenir des informations et documents classés confidentiels, dont la révélation prématurée risquerait d'être dommageable. Exemple : si l'estimation de l'opération se révèle être un préalable indispensable pour le maître d'ouvrage, sa communication aux soumissionnaires risque de fausser la concurrence ainsi que le confirme la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle du Conseil de la concurrence. Il est donc impératif qu'aucune entreprise ne dispose d'informations supplémentaires lui permettant de coller au plus juste à l'estimation.
- Celles dont la diffusion à une entreprise lui procurerait un avantage injustifié, constitutif du délit de favoritisme. La période de consultation est particulièrement sensible en matière de diffusion de l'information. La cour de cassation a d'ailleurs étendu le périmètre du délit de favoritisme en indiquant que les réseaux, les discussions informelles, les repas dominicaux, peuvent mener au délit de favoritisme.

Afin d'éviter la divulgation inopportune, il appartient donc à chaque agent du service achat, lors d'un appel d'offres ou d'une négociation, de veiller à ne pas diffuser d'informations confidentielles. Dans le même esprit, les entreprises souhaitant obtenir des informations auprès du Département, lors de la consultation, devront être rédigées soit vers un interlocuteur unique pour le marché, soit vers un interlocuteur unique par thèse (technique, administratif).

Les questions et réponses s'effectuent par écrit (mail, fax, adressé individuellement à chaque candidat) et doivent avoir un contenu strictement identique. Elles sont diffusées à des candidats, y compris les candidats ayant retiré les dossiers de consultation par voie dématérialisée. Exemple : En cas d'erreur matérielle détectée dans l'un des documents composant le dossier de la consultation des entreprises, une communication doit être adressée à tous les candidats ayant retiré le dossier.

→ A l'issue de la procédure

Dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou les offres, le maître d'ouvrage doit aviser tous les autres candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre, en indiquant les motifs de ce rejet.

Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature.

Il est fréquent qu'à l'issue d'une procédure de passation de marché public, un candidat évincé réclame au département la communication de certains documents, tels que le procès-verbal de la commission d'appel d'offres ou le rapport d'analyse des offres, l'offre du candidat retenu (soumise à une obligation de communication plus grande que les offres non retenues).

Une réponse doit donc être apportée aux candidats évincés, tout en veillant au respect des règles sur la communication des documents administratifs.

En effet, si tout candidat a un droit à l'information, la loi prévoit, dans le domaine des marchés publics, certaines exceptions dont notamment l'interdiction de communiquer ces documents si les informations qu'ils contiennent sont susceptibles de porter atteinte à un secret protégé par la loi, notamment le secret industriel et commercial.

→ Cas particulier : conflit entre deux situations

Un conflit est susceptible de naître lorsque une entreprise exécutant un marché est potentiellement candidate à un nouveau marché. Le conflit se situe entre :

- D'une part l'interdiction de rencontrer une entreprise candidate pendant une consultation/procédure de passation.
- D'autre part, la nécessité de rencontrer cette même entreprise dans le cadre du marché en cours.

Afin de ne pas porter atteinte au principe de transparence et d'égalité de traitement, l'acheteur et l'entreprise titulaire devront, lors de leur rencontre ne faire aucune allusion à la consultation en cours.

2.2.1.3. Délai de validité des offres

Aucun délai de validité des offres n'est imposé par le Code des marchés publics. L'obligation d'un délai raisonnable est à rechercher dans les mentions devant figurer dans les avis d'appel public à la concurrence.

Cette question n'est pas à négliger car :

- D'une part, la fixation d'un délai suffisant permet au Département de mettre en œuvre l'ensemble des formalités qui sont à sa charge : de la remise des offres à la notification du marché.
- D'autre part, un délai mal calculé emporte à ce titre d'importantes conséquences économiques.

Il est donc nécessaire pour le Département de se laisser un délai raisonnable. Fixer toujours le même délai serait par ailleurs, une erreur. En effet, le délai doit être adapté à la spécificité de chaque marché.

