

La déontologie de l'acheteur public au CG37

Mai 2012

DGA Ressources,
Direction des affaires juridiques et de la
commande publique,
service commande publique

Pourquoi ce guide ?

Au plan national, l'achat public représente environ 10 % du produit intérieur brut ; pour une collectivité telle que le Conseil général, les commandes de travaux, fournitures et services atteignent 100 millions d'euros en moyenne chaque année, soit près de 1/6^{ème} du budget départemental. Les enjeux qui entourent les commandes sont donc très importants, et font peser une responsabilité particulière sur les acheteurs publics. De plus, le cadre réglementaire qui régit l'achat public, d'une complexité croissante, génère de multiples sources de contentieux ; si les anomalies de procédure sont rares et restent généralement plus liées à la forme qu'au fond, l'acheteur peut néanmoins, à cette occasion, attenter sans en avoir conscience aux règles déontologiques qui s'imposent pourtant à lui.

Il convient, en préalable, de préciser deux notions élémentaires :

- **L'achat public** : l'achat public recouvre l'ensemble des achats de travaux, fournitures et services qui sont réalisés par les services de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, les organismes de droit public, les sociétés d'économies mixte et les organismes de sécurité sociale, pour la satisfaction de leurs besoins et ceux des destinataires de l'action ou des politiques publiques. Ces achats peuvent prendre la forme de contrats divers, de marchés ou encore de conventions. Le cadre juridique applicable à ces différentes formes partenariales est notamment constitué, pour les marchés publics stricto sensu (qu'ils soient passés selon une procédure formalisée ou sur procédure adaptée, sans considérations de montant), du Code des marchés publics et de ses textes d'application ; plus largement, l'achat public recouvre également des modes de gestion déléguée tels que les conventions de délégations de service publics, les partenariats public privés, etc ;
- **L'acheteur public** : la notion d'acheteur n'a été définie que récemment (2011) par le Répertoire interministériel des métiers de l'Etat. Ainsi, son rôle consiste très synthétiquement à « *acheter des biens, des prestations courantes et des services en vue de satisfaire les besoins qualitatifs et quantitatifs des services.* » Cette définition sommaire recouvre des missions très larges, au niveau de l'analyse du besoin, du choix des modalités de couverture (par la confrontation avec les autres commandes envisagées par ailleurs, les règles internes à la collectivité et l'état de l'offre), de sa formalisation (fonctionnelle, technique et administrative), de la mise en œuvre de la consultation (rédaction du dossier, gestion de la consultation, réception et analyse des candidatures et des offres, préparation du choix...), de la finalisation du marché (négociation lorsqu'elle est possible, mise au point, gestion des formalités pré et post-signature), du suivi (technique, administratif et financier), de l'évaluation finale... ; l'acheteur peut également contribuer à la définition d'une politique d'achat, exécuter une veille technique, commerciale et réglementaire, Les périmètres d'intervention peuvent, selon les cas être larges (prise en charge de la quasi-totalité de la chaîne) ou très segmentés, en fonction de la nature du besoin, des enjeux, de l'organisation de la fonction achat et des compétences détenues, avec, dans de nombreux cas, une couverture de l'achat qui implique plusieurs acteurs ; en ce qui concerne le Conseil général, on trouve les différents cas de figure, avec une grande variété de situations et de profils.

Dans le cadre d'une réflexion engagée autour de la politique d'achat, les divers entretiens intervenus au début de l'année 2011 entre les services acheteurs et le Service de la commande publique ont mis un constat en évidence : si les acheteurs étaient, globalement, plutôt bien informés quant aux procédures, il convenait néanmoins de renforcer leur professionnalisation en tant qu'acheteurs ; cette professionnalisation passait par une meilleure formation, une information pertinente et actualisée, la mise en place d'un réseau pour faciliter les échanges de « bonnes pratiques », ainsi que la rédaction d'un référentiel pouvant les aider à mieux maîtriser la déontologie de l'achat public.

Ce souci de professionnalisation est largement partagé, comme le prouve la conclusion du « guide des bonnes pratiques » élaboré par le MINEFE (dans sa rédaction issue de la circulaire du 14 février 2012) pour accompagner l'application du CMP : *« Les responsabilités croissantes données aux acheteurs publics, en particulier par les réformes opérées depuis 2006, doivent les amener à être particulièrement attentifs à l'organisation de leurs services d'achat et à la formation des personnels qui en ont la charge. L'achat public requiert une formation particulière, notamment lorsqu'il recourt à la technique de la négociation. En effet, le respect des règles de procédure ne suffit pas, à lui seul, à garantir la qualité d'un achat et la meilleure gestion des deniers publics. 2. Le strict respect des règles de droit est indispensable. Il est, le cas échéant, sévèrement sanctionné par le juge (juge du référé précontractuel, juge du référé contractuel doté du pouvoir d'infliger des amendes à l'acheteur public, juge des comptes, juge pénal, juge européen). La traçabilité de la procédure est essentielle ; les acheteurs publics devront tout particulièrement y veiller pour les marchés relevant de la procédure adaptée ou passés sans publicité ni mise en concurrence. Les acheteurs publics sont invités à suivre les recommandations du Conseil de l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE) sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics. 3. Pour guider les acheteurs dans l'exercice de leurs responsabilités et pouvoirs, à tout moment de la procédure, justifier des choix opérés, il est recommandé aux acheteurs publics d'adopter un **guide de déontologie**, qui devra régir tant le comportement de leurs services d'achats que celui des décideurs finaux. Ce guide pourra utilement contenir, par exemple, des règles relatives à l'interdiction des cadeaux et des invitations, à la déclaration de liens éventuels de toute nature des agents publics avec un fournisseur particulier, à l'obligation des responsables des services d'achat de prendre des congés d'une durée suffisante, à l'accès, à la sécurisation et à l'archivage des documents de toute nature retraçant les échanges avec les fournisseurs, etc. 4. L'attention des acheteurs est attirée, enfin, sur le fait que la plupart des documents relatifs à la passation d'un marché public constituent des documents administratifs communicables à toute personne en faisant la demande. »*

L'intérêt pour un pouvoir adjudicateur tel que le Conseil général de se doter d'un tel guide apparaît évident, a fortiori avec le développement des procédures faisant place à la négociation et à un comportement « actif » des acheteurs : il a donc été proposé de se pencher sur la rédaction d'un référentiel, en s'appuyant sur le travail de fond réalisé par des ONG spécialisées sur ce type de questions. Aussi, le présent guide s'inspire en partie des travaux de « *Transparence internationale* » (TI), branche française d'une ONG présente dans 90 pays dont l'objectif principal est de contribuer à l'amélioration de la gouvernance publique et privée en termes de transparence, d'intégrité et de responsabilité. Cette ONG a publié en 2008 une *charte de déontologie de l'acheteur*, adoptée par certains pouvoirs adjudicateurs (tel le Conseil Général de l'Essonne). Par la suite, de nombreuses collectivités ont signé le « pacte de transparence » élaboré par TI ;

ce pacte, repris dans 18 pays, se présente comme un outil de prévention de la corruption dans la commande publique, par un engagement réciproque entre :

- l'acheteur public, qui s'engage à créer les conditions pour que ses représentants s'abstiennent de toute sollicitation,
- les entreprises candidates aux marchés les plus importants lancés par le précédent, qui devront s'engager notamment à prendre des mesures précises pour assurer la transparence de tous les règlements liés au contrat.

En faisant peser des obligations sur les deux parties signataires, le pacte s'attache ainsi à éviter la corruption active comme passive.

Le Conseil général s'inscrit, naturellement, dans l'esprit de la Charte ou du Pacte, comme dans des divers référentiels de même nature proposés par d'autres organisations ; toutefois, considérant la pléthore des dispositions régissant l'achat public et le formalisme (parfois excessif, avouons-le) qui en découle pour les contractants, il a semblé difficile, au moins en un premier temps, de s'engager dans une voie contraignante et rigide : le choix a donc été fait de privilégier une appropriation plus souple des dispositions déontologiques par les acheteurs du Département comme par les entreprises candidates, à travers un référentiel rappelant les grands principes déontologiques qui s'imposent en matière d'achat public ; telle est la vocation du présent guide.

Ce document, une fois validé, pourrait s'imposer à tous ceux qui, au sein du Conseil Général, sont appelés à intervenir dans les procédures de commande publique. Ces engagements de la collectivité départementale et de ses agents s'imposeraient, de même, à toutes les tierces personnes mandatées par le Conseil Général, telles que les maîtres d'ouvrage délégués, maîtres d'œuvre, bureaux d'études, économistes de la construction, conseils, quels que soient le domaine ou la nature de leur intervention.

SOMMAIRE

Pourquoi ce guide ?

Sommaire

Introduction

1ÈRE PARTIE : LE CADRE JURIDIQUE

I : LES OBLIGATIONS STATUTAIRES DES AGENTS PUBLICS

- 1/ l'obligation de discrétion professionnelle
- 2/ l'obligation de réserve
- 3/ l'obligation d'information du public
- 4/ Le devoir d'obéissance hiérarchique
- 5/ Les règles relatives au cumul d'activité des agents publics

II : LES PRINCIPES GENERAUX RAPPELES PAR LE CODE DES MARCHES PUBLICS

- 1/ la liberté d'accès à la commande publique
- 2/ l'égalité de traitement entre les candidats
- 3/ la transparence des procédures

2^{NDE} PARTIE : LES ENGAGEMENTS DU POUVOIR ADJUDICATEUR ET DES ACHETEURS
--

I : LES ENGAGEMENTS DU POUVOIR ADJUDICATEUR

- 1/ la professionnalisation des acheteurs
- 2/ assurer la collégialité des processus
- 3/ éviter les conflits d'intérêts
- 4/ l'obligation de protection envers les agents

II : LES ENGAGEMENTS DES ACHETEURS

- 1/ L'indépendance de l'acheteur
- 2/ le refus de toute forme de gratification
- 3/ Respecter la confidentialité

III : LA QUALITE DE GESTION, UNE RESPONSABILITE PARTAGEE

- 1/ l'efficacité de la dépense publique et la bonne utilisation des deniers publics
- 2/ les contrôles opérés par la Chambre régionale des comptes

3EME PARTIE : TRADUIRE CES PRINCIPES DANS LA COUVERTURE DES BESOINS
--

I : LA PRÉPARATION DES ACHATS

- 1/ des principes qui s'imposent dès la phase de définition des besoins**
- 2/ des principes qui se déclinent en obligations précises**
- 3/ l'analyse des candidatures et le jugement des offres**

II : LES RELATIONS CONTRACTUELLES

- 1/ la protection des intérêts de la collectivité**
- 2/ une loyauté contractuelle envers le titulaire**

ANNEXE 1 : Les délits susceptibles de concerner les acheteurs publics

- ***La concussion.***
- ***La corruption passive et le trafic d'influence***
- ***La prise illégale d'intérêts.***
- ***les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.***
- ***la soustraction et le détournement de biens.***

ANNEXE 2 : fiche de la CADA sur la communicabilité des documents administratifs en matière de marchés

Introduction

Le code des marchés publics rappelle, dès son article 1^{er}, les grands principes qui s'imposent aux acheteurs publics, avec la **liberté d'accès à la commande publique**, **l'égalité de traitement entre les candidats**, et la **transparence des procédures**, principes mis au service **de l'efficacité de la commande publique** et de la **bonne utilisation des deniers** ; au-delà de cet article, on rappellera que les directives européennes relatives à l'achat public conduisent à exclure des marchés les candidats (*personnes physiques ou morales*) ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour des faits tels que la participation à une organisation criminelle, la corruption, ou encore le blanchiment de capitaux. Ainsi, les procédures et mécanismes prévus par le code visent à garantir le respect de ces principes et à créer des conditions favorables à une commande publique qui soit non seulement efficace, mais qui soit aussi soucieuse de l'éthique.

Même si il est, de façon générale, soucieux de respecter pleinement la déontologie, un acheteur public peut parfois se trouver en situation de commettre des actes constituant des manquements à ces obligations, sans en avoir ni la volonté, ni même conscience. En effet, si la corruption passive, le trafic d'influence, la collusion correspondent à des situations qui supposent une volonté délibérée et peuvent difficilement être constitués par inadvertance, il peut en être tout autrement lorsqu'il s'agit de conflits d'intérêts, de prise illégale d'intérêts, de favoritisme ou de discrimination, actes qui sont tous susceptibles de faire l'objet de sanctions administratives, disciplinaires voire pénales, sans préjudice le cas échéant d'une traduction devant la Cour de discipline budgétaire et financière.

