

CONSEIL REGIONAL
17 et 18 décembre 2020
DELIBERATION

Rendu compte déontologie
Etat des lieux et perspectives

Le Conseil régional convoqué par son Président le 24 novembre 2020, s'est réuni le vendredi 18 décembre 2020 au siège de la Région Bretagne, sous la présidence de Monsieur Loïg CHESNAIS-GIRARD, Président du Conseil régional.

Etaient présents : Monsieur Olivier ALLAIN (à partir de 13h30), Madame Sylvie ARGAT-BOURIOT (en visioconférence), Monsieur Eric BERROCHE (en visioconférence le matin), Madame Catherine BLEIN (en visioconférence), Madame Mona BRAS, Madame Georgette BREARD (en visioconférence le matin), Monsieur Gwenegon BUI (en visioconférence), Monsieur Thierry BURLLOT, Madame Gaby CADIOU, Madame Fanny CHAPPE, Monsieur Loïg CHESNAIS-GIRARD, Monsieur Marc COATANÉA (jusqu'à 16h50), Monsieur André CROCQ, Madame Delphine DAVID (en visioconférence), Monsieur Gérard DE MELLON (en visioconférence), Monsieur Stéphane DE SALLIER DUPIN, Madame Virginie D'ORSANNE, Madame Laurence DUFFAUD, Monsieur Richard FERRAND (en visioconférence), Madame Laurence FORTIN, Madame Anne GALLO, Madame Evelyne GAUTIER-LE BAIL, Monsieur Karim GHACHEM, Madame Anne-Maud GOUJON (en visioconférence), Monsieur Hervé GUELOU (en visioconférence le matin), Madame Claire GUINEMER (en visioconférence), Monsieur Philippe HERCOUËT, Madame Kaourintine HULAUD (en visioconférence), Monsieur Bertrand IRAGNE (en visioconférence), Madame Elisabeth JOUNEAUX-PEDRONO (en visioconférence), Monsieur Roland JOURDAIN (en visioconférence), Madame Katja KRÜGER (en visioconférence), Monsieur Gérard LAHELLEC, Madame Isabelle LE BAL, Monsieur Jean-Michel LE BOULANGER, Monsieur Olivier LE BRAS (en visioconférence), Monsieur Raymond LE BRAZIDEC (en visioconférence le matin), Madame Agnès LE BRUN, Monsieur Patrick LE DIFFON, Monsieur Marc LE FUR (jusqu'à 18h20), Monsieur Patrick LE FUR (en visioconférence le matin), Madame Gaël LE MEUR (en visioconférence), Madame Nicole LE PEIH, Monsieur Alain LE QUELLEC (en visioconférence), Madame Gaël LE SAOUT (en visioconférence), Madame Christine LE STRAT (en visioconférence), Monsieur Christian LECHEVALIER (en visioconférence le matin), Madame Lena LOUARN, Monsieur Bernard MARBOEUF, Monsieur Philippe MIAILHES, Monsieur Paul MOLAC (en visioconférence le matin), Madame Gaëlle NICOLAS (en visioconférence), Madame Gaëlle NIQUE (en visioconférence le matin), Madame Anne PATAULT, Madame Isabelle PELLERIN (en visioconférence le matin), Monsieur Gilles PENNELLE, Monsieur Stéphane PERRIN, Monsieur Maxime PICARD (en visioconférence), Monsieur Bertrand PLOUVIER (en visioconférence), Monsieur Bernard POULIQUEN, Monsieur Pierre POULIQUEN, Monsieur Bruno QUILLIVIC, Monsieur Dominique RAMARD (en visioconférence), Madame Emmanuelle RASSENEUR (en visioconférence), Madame Agnès RICHARD (en visioconférence), Monsieur David ROBO (en visioconférence), Madame Claudia ROUAUX, Monsieur Stéphane ROUDAUT (en visioconférence), Madame Catherine SAINT-JAMES, Madame Forough SALAMI-DADKHAH, Monsieur Emeric SALMON, Madame Hind SAOUD, Monsieur Sébastien SEMERIL (en visioconférence), Madame Renée THOMAÏDIS, Madame Martine TISON (en visioconférence), Madame Anne TROALEN (en visioconférence), Monsieur Hervé UTARD, Madame Anne VANEECLOO, Madame Gaëlle VIGOUROUX, Madame Sylvaine VULPIANI (en visioconférence).

Avaient donné pouvoir : Monsieur Olivier ALLAIN (pouvoir donné à Madame Hind SAOUD jusqu'à 13h30), Monsieur Pierre BRETEAU (pouvoir donné à Monsieur Bernard MARBOEUF), Monsieur Pierre KARLESKIND (pouvoir donné à Madame Forough SALAMI-DADKHAH), Monsieur Pierre KARLESKIND (pouvoir donné à Monsieur Marc COATANEA jusqu'à 16h50 puis à Monsieur Raymond LE BRAZIDEC).

Vu le Code général des Collectivités Territoriales, et notamment les articles L 4111-1 et suivants ;

Vu l'avis de la Commission finances et affaires générales du 14 décembre 2020 ;

Au vu du rapport présenté par Monsieur le Président du Conseil régional ;

Et après avoir délibéré ;

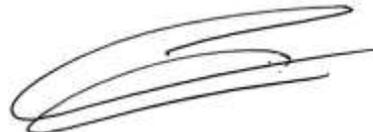
DECIDE

(Madame Catherine Blein ne prend pas part au vote)

A la majorité

- **DE PRENDRE ACTE** des actions déontologiques engagées depuis 2015 ;
- **D'APPROUVER** le plan d'actions pluriannuel décrit en annexe 1 et les indicateurs de suivi énumérés en annexe 2 ;
- **D'ADOPTER** le guide de déontologie de l'achat public régional à destination des élus et des agents figurant en annexe 3.

Le Président



Loïc CHESNAIS-GIRARD

Direction des affaires juridiques
et de la commande publique

Référents déontologues

Session du Conseil régional - décembre 2020

Rendu compte déontologie Etat des lieux et perspectives

Appliquée à l'action publique régionale, la déontologie est l'ensemble des principes devant guider les comportements à la fois des élus et des agents de la collectivité.

Ils y sont, de droit, contraints par un cadre législatif qui n'a cessé de se renforcer au fil du temps afin de lutter contre les atteintes à la probité.

Sans être totalement exhaustifs, l'on peut notamment citer :

- la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ;
- la loi n°2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat ;
- la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, qui modifie la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 ;
- la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite loi Sapin II ;
- la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 relative à la transformation de la fonction publique.

Complétant ces textes, les différents organismes internationaux (chambre de commerce internationale, banque mondiale, société financière internationale, ...) édictent également des « *guidelines* » permettant à l'ensemble des acteurs privés et publics de s'inspirer des outils et procédures proposés pour neutraliser les risques d'atteinte à la probité.

Concernant la loi précitée du 9 décembre 2016, elle a eu pour ambition d'aligner la législation française sur les standards européens et internationaux les plus élevés en matière de lutte contre la corruption. Elle s'adresse aux opérateurs économiques ainsi qu'aux acteurs du secteur public, qu'ils relèvent de l'Etat ou des collectivités territoriales.

Elle couvre l'ensemble des risques d'atteinte à la probité auxquelles celles-ci se trouvent exposées, soit les délits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme tels que visés dans le code pénal.

Elle crée l'Agence française anticorruption (AFA) dans l'objectif de s'assurer de la mise en œuvre effective et réelle de la loi susvisée, soit par des actions d'information, de sensibilisation, de formation, soit au moyen de contrôles éventuellement assortis de sanctions à l'égard des acteurs économiques et de recommandations pour les acteurs publics.

Au titre de ses missions de conseil, l'AFA a publié, le 22 décembre 2017, 8 recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir les atteintes à la probité (cf. journal officiel du même jour) :

- 1.Un code de conduite définissant les comportements interdits qui a vocation à faire partie du règlement intérieur de l'entreprise ;

- 2. Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite ;
- 3. Une cartographie des risques régulièrement actualisée et destinée à identifier les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption ;
- 4. Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ;
- 5. Des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence.
- 6. Un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés à ces risques ;
- 7. Un régime disciplinaire adapté permettant de sanctionner les salariés en cas de violation du code de conduite ;
- 8. Un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Du fait « des compétences qu'elles exercent, de l'activité économique qu'elles génèrent, de l'attente des citoyens à l'égard des élus et de leur administration, les collectivités territoriales sont au cœur de la démarche entreprise. Il revient à chacune d'entre elles de mettre en application les recommandations précitées en proportionnant les moyens mobilisés aux risques et enjeux identifiés. Nombre d'entre elles se sont déjà signalées par une approche volontariste et une recherche d'exemplarité ».