La prorogation du délai fixé par le pouvoir adjudicateur est, selon le juge administratif, possible, à la condition substantielle que l'ensemble des candidats en ait donné leur accord.

A ce titre, cet accord ne saurait résulter de la seule absence de retrait de leurs offres par les candidats. L'administration doit en effet solliciter auprès des candidats une demande expresse de prorogation.

2.2.2. ATTRIBUTION DU MARCHÉ

Un acheteur peut écarter la candidature d'une entreprise pour une mauvaise exécution de marchés précédents. Ainsi, une commission d'appel d'offres peut écarter la candidature d'une entreprise en se fondant sur les retards reprochés dans l'exécution de marchés passés antérieurement.

Cependant la candidature d'une entreprise ne peut être écartée en se fondant uniquement sur des litiges antérieurs avec l'acheteur sans examiner dans son ensemble le dossier de candidature de l'entreprise (CAA Paris, 2 octobre 2007, n° 06PA02495, Société GAR c/Commune de Congis-sur-Thérouanne).

Après avoir choisi l'entreprise attributaire, l'acheteur public ne doit pas oublier de publier un avis d'attribution, car si la procédure ne peut a priori pas être remise en cause puisqu'à ce stade elle est achevée, les marchés qui en découlent vont pouvoir, eux, être attaqués sans limite dans le temps.

Si un concurrent évincé réalisé par exemple, quelques années plus tard, qu'il aurait dû remporter l'appel d'offres, il pourra attaquer le marché, et ce vice de forme lui donnera davantage de chance de succès. Le risque est alors grand. Exemple : pour les travaux d'infrastructure, c'est la perte de la garantie décennale attachée au marché.

Au-delà du risque pénal pour la collectivité, l'absence de publication d'un avis d'attribution peut avoir un impact financier.

2.2.3. CONTRÔLE DES MARCHÉS

Antérieurement et postérieurement à la passation du marché sont effectués des contrôles des marchés. Cette démarche a pour objectif d'assurer la qualité de nos marchés et la sécurité de l'ensemble des acteurs de la chaîne d'achat. En effet, en 2003, la chambre régionale des comptes soulevait l'absence de sécurité juridique des contrats passés par le département.

Cette observation montrait la nécessité d'un contrôle des marchés indépendant des services à l'origine de leur passation et a conduit à créer le service de la commande publique en mars 2005. La mise en œuvre des contrôles au sein du Département doit répondre à une double nécessité d'immédiateté et de pragmatisme.

Le premier contrôle porte sur chaque dossier de consultation des entreprises (DCE). Ce contrôle a priori de la régularité des dossiers de consultation des entreprises effectué par le service de la commande publique a lieu avant la publication du contrat. Il tend à vérifier la conformité du dossier de consultation des entreprises avec la réglementation applicable en matière de marchés publics et la cohérence des pièces.

Le second contrôle est un contrôle a posteriori qui porte sur le respect des procédures internes et réglementaires. Il s'agit d'un contrôle à tout moment et par sondage des marchés quelle que soit leur procédure de passation. L'objectif de ce contrôle est de signaler les points d'amélioration à apporter dans la passation des marchés. Ces contrôles a priori et a posteriori tendent tous deux à éviter les contentieux ainsi qu'à améliorer les pratiques au sein du département.

2.3. POINTS DE REPÈRES DE L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

2.3.1. PÉNALITÉS DE RETARD

Les pénalités doivent s'appliquer à tout retard du titulaire du marché, dûment constaté par la personne publique. Comme dans tout contrat, les parties peuvent avoir convenu que l'inexécution d'une obligation dans le délai prévu entraîne une pénalité destinée à couvrir de manière forfaitaire le préjudice subi par l'autre partie. Dans le cas des marchés publics, de telles pénalités sont prévues dans le cahier des clauses administratives générales (CCAG). Il appartient au pouvoir adjudicateur de décider, lors de la consultation, si les pénalités du CCAG s'appliquent ou s'il s'en écarte. Elles ont donc un caractère facultatif.