Le présent document s'attache donc à rappeler aux acheteurs quelques précautions et principes de fonctionnement, qui pourront les aider à mieux apprécier la « ligne de partage » entre ce qui doit, ce qui peut, ou au contraire ne peut être fait en matière de commande publique. Ainsi, ce guide s'attache à rappeler les dispositions réglementaires à respecter dans la préparation, la formation et la gestion des achats, ainsi que les principes qui s'imposent aux acheteurs : principes d'indépendance, d'objectivité, de neutralité et d'impartialité, mais aussi d'efficacité dans la gestion.

Ce document s'adresse, en premier lieu, aux agents du Conseil général appelés à intervenir (à quelque titre que ce soit (programmation, expertise, attribution, exécution, contrôle...)) : il convient donc, à ce titre, de rappeler le cadre juridique dans lequel doit s'inscrire l'action des acheteurs (1^{ère} partie), avant d'aborder les engagements respectifs du pouvoir adjudicateur et des acheteurs (2^{nde} partie), puis de s'intéresser à la déclinaison de ces dispositions dans la couverture des besoins (3^{ème} partie).

1ÈRE PARTIE :

LE CADRE JURIDIQUE

Il convient en effet de rappeler quelles sont les obligations pesant sur les agents publics de par le statut général de la fonction publique (I) ; ces rappels effectués, nous nous intéresserons aux grands principes posés par le code des marchés publics (II).

I : LES OBLIGATIONS STATUTAIRES DES AGENTS PUBLICS

Les droits et obligations des agents publics (titulaires ou contractuels) sont déclinés dans le statut général de la fonction publique, dont la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (dite loi Le Pors), modifiée depuis, constitue le titre 1^{er}. De par ce statut, les fonctionnaires concernés jouissent ainsi d'un certain nombre de droits : droit à la protection de la santé, liberté d'opinion, protection contre les discriminations, protection fonctionnelle, droit à la participation, droit syndical, droit de grève. En contrepoint, diverses obligations pèsent sur les agents publics, dont les manquements peuvent les exposer à des sanctions disciplinaires, voire pénales.

Sans entrer dans le détail (certaines obligations ne trouvant pas a priori de traduction directe dans les missions entourant l'achat public), les conséquences sur les acheteurs publics sont notamment les suivantes :

1/ l'obligation de discrétion professionnelle

Sans aller jusqu'au respect de l'obligation de respect du secret professionnel stricto sensu, qui ne concerne que quelques catégories de personnes, les agents publics sont soumis à une discrétion professionnelle : à ce titre, ils ne doivent pas divulguer les informations, ou documents qui ne sont pas communicables au regard des règles régissant la liberté d'accès aux documents administratifs (y compris les documents préparatoires ou inachevés) ; ils ne peuvent pas plus divulguer des faits dont ils ont appelés à avoir connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

Il est à noter que cette obligation vaut non seulement à l'extérieur (vis-à-vis par exemple des administrés), mais aussi à l'intérieur de la collectivité, envers des collègues qui n'ont pas de par leurs attributions à être informés des affaires en cause.

En matière de commande publique, le fait, par exemple, de communiquer à des tiers le contenu de rapports d'analyse des candidatures et des offres (et notamment aux candidats non retenus) sans les expurger des données relatives aux offres non retenues, constitue potentiellement un manquement à cette obligation.

Toutefois, et comme rappelé plus loin, cette obligation de discrétion professionnelle connaît certaines limites, comme les dispositions relatives à la communication des actes, et la divulgation obligatoire d'agissements contraires aux dispositions législatives et réglementaires, comme, par exemple, des atteintes au droit du travail commis par le titulaire d'un marché.

2/ l'obligation de réserve

Cette obligation de réserve veut que tout agent public fasse preuve de réserve et de mesure dans l'expression de ses opinions personnelles à l'égard des administrés, de la collectivité, des tiers, et des autres agents publics, que ce soit verbalement ou par écrit, durant le temps de service mais aussi hors du temps de service (a fortiori si, hors temps de service, l'agent en cause fait état de ses fonctions), et pour les agents en disponibilité.... tout comme pour les agents qui ont été suspendus.

En matière de commande publique, un agent public qui aurait, par exemple, des griefs personnels envers une entreprise, ne doit en aucun cas en faire état dans le cadre de ses fonctions et peser ainsi sur les relations entre la collectivité qui l'emploie et l'entreprise en cause. Il lui est de même interdit de porter publiquement un jugement de valeur sur une décision, telle que celle conduisant à attribuer un marché à un candidat.

On est donc ici face à une obligation qui est autant « comportementale » que liée à une obligation réglementaire.

3/ l'obligation d'information du public

Le droit d'accès aux documents administratifs est régi notamment par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, et le décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, conduisent à une obligation d'information pour les agents publics.

Ces textes sont consultables à partir des liens suivants :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000339241&fastPos=1&fastReqId=18082753&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000265304&fastPos=1&fastReqId=168144141&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

En ce qui concerne les commandes publiques, sont notamment concernés par cette obligation de communication les rapports, comptes-rendus, procès-verbaux, de même que les contrats une fois que ceux-ci ont été passés (avant cette date, ils gardent un caractère préparatoire, qui les rend non communicables) ; si le marché en cause revêt un caractère répétitif (ce qui pourra être le cas lorsque la collectivité est susceptible de lancer des marchés portant sur le même objet à court terme, et que la communication du détail de l'offre retenue pourrait nuire à la future mise en concurrence), la communication du dossier de marché pourra n'être que partielle.

Matériellement, les demandes de communication de pièces doivent obligatoirement être formulées par écrit, et préciser la nature du document souhaité. Le délai imparti à l'administration pour répondre à une telle demande est d'un mois. Au terme de ce délai, ou en cas de refus de l'administration, le demandeur peut saisir la commission d'accès aux documents administratifs (Cada) qui rend un avis sur la communicabilité ou non du document en cause. Cet avis est transmis au demandeur et à l'administration concernée. On pourra utilement consulter le site de la Commission à l'adresse suivante : www.cada.fr.

La communication peut se faire par consultation gratuite sur place (option à éviter, car elle ne garantit pas la protection des données non communicables), par la délivrance d'une copie du document concerné, ou par courrier électronique. La communication d'une pièce est en principe opérée gratuitement ; toutefois, si la reproduction des pièces est de nature à générer un coût sensible pour la collectivité, ou lorsque le demandeur systématise des demandes de communication de copies (cas, par exemple, de structures qui font commerce des données ainsi recueillies), le coût des copies peut être facturé.

Cette obligation trouve néanmoins ses limites dans la protection du secret industriel et commercial, ou les obligations statutaires de secret ou de discrétion rappelées plus haut. Toutefois, la ligne de partage entre éléments communicables et données protégées n'est pas toujours facile à établir, de même que l'équilibre à trouver entre cette obligation de communication d'une part, et les obligations parfois antinomiques de secret et de discrétion d'autre part, peut parfois poser des problèmes aux agents publics concernés, et tout particulièrement aux acheteurs ; on trouvera des précisions utiles dans l'annexe 2 du présent guide, de même que le service commande publique pourra utilement les conseiller lorsqu'ils sont confrontés à une demande de communication. On rappellera également que le Conseil général a une « correspondante Cada », en la personne de Patricia Bonamy (Directeur des affaires juridiques et de la commande publique).

4/ Le devoir d'obéissance hiérarchique

La fonction publique repose sur un principe de subordination hiérarchique, qui conduit à ce que tout agent public, quel que soit son rang dans la hiérarchie, doive se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, qu'elles soient formulées verbalement ou par écrit.

Cette obligation d'obéissance n'est néanmoins pas absolue, et connaît deux grandes limites :

- lorsque l'agent est confronté à un ordre illégal : lorsque l'ordre donné par le supérieur hiérarchique est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement l'intérêt public, les agents publics ne sont plus soumis à l'obligation d'obéissance hiérarchique ; par précaution, un ordre dont la régularité n'est pas avérée pourra donner lieu à une demande de confirmation écrite ; si une telle confirmation n'exonère pas le destinataire de sa responsabilité, elle pourra néanmoins en atténuer la portée le cas échéant ;
- le droit de retrait : lorsqu'un agent a un motif raisonnable de penser qu'une situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, il peut alors se retirer de cette situation. Ce droit de retrait est, parfois, invoqué lorsqu'un agent réprovoque un ordre hiérarchique qui lui semble contraire à l'éthique ; or, de par le statut général de la fonction publique, seule une situation de « danger imminent pour sa vie ou sa santé » peut légitimer un tel droit.

Cette obligation d'obéissance hiérarchique n'exonère pas chaque agent, qu'il soit subordonné ou responsable hiérarchique, de sa responsabilité propre pour les tâches dont il a la charge.

5/ les règles relatives au cumul d'activité des agents publics

Les fonctionnaires et les agents non titulaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle à leur emploi dans la fonction publique.

Aussi, il ne leur est en principe pas possible d'exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative, parallèlement à leur activité dans la fonction publique. Ils ne peuvent ainsi

pas participer aux organes de direction de sociétés (sauf en cas de création ou de reprise d'une entreprise par l'agent, comme rappelé plus loin) ou d'associations à but lucratif, ne peuvent de même pas donner des consultations, procéder à des expertises,

Pour ce qui concerne la commande publique, les agents concernés ne peuvent prendre, directement ou par personne interposée, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance dans une entreprise qui est soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent, ou qui se trouve être en relation avec cette administration (par exemple pour un titulaire de marché public). Un tel cas de figure pourrait même conduire l'agent à tomber sous le coup d'une prise illégale d'intérêt.

L'interdiction de cumul connaît toutefois diverses atténuations, avec des activités pouvant être exercées à titre accessoire (en dehors bien entendu des heures de service de l'agent), précisées dans diverses circulaires. On classera ainsi ces activités en plusieurs catégories :

- des activités accessoires librement autorisées : ainsi, les agents publics peuvent librement détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices attachés, peuvent exercer une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif, et peuvent de même produire des œuvres (œuvres littéraires, graphiques, photographiques, compositions musicales, ...) sous réserve de respecter les règles relatives aux droits d'auteur des agents publics et les obligations de secret et de discrétion professionnels ;
- des activités accessoires soumises à autorisation préalable : certaines activités accessoires peuvent être exercées (services à la personne, vente de biens fabriqués personnellement par l'agent, expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privé, enseignement et formation, travaux de faible importance réalisés chez des particuliers, activités agricoles, activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale, activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou privée à but non lucratif, vendanges) ; des cumuls d'activités particuliers sont en outre prévus pour certaines catégories de fonctionnaires, tels que les architectes

Attention néanmoins : le fait qu'une activité envisagée soit potentiellement autorisée ne signifie pas nécessairement que, dans le cas du demandeur, il n'y ait pas de « contre-indication ». Aussi, lorsqu'un agent public souhaite exercer une activité accessoire soumise à autorisation, il doit alors solliciter l'accord préalable de la collectivité qui l'emploie, par écrit, en précisant l'identité de l'employeur ou la nature de l'organisme pour le compte duquel l'activité accessoire sera exercée, la nature, la durée, la périodicité et les conditions de rémunération de cette activité. L'administration dispose d'un mois pour répondre à compter de la réception de la demande (2 mois en cas de demande de complément d'information). En l'absence de réponse écrite dans ce délai, l'autorisation de cumul d'activités est réputée accordée ; mais, même lorsque l'autorisation a été accordée, l'employeur peut s'opposer à tout moment à la poursuite d'une activité si l'intérêt du service le justifie, ou lorsque les informations sur le fondement desquelles l'autorisation a été accordée apparaissent erronées ou que l'activité ne revêt plus un caractère accessoire.

Enfin, on citera deux cas de figure particuliers :

- Cumul d'un emploi public avec la création ou la reprise d'entreprise : un agent public peut demander à bénéficier d'une autorisation de cumul lorsqu'il crée ou reprend une entreprise, pour une durée de 2 ans renouvelable une fois pour une durée d'un an, avec le cas échéant la possibilité de travailler à temps partiel. Cette demande de cumul doit être soumise à la commission de déontologie (institution publique composée de membres des grands corps de l'Etat, et chargée de contrôler le départ des agents publics dans le secteur privé et dans le secteur public concurrentiel). ;
- Cumul d'un emploi public avec la direction d'une société ou d'une association : une personne, lauréate d'un concours de la fonction publique ou recrutée en tant qu'agent non titulaire, qui était auparavant dirigeant d'entreprise ou d'association à but lucratif, et qui souhaite prolonger son activité privée, peut demander à y être autorisée. Pour une durée d'un an renouvelable une fois, soit 2 ans au maximum ; là aussi, cette demande est également soumise à la commission de déontologie.

Les agents à temps non complet ont les mêmes droits et obligations.

Là aussi, il ne saurait bien entendu y avoir un « mélange des genres » lorsqu'un agent est autorisé à cumuler un emploi public et une activité accessoire ; en outre, les dispositions pénales relatives à la prise illégale d'intérêt peuvent s'appliquer en l'espèce.

Le statut des fonctionnaires offre, ainsi, une première référence « déontologique » pour les acheteurs ; les principes rappelés par l'article 1^{er} du CMP qui, dans certains cas, recourent les obligations présentées plus haut, sont aussi à prendre en considération.

II : LES PRINCIPES GENERAUX RAPPELES PAR L'ARTICLE 1^{ER} DU CODE DES MARCHES PUBLICS

L'article 1^{er} du code des marchés publics dispose que « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code* ».

Ces principes sont ainsi commentés dans le « guide des bonnes pratiques » (consultable sur l'intranet, à partir du code mis en ligne) : « *Pourquoi faut-il procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence ? Les mesures de publicité et de mise en concurrence assurent le respect des principes rappelés à l'article 1^{er} du code : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures. Ces principes découlent des règles du traité instituant l'Union européenne et, notamment, du principe de non discrimination en raison de la nationalité (CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98). Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de principes comparables, qu'il déduit des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Conseil constitutionnel, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003, p. 11205). Le juge administratif veille au respect de ces principes généraux du droit des marchés publics (Conseil d'Etat, avis, 29 juillet 2002, société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921, Lebon, p. 297).* »

L'acheteur public doit garder en permanence ces grands principes à l'esprit, en ce sens que nombre de questions qui peuvent se poser en cours de procédure trouvent leur réponse dans la simple exégèse de ceux-ci. Sans entrer dans le détail (nous retrouverons ces principes mis en application dans les développements suivants), il est utile de commenter rapidement ces grands principes, dont la valeur constitutionnelle, rappelée plus haut, renforce encore le caractère impérieux pour les acheteurs.

1/ la liberté d'accès à la commande publique

Le guide susmentionné rappelle ce qu'implique ce principe : « *Il résulte du principe de la liberté d'accès à la commande publique que tout opérateur économique peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public, à l'exception, toutefois, des opérateurs économiques placés sous l'effet d'une interdiction de soumissionner. Tout opérateur économique peut se porter candidat. Il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé, sous quelque forme que ce soit, à la préparation d'un marché public. Ainsi, la participation d'une entreprise à la définition d'un projet « d'investissements d'avenir » s'inscrivant dans le cadre des programmes prévus par la loi no 2010-237 du 9 mars 2010 ne constitue pas, en elle-même, un motif justifiant que cette entreprise soit écartée des consultations futures mettant en œuvre le projet qu'elle aura contribué à définir. Il revient, en revanche, au pouvoir adjudicateur d'apprécier, au cas par cas, si une telle entreprise possède un avantage concurrentiel sur les autres candidats et de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats. En particulier, lorsque la collaboration préalable d'une entreprise lui a permis de recueillir des informations*

susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats, l'acheteur public doit supprimer la différence de situation des entreprises en communiquant ces informations à tous les candidats. De même, un acheteur public ne peut interdire, par principe, à des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles de soumissionner concurremment à l'attribution d'un même marché. Il doit apprécier, au cas d'espèce, si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises, de nature à justifier que ces entreprises soient écartées de la procédure. Enfin, la candidature d'une entreprise ne peut être rejetée au seul motif que l'Etat dont elle est ressortissante n'est pas partie à l'accord sur les marchés publics ou à un accord international comportant un volet « accès aux marchés publics », ou que, compte tenu de l'objet du marché ou de son montant, ces accords ne garantissent pas à l'entreprise concernée un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques européens. Les limites des engagements communautaires en matière d'accès aux marchés publics ne s'appliquent pas d'elles-mêmes. En effet, l'accord sur les marchés publics étant dépourvu de tout effet direct, il n'est ni opposable par le pouvoir adjudicateur ni invocable par un opérateur économique qui contesterait l'attribution d'un contrat à un opérateur originaire d'un pays tiers. Par ailleurs, le droit français n'autorise aucune discrimination qui serait fondée sur la nationalité des candidats. L'égalité de traitement constitue un principe constitutionnel et communautaire qu'aucune disposition nationale ne vient restreindre. Toute entreprise d'un pays tiers, signataire ou non d'un accord avec l'Union, partie ou non à l'accord sur les marchés publics, a accès en France à l'ensemble des procédures de marchés publics, au sens communautaire, au même titre que toute entreprise ressortissante de l'Union européenne.»

Le principe ainsi posé peut se résumer ainsi : l'accès aux commandes publiques est libre, pour autant que le candidat ne tombe pas sous le coup de l'un des cas d'interdiction limitativement prévus.

Ces cas sont ainsi rappelés dans le guide :

« *Les interdictions de soumissionner :*

Les interdictions de soumissionner peuvent résulter de condamnations pénales, de la situation personnelle de l'entreprise ou de la violation de ses obligations fiscales et sociales. Le code renvoie à la liste des interdictions établie par l'article 8 de l'ordonnance no 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Cette liste est complétée par l'article 29 de la loi no 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. S'ajoutent également, depuis 2011, les éventuelles interdictions administratives (décisions préfectorales) de postuler à l'attribution des contrats administratifs, prises sur le fondement des dispositions du code du travail.

11.1.2.1. *Les condamnations pénales :*

Dans les hypothèses où la loi le prévoit, et qui correspondent à des condamnations pour participation à une organisation criminelle, pratique de corruption, de fraude ou de blanchiment de capitaux, mais également à des cas de faute professionnelle ou de fausse déclaration, le juge peut prononcer une interdiction de soumissionner à l'attribution de marchés publics. Sont susceptibles, à ce titre, d'être exclues :

– les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues, au code pénal, par :

- l'article 222-38 (manipulation, dissimulation, blanchiment de capitaux liés au trafic de stupéfiants) ;
- l'article 222-40 (importation, exportation, trafic, offre, cession de stupéfiants) ;
- les articles 313-1 à 313-3 (escroquerie et tentatives d'escroquerie) ;
- les articles 314-1 à 314-3 (abus de confiance) ;
- les articles 324-1 à 324-6 (blanchiment de capitaux) ;
- l'article 421-2-1 ou par le deuxième alinéa de l'article 421-5 (direction, organisation ou participation à une organisation ou à un acte terroriste) ;
- l'article 433-1 (corruption active et trafic d'influence) ;
- le deuxième alinéa de l'article 434-9 (délit d'entrave à l'exercice de la justice) ;
- l'article 435-2 (corruption active de fonctionnaires de l'Union européenne et des Etats membres) ;
- les articles 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8 ou par l'article 441-9 (faux et usage de faux) ;
- l'article 450-1 (association de malfaiteurs) du code pénal ;

– les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par l'article 1741 du code général des impôts (soustraction, dissimulation, défaut de paiement en matière d'impositions) ;

– les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin no 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées, dans le code du travail :

- aux articles L. 8221-1, L. 8221-2, L. 8221-3 ou L. 8221-5 (travail dissimulé) ;
- aux articles L. 8251-1, L. 5221-8 ou L. 5221-11 (infractions aux règles d'emploi des travailleurs étrangers) ;
- à l'article L. 8231-1 (délit de marchandage) ;
- et aux articles L. 8241-1 et L. 8241-2 (prêt illicite de main-d'oeuvre).

De plus, l'article 131-39 du code pénal dispose que « lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : [...] 5o L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ». Certaines des dispositions pénales inscrites au sein du code de l'environnement renvoient à cet article du code pénal prévoyant l'exclusion des marchés publics comme peine complémentaire. Le prononcé de cette peine est toujours facultatif, en application du principe de personnalisation des peines.

11.1.2.2. L'exclusion administrative des contrats administratifs

L'interdiction de soumission aux marchés publics peut résulter d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs, ordonnée par le préfet, en application de l'article L. 8272-4 du code du travail.

Après avoir constaté une irrégularité en matière de travail dissimulé, de marchandage, de prêt illicite de main-d'oeuvre ou d'emploi d'étranger sans titre de travail, les corps d'inspection concernés peuvent saisir le préfet du département dans lequel est situé l'établissement en cause. Le préfet peut alors, compte tenu de l'éventuelle réitération de

l'infraction, de son ampleur ou de sa gravité, prononcer une exclusion temporaire des contrats administratifs, qui ne peut excéder six mois.

11.1.2.3. La violation des obligations sociales et fiscales

Au stade de la candidature, les attestations et certificats officiels ne sont pas exigibles. Les candidats ne sont tenus de produire que des déclarations sur l'honneur. Un candidat qui ne peut déclarer sur l'honneur qu'il est à jour de ses obligations sociales et fiscales ne peut être admis à candidater à l'attribution du marché.

La régularité de la situation des candidats au regard de leurs obligations sociales et fiscales est constatée par les organismes et administrations chargés de collecter les différentes taxes, impositions et contributions de sécurité sociale.

L'entreprise qui n'a pas souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale ou n'a pas acquitté les impôts et cotisations exigibles ne pourra pas se faire remettre d'attestation de régularité. Elle sera alors dans l'incapacité de satisfaire aux conditions de l'article 46 du code des marchés publics.

11.1.2.4. Les entreprises en difficulté

Les états de liquidation judiciaire ou de faillite personnelle sont prononcés par le tribunal de commerce, en application des articles L. 640-1 et L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce. Ils entraînent automatiquement l'exclusion de la participation des entreprises concernées à la procédure de marché public.

L'admission au redressement judiciaire, prévu à l'article L. 631-1 du code de commerce, est prononcée par un juge. L'acheteur doit vérifier sur la base des justificatifs fournis par le candidat (copie du ou des jugements concernés) que ce dernier a été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Si tel est le cas, il n'est pas possible de rejeter le candidat concerné. »

2/ l'égalité de traitement entre les candidats

Le second principe, lui aussi d'origine constitutionnelle, tient en l'égalité de traitement.

Le guide des bonnes pratiques rappelle ainsi un principe de bon sens qui, bien que sibyllin, résume parfaitement les obligations de l'acheteur : « *La justification de ces choix sera d'autant plus aisée qu'aura été respecté tout au long de la procédure le principe d'égalité de traitement entre les candidats, dans l'expression des besoins et dans la communication de leurs modifications éventuelles, dans les délais, dans l'information communiquée, dans les relations entretenues avec chacun des candidats, dans les critères de choix... Des règles de bon sens s'imposent. La mise en application de ces principes appartient à l'acheteur. Il est évident que plus les montants sont élevés, plus l'exigence de respect de ces principes est importante et plus les procédures doivent être formalisées.* ».

On voit ainsi que, si le principe de liberté d'accès joue essentiellement dans la « porte d'entrée » de la commande publique que constitue la présentation d'une candidature,

l'égalité de traitement, elle, vaudra à chaque phase, et on citera plus particulièrement les « marques de parcours » suivantes :

- Dans l'établissement du cahier des charges : « *Les spécifications techniques ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité des candidats. L'acheteur public peut demander des informations sur les conditions de fabrication des produits. Il peut notamment, afin de mieux connaître ces conditions, demander des informations sur l'origine des produits. Toutefois, le droit de la commande publique s'oppose à ce qu'il exige un mode de fabrication particulier ou une origine déterminée. Les spécifications techniques ne peuvent pas davantage mentionner une marque, un brevet ou un type, qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écartier certains produits ou productions. L'acheteur public peut, toutefois, y recourir à titre exceptionnel, lorsqu'il lui est impossible de donner autrement une description technique précise de l'objet du marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention ou équivalent* ». En pratique, il n'est certes pas interdit de consulter un ou plusieurs prestataires potentiels en amont de la consultation pour s'assurer du réalisme du futur dossier, mais il conviendra toutefois de prendre ensuite le recul nécessaire pour que le résultat n'en soit pas faussé ;
- Lorsque les candidats sont autorisés à compléter leur dossier de candidature : « *Avant l'examen des candidatures, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, les acheteurs peuvent demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée afférente à leur candidature (capacités techniques, professionnelles et financières) et à leur capacité juridique. Le code n'impose pas toutefois au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats les pièces manquantes. S'il ne demande pas de régularisation, les candidats dont le dossier n'est pas complet ne sont pas admis à présenter une offre. S'il utilise cette faculté, le représentant du pouvoir adjudicateur procède à une demande de régularisation, qu'il adresse aux candidats concernés. Le principe d'égalité de traitement des candidats commande que l'acheteur permette à tous les candidats dont le dossier est incomplet de compléter leur dossier. Aussi, tous les candidats doivent-ils être avisés de ce qu'une demande de régularisation a été faite. Le délai octroyé par le pouvoir adjudicateur pour compléter le dossier de candidature doit être raisonnable et identique pour tous les candidats. Le code précise qu'il ne saurait être supérieur à dix jours. Ce n'est qu'au terme de ce délai que l'autorité compétente peut statuer sur les candidatures. En aucun cas, ce délai ne peut être mis à profit par les candidats pour compléter ou régulariser leur offre (par exemple, en complétant l'offre par la production d'un mémoire technique manquant).* »
- Dans les réponses aux questions des candidats : en cours de procédure, les candidats doivent formuler leurs questions éventuelles par écrit, la réponse étant opérée de même, et diffusée à tous les candidats en même temps ; si l'utilisation de la plate-forme est bien adaptée à ces échanges pour les questions des candidats qui ont retiré le dossier par voie dématérialisée, une réponse en ligne devra être doublée d'une réponse papier pour les candidats qui auront retiré le dossier sous forme papier ; dans tous les cas, le respect du principe d'égalité de traitement veut que les réponses soient diffusées à tous les candidats en même temps, et dans les mêmes termes et conditions ;

- Au stade de la négociation lorsqu'elle est possible : rappelons que la négociation ne vaut que dans le cas des procédures adaptées (si elle a été prévue) et les marchés négociés, avec ou sans publicité préalable et mise en concurrence. En procédure adaptée, le guide rappelle que *«le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. [le pouvoir adjudicateur] ne peut pas se « réserver le droit de recourir à la négociation », empêchant alors toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera, in fine, mise en oeuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier. (...). La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats. Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre. L'acheteur peut choisir de négocier même avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. »* Par ailleurs, de façon générale, le guide précise que *« La négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché, telles que, notamment, son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. La négociation ne peut jamais aboutir à l'abandon d'un critère en cours de procédure. Mais elle laisse à l'acheteur public la possibilité de négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues (...). Même si le pouvoir adjudicateur ne peut modifier substantiellement les conditions du marché telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, il dispose d'une certaine marge de manoeuvre. Il est ainsi possible de négocier sur :*
- le prix ou ses éléments : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;*
 - la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;*
 - la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;*
 - le délai : peuvent être négociées l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;*
 - les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...), bien que ces éléments soient difficiles à négocier lorsque les négociations sont menées avec plusieurs candidats. (...)*
- Une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière. Une formation des acheteurs à cette technique est indispensable.»*

En substance, l'acheteur public doit s'interroger à chaque phase « critique » d'une procédure sur l'incidence de ses décisions au regard du principe d'égalité de traitement : si la décision envisagée apporte un avantage à un candidat, ce principe risque probablement d'être bafoué, et la « ligne blanche » franchie...

3/ la transparence des procédures

Le principe de transparence des procédures constitue le prolongement naturel des deux précédents, en permettant à chacun de s'assurer de leur plein respect par l'acheteur.

Là aussi, le guide des bonnes pratiques apporte un éclairage intéressant sur les conséquences de ce principe, en rappelant que l'acheteur est tenu au respect des principes à valeur constitutionnelle rappelés à l'article 1er du code. Il lui appartient de définir une procédure, permettant de garantir que l'achat a été effectué dans des conditions satisfaisantes de transparence, compte tenu de son montant et de la nature des prestations en cause.

En ce qui concerne les procédures adaptées, le même guide rappelle que « *La liberté de définir la procédure ne signifie pas que l'on ne doit pas être en mesure, à tout moment, de justifier les raisons des choix qui ont été faits. La spécificité de la procédure adaptée tient au fait que l'on ne peut se retrancher derrière le simple respect d'une procédure, mais qu'il convient au contraire d'être en mesure de justifier ses choix. A chaque étape de la procédure, à chaque choix effectué, il convient de se poser la question : comment pourrai-je justifier ce choix, en cas de contestation ? Il est donc indispensable de conserver tout document permettant de démontrer que les choix faits ont été rationnels. C'est le principe de traçabilité et de transparence. Il est, en particulier, recommandé aux acheteurs publics de conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder au choix du titulaire et d'être en mesure de le communiquer. La justification de ces choix sera d'autant plus aisée qu'aura été respecté tout au long de la procédure le principe d'égalité de traitement entre les candidats, dans l'expression des besoins et dans la communication de leurs modifications éventuelles, dans les délais, dans l'information communiquée, dans les relations entretenues avec chacun des candidats, dans les critères de choix... Des règles de bon sens s'imposent. La mise en application de ces principes appartient à l'acheteur. Il est évident que plus les montants sont élevés, plus l'exigence de respect de ces principes est importante et plus les procédures doivent être formalisées.* »

La transparence, rappelée à l'article 1er du code des marchés publics, doit être assurée notamment en matière de motivations et de critères de choix. Aussi, on veillera tout particulièrement aux points suivants :

- Pour la publicité : les avis d'appel public à la concurrence, les règlements ou lettres de consultation doivent mentionner les critères de sélection des candidatures et des offres, ainsi que les sous-critères le cas échéant si il en a été prévu, avec les modalités de leur prise en compte ; les critères doivent être liés à l'objet du marché, opérants, et non discriminatoires ;
- Une information immédiate des candidats écartés : les lettres de rejet des candidatures et / ou des offres adressées aux candidats doivent être envoyées sans retard à compter de la décision de rejet ; elles doivent comporter les mentions prévues à l'article 80 du code des marchés publics ; elles sont signées d'une personne habilitée, et sont envoyées par un moyen permettant de leur donner date certaine ; cette disposition vise à faciliter l'exercice des voies de recours par les intéressés, et tout particulièrement le référé précontractuel ;
- Le respect d'un délai de suspension : un délai minimum de 16 jours (11 jours en cas d'envoi électronique à tous les candidats non retenus) doit être respecté entre

l'envoi des lettres de rejet et la signature du marché ou la passation de la commande ; pour les marchés passés selon une procédure adaptée, un délai de même nature sera respecté sauf cas particulier ; il s'agit, là aussi, de permettre aux candidats non retenus de faire valoir leurs droits ;

- Le respect du droit d'accès aux documents administratifs : les demandes d'information sur les résultats des procédures et de communication de documents sont traitées, dans chaque Direction concernée, avec diligence, et en application des textes législatifs ou réglementaires en vigueur en matière d'accès aux informations et documents administratifs et des dispositions prévues à cet effet par le code des marchés publics ; toute réponse à une demande en ce sens est soumise au préalable au Service commande publique, pour avis ; lorsque des doutes existent quant à la communicabilité de pièces ou d'extraits de pièces suite à une demande écrite, il appartient au service opérationnel concerné de se rapprocher du Directeur des affaires juridiques et de la commande publique du Conseil Général, qui assure le rôle de correspondant de la Commission d'accès aux documents administratifs.

Schématiquement, la mise en œuvre du principe de transparence se résume à la formule suivante : faire ce que l'on dit, et dire ce que l'on fait...

2^{NDE} PARTIE :

LES ENGAGEMENTS DU POUVOIR ADJUDICATEUR ET DES ACHETEURS

Le respect de la déontologie, au sein du pouvoir adjudicateur, constitue une responsabilité partagée ; aussi, dans l'esprit du Pacte de transparence élaboré par « *Transparence International* » et des autres référentiels de même nature, cette responsabilité passe par un engagement fort du pouvoir adjudicateur pour en créer les conditions d'une part (I), et un engagement permanent des acheteurs d'autre part (II).

I : LES ENGAGEMENTS DU POUVOIR ADJUDICATEUR

L'organisation de la fonction achat doit faire l'objet d'une attention particulière permettant de prévenir tout risque pour les acteurs, quels qu'ils soient : elle vise ainsi à prémunir les tiers, la collectivité, ainsi que les agents bien entendu, qui doivent bénéficier de la protection de la collectivité contre toute forme de pression, ainsi que contre toute suspicion illégitime.

Pour cette organisation, trois points doivent à notre sens faire l'objet d'un soin tout particulier :

1/ la professionnalisation des acheteurs

Au-delà des organigrammes en vigueur au sein des pouvoirs adjudicateurs, qui peuvent avoir un aspect réducteur, il est communément admis que la fonction achat ne se résume plus, aujourd'hui, à une approche technique ou procédurale, mais exige des acteurs des compétences diversifiées et une professionnalisation accrue (même si l'achat ne constitue le plus souvent qu'un volet de leurs fonctions).

Les acheteurs doivent donc être bien informés et suffisamment formés aux fonctions exercées dans la chaîne des approvisionnements au sein du pouvoir adjudicateur, dans le double objectif de garantir la sécurisation juridique des achats et de contribuer à renforcer leur efficacité économique.

Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur se doit de mettre un certain nombre de moyens à la disposition de ses agents :

- Un dispositif d'information adapté, actualisé, et accessible : les agents doivent en effet être suffisamment informés des règles et bonnes pratiques de la commande publique par la mise à disposition d'un espace de documentation pertinent, bien adapté aux besoins d'utilisateurs qui n'ont pas nécessairement une formation juridique poussée ; pour être pertinente, cette base documentaire doit pouvoir être tenue constamment à jour, et d'un accès aisé. A ce titre, un espace dédié à l'achat public est prévu sur l'intranet de la collectivité, contenant la réglementation de base, actualisée, ainsi que les dispositions mises en œuvre au sein de la collectivité ; pour le Conseil général, le Service commande publique est en charge de cet espace dédié ; il est également chargé d'apporter une assistance autant que de besoin, de façon collective ou personnalisée ;
- L'accès à une veille technique et commerciale : pour pouvoir se tenir régulièrement informés de l'évolution des techniques dans leur domaine de compétence, les agents peuvent bénéficier d'une formation, d'une information et d'une documentation technique suffisante (dans la limite des enveloppes budgétaires affectées), et sont autorisés à se déplacer sur des salons professionnels ; ils sont, de même, autorisés à recevoir les agents commerciaux des entreprises potentiellement candidates, dans le respect des précautions déontologiques rappelées dans les développements du présent document ;

- L'organisation d'une formation de base dès la prise de fonctions : toutes les personnes impliquées dans les processus d'achat bénéficient d'une action de formation d'adaptation à l'emploi, axée sur les règles et bonnes pratiques de l'achat public, par des stages qui seront, autant que faire se peut, proposés dans les plus brefs délais à compter de leur prise de fonctions ;
- Une actualisation des connaissances par des formations permanentes : les agents appelés à intervenir dans le processus d'achat bénéficient, tout au long de leur carrière sur l'emploi considéré, d'une formation continue adaptée aux fins d'amélioration des connaissances et de perfectionnement des techniques, suivant une périodicité définie par leurs responsables hiérarchiques en fonction des situations constatées et des bilans réalisés ; ces besoins seront formulés à travers le recensement des besoins individuels de formation ;
- Un dispositif d'échange d'expériences et de mutualisation : un réseau d'acheteurs est créé, qui se réunit de façon régulière (a minima 3 fois par an) et autant que de besoin, pour faciliter les échanges d'expériences et la mutualisation des informations ; le service de la commande publique est chargé d'assurer le bon fonctionnement de ce réseau ;
- Une assistance pour les élus membres titulaires et suppléants des Commissions d'Appel d'Offres : le pouvoir adjudicateur s'engage à proposer une action de formation d'adaptation à la fonction, par le biais de supports documentaires et / ou de réunions d'information. Cette assistance, organisée par le Service commande publique, leur est proposée dans les délais les plus brefs après leur élection.

Le 1^{er} engagement du pouvoir adjudicateur consiste donc à mettre en place les moyens nécessaires pour permettre aux acheteurs et acteurs de la commande publique d'assumer pleinement leurs fonctions et missions, avec le professionnalisme que requièrent les enjeux qui entourent les commandes publiques.

2/ assurer la collégialité des processus

La collégialité des décisions ne doit pas être vue comme une défiance envers les acteurs de la commande publique, mais comme une garantie de mobilisation de compétences diversifiées et complémentaires, et comme le moyen de protéger les acheteurs contre toute forme de suspicion ou de déstabilisation. Il importe que la fonction achat soit organisée de façon à préserver une collégialité de l'acte d'achat ;

- Une approche pluridisciplinaire de la commande publique : l'acte d'achat efficace mobilise des compétences diversifiées, avec une maîtrise technique, la prise en compte d'enjeux économiques et financiers, une capacité à la négociation, et une connaissance suffisante des procédures réglementaires. Ces différents savoir-faire ne sont pas nécessairement détenus par un seul et même agent, ni même au sein d'un même service : il est donc souhaitable d'associer à la procédure les différentes personnes détentrices de ces compétences, sous la responsabilité de l'autorité qui décidera en dernier ressort. Le cas échéant, des commandes de faible montant pourront échapper à ce schéma dès lors que les enjeux ne le justifieront pas ;

- Une collégialité assurée à chaque phase critique de la procédure : l'analyse et la définition du besoin, qui exigent une expertise technique, peuvent être assurées par le service opérationnel. Mais les phases les plus délicates du processus d'achat (établissement du dossier de consultation ou du cahier des charges, analyse des candidatures et des offres, négociation, choix ou préparation du choix, évaluation) doivent, elles, être opérées de façon collégiale ; lors de ces différentes phases, un rapport écrit sera établi, signé des différents participants ; le cas échéant, pour des commandes de faible montant, un seul rapport pourra être rédigé, qui sera conservé par le service acheteur ;
- Le droit d'expression des différents acteurs : chaque participant au travail collégial est en droit de formuler ses propres observations et réserves le cas échéant, et d'en demander la transcription écrite ; de même, pour les procédures soumises à la commission d'appel d'offres ou à un jury de concours, chaque membre de ces instances collégiales, ou le rapporteur du dossier devant l'instance correspondante, pourront demander que ses propres observations soient mentionnées sur le procès-verbal. Un maître d'œuvre sera également en droit de faire mentionner ses observations par écrit s'il juge utile de poser des réserves sur les choix opérés.

Ainsi organisée et mise en œuvre, la collégialité pourra être de nature à limiter les risques, à mieux asseoir les processus et à apporter davantage de sérénité aux acteurs.

3/ éviter les conflits d'intérêts

La prise illégale d'intérêt peut être constituée même si la personne en cause n'a aucune intention délictuelle, ni n'a, à aucun moment conscience de s'y exposer ; il importe donc que la collectivité puisse se protéger en tant qu'institution, mais aussi protéger les agents en amont, et qu'elle soit donc informée le plus tôt possible de tout risque de conflit d'intérêt par la mise en place d'une procédure d'alerte adaptée.

Il est donc de la responsabilité du pouvoir adjudicateur de prévoir un dispositif ad hoc, avec une information préventive et générale :

- Une déclaration dès la prise de fonctions : à son entrée en fonctions, l'agent public doit informer sa hiérarchie s'il a une participation ou un intérêt (direct ou indirect, à titre personnel ou par l'intermédiaire d'un proche) dans le fonctionnement d'une entreprise, alors même qu'il est susceptible par ses fonctions d'être en relation avec cette entreprise, ou d'intervenir dans une procédure d'achat dans le secteur d'activité de celle-ci. Cette obligation de déclaration, qui relève d'un « principe de précaution », permettra d'éviter tout risque en ne confiant pas à l'intéressé des missions de nature à le placer en situation exposée ; cette précaution pourra être de mise également pour toute personne appelée à intervenir dans la préparation d'une opération ou de la passation d'une commande, dès lors qu'il y a un tel risque de conflit d'intérêt ; ainsi, par exemple, des maîtres d'œuvre appelés à participer à des jurys de concours doivent être interrogés, dès la première réunion, sur l'absence de liens avec les candidats ou concurrents ;
- Une déclaration d'indépendance pour les titulaires de missions de conseil : dans le cadre de sa réponse à un marché d'études susceptible de donner lieu ensuite à un marché de réalisation, le candidat doit s'engager par écrit à ce que ni lui-même, ni

son employeur, ni le groupe auquel appartient le cas échéant sa structure, ne sont liés à quelque titre que ce soit à des entreprises potentiellement concernées par des marchés à intervenir, ainsi qu'à respecter une totale confidentialité sur tous les éléments dont il pourrait avoir connaissance dans le cadre de sa mission

Pour garantir le respect de ces dispositions :

- les personnels administratifs et techniques informent le Directeur des Ressources humaines de la collectivité sous le couvert hiérarchique, d'un éventuel conflit d'intérêt ;
- les intervenants et conseils extérieurs informent par écrit et par lettre recommandée le service opérationnel en charge du dossier ;
- les membres des Commissions d'Appel d'Offres (C.A.O.) ou du Jury, ainsi que les personnalités qualifiées extérieures appelés à participer à leur fonctionnement, agissent de même auprès de l'Exécutif de la collectivité ;
- au vu des déclarations d'intérêts, le pouvoir adjudicateur décide dans chaque cas d'espèce des dispositions qu'il conviendra de prendre ; il pourra ainsi être décidé de limiter la participation de la personne concernée à la rédaction d'un rapport, avec ou sans présentation orale, ne pas l'associer à des phases « critiques » de la procédure, ou écarter sa présence lors des délibérations précédant la décision.

Lorsque la situation pouvant conduire à un conflit d'intérêt se déclare après la prise de fonctions, le début de mandat, en cours de procédure pour les membres extérieurs des commissions ou jurys ou après le début de la mission pour le prestataire extérieur, l'information devra alors être opérée sans délai, auprès des instances susvisées.

Quel que soit le stade, le dispositif est strictement déclaratif, et repose uniquement sur l'initiative de l'intéressé ; il est néanmoins de la responsabilité du pouvoir adjudicateur de rappeler cette obligation aux personnes potentiellement concernées.

Attention : conformément aux dispositions du code pénal, une personne qui a été amenée durant ses activités au sein du Conseil général, à passer des commandes, à instruire les offres, ou à surveiller l'exécution d'un marché d'une entreprise, ne peut accepter une participation ou une embauche par ladite société dans les cinq années qui suivent la fin de ses fonctions. Toute demande de dérogation doit faire l'objet d'une demande écrite auprès du représentant légal de la collectivité, saisi sous le couvert du Directeur général des services.

4/ l'obligation de protection envers les agents

L'achat public est un domaine dans lequel les sources potentielles de contentieux sont multiples, et qui peut, dans l'absolu, exposer tout particulièrement les agents appelés à intervenir dans les processus d'achat.

L'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose notamment que les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions « *d'une protection organisée par la collectivité publique dont ils dépendent, conformément aux règles fixées par le code pénal et les lois*

spéciales ». Ainsi « la collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle ».

Concrètement, la collectivité a l'obligation statutaire d'apporter une protection notamment juridique à ses agents mis en cause sans qu'il n'y ait de faute personnelle de sa part. Pour mémoire, une faute personnelle peut être une faute commise dans l'exécution du service mais qui, en raison de sa particulière gravité, est "détachable du service public" ; il peut s'agir d'une malveillance de l'agent, d'un acte « injustifié au regard des pratiques administratives normales », d'une inexcusable négligence ou d'une imprudence.

En réponse (JO Sénat du 23/04/2009) à une question de M. Masson, Sénateur de la Moselle, sur la portée de cette protection pour un fonctionnaire qui ferait l'objet de poursuites pénales sans qu'une faute personnelle ne puisse, au final, lui être imputée, la garde des sceaux, ministre de la justice, a précisé que « *cette protection se traduit par la prise en charge des frais de procédure exposés par l'agent pour sa défense et par la prise en charge des réparations civiles éventuellement prononcées à son encontre. Cependant, cette protection joue dans le cas de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle de l'agent.* ».

Au-delà de la défense juridictionnelle de l'agent, l'obligation de protection commence par le fait de le prémunir contre toute mise en cause injustifiée.

Par le respect de ces obligations statutaires ou ces différentes précautions, le pouvoir adjudicateur pourra ainsi créer les conditions d'une fonction achat sereine.

II : LES ENGAGEMENTS DES ACHETEURS

Si la collectivité a une responsabilité en créant les conditions favorables à un travail serein pour l'acheteur, lui-même doit, pour ce qui le concerne, se plier aux diverses obligations qui pèsent sur lui et s'engager également sur les points suivants.

1/ L'indépendance de l'acheteur

Des relations loyales entre les différentes parties reposent en premier lieu sur une indépendance de l'acheteur envers les candidats. Aussi, les acteurs de la commande publique s'engagent à respecter en toute circonstance les obligations ci-après :

- Hors des consultations : les entretiens acheteur-opérateur économique se limitent aux contacts nécessaires à la bonne réalisation des missions confiées au premier, en matière de veille technologique et commerciale ; elles visent à permettre à l'acheteur de se tenir informé de l'état de l'offre, mais il est de sa responsabilité de veiller, lors de la définition du besoin, à respecter une concurrence effective et loyale entre les opérateurs économiques ; lors de telles rencontres, il convient de ne pas évoquer les procédures susceptibles d'être lancées à court terme, ni, a fortiori, de délivrer d'informations de nature à rompre l'égalité de traitement entre les candidats ; à défaut, tous les candidats déclarés doivent être reçus en évitant toute situation de privilège, et avec un souci d'un niveau d'information strictement identique
- En phase de consultation : il convient d'éviter les rencontres avec les opérateurs économiques ou fabricants en cours de consultation (de la phase de rédaction du dossier de consultation, au choix final), même si les candidats en font la demande ; l'acheteur devra inviter les candidats à formuler leurs éventuelles demandes de compléments d'information par écrit, dans la mesure où ces demandes sont strictement nécessaires à la bonne compréhension des attentes de la collectivité, et veillera à apporter le même niveau d'information à tous les candidats, dans des termes identiques et simultanément ; il pourra par exemple être recouru au « profil acheteur » (plate-forme spécifique aux consultations de marchés publics) de la collectivité pour organiser les échanges. Le cas échéant, une rencontre pourra être organisée sur place, si celle-ci est, là encore, nécessaire aux candidats pour présenter une offre adaptée ; une telle visite devra alors avoir été prévue au dossier de consultation, et être proposée à tous les candidats, dans des conditions identiques, et si possible sur un temps rapproché ;
- Une prudence envers les prêts de matériels : l'acheteur se doit de refuser toute facilité telle que la mise à disposition d'équipements ou de services qui auraient pour conséquence, voire pour but, de conditionner les choix ultérieurs de la collectivité, telles, par exemple, que la mise à disposition à des conditions particulièrement favorables de matériels conduisant à l'obligation d'acquiescer des fournitures, extensions ou services complémentaires auprès de l'opérateur économique, la réalisation de prestations de services conduisant à une poursuite auprès du même prestataire, etc. Il importe, ainsi, d'éviter tout acte qui serait de nature à limiter ensuite l'indépendance de l'agent comme de la collectivité ;

- Une réserve hors de ses fonctions : l'acheteur doit s'efforcer d'éviter tout mélange des genres entre ses fonctions, et les relations qu'il est susceptible d'avoir avec des entreprises hors de celles-ci. Ainsi, si on ne peut pas interdire à l'agent de passer des commandes à titre privé aux entreprises avec lesquelles il est en affaires pour le compte de la collectivité, l'intéressé devra refuser que ses propres achats soient passés à des conditions qui ne seraient pas conformes aux prix du marché.

2/ le refus de toute forme de gratification

Toute personne impliquée dans la fonction achat au sein du Département s'interdit formellement d'accepter de la part des opérateurs économiques (candidats, ou titulaires) toutes propositions ou sollicitations, ou avantages de quelque nature qu'ils soient, qui puissent provoquer des suspicions de collusion, ou faire d'elle l'obligée de l'autre partie.

Dans ce cadre, l'attention des acheteurs publics sera notamment attirée sur les cas de figure suivants:

- Le refus de toute forme de collaboration : en dehors des cas prévus sous certaines conditions par la réglementation relative aux cumuls d'activité, l'acheteur ne saurait accepter une quelconque rétribution par un fournisseur, y compris pour des prestations qui seraient sans lien avec les commandes en cause (ex : intervention en tant qu'expert) ; toute proposition de collaboration en ce sens devra faire l'objet d'une demande d'autorisation préalable et écrite de la part de la collectivité ;
- L'acceptation d'une invitation à un repas : si la sollicitation ne saurait être de mise, l'acceptation d'une invitation à un repas par un fournisseur, à l'occasion de manifestations de promotion ou lors de manifestations à caractère exclusivement professionnel et scientifique (Congrès, journées d'information...) s'inscrit dans une pratique relationnelle et commerciale courante, et est tolérée à la condition que cette invitation soit d'une valeur raisonnable (on évitera ainsi les grandes tables), et soit clairement dénuée de toute forme de contrepartie ; il est toutefois fortement conseillé de garder un caractère tout à fait exceptionnel à de telles invitations, et de veiller dans la mesure du possible à « rendre la pareille » ;
- Le refus de la prise en charge de déplacements : en effet, hors cas exceptionnels et sous réserve d'un accord préalable de la collectivité, ne peut être acceptée la prise en charge financière de frais de déplacement et de séjour par un opérateur économique à l'occasion de la visite de ses installations, ou de réalisations invoquées par lui au titre de références ;
- Une prudence envers les cadeaux promotionnels : comme pour les repas, la remise de menus cadeaux constitue une pratique commerciale fréquente, qui peut être tolérée dès lors qu'elle reste exceptionnelle par sa fréquence et limitée dans sa valeur marchande (on se doit de refuser un cadeau d'une valeur supérieure à cent euros).

Les acheteurs doivent bien entendu informer sans délai leur hiérarchie de toute forme de sollicitation inopportune ou de pression de la part d'un opérateur économique ou d'un tiers, quelle qu'en soit l'origine et la nature.

3/ respecter la confidentialité

Les acheteurs sont soumis à la discrétion professionnelle vis-à-vis des tiers, et notamment des fournisseurs ou des candidats aux marchés, pour toutes les informations dont ils seront amenés à avoir connaissance du fait de leurs activités professionnelles ; la confidentialité vaut à la fois pour les informations propres au Conseil général, et au sujet des opérateurs économiques.

Dans ce cadre, l'attention des acheteurs est notamment attirée sur le respect des quelques points suivants :

- La confidentialité des études : les études (en cours ou réalisées) susceptibles d'influer sur les travaux réalisés par le Département et sur les fournitures et services nécessaires au Département, et dont la communication pourrait créer un avantage à un opérateur ou à un fabricant, restent confidentielles ;
- La confidentialité des estimations : le montant des crédits prévus par le Département pour une opération d'achat ne doit être communiqué à aucun opérateur économique ; si, à titre parfaitement dérogatoire et de façon justifiée (cas par exemple des concours, ou encore de certaines opérations de communication), tel devait néanmoins être le cas, cette information devra alors être mentionnée au dossier de consultation, et communiquée simultanément et de façon strictement équivalente à tous les candidats ;
- La confidentialité des candidatures : en l'état actuel de la réglementation, rien ne fait obligation à un candidat de s'identifier lorsqu'il retire un dossier de consultation (lorsque le retrait est opéré de façon électronique, le « profil acheteur » permet au candidat de rester anonyme à ce stade). Hors ce cas, les acheteurs peuvent suivre les retraits de dossiers, et avoir, en règle générale, une connaissance au moins partielle de l'identité des opérateurs potentiellement intéressés, mais ils ne doivent en aucun cas communiquer cette information à des tiers, sauf à risquer de fausser le jeu de la concurrence ; de même, les acheteurs devront éviter de confier la diffusion des dossiers à un prestataire extérieur (maître d'œuvre ou reprographe chargé du tirage des dossiers par exemple), afin de pouvoir s'assurer du respect de cette confidentialité ;
- Un dispositif spécifique pour les réponses aux questions des candidats : des personnels nommément et limitativement désignés au sein de chaque direction fonctionnelle par le Directeur concerné sont chargés de répondre, sous sa responsabilité, aux questions posées par les opérateurs économiques envisageant de formuler une offre dans le cadre des procédures concurrentielles en cours ; les questions et les réponses doivent être écrites (aucune réponse ne doit être apportée verbalement, sauf simple précision face à une « mal compréhension » manifestement injustifiée), les réponses étant diffusées à l'ensemble des candidats, simultanément et par écrit ; on ne doit en aucun cas indiquer à cette occasion l'identité des auteurs de la question ;
- Des visites organisées de façon isolée : sur certaines opérations, il peut être prévu de proposer (ou même d'imposer) une visite sur site, destinée à s'assurer que les

candidats auront une parfaite connaissance du contexte. Cette pratique ne doit bien entendu pas être dévoyée, car elle peut être un frein pour les candidats éloignés ; lorsqu'une telle visite est prévue, on évitera de l'organiser de façon collective, afin d'éviter que les candidats ne se rencontrent à cette occasion. L'acheteur doit veiller à respecter l'égalité de traitement entre les candidats (organisation des visites sur une même durée, dans les mêmes conditions, avec le même niveau d'information), en évitant par ailleurs que les candidats potentiels ne soient amenés à se rencontrer ;

- Le respect de l'anonymat dans les procédures de concours : dans les concours, une fois que les candidats ont été sélectionnés sur la base de leurs moyens, compétences et références, le code des marchés publics impose une procédure spécifique d'anonymat. En effet, les concurrents (candidats admis à concourir) choisissent librement un code (généralement numérique ou alpha-numérique) et présenteront leurs prestations avec cette seule identification ; ils joignent à leurs prestations une troisième enveloppe (la 1^{ère} contenant leurs prestations anonymes, la seconde leur proposition de rémunération si ils étaient déclarés lauréats du concours), laquelle contient la correspondance entre leur code et leur identité, avec, par précaution, un double de la prestation remise dans la 1^{ère} enveloppe. Pour que cette règle d'anonymat soit totalement respectée, il est nécessaire de mettre en place un secrétariat du concours, auprès duquel les concurrents remettront leurs prestations sans que leur identité ne soit alors demandée ; le secrétariat du concours doit en outre s'assurer que les prestations ne comportent pas l'identité des auteurs, et sera, enfin, le garant du respect de l'anonymat jusqu'au terme de la procédure, une fois que le jury aura émis son avis motivé sur les prestations ;
- La confidentialité des dossiers : la communication des documents constitutifs des offres et des rapports d'analyse de ces offres est strictement limitée aux seules personnes exerçant une fonction d'étude et de décision dans le cadre de chaque dossier et aux seuls documents indispensables à l'exercice de ces fonctions, les documents remis portent mention de leur caractère confidentiel et donnent lieu à un enregistrement écrit des personnes récipiendaires ;
- La stricte confidentialité des propositions des candidats : de façon générale, l'acheteur public ne doit livrer aucune information sur la teneur d'une offre d'un candidat (solution technique innovante, procédé, variante libre, proposition financière...). Cette interdiction doit être respectée tout particulièrement dans le cadre des procédures permettant le dialogue (dialogue compétitif) ou la négociation (procédure adaptée ou négociée) : ainsi, un candidat qui fait une proposition « intelligente » doit avoir la garantie que le fruit de son travail ne soit divulgué à des tiers qui pourraient ensuite le concurrencer (sur cette consultation ou à l'occasion d'un marché futur). L'acheteur, si il peut s'efforcer de lisser le niveau des offres en incitant des candidats à faire évoluer leur proposition (et ainsi les mettre sur la voie d'une solution potentiellement intéressante), se doit néanmoins de respecter une stricte confidentialité envers le candidat qui aura été à l'origine d'une solution plus pertinente que celle de ses concurrents ;
- Le strict huis clos des réunions de la CAO et du jury : le code des marchés publics dispose clairement que les réunions ne sont pas publiques, et mentionne de façon limitative les agents qui, par leurs fonctions, peuvent être invités à y assister. De

fait, ne peuvent assister aux réunions de la Commission d'appel d'offres ou du jury que des personnes nommément proposées par le Directeur opérationnel concerné, en accord avec le responsable du service commande publique ; le Président de la Commission ou du jury doit ensuite en être saisi, pour autoriser toute autre personne à assister aux réunions ;

- La confidentialité des réunions : les membres à voix délibérante ou consultative des Commissions d'Appel d'Offres et Jury ainsi que les représentants des directions fonctionnelles autorisés à participer à leurs séances, et l'ensemble des personnels de ces directions, ne doivent communiquer à personne, au sein ou en dehors de l'institution, une information contenue dans un dossier d'offres, ou la teneur d'un débat ou d'une délibération intervenue en Commission, sous réserve des dispositions du paragraphe suivant. Les prix, le savoir faire ou les procédés industriels proposés par les candidats restent secrets, avant, pendant et après la séance de la commission d'appel d'offres.

Cette stricte confidentialité à laquelle l'acheteur doit s'astreindre procède des obligations professionnelles rappelées dans le statut, et plus largement d'une obligation de loyauté envers les candidats, mais elle constitue également un gage de crédibilité pour la collectivité comme pour lui-même.

III : LA QUALITE DE GESTION, UNE RESPONSABILITE PARTAGEE

Depuis les dernières réformes intervenues au début du XXIème siècle, l'article 1^{er} du code des marchés publics, dont on ne dira jamais assez à quel point il constitue l'ADN de la réglementation applicable aux marchés publics, rappelle clairement les objectifs de qualité : « - Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. »

La forme est ainsi clairement mise au service du fond : être à la fois efficace et économe des deniers publics. Contribuer au respect de ces impératifs de gestion est une responsabilité partagée entre la collectivité, et les acheteurs, et les contrôles de la Chambre régionale des comptes tendent de plus en plus à en assurer le respect.

1/ L'efficacité de la dépense et la bonne utilisation des deniers publics

En matière de gestion publique, la notion d'efficacité s'est progressivement imposée au cours des dernières années, et les tensions croissantes qui entourent les finances publiques ne font qu'accélérer cette tendance ; l'achat public est concerné au premier chef et la dépense se doit d'être efficace, ce qui commence par une définition juste du besoin comme rappelé plus loin. Plus en aval, dans la gestion de la procédure, le guide des bonnes pratiques rappelle cet objectif d'efficacité à plusieurs niveaux :

- Pour les procédures adaptées : « L'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics invitent donc les acheteurs publics à s'informer sur l'offre existante sur le marché. Lorsque le pouvoir adjudicateur a une bonne connaissance du marché, il peut procéder à l'acte d'achat sans formalité préalable. A défaut, il peut solliciter des opérateurs économiques la production de devis ou procéder à une mesure de publicité minimale, par exemple sur son profil d'acheteur. » Sur la faculté de passer une commande directe sans publicité préalable ni mise en concurrence, la rédaction actuelle de l'article 28 du CMP incite à une certaine prudence, en disposant que « Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables (...) lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. III. • Le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin ». Ainsi, même sous 15000 €, il reste de bonne précaution d'éviter d'abuser de cette faculté ;
- Sur le choix des supports : « Pour les marchés dont le montant estimé est compris entre 15 000 et 90 000 euros HT, il appartient à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité « appropriées aux caractéristiques de ce marché, et

notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé ». Le code laisse une liberté d'appréciation aux acheteurs ; c'est à ce stade que leur professionnalisme et leur responsabilisation prennent tout leur sens. S'il est évident que le choix du support de publicité est fonction du montant du marché, il doit aussi être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et à l'urgence du besoin, et assurer une audience suffisante. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire. L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si, dans les faits, les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de taille, d'être informés de l'intention d'acheter et de la description précise du besoin, pour obtenir une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence. Ne sont retenues comme pertinentes que les mesures procédant de l'initiative propre du pouvoir adjudicateur. Les mesures de publicité intervenues indépendamment de sa volonté sont sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles il a procédé. Les informations peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. On prendra garde que ce moyen de publicité ne peut être un moyen unique suffisant que si le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu et le montant financier du marché. Pour des sites à audience réduite, ce mode d'information ne doit être utilisé que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse. L'information des candidats potentiels peut également être publiée au BOAMP, dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée. Ces supports offrent souvent des tarifs préférentiels pour la publicité des marchés en dessous des seuils de procédure formalisée. La publicité ne signifie pas nécessairement publication (142). Il conviendra toutefois de démontrer, en l'absence de publication, que les entreprises susceptibles d'être intéressées ont été contactées, par tout moyen utile (courriel, fax...). Ainsi, pour un marché de faible montant, une demande de devis à quelques entreprises locales susceptibles de fournir la prestation, dont on gardera la trace, pourra être considérée comme suffisante (143). L'acheteur prendra garde à conserver la trace de ces demandes afin d'être à même de justifier son choix. »

- Sur les délais de procédure : « La détermination des délais de remise des candidatures ou des offres est laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. L'efficacité de la mise en concurrence suppose, toutefois, de laisser aux opérateurs économiques intéressés un délai suffisant pour concevoir leur dossier de candidature et leur offre, au regard notamment du montant du marché envisagé, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats. Une publicité adaptée, qui fixerait un délai de réception des offres trop court, pourrait être considérée comme insuffisante, au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement. »

L'achat public efficace se conjugue également avec l'obligation de bonne utilisation des deniers, que les tensions actuelles sur les finances publiques rendent plus impérieuse encore. Là aussi, le guide des bonnes pratiques apporte des commentaires intéressants sur les conséquences :

- Sur la justification des choix opérés : même pour les marchés d'un montant inférieur à 15000 € HT, le guide rappelle que « *La collectivité publique doit se comporter en gestionnaire avisé et responsable des deniers publics. L'acheteur public doit toujours garder à l'esprit qu'il doit pouvoir être à même de justifier de son choix et d'assurer la traçabilité des achats effectués, selon la nature et le montant de la prestation achetée, y compris éventuellement devant le juge (par exemple, en produisant les catalogues consultés, les devis sollicités, les référentiels de prix ou les guides d'achat utilisés, tels ceux validés par l'Observatoire économique des achats publics ou le service des achats de l'Etat, etc.). L'établissement d'une note de traçabilité de l'achat est recommandé.* »

- Sur la négociation : « *Une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière. Une formation des acheteurs à cette technique est indispensable.* »

- Sur l'attitude à tenir face à une offre apparaissant anormalement basse : « *Les acheteurs doivent veiller à détecter les offres anormalement basses. Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Une telle offre est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base. Dès lors, et quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il appartient au pouvoir adjudicateur qui se voit remettre une offre paraissant anormalement basse, dans un premier temps, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, dans un second temps, d'éliminer cette offre, si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité. La seule circonstance que le prix proposé soit très inférieur à l'estimation de l'acheteur public ne suffit pas à justifier le rejet de l'offre. Celui-ci doit tenir compte des justificatifs fournis à sa demande par le candidat et si celles-ci ne sont pas dénuées de pertinence et ne font pas apparaître une sous-évaluation manifeste des prestations, l'offre ne peut être considérée comme anormalement basse. Par exemple, une entreprise de travaux peut proposer un prix qui semble anormalement bas car elle exécute déjà un marché identique à proximité. Dans cette hypothèse, elle n'a donc pas les mêmes contraintes de déploiement de nouveaux équipements fixes de chantier, ce qui lui permet de réduire ses coûts. Le caractère anormalement bas de l'offre doit être apprécié au regard de l'ensemble de ses éléments et non pas d'une partie d'entre eux, même si les prix sur lesquels ont porté les demandes de précision représentaient une part substantielle du marché. Doit être suspectée d'anormalement basse, l'offre dont le prix ne correspond manifestement pas au taux horaire usuellement pratiqué dans un secteur d'activités et qui ne correspond d'ailleurs pas au taux horaire affiché par le candidat lui-même sur son site internet. Lorsque les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, financières et techniques de l'entreprise, le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter l'offre. Le rejet de l'offre au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être motivé. Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la qualification d'offres anormalement basses ou sur leur omission. Les*

acheteurs publics doivent donc veiller à la bonne utilisation des deniers publics et être conscients des risques, tant opérationnels que juridiques, auxquels ils s'exposent en retenant une offre anormalement basse. »

L'attention des acheteurs publics est ainsi fortement attirée sur la nécessité de gérer de façon parcimonieuse, sans sacrifier l'efficacité au coût immédiat.

2/ les contrôles opérés par la Chambre régionale des comptes

L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers doivent être gardés constamment à l'esprit en matière d'achat public : le respect de ces objectifs fait l'objet de contrôles multiples, par les élus (information régulière sur les conditions de passation et d'exécution des marchés), par le public (obligation de publier une liste annuelle des marchés passés), mais aussi, et surtout, par les contrôles opérés par la Chambre régionale des comptes.

En effet, comme toutes les administrations, organismes publics ou parapublics nationaux, le Conseil général est soumis à un contrôle de la Chambre régionale des comptes du Centre. Sans entrer dans le détail, le contrôle porte sur la qualité et la régularité de la gestion, sur l'efficacité et sur l'efficacité des actions menées au regard des objectifs fixés par les pouvoirs publics ou l'organisme concerné. Pour ce faire, elle analyse les comptes et les pièces justificatives. Elle vérifie si les recettes ont été recouvrées et si les dépenses ont été payées conformément aux règles en vigueur ; si elle relève à cette occasion des irrégularités commises par les gestionnaires, la CRC en fait part aux autorités administratives concernées.

Mais les anomalies de gestion décelées par la Chambre à l'occasion de ses contrôles peuvent aussi conduire à la saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF, qui peut prononcer des sanctions financières pouvant aller jusqu'à deux années de traitement), soit des autorités administratives compétentes (en matière fiscale ou de concurrence par exemple), soit même aux autorités judiciaires.

Ainsi, il apparaît que les objectifs de qualité de gestion qui pèsent sur les collectivités et sur les acteurs de la commande publique font l'objet d'un réel contrôle, qui peut déboucher sur la mise en cause personnelle des agents.

3^{ÈME} PARTIE :

TRADUIRE CES PRINCIPES DANS LA COUVERTURE DES BESOINS

Les principes posés et les responsabilités respectives rappelées, il convient de veiller, de façon partagée, à ce que la déontologie soit respectée tant dans la préparation des achats (I), que dans la gestion des relations contractuelles (II).

I - LA PRÉPARATION DES ACHATS

La préparation d'une consultation est souvent une étape un peu sacrifiée sous la pression des délais, alors même qu'elle conditionne largement le résultat final, et devrait donc être soignée en conséquence sous peine d'une consultation non satisfaisante (voire infructueuse) du fait d'un besoin mal défini, de dérapages dans l'exécution du fait d'omissions ou d'un manque de vision prospective du besoin, etc.

Aussi, on n'insistera jamais assez sur la nécessité de se remémorer les grands principes rappelés par l'article 1^{er} du code des marchés publics... et de les appliquer ensuite dans la préparation de la consultation.

1/ des principes qui s'imposent dès la phase de définition des besoins

Dans la préparation des achats, l'acheteur public doit impérativement garder en permanence en mémoire les principes suivants (qui ne seront pas détaillés ici, pour avoir déjà été abordés dans les développements précédents) :

- La liberté d'accès aux marchés pour l'ensemble des opérateurs économiques (entrepreneurs, fournisseurs et prestataires) potentiels, par l'organisation d'une mise en concurrence adaptée à chaque situation et aussi large que possible, dès le premier euro ; toutefois, un souci de proportionnalité devra conduire à opter pour un degré de formalisme et des moyens de publicité économiquement justifiés ;
- L'égalité de traitement des fournisseurs candidats à un marché, par une appréciation impartiale des dossiers reçus et la mise en oeuvre de critères objectifs et justifiés de sélection et de choix ;
- La transparence des procédures, par une motivation précise des décisions de choix et de non choix de candidats ;
- L'usage optimal des deniers publics, par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est à dire le choix présentant la solution la plus performante au regard de tous les critères posés, en fonction de leur poids respectif.

Ces obligations ne doivent pas être vues comme des vœux pieux, mais doivent, au contraire, dicter l'attitude de l'acheteur à chaque phase de la procédure.

2/ des principes qui se déclinent en obligations précises

Concrètement, au stade de la préparation du marché, les principes précités peuvent se décliner ainsi :

- Une définition des besoins au juste niveau, en évitant une sur-qualité qui sera généralement un facteur de surcoût immédiat ou à terme ; on citera par exemple, le refus d'un équipement sur-dimensionné qui, même si le prix d'achat est similaire à celui correspondant au juste besoin, pourra s'avérer moins fiable, plus onéreux à l'usage ou en maintenance... et interdira par la suite de revenir à un matériel

strictement conforme au besoin sauf à générer un sentiment de régression chez les utilisateurs. La définition des besoins doit s'opérer avec l'utilisateur, sur la base du besoin réel, ni plus ni moins ;

- Une estimation sincère du besoin, qui ne conduise ni à une sous-évaluation (qui conduirait à sacrifier la qualité et le coût global au profit du prix immédiat, et à des consultations infructueuses), ni à une sur-évaluation (qui amène parfois à faire des choix techniquement injustifiés, et laisse un sentiment de manque de maîtrise de la part du service instructeur). Il convient de rappeler que l'estimation de l'opération doit, en premier lieu, être indiquée sur la fiche de dévolution (disponible dans l'intranet) qui est transmise au service commande publique en amont, et qu'elle doit par ailleurs être annoncée avant l'ouverture des offres ;
- Un principe de mise en concurrence : sous réserve d'un nombre approprié de fournisseurs potentiels, l'acheteur ne procède à aucun achat sans se placer en situation de pouvoir comparer plusieurs offres ; lorsque la publicité préalable n'est pas requise, les commandes de faible montant pourront donner lieu à une demande de devis auprès de 3 ou 4 candidats a minima ; dans les autres cas, une publicité adaptée sera de règle, sauf à ce que le service opérationnel puisse justifier du caractère inopérant d'une telle publicité. L'attention des acheteurs est en effet attirée sur la formulation actuelle de l'article 28 du code des marchés publics : « II. • *Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les situations décrites au II de l'article 35 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.* III. • *Le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.* »
- Des cahiers des charges rédigés de façon à obtenir des réponses homogènes et à éviter des difficultés d'interprétation lors de l'examen des candidatures et de l'analyse des offres ; ils ne peuvent avoir pour objet ni pour effet de réduire arbitrairement la concurrence ou de désigner pratiquement tel ou tel fournisseur ni mentionner telle ou telle marque, hormis les exceptions prévues par le code des marchés publics, et dans la mesure où une telle restriction est strictement justifiée et conforme aux dispositions réglementaires ; de façon générale, les cahiers des charges doivent se référer dans la mesure du possible aux normes existantes, et être établis de façon à permettre une réelle diversité dans les offres, en raisonnant davantage en termes d'objectifs et de résultats vérifiables que de solutions imposées ;
- Un recours exceptionnel aux marchés sans publicité préalable ni mise en concurrence : les directions produisent une motivation écrite lorsque, sur le marché au sens économique du terme, il n'existe à leur connaissance qu'un seul produit susceptible de satisfaire le besoin défini et correspondant à leurs impératifs objectifs ; même si, selon l'adage, « l'absence de concurrence se démontre et ne se présume pas », on veillera néanmoins à éviter aussi bien les restrictions

abusives de la mise en concurrence, que les consultations « alibi » dans lesquelles le cahier des charges ne permet pas de réelle solution alternative à celle du candidat pressenti, pratique qui est de nature à susciter des contentieux ;

- Des critères justifiés, dont le choix et le poids seront adaptés au profil de l'opération ; les éléments pris en considération pour l'appréciation de la valeur technique des produits ou prestations sont clairement précisés avant l'analyse des offres.

Les acheteurs devront naturellement, à ce stade, respecter les grandes lignes définies dans le cadre de la politique d'achat de la collectivité, dans le choix de la procédure, les modalités de publicité, l'allotissement, les clauses d'exécution, l'ouverture aux variantes, les critères, les modalités de jugement des offres, etc.

Ces différentes précautions permettront, dès ce stade, de se mettre en conformité avec les principes généraux de la commande publique.

3/ l'analyse des candidatures et le jugement des offres

A ce stade, l'acheteur doit se conformer à la stricte application des critères de sélection des candidatures et de jugement des offres, ni plus ni moins, sans laisser des considérations parasites entrer en ligne de compte :

- Des capacités professionnelles, techniques et financières prises en compte de façon raisonnée, au regard des spécificités de l'opération ; en effet, la définition en amont des conditions d'admission des candidatures lie le pouvoir adjudicateur, qui ne peut ni faire l'impasse sur les niveaux minimaux exigés, ni, à l'inverse, surajouter par rapport aux standards exigés. L'acheteur ne peut pas, non plus, faire intervenir des éléments connexes et s'en contenter pour écarter un candidat : ainsi, à titre d'exemple, des difficultés passagères d'une entreprise d'une part, ou des difficultés rencontrées dans le passé avec un candidat, ne doivent pas conduire à une élimination automatique de la candidature, mais inciter au contraire à un examen d'autant plus détaillé du dossier ; il n'est pas possible, enfin, d'écarter un candidat pour le seul motif qu'il n'ait pas de références pour des opérations comparables ; on doit enfin rappeler que l'appréciation des capacités recouvre celles des co-traitants et sous-traitants ;
- Des critères de jugement des offres appliqués conformément au règlement : en premier lieu, le jugement des offres s'opère sur la base des critères annoncés (tous ces critères, et rien que ces critères), en fonction de leur pondération ou à défaut de leur hiérarchisation ; dans l'absolu, l'attribution est ainsi largement automatisée. Concernant les éléments financiers, dès lors que le coût global est retenu comme un critère de jugement des offres (ce qui est plus représentatif que le seul prix immédiat), l'analyse des offres tient compte de l'ensemble des éléments constitutifs du coût d'acquisition et d'utilisation du produit ; dans le cadre notamment des logiciels et matériels, les coûts induits (consommables, maintenance, formation, développements spécifiques...) doivent être indiqués avec un engagement de stabilité tarifaire sur la durée, et sont retenus comme un critère ou un sous-critère de jugement ; l'acheteur doit veiller à ce que les candidats s'engagent sur ces coûts induits dès la remise de l'offre, et à conférer un caractère contractuel à cet

engagement.

Il convient de rappeler aux acheteurs que les candidats non retenus sont de plus en plus souvent portés à demander communication des rapports d'analyse (pour les candidatures comme pour les offres) tout comme les procès-verbaux de décision, pour s'assurer que le jugement s'est bien opéré en stricte conformité avec ce qui avait été annoncé dans l'avis d'appel public à la concurrence, le règlement de la consultation, ou la lettre de consultation ; ces pièces doivent donc être inattaquables.

Enfin, les directions organisent en leur sein le retour d'expérience permettant d'améliorer les marchés ultérieurs. A ce titre, une évaluation est systématiquement opérée au terme de l'exécution, de façon objective, neutre et complète.

II- LES RELATIONS CONTRACTUELLES

En aval du choix, l'agent en charge de diriger et surveiller la bonne exécution du marché se doit de respecter une sincérité envers la collectivité comme envers le titulaire du marché, en s'assurant que la prestation sera bien réalisée dans le respect des engagements de chacun.

1/ la protection des intérêts de la collectivité

La sincérité contractuelle concerne au premier chef la protection constante des intérêts de la collectivité. A ce titre, plusieurs obligations pèsent sur le représentant du pouvoir adjudicateur :

- Un devoir d'alerte : le représentant de la collectivité doit informer celle-ci sans retard de toute difficulté dans l'exécution, telle notamment que les retards et / ou manquements du titulaire à ses obligations contractuelles, présence d'intervenants qui n'auraient pas été dûment déclarés, etc ; tout contrôle, essai, vérification quantitative ou qualitative de toute nature, qui sont prévus au marché, doivent être réalisés ;
- Un devoir de surveillance : le représentant de la collectivité doit veiller à la stricte application des clauses du marché (respect des prescriptions, modalités d'exécution, quantités mises en œuvre, délais, application des pénalités prévues...) comme de la réglementation en vigueur (notamment au regard du droit du travail, du recours à la sous-traitance, etc.) ; les réserves devront être posées si la situation les justifie ;
- Un devoir de rigueur face aux prestations complémentaires : des prestations modificatives ou complémentaires éventuelles doivent revêtir un caractère strictement nécessaire ; elles font obligatoirement l'objet d'un accord écrit avant tout commencement d'exécution, et sont formalisées sans retard sur le plan administratif. Le gestionnaire de l'opération doit veiller à refuser toute forme de reconstitution de marge à cette occasion : ainsi, il appartient au représentant du pouvoir adjudicateur de veiller à ce que des prix nouveaux qui seraient introduits en cours d'exécution par bordereau de prix supplémentaires, avenant, ou marché complémentaire, soient établis par stricte analogie avec les prix d'origine ou, à défaut, en exigeant du titulaire tous justificatifs permettant de démontrer leur cohérence avec les prix d'origine ;
- La vérification du service fait : le règlement des sommes dues au titre du marché ne peut intervenir qu'après que la personne en charge de diriger ou surveiller l'exécution ait dûment contrôlé et attesté du service fait ; on devra attirer ici l'attention des agents sur la prise de responsabilité qui découle d'une telle attestation : attester d'un service fait sans que les prestations qui y sont visées n'aient été complètement réalisées constitue une faute.
- Une évaluation des prestations réalisées : au terme de l'exécution, une évaluation sincère et exhaustive des prestations réalisées et des conditions de leur exécution est opérée.

2/ une loyauté contractuelle envers le titulaire

Un bon contrat est un contrat équilibré, qui, s'exécute dans une logique de « gagnant – gagnant » : plutôt que de se dérouler dans un climat de rapports de force, l'exécution du marché doit au contraire donner lieu à une collaboration de nature à permettre une exécution sans heurts. A ce titre, le pouvoir adjudicateur a des obligations envers le co-contractant :

- **La diligence dans la délivrance des pièces** : les notifications, les ordres de service, et plus généralement tous les actes nécessaires au titulaire pour la bonne exécution du marché, doivent être exécutés sans retard, de même que le pouvoir adjudicateur doit veiller à donner rapidement suite à la délivrance d'un exemplaire unique du marché, ou si possible le délivrer spontanément ; de façon générale, le pouvoir adjudicateur doit faire tout ce qui relève de sa compétence pour faciliter l'exécution du marché ;
- **La rationalisation de l'exécution** : dans le cas de marchés à bons de commande, notamment en matière de fournitures courantes, les commandes doivent dans la mesure du possible être globalisées, afin de ne pas faire supporter au titulaire des frais de gestion excessifs au regard de la valeur de la commande ; de même, le pouvoir adjudicateur doit s'abstenir d'imposer des contraintes injustifiées, comme, par exemple, la convocation du titulaire d'un lot de finitions à une réunion de chantier pour laquelle sa présence n'est objectivement pas nécessaire ;
- **Le règlement rapide** : de façon générale, et a fortiori dans un contexte de tension sur la trésorerie des entreprises, le versement des sommes dues au titulaire, de l'avance à la libération des garanties, ne doit pas donner lieu à des retards injustifiés ;
- **Une assistance si des difficultés surviennent** : lorsque le titulaire informe la collectivité de difficultés pour l'exécution du marché, qui ne seraient pas de son fait, il appartient au pouvoir adjudicateur de lui apporter assistance, dans le respect des dispositions contractuelles ; si des difficultés particulières rendent l'exécution du marché impossible ou de nature à mettre l'une des parties dans une situation difficile, la voie d'une sortie amiable doit être privilégiée : une procédure de résiliation ou une décision de ne pas reconduire le marché ne constitueront que des solutions extrêmes ;
- **Une confidentialité** : les agents de la collectivité se doivent de respecter une stricte confidentialité sur les informations qu'ils sont amenés à recevoir de l'entreprise en cours d'exécution, notamment celles qui ont trait au secret industriel ou commercial, ainsi que de nature économique ;
- **Le respect du secret des affaires** : à la date de rédaction du présent document, une proposition de loi était en cours d'examen, tendant à garantir la protection des « *procédés, objets, documents, données ou fichiers de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique ne présentant pas un caractère public dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel* »

scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci. » Cette obligation de respect de ces éléments pèse naturellement sur les salariés de l'entreprise, mais aussi sur ses partenaires et clients ; à ce titre, les acheteurs publics sont concernés. Pour mémoire, la divulgation de ces informations à une personne non autorisée à en avoir connaissance, sans autorisation de l'entreprise ou de son représentant, exposerait le contrevenant à une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. Au-delà de ces dispositions, appelées à être insérées dans le code pénal une fois adoptées, l'acheteur doit s'astreindre à respecter une totale loyauté envers les opérateurs économiques en respectant pleinement le secret des affaires.

Enfin, au terme de l'exécution, et dans la mesure où l'entreprise s'est acquittée de ses obligations de façon satisfaisante, il devra être donné suite à sa demande d'un certificat ou d'attestations, pour valoir ce que de droit.

ANNEXE 1 : Les délits susceptibles de concerner les acheteurs publics

La concussion.

Article 432-10

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, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines 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.

La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines

La corruption passive et le trafic d'influence

Article 432-11

Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, 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 pour elle-même ou pour autrui :

1° 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 ;

2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

La prise illégale d'intérêts.

Article 432-12

Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, 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, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Toutefois, dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16000 euros.

En outre, dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent 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. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal.

Dans les mêmes communes, les mêmes élus peuvent acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines. L'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal.

Pour l'application des trois alinéas qui précèdent, la commune est représentée dans les conditions prévues par l'article L. 2122-26 du code général des collectivités territoriales et le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. En outre, par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 2121-18 du code général des collectivités territoriales, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos.

Article 432-13

Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa.

Pour l'application des deux premiers alinéas, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

L'infraction n'est pas constituée par la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale.

les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

Article 432-14

Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de

procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

la soustraction et du détournement de biens.

Article 432-15

Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende.

La tentative du délit prévu à l'alinéa qui précède est punie des mêmes peines.

Article 432-16

Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Peines complémentaires.

Article 432-17

Dans les cas prévus par le présent chapitre, peuvent être prononcées, à titre complémentaire, les peines suivantes :

1° L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, suivant les modalités prévues par l'article [131-26](#);

2° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit,

pour les infractions prévues par le second alinéa de l'article [432-4](#) et les articles [432-11](#), [432-15](#) et [432-16](#), d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement ;

3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article [131-21](#), des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

4° Dans les cas prévus par les article [432-7](#) et [432-11](#), l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article [131-35](#).

Article 433-1

Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui, afin :

1° Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte visé au 1° ou d'abuser de son influence dans les conditions visées au 2°.

Article 433-2

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de solliciter ou d'agréer, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, afin d'abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Est puni des mêmes peines le fait de céder aux sollicitations prévues au premier alinéa ou de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne, pour elle-même ou pour autrui, afin qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

ANNEXE 2 : fiche de la CADA sur la communicabilité des documents administratifs en matière de marchés

Une fois la délégation de service public ou le marché signé, les documents composant la procédure de passation perdent leur caractère préparatoire au sens des dispositions de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, et deviennent, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, y compris à un candidat évincé.

Toutefois, en vertu du II de l'article 6 de la même loi, ce droit d'accès doit s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale lequel recouvre le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières, et le secret des stratégies commerciales]. À ce titre, sont notamment exclus de la communication les éléments suivants, qui devront être occultés :

- les mentions relatives aux moyens techniques et humains ;*
- les mentions concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires ;*
- les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics.*

La communication de certaines informations comporte un risque d'atteinte à la libre concurrence (dans le rapport d'analyse des offres ou le détail des prix par exemple). Les autorités administratives doivent donc, pour apprécier les informations qui sont protégées par le secret en matière industrielle et commerciale, tenir compte du mode de passation, de la durée, ou de l'objet du marché.

Le tableau ci-après fait apparaître les pièces qui ne posent aucune difficulté de communication, et celles qui nécessitent une analyse du risque d'atteinte à la concurrence. La CADA a dégagé, au fur à mesure des affaires qui lui étaient soumises, trois catégories de marchés : ponctuel, répétitif et fréquent [pour leur définition.

Le détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire est communicable dans le cas d'un marché ponctuel, car il reflète le coût du service public, et ne l'est pas pour un marché répétitif, car il serait susceptible de porter atteinte à la concurrence lors du renouvellement du marché.

[es références en caractères rouges correspondent à celles des avis de la CADA]

	communicable		Non communicable
	sans réserve	sauf respect du secret en matière industrielle et commerciale	
1) Les documents de consultation des entreprises (20062914)			
Cahier des clauses administratives particulières (CCAP)	X		
Cahier des clauses techniques particulières (CCTP)	X		
Règlement de la consultation (RC)	X		
2) Les documents établis par la Commission d'appel d'offres (CAO)			
Liste des candidats admis à présenter une offre (20064121)	X		
Rapport de présentation du marché (20064121)		X	
Procès verbal d'ouverture des plis (20072665)		X	
Lettre de notification du marché		X	
Acte d'engagement et ses annexes (20064121)		X sauf coordonnées bancaires ou RIB, annexe financière, non communicables	
Rapport d'analyse des offres		X uniquement pour ce qui concerne l'attributaire (et le demandeur si c'est un candidat évincé)	
Éléments de notation et de classement (20074116)			
3) Les dossiers des entreprises non retenues			
Offre de prix globale ou décomposition des prix globaux forfaitaires (DPGF)	X		
Détail de l'offre			X
4) Le dossier de l'entreprise attributaire			
Lettre de candidature (20065427)		X	
État annuel des certificats reçus (20065427)		X	
Déclaration du candidat (20065427)		X (chiffre d'affaires)	
Offre de prix globale ou décomposition des prix globaux forfaitaires (DPGF)	X		
Offre de prix détaillée, détail unitaire des prix (DUP) ou BPU	X si le marché est ponctuel		X si le marché est répétitif
Mémoire technique (20062949)			X

Source : site de la CADA