Parmi elles, les régions ont, avec le transfert de gestion des fonds européens structurels et d'investissement (FESI) opéré par la loi 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation de la métropole, rapidement mis en œuvre des procédures de lutte contre les atteintes à la probité.

Dès 2015, ce fut le cas de la Région Bretagne.

Le présent rapport a pour objet d'exposer l'ensemble des actions déontologiques qui ont été initiées depuis 2015 par la collectivité sur la base des 8 recommandations formulées par l'AFA et de proposer celles à intervenir de manière à ce que la région Bretagne continue de figurer parmi les acteurs les plus dynamiques dans ce domaine. A cet égard, un guide de la commande publique ayant pour objet de maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public et destiné aux élus et agents est proposé en annexe et constituera « une pierre supplémentaire propre à compléter et solidifier l'édifice commun ».

La démarche proposée est bien systématique en ce qu'elle vise la mise en œuvre d'un dispositif cohérent et global, centré *a minima* sur les atteintes à la probité visées par la loi Sapin II et éventuellement d'autres thématiques que la collectivité souhaiterait prioriser (risque de vol, harcèlement, discrimination, atteinte à l'environnement, ...).

1. Bilan des actions entreprises par la Région

1.1 La désignation de référents déontologiques

Bien avant que la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie, aux droits et obligations des fonctionnaires n'institue le référent déontologue, la Région Bretagne avait confié au directeur des affaires juridiques et de la commande publique la mission de veiller au respect des règles statutaires et déontologiques et propager dans la collectivité les principes y afférents (cf. comité technique du 27 mars 2015).

En 2016, la Région s'est dotée d'un dispositif de sensibilisation des élus et des agents aux risques déontologiques et à la lutte contre la fraude pour répondre aux exigences de l'Union européenne vis-à-vis des Régions devenues autorité de gestion ou organisme intermédiaire de fonds européens structurels et d'investissement. Pour cela, elle a fait évoluer la fonction et créé une fonction de chargé-e de déontologie ainsi qu'un comité de déontologie.

A la suite du Comité technique du 28 septembre 2018, deux référents déontologiques ont été nommés par arrêtés du Président du Conseil régional du 18 octobre 2018, jusqu'à la fin de la mandature :

- le directeur des affaires juridiques et de la commande publique (DAJCP) référent déontologue ;
- une référente déontologue adjointe, rattachée hiérarchiquement au DAJCP.

Ils sont référents sur les questions de déontologie, de laïcité et d'alertes éthiques, concernant à la fois les élus et les agents.

Leur mission est de :

- mettre en place des dispositifs de prévention des risques déontologiques, de fraude et d'atteintes à la probité ;
- animer des actions de sensibilisation et de formation ;
- réceptionner et donner suite aux demandes de conseil et/ou signalements notamment éthiques ;

- assurer la protection de l'agent auteur d'un signalement (lanceur d'alerte)
- et plus récemment, aider au contrôle des mobilités des agents entre secteurs

Entre septembre 2016 et octobre 2020, 44 demandes de conseil et saisines ont concerné des élus, des agents et des organismes bénéficiaires, notamment de fonds européens structurels et d'investissement (FESI), portant essentiellement sur :

- le risque de conflit d'intérêts (30) concernant 19 agents, 7 élus (4 public/public, 3 public/privé) et des 4 organismes extérieurs (comitologie fonds européens, SEML, ...),
- le traitement de soupçons de fraude (6 dont 3 concernant le FEDER et 3 le FEADER).

1.2 La diffusion de chartes et guides de bonne conduite

En application de la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015, une charte de l'élu local applicable aux élus régionaux, doit être présentée lors de la séance d'installation de chaque nouvelle assemblée, comme à celle du 18 décembre 2015.

Pour rappel, les élus exercent leur mandat dans le respect des principes déontologiques consacrés par cette charte :

- L'élu local exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité.
- Dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement ou de tout autre intérêt particulier.
- L'élu local veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts.
- Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l'élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote.
- L'élu local s'engage à ne pas utiliser les ressources et les moyens mis à sa disposition pour l'exercice de son mandat ou de ses fonctions à d'autres fins.
- Dans l'exercice de ses fonctions, l'élu local s'abstient de prendre des mesures lui accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de son mandat et de ses fonctions.

L'agent public doit, quant à lui, respecter les cinq principes essentiels liés à la déontologie, conformément aux articles 25 à 28 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 modifiée :

- l'obligation de probité, d'intégrité et de dignité,
- l'obligation de neutralité et le principe de laïcité,
- l'obligation de se consacrer exclusivement à l'exercice de ses fonctions, sous réserve des règles applicables au cumul d'activités,
- l'obligation de désintéressement et de prévention des conflits d'intérêts,
- le devoir de réserve, de discrétion professionnelle et l'obligation de secret professionnel.

Ces principes sont détaillés **dans une charte formalisée par la Région**, présentée au comité technique le 28 septembre 2018.

En complément de la charte de déontologie, les référents déontologues ont proposé une conduite à tenir aux agents face aux cadeaux, invitations et autres avantages en nature (ristourne par exemple) dont ils peuvent faire l'objet dans le cadre de leurs missions, adoptée lors du comité technique du 22 mars 2019.

Dans le prolongement du questionnaire proposé aux agents début 2018, la Région a pris l'initiative d'encadrer ces pratiques afin de protéger les agents et l'administration contre les critiques susceptibles d'être portées à leur encontre, au cas où la neutralité des agents serait remise en cause.

Lors de l'instruction et du règlement d'un dossier, de la passation d'un marché public ou de tout autre contrat, il est demandé aux agents de ne pas solliciter et refuser systématiquement les cadeaux, les invitations et autres avantages en nature, pour soi-même ou pour ses proches, qui peut influencer directement ou indirectement la décision.

En dehors de ces situations :

- les cadeaux ou les invitations d'une valeur inférieure à 50 € peuvent être offerts et reçus sans autorisation préalable s'ils s'inscrivent dans un cadre professionnel ;
- les cadeaux ou les invitations d'une valeur comprise entre 50 et 150 € doivent faire l'objet d'une information du supérieur hiérarchique, afin de déterminer la décision et/ou la posture (acceptation, refus, renvoi) à adopter en lien, le cas échéant, avec les référents déontologues ;
- les cadeaux ou les invitation et autres avantages de plus de 150 € sont refusés et retournés à la personne, à l'entreprise, ou à l'association, dans les plus brefs délais.

Il est recommandé enfin de prendre en compte également la répétition du geste dans une même année et d'une année à l'autre.

Enfin, un guide d'expression sur les réseaux sociaux, à destination des agents, a été publié le 17 octobre 2019. Ce guide intègre une dimension déontologique.

1.3 La mise en œuvre des obligations déclaratives (intérêts et patrimoine)

L'ensemble des élus régionaux avec délégation, qu'elle soit de signature ou de fonction, et les principaux collaborateurs de cabinet (directeur, directeur adjoint et chef de cabinet) doivent effectuer leurs déclarations d'intérêts et patrimoniale auprès de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP).

Il en est de même du DGS concernant la déclaration de son patrimoine à la HATVP.

Enfin, les DGS, DGA et référents déontologues ont transmis leur déclaration d'intérêts à leur autorité hiérarchique ou de nomination.

La déclaration d'intérêts, propre à chaque mandat ou fonction, et qui recense l'ensemble des activités, des fonctions, des mandats et des participations, a pour objectif de faire apparaître les liens d'intérêts (familiaux, professionnels, moraux ou financiers) susceptibles de venir interférer avec la fonction occupée. Elle est publiée sur le site de la HATVP une fois analysée.

La déclaration de patrimoine vise quant à elle à apprécier l'évolution du patrimoine (biens immobiliers, valeurs mobilières, assurances-vie, comptes bancaires, véhicules, emprunts, dettes) durant l'exercice des fonctions et à identifier tout enrichissement illicite. Elle est à réaliser en début et en fin de mandat ou de fonction. En revanche, elle n'est pas publiée sur le site de la HATVP concernant les élus locaux.

A ce jour, 57 déclarations ont dû être adressées à la HATVP (patrimoine et intérêts, y compris les renouvellements de personnes et/ou de fonction) et 13 à l'autorité hiérarchique ou de nomination (y compris les renouvellements de personnes ou de fonction), conformément à l'article 11 de la loi n°2013-907 du 11 juillet 2013 relative à la transparence de la vie publique, modifié par l'article 11 de la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Par ailleurs, les agents qui occupent des postes avec délégation de signature des dix directions concernées par les FESI et les agents de la Direction de l'audit signent, chaque année, l'attestation d'absence de conflit d'intérêts. 43 agents en 2017 et 2018 et 39 en 2019 et 2020 ont été concernés par cette attestation.

Les référents déontologues s'assurent du respect de l'ensemble de ces obligations à chaque changement de fonction pour les élus et les agents.

1.4 La prévention et le traitement des conflits d'intérêts

L'élu, comme l'agent, a l'obligation de prévenir ou de faire cesser toute situation de conflit d'intérêts, conformément aux lois n°2013-907 du 11 octobre 2013 et n°2016-483 du 20 avril 2016 qui définissent cette notion.

Un conflit d'intérêts est défini comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés, de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial, et objectif d'une fonction* ».

Le code de la commande publique pour les marchés publics et concessions prévoit également la prévention des conflits d'intérêts.

Le respect de l'obligation de déclaration de leurs intérêts, par les élus et les agents concernés, est un des premiers actes de transparence.

Chaque année, les référents déontologues sont saisis par des élus, des agents pour analyser des situations potentielles de conflits d'intérêts public/public concernant les élus et public/privé concernant des élus et des agents. Le traitement des situations de conflits d'intérêts à la Région s'est fait, jusqu'à présent, au fur et à mesure des saisines, par la mise en place d'une procédure d'abstention et/ou de déport, comme le prévoient les textes de loi.

Le déport est l'acte par lequel un élu ou un agent s'abstient ou cesse d'intervenir dans une situation dans laquelle il estime se trouver en situation de conflit d'intérêts.

Le déport est alors formalisé par un arrêté du Président du Conseil régional pour les élus concernés et à l'appui d'une déclaration concernant les agents et en lien avec le supérieur hiérarchique qui doit veiller au respect des obligations déontologiques pour lui-même et ses collaborateurs.

Pour mettre un terme au conflit d'intérêts, ce dernier peut confier le traitement de la décision à un autre agent. L'agent en situation de conflit d'intérêts s'abstient alors de signer ou de participer à la décision. Si l'agent dispose d'une délégation de signature, il doit alors s'abstenir d'en user. Enfin, l'agent doit s'abstenir de siéger voire de délibérer dans une instance collégiale.

L'élu ou l'agent peut aussi renoncer à l'intérêt cumulé : renonciation à un cumul de fonctions (quitter une fonction bénévole, élective), renonciation à un intérêt financier (cesser une activité professionnelle, céder des titres financiers ou renoncer à percevoir, pendant la durée des fonctions concernées, des dividendes liés à la détention des titres, conclure un mandat de gestion avec un service d'investissement).

Enfin, le dispositif de lanceur d'alerte, présenté en partie 1.6, donne également la possibilité aux agents de « *relater ou témoigner de bonne foi* » d'un conflit d'intérêts, après en avoir informé en vain le supérieur hiérarchique direct ou indirect.

En 2018 et 2020, trois déclarations concernant des chefs de service ont été signées par les agents concernés, leur supérieur hiérarchique et la personne désignée pour remplacer l'agent en situation de conflit d'intérêts.

En 2019, deux arrêtés de déport à la demande d'un vice-Président et d'un conseiller régional ont été signés par le Président du Conseil régional.

1.5 La cartographie des risques de fraude

Dans le cadre du dispositif de lutte contre la fraude FESI (fonds européens structurels et d'investissement), et en complément des cartographies des risques pour chaque fonds, la Région s'était dotée en 2016 d'une première cartographie des risques de fraude, refondue en 2018.

Cette cartographie a pour objectif de réaliser une auto-évaluation de l'incidence et de la probabilité de la survenance de cas de fraude.

Ce recensement, qui prend en compte la piste d'audit des aides octroyées par la Région ainsi que les marchés publics de la Région, s'est effectué sur la base des connaissances de cas de fraude rencontrés précédemment dans le cadre de la politique de cohésion européenne, des mécanismes de fraude généralement admis et récurrents ainsi que le niveau de risque observé (faible ou important) au sein de la collectivité et enfin le signalement ou non de fraudes.

Un suivi des plans d'action a été réalisé en 2017 par la Direction de l'audit (SAI) et a conduit à la remise à plat de la méthodologie afin de gérer les risques de manière plus efficace et cohérente.

Cet outil et cette démarche s'inscrivent dans une dynamique de déploiement de la gestion des risques, du contrôle interne et de l'audit par la Région.

1.6 Le dispositif de traitement des soupçons de fraude

Impulsé dans le cadre du dispositif de lutte contre la fraude FESI (fonds européens structurels et d'investissement), la Région s'était dotée depuis 2016 d'un dispositif de traitement des soupçons de fraude.

La fraude peut être soit d'origine interne, soit d'origine externe, voire les deux. Elle peut être réalisée au profit de la collectivité ou à son encontre. La fraude peut être une action ou une omission.

Son caractère est multiple, plus ou moins complexe : faux documents (altération physique, contenu non conforme à la réalité), manipulations de marchés publics, corruption... Enfin, la fraude crée un préjudice financier, matériel, moral ou d'image pour la collectivité ou ses partenaires.

Le dispositif de traitement des soupçons de fraude comprend différentes étapes :

- la détection en interne à la collectivité ou par signalement externe ;
- la saisine des référents déontologiques pour information et suite à donner ;
- la recherche de constitution de la fraude : contre analyse, investigations complémentaires, visite sur place, recherche de preuve ;
- la phase contradictoire auprès du bénéficiaire, de l'agent, de l'élu ;
- la prise de décision variable selon que les faits aient été reconnus ou pas ;
- la mise en œuvre des suites administratives, financières et judiciaires ;
- l'information et le suivi des décisions.

Ce dispositif transversal à l'ensemble des FESI, tout en prenant en compte les spécificités de chaque fonds, a vocation à s'étendre à l'ensemble des activités de la collectivité en parallèle de la réalisation d'atteinte à la probité (2.2).

1.7 Le recueil et de traitement des signalements éthiques (lanceur d'alerte interne)

La loi n°2016-1991 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique fixe un cadre juridique général applicable au lanceur d'alerte et des principes généraux communs à tous les employeurs public ou privés.

Cette loi définit le lanceur d'alerte de la façon suivante :

« Une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »

Le lanceur d'alerte peut-être :

- un agent public : fonctionnaire, titulaire et stagiaire et contractuel de droit public ou privé ;
- un collaborateur extérieur et occasionnel ;
- un stagiaire et apprenti.

Il révèle ou signale des faits, sous réserve de trois conditions cumulatives :

- de manière désintéressée : sans profit personnel, sans intention de nuire ;
- de bonne foi : motifs raisonnables permettant de croire à la véracité des faits signalés ;
- dont il a eu personnellement connaissance : qui ne détient pas l'information d'une autre personne.

Un dispositif de recueil et de traitement des signalements, émis par les agents lanceurs d'alerte de la Région, adopté en comité technique du 22 mars 2019, prévoit une procédure en 3 paliers :

- saisine des référents déontologues et information du supérieur hiérarchique direct ou indirect (sauf si celui-ci est l'objet du signalement), en ligne de façon sécurisée via « signalement.bzh » (formulaire de saisine électronique) ou par courrier confidentiel : traitement interne dans les 2 mois maximum si le signalement a été jugé recevable ;
- saisine d'autorités extérieures compétentes (judiciaires, administratives, professionnelles) en cas de non réponse ;
- divulgation publique par l'auteur du signalement, en cas de non réponse à l'issue des 3 mois.

Le dispositif rappelle la possibilité d'utiliser la mesure d'urgence préexistante à la loi n°2016 – 1991, via l'application de l'article 40 du code pénal.

Enfin, la loi instaure des garanties et protections pour les agents reconnus comme lanceur d'alerte mais également les sanctions pour les lanceurs d'alerte pour dénonciation calomnieuse ou fausse déclaration, des destinataires de l'alerte pour divulgation d'informations confidentielles et pour toute personne faisant obstacle à une alerte ou mettant en place des mesures de représailles vis-à-vis du lanceur d'alerte.

Aucun signalement n'a été émis, jusqu'à présent, via ce dispositif.

1.8 Les actions de sensibilisation et de formation

Dans le prolongement des différents comités techniques, une information permanente, régulièrement actualisée, a été mise en place dans l'intranet de la Région (Kelell) et notamment dans l'Espace déontologie créé pour donner plus de visibilité à cette thématique.

Différentes communications ont été réalisées concernant les informations suivantes :

- les référents déontologues, leurs missions, leur programme de travail réalisé et en cours ;
- les principes déontologiques des élus et des agents, la charte de l' élu local, la charte de déontologie des agents, les atteintes à la probité ;
- les conflits d'intérêts : prévention et traitement ;
- les obligations déclaratives (élus et agents concernés) ;
- la conduite à tenir des agents face aux cadeaux, aux invitations et autres avantages en nature ;
- le lanceur d'alerte ;
- le guide d'expression sur les réseaux sociaux.

Une formation de 3 heures sur la déontologie et le dispositif de lutte anti-fraude (d'investissement) est programmée chaque année par la Direction des ressources humaines aux agents en lien avec les FESI et aux nouveaux arrivants, internes et externes.

Entre 2017 et 2019, 141 agents, des dix Directions de la Région concernées par les FESI dont 124 agents, 15 chefs de service et 2 directeurs, ont été formés par la référente déontologue adjointe. Une nouvelle programmation est prévue en 2020.

A l'aune des textes et des recommandations formulées par l'AFA, il faut donc retenir :

- la désignation, par arrêté, de référents déontologues ;
- la diffusion de chartes et guides de bonne conduite (chartes des élus locaux, de déontologie des agents, guide d'expression sur les réseaux sociaux) ;
- la procédure à tenir par les agents quel que soit leur statut face aux cadeaux, invitations, ... Cette procédure pourra être actualisée en considération du guide formalisé dernièrement par l'AFA ;
- le dispositif mis en place pour les lanceurs d'alerte en interne et qui a vocation à être étendu pour les usagers externes (cf. point 2.5) ;
- la cartographie actualisée pour les risques de fraude FESI ;
- le dispositif de formation dédié d'abord aux agents FESI qui va bénéficier à l'agents des agents régionaux via le déploiement de la plateforme DESKEL sur Kelenn (cf. point 2.4) ;
- la mise en œuvre systématisée des déclarations (patrimoine, intérêts) ;
- la prévention et le traitement des conflits d'intérêts, des situations de fraude.

2. Plan d'actions pluriannuel

Afin de compléter les dispositifs mis en place, il est proposé le plan d'actions suivant (**annexe 1**). L'objectif principal de la collectivité est de renforcer l'intégrité de la vie publique régionale conformément aux prescriptions de l'AFA, aux propositions formulées notamment par Transparency International France et d'autres organismes qui œuvrent dans ce domaine.

2.1 Un guide de déontologie de l'achat public (élus et agents)

Il vous est proposé d'adopter un guide de déontologie de l'achat public (cf. **annexe 3**). Ce guide rappelle les obligations déontologiques et les grands principes de la commande publique que les élus et les agents doivent respecter tout au long des étapes de l'achat public. Il arrête pour cela des modes opératoires et précise les risques en cas de non-respect de ces obligations.

2.2 La cartographie des risques d'atteinte à la probité

La première cartographie des risques de fraude, qui prend en compte uniquement l'activité d'octroi des subventions dans le cadre des FESI et la passation des marchés publics passés par la Région, a vocation aujourd'hui à s'étendre à l'ensemble des activités de la Région, conformément aux recommandations de l'AFA.

Pour cela, des fiches risques regroupées au sein d'un catalogue ont été réalisées en lien avec le service de l'audit interne (SAI) de la Direction de l'audit (DA), en tant qu'appui à la réalisation d'une cartographie élargie.

Les référents déontologues, à l'aide du SAI, ont identifié 26 risques déontologiques et d'atteintes à la probité, regroupés au sein de sept catégories de risques associés :

- à l'éthique et à la gouvernance (cadeaux, invitations, dons en nature, conflits d'intérêts à titre d'exemples) ;
- aux vérifications inadéquates (fausses facturations, surfacturation, détournement de régies) ;
- à la gestion des aides individuelles et des subventions ;
- aux systèmes d'information ;
- à la commande publique (marchés publics et délégations de service public/concession) ;
- à la gestion des ressources humaines ;
- à la gestion mobilière et immobilière.

L'objectif est d'identifier, parmi ces risques, les risques majeurs pour la Région et de les apprécier en prenant en compte les dispositifs de contrôle interne existants et la définition des plans d'actions à mettre en œuvre avec les directions concernées.

Son actualisation, tous les deux ans, est prévue afin de continuer à guider l'action déontologique de la collectivité.

2.3 Le renforcement de la prévention et du traitement des conflits d'intérêts des élus

En prévision de la prochaine mandature, une réflexion est amorcée sur les décisions à adopter et les modes opératoires à suivre pour neutraliser tous les conflits d'intérêts potentiels concernant les élus :

- dès la mise en place des nouvelles représentations ;
- par la transmission aux élus de toutes les informations facilitant la prise de fonction des intéressés :
 - déclarations de patrimoine et de conflit d'intérêts (élargissement des déclarations de conflit d'intérêts à tous les conseillers régionaux à envisager pour parfaire la prévention) ;
 - prévention et traitement des conflits d'intérêts : systématisation des dépôts lors des commissions permanente et sessions du conseil régional ;
 - définition d'une conduite à tenir par les élus concernant les cadeaux, invitations et autres avantages en nature ;
 - ...
- par la diffusion d'un guide de la gouvernance locale

Celui-ci présentera les différentes structures au sein desquelles la Région bénéficie d'un siège (syndicat mixtes, sociétés mixtes locales, ...), leur objet et leur mode de fonctionnement ainsi que les risques inhérents à ces participations :

- les risques portant sur la responsabilité de la collectivité et notamment le conflit d'intérêts ;
- les risques portant sur la responsabilité de l'élu (la gestion de fait, le conflit d'intérêts, le délit de favoritisme, la prise illégale d'intérêts).

La remise de ces documents sera accompagnée d'actions de sensibilisation et de formation des élus.

2.4 L'intensification de la formation des agents et des élus

La mobilisation de la plate-forme d'e-learning (DESKEL), proposée par la Direction des ressources humaines (DRH), permet, en 2020, le déploiement de la formation sur la déontologie à l'ensemble des agents. Il conviendra de réfléchir à en faire bénéficier l'ensemble des élus et à utiliser les espaces territorialisés pour dispenser des formations thématiques en présentiel.

Pour cela, un parcours sur la déontologie comprenant cinq modules a été construit par les référents déontologues afin de permettre aux agents de :

- connaître les obligations déontologiques ;
- savoir identifier et prévenir une situation de conflits d'intérêts et de prise illégale d'intérêts ;
- savoir détecter une fraude ;
- savoir identifier et prévenir les risques d'atteintes à la probité ;
- comprendre le droit de faire un signalement, une alerte (lanceur d'alerte).

Ce module vise, par conséquent, à aider les agents à adopter les bons comportements ou des comportements vertueux. Les élus devront pouvoir également en bénéficier.

Par ailleurs, des publics cibles seront déterminés lors de la mise en ligne de ce parcours, en considération des fonctions sensibles qu'ils exercent :

- les acheteurs (marchés publics et concession) de la Région, en lien avec la diffusion du guide de bonne conduite à destination des élus et des agents dans le cadre de la commande publique ;
- les cadres ou les encadrants avec délégation de signature, pas encore formés dans le cadre des FESI, pour leur rôle d'encadrement et de supervision.

2.5 La saisine externe des référents déontologues par les citoyens

Pour mémoire, la procédure de lanceur d'alerte prévoit la mise à disposition des agents et des collaborateurs occasionnels de la Région d'une plateforme de recueil et de traitement des signalements éthiques internes.

S'agissant des usagers du service public et des citoyens, ils doivent, de la même manière, pouvoir adresser leur signalement, y compris les plaintes émises en matière de gestion des fonds européens.

Pour cela, le développement de la plateforme « signalement.bzh » est actée et une communication sur le site de la Région est prévue pour informer le public sur l'existence de référents déontologues et de leur saisine possible.

2.6 Le suivi et l'évaluation du dispositif

La mise en place d'une procédure d'évaluation, en cours d'exécution et rétrospective (ex post), devra permettre de mesurer les points forts et faibles du dispositif global et dégager des pistes d'amélioration pour le plan d'actions suivant.

D'ores et déjà, les référents déontologiques procèdent à un suivi régulier de l'exécution des mesures engagées et en rendent compte dans un rapport annuel remis au cours du premier trimestre de l'année n+1.

Ils contribuent à des points d'évaluation réguliers en lien avec le service de l'audit interne de la direction de l'audit afin d'apprécier l'impact des mesures adoptées et proposer tout ajustement qui s'avérerait nécessaire notamment dans le cadre des cartographies des risques.

Au terme de la période couverte par le plan d'actions, une évaluation sera réalisée, en tenant compte non seulement des moyens engagés mais aussi de l'efficacité des dispositions prises (cf. indicateurs en annexe 2).

Ainsi, il vous est proposé :

- **De prendre acte des actions déontologiques engagées depuis 2015 ;**
- **D'approuver le plan d'actions pluriannuel décrit en annexe 1 et les indicateurs de suivi énumérés en annexe 2 ;**
- **D'adopter le guide de déontologie de l'achat public régional à destination des élus et des agents figurant en annexe 3.**

Le Président



Loïc CHESNAIS-GIRARD

ANNEXE 1 : dispositif anticorruption

Actions déjà réalisées	Plan d'actions pluriannuel
Désignation de référents déontologues jusqu'à la fin de la mandature	Renouvellement de la désignation de référents déontologues en début de mandature
Diffusion de chartes et guides de bonne conduite (élus et agents)	Renouvellement de la diffusion de la charte de l' élu local accompagnée d'un kit élu et d'un guide de la gouvernance, en début de mandature. Diffusion simultanée d'un guide de déontologie de l'achat public (élus et agents)
Mise en œuvre des obligations déclaratives (intérêts et patrimoine) des élus et agents concernés Mise en place d'une déclaration d'absence de conflit d'intérêts pour les agents encadrant en lien avec les fonds européens et les membres de la Direction de l'audit	Renouvellement des obligations déclaratives en début de mandature : Elargissement de la déclaration des intérêts à l'ensemble des Conseillers régionaux (déclaration simplifiée) Elargissement de la déclaration d'absence de conflits d'intérêts aux autres encadrants
Prévention et traitement des conflits d'intérêts (élus et agents) Suivi des mobilités des agents public privé	Renforcement de la prévention et du traitement des conflits d'intérêts des élus : formalisation d'une procédure de déport systématisée
Cartographie des risques de fraude	Cartographie des risques d'atteinte à la probité
Dispositif de traitement des fraudes FESI	Dispositif de traitement des fraudes à l'ensemble des activités de la Région
Recueil et de traitement des signalements éthiques (lanceur d'alerte interne)	Saisine externe des référents déontologues (par les citoyens)
Actions de sensibilisation et de formation	Intensification de la formation des agents Mise en place d'une formation pour les élus et utilisation des espaces territorialisés
	Suivi et évaluation du dispositif

ANNEXE 2 : indicateurs

- **Obligations déclaratives (intérêts et patrimoniale) :** totalité des déclarations d'intérêt et de patrimoine réalisées par les élus et les agents concernés, à chaque renouvellement de fonction ou de poste et départ d'élus ou d'agents
- **Mobilité des agents public privé :**
 - Nombre de cas traités par la Région et suites données
 - Nombre de sollicitation des référents déontologues
- **Conflit d'intérêts :**
 - Nombre d'arrêté de déport (élus) signé du Président
 - Nombre d'attestation d'abstention et déport signés par les agents
- **Cartographies des risques de fraude et d'atteintes à la probité :** suivi des plans d'action et remise à jour des cartographies tous les 2 ans
- **Procédure de traitement des soupçons de fraude :**
 - Nombre de cas traités
 - Nombre de saisine ayant donné lieu à une sanction disciplinaire,
 - Nombre de saisine ayant donné lieu à une saisine du procureur de la République
- **Procédure de lanceur d'alerte, interne et externe :**
 - Nombre d'agents ayant été destinataires de la plaquette d'information
 - Nombre de signalement interne
 - Nombre de signalement externe
 - Nombre de signalement recevable
 - Nombre de signalement ayant donné lieu à une sanction disciplinaire,
 - Nombre de saisine ayant donné lieu à une saisine du procureur de la République
- **Formation**
 - % d'agents formés à la détection et à la prévention de la fraude et des atteintes de la probité
 - % par rapport au public prioritaire identifiés (marchés publics, encadrant)

Table des matières

Edito du Président	1
Préambule.....	2
Etape 1 : De la survenance du besoin à la définition du besoin.....	7
1) Un préalable essentiel au sourcing : la phase de survenance du besoin.....	8
2) Analyse du marché fournisseur.....	10
3) Définition du besoin.....	12
4) Les risques et les bonnes pratiques sur les phases de la survenance à la définition du besoin.	15
Etape 2 : Les rouages de l'ingénierie contractuelle et procédurale.....	18
1) Qu'est-ce que l'ingénierie contractuelle et procédurale ?	18
2) Les risques pouvant être rencontrés lors de cette étape	22
3) Les bonnes pratiques à adopter	24
4) Illustration par la jurisprudence	25
Etape 3 : Passation du contrat – du lancement de la consultation à l'attribution.....	27
1) Quelles sont les différentes étapes relatives à la passation d'un contrat ?	27
2) Les risques pouvant être rencontrés lors de cette étape	32
3) Les bonnes pratiques à adopter	34
4) Illustration par la jurisprudence	35
Etape 4 : L'exécution du contrat.....	37
1) Que revêt l'exécution du contrat ?.....	37
2) Les risques pouvant être rencontrés lors de cette étape	37
3) Les bonnes pratiques à adopter	40
4) Illustration par la jurisprudence	41
Conclusion	42
Annexes	45
Fiche récapitulative des infractions d'atteinte à la probité et des sanctions encourues.....	46
Glossaire.....	64
Pour aller plus loin : personnes contacts	80

EDITO DU PRESIDENT

Cher.e.s élu.e.s et agent.e.s,

Conclure en moyenne 750 marchés publics par an et renouveler ponctuellement quelques-unes des 55 délégations de service public et concessions régionales (transports publics terrestre, maritime et aérien, ports, aéroports...) pour un montant annuel avoisinant les 350 millions d'euros, exige d'abord de la part des élu.e.s et agent.e.s régionaux.ales une confiance réciproque et surtout l'adhésion de tou.te.s à un socle de valeurs déontologiques communes.

Impartialité, probité, discrétion professionnelle... sont rappelées tout au long de ce guide déontologique de l'achat public, qui ambitionne d'illustrer par des définitions, procédures et schémas les plus accessibles possibles, les grands principes de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement entre les candidats, transparence des procédures).

La vocation ultime de ce guide est de faire prendre conscience des enjeux et responsabilités afférents à l'achat public et d'arrêter des modes opératoires partagés à l'échelle de la collectivité ainsi que de ses satellites, de sorte qu'il constitue l'un des outils formels permettant la mise en œuvre du schéma des achats économiquement responsables adopté en juin 2018.

Ce guide et les valeurs qu'il promeut doivent inspirer votre action quotidienne en matière d'achat, empreinte, je le sais, de professionnalisme et de rigueur.

PREAMBULE

Petite histoire de la commande publique ... et de la déontologie associée

De tout temps, les pouvoirs en place en France ont tenté d'endiguer avec plus ou moins de succès les risques de corruption et d'atteintes à la probité.

Le premier texte connu de droit français portant sur l'achat public est l'ordonnance de Saint Louis pour l'utilité du Royaume de l'an 1256¹, qui enjoint aux officiers du roi d'adjuger tous les contrats d'exploitation du domaine royal loyalement, en les vendant au meilleur profit pour le compte du roi.

A cette époque, les travaux à faire étaient décrits avec une très grande précision, permettant aux administrations publiques de maîtriser les dépenses à venir, et d'anticiper toutes les incertitudes possibles. Les artisans qui postulaient, disposant de cahiers des charges très complets, n'avaient qu'à proposer un prix pour les travaux à réaliser et le moins cher l'emportait. Ainsi, les entreprises n'avaient pas la possibilité de définir conjointement avec l'administration les besoins de celle-ci. Et ceci afin d'éviter les conflits d'intérêts et la corruption.

Mais la moralisation de la commande publique interviendra véritablement avec le Duc de Sully. Le règne d'Henri IV est en effet frappé par d'innombrables abus dans la perception des recettes et par des gaspillages massifs dans les dépenses, qui amènent le roi et le Duc de Sully à engager une politique sans précédent de lutte contre la corruption et les détournements de fonds publics. Sous Sully, la mise en concurrence était censée faire échec à la complaisance et à l'imprécision, tant de la part des entrepreneurs que des administrations publiques.

Le règlement fondateur du 13 janvier 1605 est l'ancêtre de ce qui deviendra le code des marchés publics. Il prévoyait des sanctions pénales réprimant à la fois le détournement de fonds, la corruption, la concussion mais aussi le conflit d'intérêts. Des sanctions disciplinaires étaient également prévues sous la forme d'une responsabilité pécuniaire personnelle en cas de violation de la procédure de la passation des marchés, et spécialement des formalismes de la détermination des besoins, de la publicité et de la mise en concurrence.

Enfin, Colbert perfectionna certaines règles, afin d'éviter cette tendance naturelle, à l'époque, des administrations publiques à détourner les contrats publics, se traduisant par de la corruption et du détournement de fonds publics.

Pratiquement, il institua une procédure d'autorisation préalable de contracter, qui consistait à opérer une réelle étude d'impact en termes de besoin réel et d'impact sur les finances publiques du contrat à envisager. L'autorisation de contracter était ensuite donnée par une autorité supérieure. Celle-ci faisait alors un rapport écrit ou oral motivant son approbation, en droit et en

¹ M. Pascal MOREAU, Doctorant en droit public à l'Université de Poitiers, « *La pratique des marchés publics par... les acteurs publics eux-mêmes. Irrégularités, code des marchés publics et constructions privées de l'intérêt général* », conférence, 2015.

opportunité. Les services administratifs étaient chargés de procéder à une enquête pour évaluer non seulement l'opportunité du projet, mais également les coûts et les techniques envisageables. Souvent, pour les travaux importants, une commission d'enquête était réunie, composée d'agents du service des Ponts et chaussées, pour procéder à cette enquête préalable.

Comme le souligne fort justement Pascal MOREAU, il est intéressant d'observer que ces règles formelles de détermination des besoins ne s'attachaient pas à la manière dont il fallait les évaluer, mais à ces deux questions : par qui et dans quel intérêt lesdits besoins étaient-ils formulés ? **Il s'agissait donc de règles de contrôle des personnes, et non pas, simplement, de règles qui régissaient la bonne manière de calculer les besoins. Ce n'était pas tant l'efficacité de l'achat qui était visée, que la sincérité et l'intégrité des personnes au regard de l'intérêt général.**

Le réveil déontologique et la moralisation de la vie publique et économique

Plus proche de nous, les récentes lois inspirées par l'Union européenne et adoptées par la France depuis les années 90 pour moraliser la vie publique et économique la placent au niveau des meilleurs standards européens et internationaux en matière de lutte contre la corruption.

Pour autant cette dernière n'a pas miraculeusement disparu et induit un effort continu de la part des acteurs publics **et la mise en œuvre d'actions de formation et de professionnalisation permettant de combiner à la fois le contrôle des personnes et la performance de l'achat public, en vue de fonder « une société de confiance ».**

Les risques que le présent guide identifie et peut permettre de prévenir ne sont nullement théoriques. En 2018, 390 personnes ont en effet été poursuivies pour des infractions d'atteinte à la probité en France². Durant la même année, 286 personnes ont été condamnées pour des infractions d'atteinte à la probité dont 131 pour des faits de corruption, 52 pour détournement de fonds public, 38 pour prise illégale d'intérêts et 29 personnes pour des faits de favoritisme.

En édictant, en juin 2020, le Guide de l'achat public, la Direction des achats de l'Etat et l'Agence française anticorruption (AFA) affichent donc clairement leurs ambitions : « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat ».

Ceci étant, le Guide de l'AFA promeut une démarche plus ambitieuse et globale, qui débute avec un engagement explicite des instances dirigeantes, matérialisé notamment par la formalisation d'une cartographie des risques d'atteinte à la probité et l'organisation des achats pour ensuite proposer la mise en œuvre d'une stratégie anticorruption volontariste.

Cette stratégie, composée de différentes briques :

- la mise en œuvre des obligations déontologiques (déclarations de patrimoine et d'intérêts) ;
- l'édition d'un code anticorruption ;
- l'évaluation des tiers (méthodologie, mise en œuvre et conséquences) ;

² Source : Ministère de la justice, Pôle d'évaluation des politiques pénales de la Direction des affaires criminelles et des grâces, « Manquements à la probité : éléments statistiques », 2019.

- le dispositif de formation aux risques d'atteinte à la probité (pourquoi former ? qui et à quoi ? quelles modalités de formation ? quelles mesures de l'efficacité du dispositif ?) ;
- le contrôle et l'audit internes dans la maîtrise du risque d'atteinte à la probité ;
- les dispositifs d'alerte (le dispositif spécifique aux « lanceurs d'alerte », ...) ;
- le déploiement d'un programme anticorruption (méthodologie),

forme un ensemble cohérent permettant la mobilisation de l'ensemble des acteurs publics concernés (élus, agents publics) en vue de circonscrire et neutraliser les risques d'atteinte à la probité.

Le Guide décline finalement les 8 recommandations formulées par l'AFA, publiées le 22 décembre 2017 (JO du même jour), et met à disposition des acteurs locaux une méthodologie et une boîte à outils afin qu'ils formalisent un référentiel anticorruption adapté à leur structure.

La démarche initiée par la Région Bretagne

En ce qui la concerne, la Région Bretagne s'est inscrite très tôt dans cette démarche en instaurant progressivement les procédures et dispositifs correspondant aux briques précitées.

Ainsi, depuis 2016-2017, elle a :

- désigné, par arrêté, deux référents déontologues ;
- diffusé des chartes et guides de bonne conduite (chartes des élus locaux, de déontologie des agents, guide d'expression sur les réseaux sociaux) ;
- formalisé la procédure à tenir par les agents quel que soit leur statut face aux cadeaux, invitations, et réfléchi à son applicabilité aux conseillers régionaux ;
- mis en place le dispositif pour les lanceurs d'alerte en interne, lequel a vocation à être étendu aux usagers externes (plateforme « Signalement.bzh ») ;
- actualisé la cartographie réalisée pour les risques de fraude dans le champ d'intervention des fonds européens structurels et d'investissement (FESI, dont FEDER, FEADER, FEAMP...) ;
- généralisé le dispositif de formation dédié d'abord aux agents FESI en le mettant à disposition des agents régionaux via le déploiement de la plateforme Deskel sur Kelenn ;
- systématisé les déclarations (patrimoine et intérêts) et amorcé la mise en œuvre d'un contrôle automatisé ;
- accentué sa politique de prévention et le traitement des conflits d'intérêts et des situations de fraude ;
- et, surtout, adopté, en juin 2018, son schéma des achats économiquement responsables, qui réplique localement et avec des objectifs propres le Plan national pour les achats durables (PNAAPD) 2015-2020. Ce dernier définit l'achat public durable comme un achat qui intègre des dispositions en faveur de la protection ou de la mise en valeur de l'environnement, du progrès social et qui favorise le développement économique ; prend en compte l'intérêt des parties prenantes concernées par l'acte d'achat ; permet de réaliser des économies « intelligentes » au plus près du besoin et incitant à la sobriété en termes d'énergies et de ressources ; intègre toutes étapes du marché et de la vie du produit ou de la prestation.