Le montant de ces pénalités varie. Selon les circonstances du marché, les pénalités peuvent être plus importantes. Le choix de pénalités importantes doit être justifié par l'urgence de la situation et ne pas avoir pour objectif de dissuader certaines entreprises, en particulier les plus modestes qui ne peuvent pas absorber ces pénalités. Il pourrait dans ce cas, y avoir soupçon de délit de favoritisme. C'est probablement en considération de telles situations d'abus que le Conseil d'Etat juge « qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ». (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux)

Le juge administratif a précisé que leur versement n'était pas subordonné à la réalité du préjudice subi par la collectivité (CE, Bonnet, 10 février 1971). En effet, le simple constat de l'inexécution suffit à entraîner automatiquement le paiement de la pénalité intégrale, telle que prévue au contrat. Néanmoins le pouvoir adjudicateur a la possibilité de renoncer partiellement ou totalement aux pénalités de retard dues par l'entreprise sous la réserve toutefois que cet abandon de créance ne puisse pas être assimilé à un avantage injustifié, élément constitué du délit de favoritisme. Par exemple, une entreprise qui ne respecte pas les délais d'exécution du marché peut être tentée de solliciter l'acheteur pour ne pas se voir appliquée les pénalités de retard. L'acheteur a certes le pouvoir de renoncer en partie ou totalement aux pénalités de retard, mais ce, à condition que cette renonciation ne soit pas la conséquence d'une éventuelle sollicitation de l'entreprise.

Pour renoncer aux pénalités de retard, le pouvoir adjudicateur dispose de plusieurs possibilités telles que la signature d'un avenant ; dans un arrêt du 17 mars 2010, le Conseil d'Etat énonce « qu'il est toujours loisible aux parties de s'accorder, même sans formaliser cet accord par un avenant, pour déroger aux stipulations du contrat initial, y compris en ce qui concerne les pénalités de retard ». Il en résulte que la renonciation aux pénalités de retard peut intervenir de manière tacite.

2.3.2. NON RESPECT DES CLAUSES DU CONTRAT

Il arrive que certaines entreprises utilisent lors de l'exécution du contrat, un matériel, un produit différent de celui qui avait été convenu dans le contrat. L'entreprise qui, par exemple, utilise un autre matériel moins coûteux en vue de faire des économies. Il s'agit d'un manquement aux clauses d'un contrat.

Le risque, au niveau déontologique, est que l'entreprise sollicite l'acheteur afin que ce dernier l'autorise à utiliser un matériel autre que celui indiqué dans le marché. Dans ce contexte, l'acheteur doit refuser la proposition de l'entreprise et envisager la résiliation du marché en cas de non-respect de ses stipulations.

CONCLUSION

Le guide de déontologie est un outil indispensable en matière d'achat public. Son utilisation, à titre préventif, contribue à assurer plus efficacement la protection des acheteurs publics face aux risques de sanctions pénales qui pèsent sur leur activité et à l'égard de leurs partenaires privés. Il contribue aussi à la qualité de l'acte d'achat, et donc à l'efficacité du service public, que nous devons à nos concitoyens.

L'acheteur public comprendra facilement qu'il doit veiller à ne pas se laisser influencer par les candidats à un marché et que seuls des échanges en toute transparence pourront mener à un partenariat durable.

INFO+



CONSEIL GÉNÉRAL DU BAS-RHIN
HÔTEL DU DÉPARTEMENT
Place du Quartier Blanc / 67964 STRASBOURG cedex 9
Tél : **03 88 76 67 67** / Fax : **03 88 76 67 97**

www.bas-rhin.fr

- **DIRECTION DES FINANCES
ET DE LA COMMANDE PUBLIQUE
SERVICE DE LA COMMANDE PUBLIQUE**
- **DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES**
- **MISSION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE**