

GUIDE DE DEONTOLOGIE

DE LA COMMANDE PUBLIQUE

DU SYNDICAT MIXTE ADN

PARTIE 1

UN GUIDE DE DÉONTOLOGIE : POURQUOI ?

1- DÉFINITION

2- UN OUTIL DE PREVENTION

3- DES PRINCIPES FONDAMENTAUX, SENTINELLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

4- ET DE LA PROTECTION DES ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

PARTIE 2

LA DÉONTOLOGIE : COMMENT ?

1- QUELLES RELATIONS AVEC LES ENTREPRISES ?

2- COMMENT GARANTIR LA LIBRE CONCURRENCE ET L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES ENTREPRISES ?

3- COMMENT MAITRISER L'ÉCHANGE D'INFORMATION ?

4- COMMENT ÉVITER LES CONFLITS D'INTÉRÊTS ?

5- COMMENT RESISTER AUX PRESSIONS ?

La présente charte est remise à tout agent de la Collectivité nouvellement recruté qui, de par ses fonctions, est impliqué directement ou indirectement dans le processus de la commande publique (de la définition des besoins à la réception des prestations livrées).
Un rappel sur l'existence et le contenu de cette charte sera fait chaque année.

Vu la Convention de l'ONU contre la corruption dite convention de Mérida adoptée par la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies le 31 octobre 2003,
Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires,
Vu la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'Administration,
Vu la loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 ratifiant la convention de Mérida,
Vu le décret n° 2006-1113 du 4 septembre 2006 portant publication de la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée à New York le 31 octobre 2003 prévoyant « *la mise en place d'un code de conduite des agents publics, notamment dans le domaine des marchés publics* »,
Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
Vu le décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics
Vu, la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires
Vu l'art 8-III- de la loi du 9 décembre 2016, dite loi Sapin 2 concernant la procédure appropriée de recueil des alertes éthiques
Vu la norme NF X 50-135 ou norme « Achats Responsables »
Vu la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics disposant qu' « *il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'adopter un guide de déontologie, qui devra régir tant le comportement de leurs services d'achats, que celui des décideurs finaux* »,
Vu le guide interne à ADN « *Qui fait quoi ?* »
T:\RESSOURCES\Fonctionnement_Interne\Marchés-Publics
Vu l'avis rendu par le Tribunal administratif de Grenoble, au titre de l'article 212.1 du Code de Justice Administrative en date du 14 novembre 2016 concernant l'application des dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics.

◆ Préambule

Il est fait application par ADN pour la passation de ses marchés directement utiles à la construction, à la gestion et à la diffusion des services rendus pour répondre à sa mission statutaire « d'Etablissement, d'exploitation et de mise à disposition d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques », de l'exemption instituée par le 15° de l'article 14 l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 s'agissant des règles de procédures de mise en concurrence.

A ce titre, les règles de déontologie et de respect des grands principes de la commande publique, d'essence constitutionnelle sont d'autant plus utiles à la conduite de sa mission.

Face à un droit de la commande publique, qui connaît des changements fondamentaux se déclinant en simplification, libéralisation et responsabilisation, il est indispensable pour les acteurs de la commande publique de s'appuyer sur des valeurs comportementales. En effet, les réformes du droit des marchés publics ont conduit à une évolution des pratiques de l'achat public, avec la reconnaissance de la pratique du « sourçage », l'extension du champ des procédures adaptées et la généralisation de la négociation avec les entreprises.

Si cette reconnaissance juridique incite davantage à recourir au sourçage, et encourage les acheteurs locaux à entretenir des relations avec les fournisseurs, elle implique une vigilance déontologique. Ces marges de manœuvre nouvelles trouvées dans la passation des marchés s'accompagnent d'une exigence de transparence accrue sur les pratiques des acheteurs.

Tout en étant pragmatique, ce guide reprend les aspects généraux mais néanmoins essentiels de la déontologie, il ne se substitue à aucune règle de droit des marchés publics mais complète le guide interne de procédure « Qui fait quoi ? ». Il permet aux agents et aux élus d'avoir un outil spécifique pour assurer leurs missions et leurs responsabilités dans le domaine de la commande publique et en faire un levier essentiel d'un service public local exemplaire.

◆ Loyauté des pratiques

Acheter responsable conduit à des relations équilibrées entre ADN, en sa qualité d'acheteur public et ses prestataires, avec un réel souci, de respecter des principes éthiques et de bonne conduite. Ceci passe par l'intégration dans la politique d'achats d'un engagement d'appliquer les recommandations de l'ISO 26000 sur la loyauté des pratiques, en termes de lutte contre la corruption, d'engagement de politique responsable, de concurrence loyale, de promotion de la responsabilité sociétale dans la chaîne de valeur.

PARTIE 1

UN GUIDE DE DÉONTOLOGIE : POURQUOI ?

1- DEFINITION

◆ LA DEONTOLOGIE : UNE ETHIQUE COMME COMPETENCE PROFESSIONNELLE :

L'éthique recouvre l'ensemble des principes moraux concernant tant la vie personnelle que la vie professionnelle. L'éthique est le devoir d'intégrer dans chacune de ses actions ou de ses décisions la dimension humaine et d'œuvrer avec discernement pour celle-ci.

L'éthique englobe donc nécessairement la déontologie qui se limite aux règles touchant l'environnement professionnel.

La déontologie renvoie directement aux devoirs que l'exercice du métier impose. Ce sont les « règles de l'art professionnel ». Dès lors, la déontologie est une compétence fondamentale pour les professionnels.

◆ LA DEONTOLOGIE OU L'ETHIQUE PROFESSIONNELLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE :

La déontologie dans la commande publique s'appuie, d'une part, sur tout ce qui a trait au comportement de l'acheteur notamment dans ses relations avec les entreprises, et d'autre part sur l'aspect organisationnel et matériel de l'achat. La déontologie est une dimension clé du management de la commande publique.

2- UN OUTIL DE PREVENTION

Derrière le besoin de règles formalisant les valeurs éthiques, se pose la question de savoir pourquoi un tel besoin existe, alors que le cadre juridique qui régit la commande publique, permet d'empêcher de nombreuses atteintes aux principes de loyauté, de libre concurrence, de conflits d'intérêt et de lutte contre la corruption. Ce guide est donc une ligne de conduite, un outil d'aide à la décision pour l'action quotidienne. C'est avant tout un outil de prévention et d'anticipation qui doit protéger les agents.

Chacun doit s'attacher à :

- Faire respecter la présente charte,
- Ne pas imposer des plannings irréalistes, compte tenu de l'activité de l'équipe qu'il encadre,
- Privilégier le mode collaboratif pour éviter l'isolement des agents,
- Encourager la formation des agents aux règles de la commande publique, à la compréhension des risques et aux conséquences individuelles et collectives des manquements à la probité,
- Partager les informations sur l'évolution du droit et de la jurisprudence,
- S'appuyer sur l'expertise des responsables de la commande publique pour essayer de bâtir des stratégies d'achat exploitant les meilleurs outils réglementaires.
- S'appuyer sur l'expertise du référent déontologue du centre de gestion de la Drôme.

3- DES PRINCIPES FONDAMENTAUX, SENTINELLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

◆ LA LIBERTE D'ACCES A LA COMMANDE PUBLIQUE

Le principe de liberté d'accès à la commande publique se définit comme le droit pour toute entreprise d'être candidate à l'attribution de ce marché. La liberté d'accès à la commande publique suscite une concurrence qui est essentielle pour l'acheteur, car elle se traduit par une diversité des offres qui doit normalement engendrer qualité et maîtrise des coûts.

◆ L'EGALITE DE TRAITEMENT DES ENTREPRISES

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

Les risques :

Donner un traitement préférentiel aux entreprises connues.

Contracter systématiquement, « par routine » avec le même prestataire, lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles, susceptibles de répondre au besoin.

◆ LA TRANSPARENCE DANS LES PROCEDURES D'ATTRIBUTION

Le principe de transparence s'applique à l'ensemble des procédures et modes de passation. La transparence est l'accessibilité des informations relatives au marché et la volonté d'en assurer une communication claire, exacte, opportune, honnête et complète. L'obligation d'information demeure la principale garantie de la transparence des procédures en ouvrant, notamment aux candidats, l'accès aux voies de recours, particulièrement en matière de procédures adaptées.

« La transparence est devenue un principe fondamental du Service Public contemporain [...]. On pourrait songer à y voir une règle constitutionnelle dérivée de l'article 15 de la DDHC, qui fait obligation à tout agent public de rendre compte de sa gestion. Il s'agit d'un élément fondamental de l'Etat de droit, mais, c'est aussi une condition du bon fonctionnement du marché ». Laurent Richer dans l'AJDA - 29.01.07/p. 190.

A éviter :

- Alourdir inutilement les coûts de procédure et les frais de dossier par **des exigences non justifiées**.
- Ne pas informer les candidats du rejet de leur offre en procédures adaptées et ne pas leur permettre de contester, en temps utile un marché, s'ils s'y croient fondés.

4- DES PRINCIPES FONDAMENTAUX, SENTINELLE DE LA PROTECTION DES ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'absence de risque juridique n'existe pas. Le fait de prendre une décision, de faire un choix engendre automatiquement des risques.

Cette part d'inconnu doit, sans pour autant paralyser l'activité administrative, être maîtrisée. Ainsi, la connaissance des risques induits pour chaque situation potentielle, est indispensable. L'achat public n'échappe pas à cette règle.

Le risque pénal pour les personnes

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

Le devoir de probité met « *en valeur le souci d'honnêteté et de sincérité qui participe également à la promotion de la responsabilité dans l'achat public* » Rapport 2005 du Service central de Lutte contre la corruption.

Le degré de corruption de l'administration publique est l'un des indicateurs les plus pertinents de la santé de la démocratie dans un pays, ce qui justifie que l'exigence d'intégrité de la part des usagers à l'égard des fonctionnaires ne souffre aucune concession. De ce point de vue, la France dispose d'agents publics dont la probité est reconnue (...). Il va de soi que l'intégrité des fonctionnaires sera d'autant mieux garantie que l'autorité hiérarchique dont ils dépendent respectera ce principe ». Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique, avril 2008.

PARTIE 2

LA DÉONTOLOGIE : COMMENT ?

1- QUELLES RELATIONS AVEC LES ENTREPRISES ?

La connaissance et l'analyse du marché fournisseur est une des étapes clés du processus d'achats. Cette phase de « sourcing/sourçage » en amont des procédures de mise en concurrence, est désormais reconnue par les nouvelles dispositions réglementaires. Elle permet notamment une meilleure compréhension des capacités des fournisseurs et donc une meilleure appropriation des réalités du marché pour rédiger les cahiers des charges. Il faut toutefois rappeler que la définition des besoins doit se faire en termes de résultats en non systématiquement de moyens à mettre en œuvre par les entreprises.

Cette connaissance n'est possible que si l'acheteur est au contact des principaux acteurs du marché économique pour « connaître le terrain » et collecter de l'information. Cette démarche peut se faire par de multiples moyens : à l'occasion d'échanges entre professionnels de l'achat, grâce à la participation à des réseaux d'acheteurs (du type réseaux d'acheteurs responsables), au cours de la lecture de la presse professionnelle, dans le cadre de salons professionnels ou encore de rencontres qui peuvent, le cas échéant, se tenir chez le fournisseur ou sur ses sites de production.

LES MESURES A OBSERVER :

◆ LES VISITES DE SALONS

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

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

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

- Si le salon se déroule sur l'intégralité d'une journée et si le repas est pris en charge pour l'ensemble des invités, il est admis que les acheteurs puissent participer au déjeuner à condition qu'il ne s'agisse pas d'un repas individuel entre l'acheteur et le fournisseur, mais d'un repas collectif avec l'ensemble des invités.

- A contrario, si le salon se termine en fin de matinée ou s'il débute en début d'après-midi, l'acheteur doit décliner l'invitation, soit antérieurement à la visite du salon (si le salon se déroule pendant l'après-midi) soit postérieurement à celle-ci (si le salon a lieu pendant la matinée).

Lorsqu'un agent participe à un salon, peut-il profiter du transport en commun mis à disposition par l'entreprise ?

- Oui, si ce moyen de transport n'est pas uniquement mis à la disposition des agents, mais de tous les invités.
- Oui, si ce moyen de transport n'est pas disproportionné, c'est-à-dire similaire aux transports prévus par le système de défraiement.

◆ **LES DEMARCHES COMMERCIALES A L'INITIATIVE DES ENTREPRISES**

La démarche commerciale est à la fois le cœur même de l'activité de l'entreprise et une des sources d'information des acheteurs. La visite des commerciaux peut être acceptée si elle a un lien avec les futurs projets d'ADN.

L'intérêt de cette démarche est d'élargir au maximum les perspectives techniques, notamment en matière de nouvelles technologies. Les agents doivent automatiquement refuser le démarchage commercial lorsqu'ils se trouvent en période de consultation.

- Lorsque les rencontres sont organisées dans les locaux d'ADN, il convient de privilégier l'utilisation de salles de réunion neutres à l'écart des lieux de travail habituels, pour notamment limiter l'accès des entreprises à des informations qu'elles n'ont pas à connaître.
- L'information de l'ensemble des acteurs du projet doit être recherchée, la présence d'au moins deux agents est préférable.
- Une attention particulière doit être portée sur le fait d'organiser les rencontres pendant les heures ouvrées et de prendre toutes les précautions permettant d'éviter les situations non souhaitées.

Parmi ces précautions :

- Prévoir un ordre du jour pour conférer le caractère professionnel à l'intégralité de la rencontre.
- Si la réunion nécessite une journée complète, prévoir une pause repas, dans les conditions habituelles prévues pour les agents. L'agent règle son repas, s'il est pris au restaurant.
- Les agents doivent impérativement se montrer prudents concernant les informations qu'ils fournissent sur les projets de marchés de sorte qu'elles ne favorisent pas l'entreprise à l'origine du démarchage lors d'une éventuelle mise en concurrence.
- L'entreprise intervient forcément en vue d'influencer les acheteurs. Dès lors, les acheteurs doivent faire preuve de discernement de manière à distinguer l'information de l'influence.
- Les agents doivent veiller à la diversité des entreprises rencontrées afin d'avoir un panel de choix plus important.
- Un compte rendu succinct de la rencontre est établi.

◆ **LES VISITES DE SITES OU D'USINE**

Elles doivent permettre de découvrir les dernières techniques ou technologies développées par l'entreprise. Ces visites doivent être justifiées par un projet de marché, s'effectuer à plusieurs, se limiter au strict objectif technique et les frais de déplacement sont pris en charge par ADN.

◆ LES PRESENTATIONS DE PRODUITS OU DE SERVICES

Ces présentations doivent être ouvertes à tous les acheteurs et non pas être réservées à ADN. Cela permet de conserver le caractère professionnel et technique de la démarche. Les présentations ne peuvent s'accompagner d'un cocktail ou d'une collation. Toute invitation à une présentation doit être soumise à l'accord hiérarchique.

◆ LE PARTAGE D'EXPERIENCE

L'efficacité et l'indépendance de la veille technologique sont renforcées par le partage d'expérience avec d'autres acheteurs publics.

◆ LES CADEAUX

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

Si aucune règle de droit français n'interdit explicitement à un agent territorial de recevoir de la part d'un fournisseur ou d'un partenaire un cadeau, le présent guide préconise que pendant la période de consultation, les cadeaux doivent être systématiquement refusés. Au cours de l'exécution du marché, pour éviter toute ambiguïté dans la nature des relations avec les fournisseurs et éviter de faire naître des situations de dépendance, seuls les cadeaux d'usage (stylo de faible valeur, chocolats offerts à Noël, objets à caractère publicitaire) d'une valeur symbolique peuvent être acceptés à condition d'en faire profiter l'ensemble du service et que le destinataire ne soit pas une personne décisionnaire. Les cadeaux comportant le logo ostentatoire d'une entreprise doivent être refusés. De même les cadeaux adressés au domicile doivent être systématiquement refusés. Il va sans dire qu'il est interdit de faire valoir son appartenance, voire son rang hiérarchique dans la collectivité, afin d'obtenir à l'extérieur des avantages à des fins privées.

Mais à partir de quelle somme et de quel type de cadeau, y a-t-il vraiment un risque ?

Peuvent être considérés comme des cadeaux d'une valeur manifestement excessive, des bouteilles d'alcool, des voyages d'agrément, les agendas électroniques, le foie gras, les écarts de facturation etc. En cas de doute sur la valeur symbolique du cadeau, l'agent concerné demande l'avis de son supérieur hiérarchique.

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

Il faut se poser la question « *Les cadeaux ou faveurs consentis sont-ils de nature à influencer l'impartialité... Un observateur externe pourrait-il le croire ?* » Ethique et transparence Vade Mecum PME-ONG – Transparence International France

Ce qu'il faut faire :

- Signaler à sa hiérarchie les cadeaux reçus ou proposés.
- En période de consultation, quel que soit le type de procédure, refuser tout cadeau, tout repas.
- Maintenir une discrétion totale sur tout sujet relatif au marché en cours.
- Courrier type de retour :

« Madame, Monsieur

C'est avec plaisir et honneur que mon équipe et moi-même avons reçu vos vœux pour cette nouvelle année ainsi que les présents qui les accompagnent.

Cependant, au regard de ma déontologie et des obligations qui découlent directement de la réglementation en vigueur, je suis contraint de vous retourner ces témoignages de votre sympathie.

Certain que vous comprendrez les motifs de ce retour, je vous assure de ma volonté d'établir une collaboration sincère et durable dans le cadre de nos seuls liens contractuels.

Veillez agréer, Madame, Monsieur l'expression de mes sentiments distingués.

Signataire »

- **LES REPAS ET LES INVITATIONS**

Pendant la procédure de mise en concurrence, tous les types d'invitations (à des salons, séminaires, manifestations sportives et culturelles...) doivent être systématiquement refusés.

Au cours de l'exécution d'un marché, les repas avec le prestataire sont autorisés. Les agents payent leur repas. L'agent doit faire preuve de discernement quant au caractère approprié de l'invitation, à leur fréquence et ne pas oublier qu'il représente ADN lors d'une invitation qui reste institutionnelle et professionnelle.

Néanmoins, l'agent doit requérir l'accord hiérarchique en lui explicitant l'intérêt de la proposition de l'entreprise au regard du bénéfice qu'il pourra en tirer dans le cadre de sa fonction, par exemple une formation sur un nouveau produit ou une nouvelle méthode.

Les invitations somptuaires doivent être refusées.

Le régime des cadeaux et invitations diverses doit donc, eu égard aux risques encourus, être strictement respectés par les agents.

2- COMMENT GARANTIR LA LIBRE CONCURRENCE ET L'EGALITE DE TRAITEMENT DES ENTREPRISES

Tout achat, et ce dès le premier euro, doit être exécuté dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Tout achat fait l'objet d'une formalisation selon les modalités décrites au « Qui fait quoi ? ».

Les agents veillent à mettre en œuvre une stratégie d'achat non discriminante. Ils veillent également à une définition des besoins fonctionnels et à la rédaction de spécifications techniques qui répond au mieux au besoin en termes de résultat à atteindre.

ADN accorde aux opérateurs économiques un délai de remise des offres adapté aux enjeux du projet de marché.

L'égalité de traitement des entreprises doit pouvoir être démontrée et ce notamment par le biais des fiches de suivi et de traçabilité des MAPA (cf : Guide « Qui fait quoi ? »). Les petits marchés ne sont pas à l'abri de tout contentieux, la traçabilité doit être proportionnée à l'achat et au secteur considéré. Le bon sens doit primer pour répondre à cette obligation.

Les notifications de rejet sont adressées à tous les candidats non retenus, quelle que soit la procédure. Les notifications sont précises et fondées sur le rapport d'analyse des offres.

Pendant la phase de consultation :

- Les agents veillent à la lisibilité, la simplicité, la clarté et la qualité rédactionnelle de dossiers de consultation afin d'assurer aux entreprises un accès réel à la commande publique en facilitant la compréhension des documents.
- La confection de devis ayant un coût, ne pas solliciter inutilement des devis.
- Les dossiers de consultation mettent à disposition des entreprises des documents standards pour faciliter leur réponse.
- Les agents ne répondent qu'aux questions écrites des soumissionnaires.
- Les réponses sont apportées par écrit et diffusées à tous les candidats.
- Les négociations sont retracées sous la forme d'un paragraphe spécifique dans le rapport d'analyse des offres (cf. modèle « rapport d'analyse des offres » dans T:\RESSOURCES\Fonctionnement_Interne\Marchés-Publics\02-Phases_Passation-Exécution\2-PASSATION\2-3_Choix-du-Titulaire_Attribution).

La question des négociations :

- Prévoir les modalités dans le Dossier de Consultation des Entreprises.
- Ne pas imposer aux entreprises de se déplacer pour la négociation, il s'agit là d'une contrainte onéreuse voire discriminante, préférer une négociation téléphonique ou par vidéoconférence (en faire un compte rendu systématique).
- Les offres des autres soumissionnaires sont confidentielles.
- Se référer à la boîte à outils pour les documents préparatoires et les comptes rendus de négociation T:\RESSOURCES\Fonctionnement_Interne\Marchés-Publics\02-Phases_Passation-Exécution\2-PASSATION\2-2_Négociation

3- COMMENT MAITRISER L'ÉCHANGE D'INFORMATION ?

COMMUNIQUER DE FAÇON IDENTIQUE AVEC TOUS LES CANDIDATS

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

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

Les agents doivent déterminer :

- Les informations diffusables.
- Celles qui revêtent un caractère stratégique : l'acheteur peut être amené à détenir des informations et documents confidentiels, dont la révélation prématurée risquerait d'être dommageable.
- Celles dont la diffusion à une entreprise lui procurerait un avantage injustifié, constitutif du délit de favoritisme. La période de consultation est particulièrement sensible en matière de diffusion de l'information.

Les risques :

- La cour de cassation a étendu le périmètre du délit de favoritisme en indiquant que les réseaux, les discussions informelles, les repas conviviaux, peuvent mener au délit de favoritisme.
- Cas particulier : un conflit est susceptible de naître lorsque qu'une entreprise exécutant un marché est potentiellement candidate à un nouveau marché.
Le conflit se situe entre :
 - D'une part l'interdiction de rencontrer une entreprise candidate pendant une consultation/procédure de passation,
 - D'autre part, la nécessité de rencontrer cette même entreprise dans le cadre du marché en cours.

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

4- COMMENT EVITER LES CONFLITS D'INTERETS ?

Bien que n'étant pas interdite, la situation de conflits d'intérêts recèle de tels risques qu'il convient de l'éviter autant que faire se peut. Le rapport de présentation du marché adressé au Préfet en application de l'article 105 du décret 2016-360, doit faire état des conflits d'intérêt décelés et les mesures prises en conséquence.

DEFINITION :

En application de l'article 24 de la [Directive du 26 février 2014](#) sur la passation des marchés publics :

"Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs prennent les mesures appropriées permettant de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors des procédures de passation de marché, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques.

La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché".

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique définit quant à elle le conflit d'intérêts comme : « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »

« Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles. L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis ou de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujéti. » Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (2000)10 du Comité des ministres sur les codes de conduite pour les agents publics, 11 mai 2000)

Chaque acteur de la commande publique doit être attentif aux situations de conflits d'intérêts. Si une telle situation n'a pu être évitée, en particulier grâce à la répartition raisonnée des dossiers, il convient de réorganiser le travail afin de ne plus exposer un agent à une situation de conflit d'intérêt.

Si malgré tous les efforts d'organisation du travail, une situation de conflit d'intérêts ne peut être évitée, l'agent concerné reçoit des directives écrites quant aux objectifs à atteindre dans le traitement des dossiers en cause et particulièrement en cas de négociation.

5- COMMENT RESISTER AUX PRESSIONS ?

Tout acteur de la commande publique est susceptible d'être soumis à l'action de pressions ou de groupes de pression. Les pressions exercées peuvent être directes ou indirectes et parfois insidieuses, par exemple en cas d'actions de dénigrement.

De manière générale, en réponse aux tentatives de pression, l'agent concerné rappellera que les règles en vigueur sont destinées à respecter les grands principes de l'achat public et à assurer la bonne gestion des deniers publics. Le risque pénal peut utilement être rappelé à l'auteur des pressions.

La bonne pratique :

Chaque agent doit rendre compte à sa hiérarchie des pressions subies.

6- S'INSCRIRE DANS UNE DEMARCHE D'ACHAT RESPONSABLE TOUT AU LONG DE L'EXECUTION DU MARCHE

La norme ISO relative aux achats responsables recommande de s'assurer lors de l'exécution du marché que les objectifs sociaux et sociétaux soient pris en compte. A ce titre, il convient d'exercer la plus grande vigilance concernant les recommandations fondamentales de l'OIT (exemples : hygiène et sécurité, conditions de travail, lutte contre les discriminations, et autres actions à plus-value sociale telles que le handicap ou l'insertion, etc.).

7- GARANTIR L'AMELIORATION CONTINUE

Les fiches de qualimétrie* permettent évaluer l'efficience et la pertinence du fonctionnement de la conduite des marchés au travers d'une évaluation. La **communication** est un outil de sensibilisation aux valeurs achats responsables, aussi bien en interne qu'en externe. ADN communique de manière transparente les fiches d'évaluation aux entreprises (pour la partie les concernant) et en rend compte à ses élus.

*T:\RESSOURCES\Fonctionnement_Interne\Marchés-Publics\02-Phases_Passation-Exécution\4-EVALUATION

LES ANNEXES

ANNEXE 1 : LES RECOURS

La collectivité peut, d'une part, être confrontée à un recours pré-contentieux. Ce recours peut prendre la forme :

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

La collectivité peut, d'autre part, connaître un recours contentieux devant le juge administratif. Il existe plusieurs formes de recours contentieux :

- **Le référé pré-contractuel** qui est formé avant que le marché soit signé par le Département. L'introduction du référé pré-contractuel suspend automatiquement la signature du contrat jusqu'à la décision juridictionnelle.
- **Le référé préfectoral** (recours pour cause d'illégalité) : il s'agit de la saisine du tribunal administratif par le préfet afin de statuer sur la légalité du marché.
- **Le recours pour excès de pouvoir** : recours par lequel il est demandé au juge d'annuler une décision administrative en raison de son illégalité. Le recours pour excès de pouvoir ne concerne que les décisions unilatérales. Dès lors, les tiers sont autorisés à former un recours pour excès de pouvoir uniquement contre les actes détachables du contrat : il s'agit d'actes préalables à la conclusion d'un contrat, tels que la décision de le conclure ou celle refusant de le conclure.
- **Le recours de plein contentieux** : recours par lequel un justiciable demande au juge administratif de reconnaître à son profit l'existence d'un droit, de constater que l'administration a porté irrégulièrement atteinte à ce droit et de la condamner au paiement de dommages-intérêts ou d'annuler le contrat. Contrairement au recours pour excès de pouvoir, le recours de plein contentieux concerne le contrat et peut donc être intenté par une partie au contrat.
- **Le référé contractuel** : recours ayant pour objet d'ouvrir une voie de recours postérieurement à la signature du contrat, devant le juge administratif en cas de manquement à l'obligation de publicité ou mise en concurrence.

ANNEXE 2 : LES RISQUES EN MATIERE PENALE

◆ LA CONCUSSION

Prévu par l'article 432-10 du Code pénal, le délit de concussion réprime tout avantage, quel qu'il soit, qu'un agent ou qu'un élu peut retirer de l'attribution d'un marché, et ce quels que soient l'objet et le montant du marché.

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

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

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

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

◆ LA PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊT

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

- Si l'auteur détient une double fonction à savoir une fonction élective et une fonction particulière dans l'entreprise attributaire.
- Même sans avantage pour son auteur ni dommage pour la collectivité. (Cass crim, 22 octobre 2008). Le seul fait qu'il existe un lien entre l'acheteur et l'entreprise suffit à constituer le délit.

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

◆ LE DÉLIT D'OCTROI D'AVANTAGE INJUSTIFIÉ OU DÉLIT DE FAVORITISME

L'article 432-14 du Code pénal définit le délit de favoritisme comme le fait pour tout fonctionnaire ou agent public, toute personne investie d'un mandat électif, et leur représentant, (mandataire, salarié, etc) « De procurer ou tenter de procurer à autrui, un avantage injustifié, par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ». Le délit de favoritisme ne peut être appliqué aux personnes morales. En revanche, il concerne toutes les personnes physiques.

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

LES INDICATEURS DE RISQUE DE CORRUPTION ET DE DÉLITS DE FAVORITISME

- Au stade de la définition du besoin :
 - La création d'un faux besoin (sur ou sous-estimation des coûts, informations fausses, absence de recensement des besoins, non-respect des procédures de validation interne),
 - Le saucissonnage du besoin (fractionnement artificiel ayant pour but de contourner les seuils réglementaires et soustraire le marché aux obligations de mise en concurrence)...
- Au cours de la consultation :
 - Orientation du choix de la procédure : recours abusif à la procédure négociée sans mise en concurrence, recours abusif à la procédure adaptée,
 - La manipulation de la liste des candidats : exclusion de soumissionnaires qualifiés, soumissionnaires disposant d'informations privilégiées,
 - La manipulation affectant le jugement des offres,
 - La manipulation des critères de sélection des entreprises candidates,
 - L'insertion de clauses favorables à certaines entreprises.
- Pendant l'exécution du marché :
 - Mauvaise exécution du contrat : modification des quantités, modifications de la nature des prestations, contrôles défectueux,
 - Multiplication abusive des avenants et des ordres de service,
 - Paiement sans pièces justificatives,
 - Non application de pénalités de retard,
 - Dépassement des budgets et des délais, acceptation des modalités de livraison et des conditions des fournisseurs sans réaction de l'acheteur.