Le schéma des achats économiquement responsables

Le schéma des achats économiquement responsables fixe 4 objectifs transversaux :

- faire de la commande publique un levier de développement économique ;
- faire de la commande publique un levier de transition énergétique et écologique ;
- renforcer l'impact social positif de la commande publique ;
- faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics en favorisant le rapprochement de l'offre et de la demande.

Il est organisé autour de 4 chantiers et 25 objectifs qui visent à :

- Améliorer l'accès des opérateurs économiques à la commande publique :
 - 1 Renouveler la relation fournisseur, en développant la pratique du sourçage ;
 - 2 Systématiser les avances et fixer le taux à 30 % (soit le maximum prévu par la réglementation actuelle) sans demande de garantie financière ;
 - 3 Insérer une clause de variation de prix, pour tous les marchés publics d'une durée supérieure à un an ;
 - 4 Favoriser les groupements momentanés d'entreprises en laissant, par principe, le libre choix de la forme du groupement aux opérateurs économiques ;
 - 5 Publier les données essentielles de la commande publique et les intentions d'achat ;
 - 6 Systématiser et renforcer l'information des candidats non retenus ;
- Promouvoir des relations contractuelles équilibrées :
 - 1 Opter pour une définition et une rédaction fonctionnelle des besoins, en prenant en compte les objectifs de développement durable ;
 - 2 Adopter un allotissement géographique et/ou technique dès la définition du besoin ;
 - 3 Acheter au juste prix et raisonner systématiquement en coût global ;
 - 4 Améliorer la critérisation et utiliser l'analyse de la valeur pour évaluer les offres ;
 - 5 Développer l'usage des procédures permettant la négociation ainsi que des procédures innovantes et performantes ;
 - 6 Organiser une gestion optimale de la relation « acheteurs-fournisseurs », au service du pilotage de la performance ;
 - 7 Privilégier le règlement à l'amiable des litiges, en cas de conflit lors de l'attribution et lors de l'exécution du contrat ;
- Mettre en œuvre une responsabilité sociale et sociétale :
 - 1 Atteindre 25 % de marchés publics comportant au moins une clause sociale à l'horizon 2020 ;
 - 2 Favoriser l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi ou en situation de handicap par la réservation de marchés ;
 - 3 Intégrer dès la définition du besoin les spécificités des secteurs de l'économie sociale & solidaire ;

- 4 Valoriser les entreprises vertueuses en termes de responsabilité sociale des entreprises ;
 - 5 Lutter contre les discriminations et promouvoir l'égalité dans l'emploi ;
 - 6 Lutter contre le travail illégal et le dumping social ;
- Contribuer à la transition écologique, énergétique et numérique
- 1 Mettre l'économie circulaire au cœur de la détermination des besoins et de l'attribution des contrats ;
 - 2 Privilégier les prestations avec un faible impact à l'usage ;
 - 3 Valoriser la performance et l'innovation pour limiter l'empreinte environnementale et climatique de la commande publique ;
 - 4 Procéder à des achats de denrées alimentaires de qualité et de proximité en restauration collective ;
 - 5 Numériser la commande publique ;
 - 6 Généraliser la dématérialisation totale de la commande publique pour tous les achats dès le 1^{er} euro.

Ce schéma s'applique à tous les achats réalisés par la Région Bretagne et ses mandataires et pour tous leurs contrats (750 marchés publics en moyenne par an et 55 concessions / délégations de service public dont la durée varie), soit 330 M€ en moyenne par an.

Avec l'adoption du schéma des achats économiquement responsables en juin 2018 et l'édition à intervenir du présent guide déontologique de l'achat public, la Région Bretagne est en passe de parfaire la démarche initiée depuis 2016-2017 ayant pour objet de poser un cadre déontologique à l'action publique et de maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public.

A cet égard, les deux documents vivent « en symbiose » et les points de convergence sont nombreux. S'il fallait n'en retenir qu'un, ce serait très probablement l'exemplarité et la recherche d'un équilibre optimum entre intérêt des opérateurs économiques et intérêt général porté par la collectivité.

Ce guide déontologique de l'achat public, qui se veut pédagogique, didactique et pratique, constituera « *une pierre supplémentaire propre à compléter et solidifier l'édifice commun* »³. Séquencé en 4 étapes (étape 1 : de la survenance du besoin à son évaluation / étape 2 : ingénierie contractuelle / étape 3 : passation du contrat, de l'analyse des offres à l'attribution / étape 4 : l'exécution du contrat), le Guide est un objet vivant, qui se veut le plus intelligible possible et fera l'objet d'actualisations fréquentes.

³ CIAT, IFACI : « *Guide pour la mise en œuvre par les collectivités territoriales des recommandations de l'Agence française anticorruption* », novembre 2019. Propos introductifs, Yannis WENDLING, Président de la CIAT.

ETAPE 1 : DE LA SURVENANCE DU BESOIN A LA DEFINITION DU BESOIN

Les 7 phases de l'achat



Plan : expliciter ce que l'on veut faire, en terme d'objectifs et de moyens à mettre en œuvre

Do : Faire ce que l'on a prévu

Check : Vérifier que le résultat obtenu correspond effectivement à ce qui était prévu

Act : Réagir (ou faire réagir) en conséquence

Crédit : Région Bretagne

L'achat public comporte 7 phases majeures. Pour se prémunir des risques d'ordre déontologique et éthique, il est essentiel d'adopter une démarche de *transparence* et de *traçabilité* la plus claire possible tout au long de l'acte d'achat.

Les phases dites « préparatoires » à l'achat sont :

- La survenance du besoin ;
- L'analyse du marché fournisseur ;
- La définition des besoins et de la stratégie d'achat.

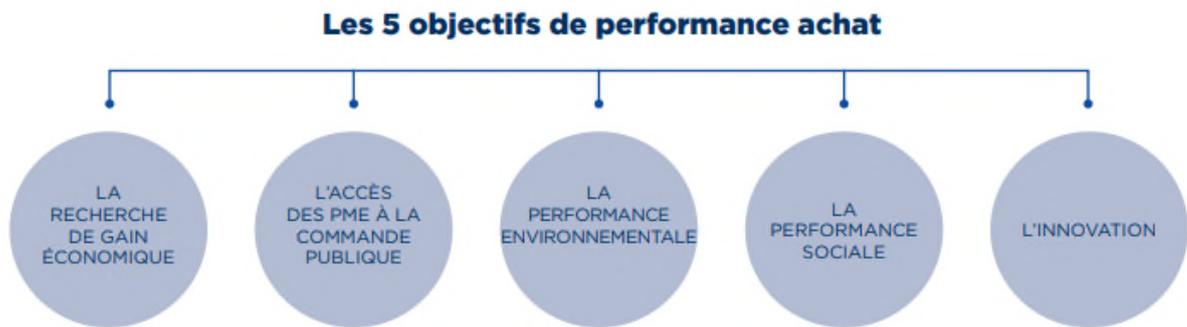
Ces trois phases de l'achat constituent des étapes essentielles pour le bon déroulé des projets.

La prévention des risques passe par une politique d'achat claire, transparente et aux objectifs bien définis. Ces objectifs, pour avoir un sens, doivent être assortis d'indicateurs de suivi et de résultat. C'est l'objectif du schéma des achats économiquement responsables, lui-même issu de la Breizh Cop.

Ce schéma comporte 4 chantiers, eux-mêmes assortis de 26 objectifs et de 49 indicateurs chiffrés d'engagement ou de transparence.

