

marchés publics

PRINCIPES DE DÉONTOLOGIE DE L'ACHAT PUBLIC

Amiens Métropole - Communication interne, 01/2015.

Direction des Affaires Juridiques et générales / Marchés publics
Contact : Serge Schreiber , 03 22 97 43 40.

Direction des Affaires Juridiques et générales
Service des Marchés publics
Janvier 2015



AMIENS



AMIENS



La recherche de la performance de l'achat public suppose une optimisation de crédits mis en oeuvre au service de l'action publique.

La sécurité juridique et le bon emploi des procédures sont un gage de l'efficacité et de la durabilité de l'achat public.

Chaque acteur de l'achat public, qu'il s'agisse des élus ou des responsables techniques et administratifs, doit avoir une claire conscience de son rôle, et de ses limites.

Le présent travail, qui reprend un document antérieur, a pour objet de rappeler la grille de lecture qui permet à chacun de nous de faire la part des intérêts publics dont nous avons la charge, et de nos intérêts privés.

Il importe que chacun d'entre vous prenne connaissance de ces principes de déontologie et les diffuser à tous vos collaborateurs appelés à intervenir dans les achats publics.

W

Alain Gest

Brigitte FOURE
Maire d'Amiens

Alain GEST
Président d'Amiens Métropole

PARTIE I

LES PRINCIPES DE DÉONTOLOGIE DE L'ACHAT PUBLIC

- Quelles relations adopter avec les entreprises ? 5
- Comment éviter les conflits d'intérêts ? 7
- Quels sont les principaux risques encourus ? 9
- Les rapports d'intérêt entre les élus et les entreprises 12
- Les obligations des agents (loi du 13 juillet 1983) 15
- La confidentialité 16

PARTIE II

LES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

- L'égalité de traitement 19
- La liberté d'accès 20
- La transparence des procédures 21
- Comment préparer un marché ? 22
- L'exécution du marché 25
- Annexes 28



Quelles relations adopter avec les entreprises ?

1 Visite fournisseur et déplacement

L'acheteur public est au contact des principaux acteurs du marché pour collecter les informations.

Néanmoins, plusieurs mesures doivent être observées.

- Lorsque les fournisseurs rendent visite aux acheteurs publics lors de rencontres dans des locaux de la collectivité, il est vivement conseillé de choisir une salle de réunion, écartée du lieu habituel de travail afin de limiter l'accès aux informations. De plus, la présence d'au moins 2 agents est souhaitable. L'établissement d'un ordre du jour des sujets abordés ainsi que la rédaction d'un compte rendu sont recommandés.

- Lorsque les acheteurs publics rendent visite aux fournisseurs La participation d'un agent à une visite de fournisseur ne peut être envisagée que dans le cadre d'un ordre de mission signé par le responsable hiérarchique. Les agents se déplacent dans les conditions prévues par la Collectivité.

2 Avantages et cadeaux

Cette pratique tolérée présente cependant de véritables dangers.

Ainsi, pendant la période de consultation, les cadeaux doivent

être systématiquement refusés !

Au cours de l'exécution du marché, seuls les cadeaux d'usage d'une valeur symbolique peuvent être acceptés (chocolat offerts à Noël, objets à caractère publicitaire...).

La réglementation fiscale considère habituellement que le montant maximal d'un cadeau d'usage ne doit pas dépasser 30 €.

PARTIE I

LES PRINCIPES DE DÉONTOLOGIE DE L'ACHAT PUBLIC

- Quelles relations adopter avec les entreprises ?
- Comment éviter les conflits d'intérêts ?
- Quels sont les principaux risques encourus ?
- Les rapports d'intérêt entre les élus et les entreprises
- Les obligations des agents (loi du 13 juillet 1983)
- La confidentialité

A partir de quel moment un cadeau devient-il un risque ?

Il existe un risque manifeste dès lors que la valeur du présent est manifestement excessive, laissant penser qu'une contrepartie est attendue.

Ainsi, peuvent être considérés comme tels des bouteilles d'alcool, des voyages d'agrément, des agendas électroniques, etc.

En cas de doute sur la valeur symbolique du cadeau, il est vivement conseillé à l'agent concerné de consulter son supérieur hiérarchique.

Afin de se protéger de tout soupçon, l'agent s'assurera que des témoins pourront attester de son refus.

3 Les repas d'affaires

L'agent ne doit ni susciter, ni accepter et encore moins solliciter d'invitations.

Pendant la période de mise en concurrence et ce jusqu'à la notification du marché, quel que soit le type de procédure retenue, les représentants de la collectivité impliqués directement ou indirectement dans le processus, s'abstiendront d'accepter tout repas d'affaires de la part d'un quelconque soumissionnaire.

Autrement dit, 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 représentants de la collectivité présents payent leurs repas.

Comment éviter les conflits d'intérêts ?

Le conflit d'intérêts désigne une situation dans laquelle des intérêts de nature différente sont divergents sinon opposés.

Le conflit peut être en particulier entre les intérêts personnels de la personne et ceux dont elle a la charge.

Cette personne pourrait être tentée de privilégier son intérêt propre ou celui de ses proches (conjoint, amis, connaissances...) au détriment de celui d'une autre qu'elle représente, qu'elle conseille ou pour le compte de laquelle elle exerce une prestation de service.

Ces situations comprennent par exemple la détention d'une participation financière chez un fournisseur, l'exercice d'une activité directe ou indirecte pour son compte, ou encore une relation d'affaire avec un ancien agent devenu fournisseur ou le salarié d'un fournisseur devenu agent.

Il appartient à chacun de s'interroger sur l'existence d'un conflit d'intérêts qui le concernerait et d'en tirer les conséquences.

1 La prévention du conflit d'intérêts

Les agents et élus doivent impérativement éviter toute situation de conflit d'intérêts entre ceux de la collectivité et ceux personnels. Chaque agent impliqué dans le processus d'achats, en accord avec sa hiérarchie, doit veiller à prévenir la survenance de situations de conflits d'intérêts.

Pour ce faire, dans les situations de cette nature, les agents doivent informer leur chef de service et se garder de toute implication dans le marché correspondant.

2 L'anticipation des éventuelles pressions

Tout agent ou élu impliqué dans le processus d'achats est susceptible d'être soumis à l'action de pressions ou de groupes de pression.

En réponse aux tentatives de pressions, l'agent ou élu rappellera :

- les règles en vigueur : ces dernières étant destinées à respecter les grands principes de l'achat public et garantir la bonne utilisation des deniers publics ;
- le risque pénal, qui doit être porté à la connaissance de l'auteur des pressions.

Enfin, chaque agent doit rendre compte à sa hiérarchie des pressions subies, afin de se prémunir d'éventuels risques.

3 Quelle attitude adopter en cas de connaissance de faits contraires aux principes évoqués ?

- agir avec discernement,
- ne pas relayer les actions de dénigrement,
- informer la hiérarchie,
- s'abstenir de tout acte dès lors qu'il y a un doute.

Ce mécanisme d'alerte ne se substitue toutefois pas au principe de l'article 40 du Code de procédure pénale, imposant aux agents et aux élus de porter à la connaissance du Procureur de la République tous les éléments qui y sont relatifs, lorsque les faits sont constitutifs d'un délit.

Quels sont les principaux risques encourus ?

1 Le délit de favoritisme (article 432-14 du code pénal)

Ce délit sanctionne les violations de la réglementation applicable au libre accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

L'article 432-14 du Code pénal réprime ainsi le fait 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.

Au regard de la jurisprudence, il n'est pas nécessaire qu'un avantage ait été effectivement octroyé. Il est suffisant que le fait incriminé ait été susceptible de procurer l'avantage.

De plus, il n'est pas nécessaire que l'auteur en retire un avantage. Enfin, le fait d'accomplir, en connaissance de cause, un acte contraire aux textes suffit à caractériser l'élément intentionnel du délit.

Exemples :

- *exercice d'une influence tendant à modifier l'examen du dossier de la CAO,*
- *notation orientée au moment du dépouillement des offres,*
- *mauvaise utilisation des critères définis dans les pièces du dossier de consultation,*
- *emploi d'une procédure inadaptée,*
- *recours au saucissonnage, c'est-à-dire scinder le besoin en plusieurs marchés pour échapper au seuil de mise en concurrence normalement applicable.*

2 La prise illégale d'intérêt (article 432-12 du code pénal)

Le code pénal sanctionne le fait pour un agent de prendre, de recevoir ou de conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont il avait, au moment de l'acte, la charge d'assurer l'administration, la surveillance, la liquidation ou le paiement.

Ce délit est conçu dans un but de prévention et de dissuasion, il incrimine la confusion des intérêts privés avec les intérêts de la collectivité locale.

Le code pénal prévoit des aménagements pour les petites communes.

Ainsi, dans les communes de moins de 3 500 habitants, les maires, adjoints et conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire, peuvent chacun traiter avec leur commune pour :

- le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services, dans la **limite d'un montant annuel de 16 €**,
- acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement,
- acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle.

Les juridictions pénales exercent un contrôle très sévère des dérogations permises dans les petites communes. Les opérations de sous-traitance, par exemple, sont contrôlées strictement, (elles pourraient permettre à un élu local ou agent d'obtenir un contrat payé indirectement par la commune), de même que l'achat d'un bien dans un lotissement communal pour en faire la résidence principale d'un élu.

3 La corruption passive (article 432-11 du code pénal)

Le délit de corruption passive se caractérise par le fait de solliciter ou d'accepter des avantages en nature ou en argent en échange d'actes susceptibles d'aboutir à l'attribution d'un marché public.

Exemple :

Un agent sollicitant d'une entreprise qui l'accepte, le versement d'une commission en échange de quoi il facilitera l'attribution du marché à l'entreprise.

En plus des poursuites et condamnations pénales auxquelles les agents peuvent s'exposer, en raison de leurs comportements ou de leurs agissements, **les intéressés encourent des poursuites et des sanctions disciplinaires.**

4 Conséquences des condamnations pénales

Certaines infractions du Code pénal prévoient la possibilité de priver une personne condamnée de ses droits civiques. Cependant, la qualité de fonctionnaire est subordonnée à la jouissance des droits civiques. Dès lors, une condamnation privative des droits civiques peut faire perdre à l'agent sa qualité de fonctionnaire.

Les rapports d'intérêt entre les élus et les entreprises

L'élu local doit se poser la question de savoir s'il peut prendre part ou non au vote d'une délibération lorsqu'il est intéressé.

En effet, au-delà du risque d'annulation de la délibération sur le plan du droit administratif, il est des cas où l'élu s'expose au titre de sa responsabilité pénale (notamment pour prise illégale d'intérêt).

Il est donc utile d'avoir présentes à l'esprit les règles et les précautions à prendre, tant pour la sécurité juridique des actes de la collectivité que pour la responsabilité personnelle des élus.

1 Un élu local chef d'entreprise peut-il siéger à une CAO ou dans une commission de DSP ?

Un élu local dirigeant une entreprise ou ayant un intérêt dans une entreprise peut siéger à une CAO. Cependant, il doit veiller à ne pas participer aux procédures d'appel d'offres et d'une manière générale à toutes décisions concernant une procédure à laquelle son entreprise, celle de ses proches ou entreprises liées pourraient soumissionner.

Il faut noter que cette solution s'impose aussi aux élus qui sont salariés ou anciens salariés d'une entreprise candidate (Tribunal administratif de Nice, 7 octobre 2005, n°9904141).

2 Quelques conseils à prendre en compte

Il est conseillé à l'élu, qui serait gérant d'une société, de s'abstenir systématiquement de prendre part aux délibérations ou de quitter la salle de délibération au moment du vote si son entreprise est candidate.

L'élu local devra veiller à ne pas avoir la direction ou le contrôle d'une opération susceptible de concerner sa propre entreprise. Il ne doit pas participer au vote qui concerne ses intérêts professionnels (CE, 12 février 1986, Commune d'Orta, n°45146). Il existe cependant une exception, l'élu local administrateur de société d'économie mixte locale.

3 Les élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales

Dans une décision du 10 décembre 2012 (n°354044), le Conseil d'Etat a précisé les conditions pour qu'un élu local administrateur d'une société d'économie mixte locale ne soit pas déclaré intéressé à l'affaire au sens de l'article L. 2131-11 du Code général des collectivités territoriales lorsqu'il participe à une délibération municipale concernant la société.

Le Conseil d'Etat avait déjà limité la constitution de prise illégale d'intérêt en précisant que l'élu doit être directement, personnellement et essentiellement concerné par la décision.

Le juge avait ainsi admis que des élus municipaux pouvaient participer à l'adoption d'une délibération en faveur de la SEM dès lors qu'elle avait aussi des effets positifs pour la commune. Cette évolution est importante, notamment pour les élus qui siègent à la fois au sein des assemblées locales et des SEM.

Certes, la loi a clairement prévu que les élus locaux, qui agissent en tant que mandataires de la commune au sein du conseil de la SEM locale, « ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire » (art. L. 1524-5, CGCT).

Mais une exception est prévue pour garantir la libre concurrence avec les entreprises privées : ces élus « ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de délégations de service public » lorsque la SEM locale est candidate à l'attribution du marché public ou de la DSP (art. L. 1524-5, CGCT).

Il est conseillé que les élus siégeant aux assemblées locales s'abstiennent de toute délibération ayant trait à une société privée, à une SEM, à une association dans lesquelles ils seraient partie prenante.



Les obligations des agents

(loi du 13 juillet 1983, n°83-634)

Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal.

Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.

Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées.

Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt.

Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale.

La confidentialité

Au-delà de l'aspect juridique, et par principe déontologique d'égalité et d'équité de traitement, aucune information potentiellement confidentielle concernant la collectivité et ses fournisseurs ne doit être révélée.

Les agents concernés doivent organiser la protection absolue du secret industriel et commercial des titulaires et candidats. En particulier, la collectivité garantit l'utilisation exclusive, pour le strict besoin du service, des offres techniques et économiques par ses agents.

Toutes les relations avec les entreprises, en dehors de l'exécution d'un marché, doivent se faire dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats potentiels.

Les informations communicables ou non aux opérateurs économiques en matière de marchés publics sont récapitulées dans une fiche réalisée conjointement par la DAI des ministères de l'Economie et du Budget et par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA).

Les agents qui seraient sollicités par une entreprise non retenue pour obtenir plus d'informations que celles transmises dans le courrier qui lui est transmis peuvent l'orienter vers la direction juridique (correspondant CADA).

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 tous les candidats, y compris les candidats ayant retiré les dossiers de consultation par voie dématérialisée.



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.

Il est demandé aux agents ainsi qu'aux élus de respecter le secret des délibérations. Il est formellement déconseillé de communiquer le nom de l'entreprise retenue avant l'envoi des courriers informant les sociétés de la décision d'attribution.

Un courrier d'attribution est envoyé aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature, celui-ci précisant le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre.

Il est fréquent qu'à l'issue d'une procédure de passation de marché public, un candidat évincé réclame 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.

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.

L'égalité de traitement

Ce principe suppose que les opérateurs doivent se trouver dans une situation d'égalité à toutes les étapes de l'acte d'achat.

Lors de la définition des besoins (article 5 du CMP) par le pouvoir adjudicateur, les agents veillent à la rédaction de spécifications techniques et commerciales en veillant particulièrement à l'égalité de traitement.

Au cours de la procédure, les mêmes informations doivent être fournies à l'ensemble des candidats (questions/réponses, modifications du cahier des charges). De plus, l'enregistrement des offres doit être effectué dans le délai prescrit, et ce quel que soit la nationalité ou l'implantation du candidat.

Il n'est toutefois pas possible d'écarter d'office un candidat ayant participé à l'élaboration du cahier des charges, à la condition expresse qu'il n'ait pas obtenu des informations privilégiées susceptibles de l'avantager dans l'élaboration de son offre.

Lors de l'application des critères de jugement des candidatures et des offres, l'examen des candidatures et des offres doit s'effectuer sans parti pris et ne doit pas être discriminatoire.

L'analyse des offres est réalisée sur la base des critères de jugement et leur pondération tels qu'annoncés dans l'avis de publicité.

L'appréciation portée sur l'offre doit être développée, argumentée et en cohérence avec la note donnée.

PARTIE II

LES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

- L'égalité de traitement
- La liberté d'accès
- La transparence des procédures
- Comment préparer un marché ?
- L'exécution du marché

La liberté d'accès

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.

Le site marchespublics.amiens-metropole.com permet à tout fournisseur qui le souhaite d'accéder aux marchés d'Amiens Métropole. Les fournisseurs ont accès aux informations en temps réel.

La liberté d'accès favorise une diversité d'offres permettant d'engendrer qualité et maîtrise des coûts. Une publicité adaptée à l'objet et à l'importance des marchés passés et la mise en concurrence des candidats sont des principes de base dans la recherche de compétitivité.

Pour optimiser l'accès à la commande publique et permettre la libre concurrence, les agents veillent à mettre en œuvre une stratégie d'achat non-discriminante.

A contrario, lorsqu'un acheteur a rencontré des difficultés lors d'un précédent marché, notamment en raison de la méconnaissance des obligations contractuelles par un candidat, il 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 attitré ou de limiter les consultations aux fournisseurs locaux lorsque l'objet du marché ne l'impose pas.

Enfin, s'agissant des niveaux minimaux de capacité, s'ils s'avèrent nécessaires (effectif, chiffre d'affaires, matériel...), ceux-ci doivent rester proportionnés à l'objet du marché.



La transparence des procédures

Ce principe s'applique à l'ensemble des procédures et modes de passation.

La transparence se caractérise par 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 constitue la principale garantie de la transparence des procédures, celle-ci permettant d'ouvrir l'accès aux voies de recours. En application de ce principe, aucun des candidats ne doit disposer d'informations exclusives ou privilégiées.

Il est demandé en outre à chaque agent de ne donner que les informations contenues dans les pièces de l'offre.

Les informations données ne doivent pas pouvoir être interprétées.

Ce principe implique la nécessité d'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 d'attribution, 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).

Comment préparer un marché ?

1 La définition préalable des besoins (article 5 du CMP)

- La définition préalable des besoins est un élément indispensable qui doit être effectué avant le lancement de la consultation. En effet, cette définition conditionne le choix de la procédure à mettre en œuvre, celui-ci dépendant du montant et des caractéristiques des prestations à entreprendre.

Différents paramètres doivent être pris en compte :

- Une analyse des besoins raisonnables des services,
- Une connaissance aussi étendue que possible des marchés fournisseurs (documentation...),
- Une distinction entre achats standards et achats spécifiques.

La définition préalable des besoins se traduit ensuite par la rédaction d'un cahier des charges où les prestations à fournir sont définies par référence à des spécifications techniques objectives et non discriminantes.

Cette définition répond à l'impératif de bonne gestion mais aussi à l'obligation réglementaire d'assurer la sécurité juridique des marchés.

2 Le choix de la procédure

Le respect des procédures s'impose au pouvoir adjudicateur, qui doit choisir la procédure d'achat la plus appropriée. Cette exigence s'inscrit dans un souci de gestion efficace et de bonne utilisation des deniers publics.

Les acheteurs doivent à la fois prendre en compte les procédures prévues par le Code des marchés ainsi que les procédures internes.

A ce titre, vous trouverez les procédures internes mises en place par Amiens Métropole sur l'intranet (cf. : Annexes).

3 La rédaction d'un cahier des charges

Lorsque les marchés sont notifiés, les cahiers des charges sont des documents qui déterminent les conditions dans lesquelles ils sont exécutés. Ils comprennent des documents généraux qui réunissent les clauses applicables à toute une catégorie de marchés et des documents particuliers qui contiennent les clauses propres au marché.

Le cahier des charges vise à définir la prestation à réaliser, la nature de la réponse pour évaluer la capacité du candidat, et organiser la relation tout au long de la prestation.

Ainsi, il doit décrire clairement les objectifs définis par la collectivité, les modalités d'exécution et les critères d'évaluation et d'attribution.

Le cahier des charges doit donc spécifier ce qui doit être réalisé dans le cadre de la réponse à l'appel d'offres. Pour rappel, **le cahier des charges doit être rédigé en toute indépendance.** Cela se traduit par une démarche visant à ne pas favoriser une entreprise en particulier, par exemple par des spécifications techniques auxquelles seule cette entreprise pourrait répondre.

4 Les critères du marché

Il y a tout d'abord les critères relatifs à la sélection des candidats. Cette sélection prend en compte différents paramètres :

- Les capacités techniques,
- Les capacités financières,
- Les références professionnelles.

Une fois la sélection des candidats effectuée, l'acheteur public doit appliquer des **critères d'attribution** de l'offre qui 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 : ils doivent être portés à la connaissance des candidats lors de la consultation (avis d'appel public à la concurrence et/ou dans le règlement de la consultation).

Pondérés : 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.

Non-discriminatoires : afin de respecter le principe d'égalité de traitement à la commande publique, ce qui interdit notamment de privilégier les entreprises locales.

L'exécution du marché

1 Les pénalités de retard

Dans les marchés publics, un délai d'exécution des prestations doit être fixé par le pouvoir adjudicateur. L'article 12 du Code des marchés publics prévoit ainsi, notamment, pour les marchés formalisés, que « *les pièces constitutives d'un marché [...] comportent obligatoirement [...] la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement* ».

Le non-respect des délais d'exécution, sur lesquels s'est contractuellement engagé le titulaire du marché, peut entraîner la mise en œuvre de pénalités de retard.

Elles visent à inciter les titulaires à respecter leurs engagements. Les pénalités de retard prennent la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages-intérêts : elles ont une fonction dissuasive et réparatrice.

De telles pénalités sont prévues dans les pièces du marché.

Le simple constat de l'inexécution suffit à entraîner automatiquement le paiement de la pénalité intégrale.

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, auquel elle ne peut renoncer partiellement ou totalement qu'au moyen d'une délibération motivée approuvant un avenant.

Toutefois, il faut impérativement que cet abandon de créance ne puisse pas être assimilé à un avantage injustifié, élément constitué du délit de favoritisme. Cet abandon ne doit pas être la conséquence d'une sollicitation de l'entreprise.

2 Le non-respect des clauses du contrat

L'entreprise titulaire du marché se doit de respecter l'ensemble des engagements pris notamment concernant le prix du bien ou d'une prestation, ou concernant les caractéristiques techniques d'un produit.

Il arrive cependant que des entreprises peu scrupuleuses utilisent du matériel, un produit différent de celui qui avait été convenu dans le contrat, et cela dans le seul but de faire des économies. Dès lors, le manquement aux clauses du contrat est caractérisé.

Il existe ici un risque déontologique. En effet, certaines entreprises sollicitent l'acheteur public afin qu'il l'autorise à utiliser un matériel ou produit autre que celui prévu dans le marché.

En cas d'acceptation de la part de l'acheteur public, celui-ci pourrait remettre en cause l'ensemble de la procédure et cela pourrait conduire à de nombreux contentieux.

Dans ce contexte, et sous réserve d'un examen particulier de chaque dossier, l'acheteur devrait refuser la proposition de l'entreprise et envisager la résiliation du marché en cas de non-respect de ses stipulations.

Cependant, il est nécessaire de prendre en compte l'importance de la modification et l'économie générale du contrat avant d'envisager toute résiliation.

3 Les avenants

L'avenant est un document contractuel modifiant une ou plusieurs dispositions du marché initial, il ne peut avoir d'autre objet.

On ne peut utiliser un avenant pour réaliser un règlement transactionnel ou modifier les clauses initiales de mise en concurrence.

L'agent doit veiller aux intérêts de la Collectivité.

A noter que le rédacteur de l'avenant engage sa propre responsabilité lors de la rédaction de celui-ci.

Les avenants peuvent modifier de façon limitée le contenu des prestations à exécuter, mais ils ne doivent pas bouleverser l'économie générale du marché ou en changer l'objet (art 20 du CMP).

En pratique, il y a lieu de considérer qu'une augmentation qui excéderait 15% du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles

Les avenants doivent faire l'objet d'une délibération ou d'une décision dûment motivée.