- Chantier 1 – Améliorer l'accès des opérateurs économiques à la commande publique
- Chantier 2 – Promouvoir des relations contractuelles équilibrées
- Chantier 3 – Mettre en œuvre une responsabilité sociale et sociétale
- Chantier 4 – Contribuer à la transition écologique, énergétique et numérique

La politique d'achat déclinera pour chaque achat une recherche de performance :



Crédit : Guide de la DAE relatif au sourcing

Ce sont à ces phases que se situent les gains d'économie les plus conséquents ; mais celles-ci restent méconnues des acheteurs et prescripteurs publics. Ces phases ne sont pas – ou très peu – encadrées par la réglementation. Il existe peu de doctrine et de jurisprudence : il apparaît donc logique que ces phases soient particulièrement sujettes à l'émergence de risques.

1) Un préalable essentiel au sourcing : la phase de survenance du besoin

Afin d'identifier les besoins qui surviennent, la Région Bretagne a encadré cette phase par la programmation pluriannuelle des achats. En effet, le choix d'une vision à 4 ans a été retenu afin de retrouver dans la programmation les achats pluriannuels.

Tout achat réalisé par la Région, **dès le 1^{er} €**, est un achat public. La programmation des achats les recense tous, qu'ils soient, à terme, réalisés dans le cadre :

- d'un marché public ;
- d'une concession ou d'une délégation de service public ;
- via d'autres modalités d'achat :
 - UGAP,
 - autre centrale d'achat,
 - groupement de commandes...

La phase de programmation des achats ne lie pas la structure acheteuse, car elle peut tout à fait renoncer à un projet ou en faire émerger de nouveaux.

Les risques juridiques « directs » sont donc très limités. Cependant, la démarche en elle-même est *essentielle pour prévenir les risques*. Elle permet notamment :

- L'anticipation de l'action des prescripteurs et des acheteurs donc des pics d'activité ;
- L'identification des achats facteurs de risque(s) ;
- L'identification des achats à caractère stratégique pour la Région ;
- La mutualisation des achats, donc la limitation des procédures et des fractionnements injustifiés ou peu pertinents ;
- La connaissance anticipée des besoins, préalablement à toute démarche de sourcing ;

- La connaissance d'éventuelles difficultés d'accès à la commande publique (difficultés d'ordre administratif, procédurale...) remontées par les opérateurs économiques lors des réunions de programmation.

Pour déployer tous ces leviers de vigilance, il est recommandé d'assortir la publication de la programmation pluriannuelle des achats à des *réunions de présentation par le service politique d'achat, à raison d'une par département.*

Dans son kit pratique, la Région a défini les éléments demandés dans le cadre de la programmation des achats :

- Objet de l'intention d'achat
- Mission et programme budgétaire
- Direction
- Lieu d'exécution de l'achat : commune ou département ou région
- Domaine d'achat
- Budget estimatif (enveloppe financière) en **€uro TTC**
- Type d'achat (fournitures, services, prestations intellectuelles, travaux)
- Date prévisionnelle de lancement
- Allotissement : technique, géographie ou sans allotissement
- Objectifs sociaux et/ou environnementaux ou sans objectif

Après la phase de programmation, les intentions d'achat sont validées par le comité achat et les acheteurs, prescripteurs et autres intervenants à l'achat peuvent poursuivre le processus.



La Région Bretagne a co-développé un logiciel, édité par la société SILEX, pour cette phase. Les éléments relatifs à la programmation des achats sont disponibles dans le kit « programmation des achats » comprenant :

- ✓ Une note expliquant la démarche
- ✓ Un document pratique
- ✓ Le guide utilisateur du logiciel

Depuis septembre 2020, toutes les directions/services acheteurs ont été formés sur l'intérêt et les objectifs de cette phase par le service politique d'achat. Les directions/services les moins acheteurs bénéficieront d'une formation adaptée sur les 3 premières phases de l'achat d'ici la fin de l'année 2020.

L'exercice a été réalisé en 2019 pour la programmation des achats 2020-2023, disponible, en ligne sur le [site web de la Région](#). La programmation a pu être présentée aux entreprises en mars 2020. Le même type de réunions est prévu pour janvier 2021, et le sera tous les ans, après le vote du budget.

2) Analyse du marché fournisseur

La phase préalable à toute définition du besoin est celle dite de l'analyse fournisseur. Elle peut s'exprimer de plusieurs manières :

- « sourcing » (ou *sourcing*)
- benchmark (de manière générale, recensement et analyse comparative de l'existant sur un sujet/objet donné)
- veille achat

Le sourcing appelle une vigilance particulière ici. Il existe un risque réel de corruption à l'occasion d'une veille achat continue, notamment à l'occasion de salons professionnels, ateliers, rendez-vous avec des opérateurs économiques. Des cadeaux peuvent être distribués par les entreprises à ces occasions¹.

2.1. Définition du sourcing

Le sourcing est une pratique consacrée et recommandée par la réforme de la commande publique entrée en vigueur au 1^{er} avril 2016². Il s'agit d'une consultation préalable à un contrat. **Les consultations préalables au lancement d'un achat n'engagent ni les acheteurs, ni les entreprises.** Elles sont aussi l'occasion pour les entreprises de se faire connaître et éventuellement référencer auprès d'un acheteur.

 *Jurisprudence de référence* : CE, 14 nov. 2014, *SMEAG*, n°373156 : le Conseil d'Etat a admis qu'une entreprise puisse se préparer à répondre à un marché et prendre des mesures concrètes pour se porter éventuellement candidate à la suite de la connaissance du projet d'une collectivité sans que cela soit pour autant constitutif d'un avantage irrégulier pour autant que l'ensemble des entreprises sourcées aient eu accès au même niveau d'informations.

2.2. Les objectifs du sourcing

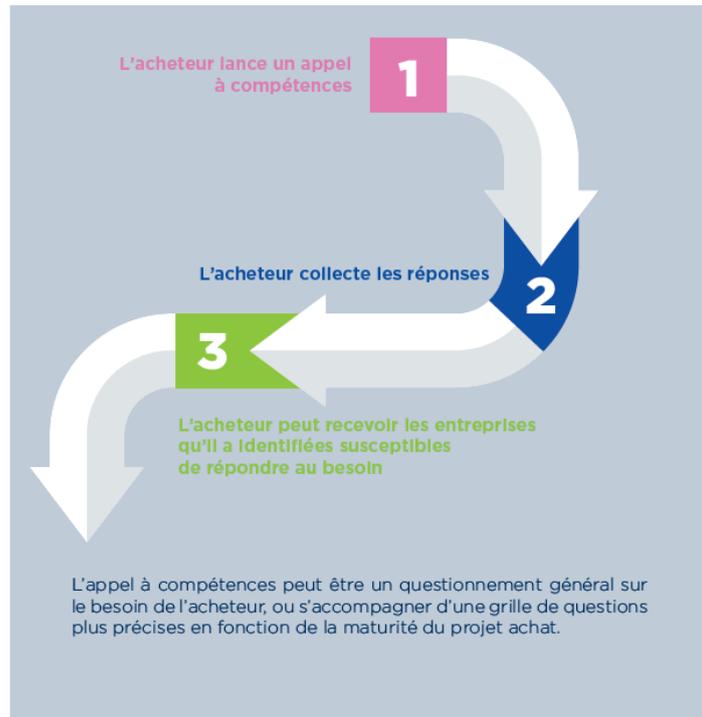
- Mesurer la *concurrence* sur un segment déterminé
- Identifier les fournisseurs *innovants*
- Connaitre la *feuille de route des fournisseurs* (nouvelles orientations du marchés fournisseurs, technologies...)
- Identifier les facteurs de *coûts et les modèles économiques des fournisseurs*
- Mesurer *l'attractivité* du pouvoir adjudicateur et *optimiser la concurrence*
- Analyser le *modèle économique* des fournisseurs
- Adapter le *montage contractuel et la passation*
 - Procédure de mise en concurrence, allotissement
 - Pertinence des critères de sélection des offres
- Réduire les *facteurs de risques identifiables* :
 - Prix élevés liés à une demande spécifique ne correspondant pas à l'état de l'art
 - Risque de marché infructueux ou sans suite
 - Risque à couvrir dans l'exécution du marché

¹ Cf. Annexe 1 sur les sanctions encourues.

² Article R. 2111-1 du code de la commande publique.

2.3. Les étapes du sourcing

Le sourcing doit être systématisé sur les achats stratégiques, ainsi que sur les nouveaux achats. Pour les autres achats, il convient d'observer la pertinence de sourcer les entreprises au préalable. Le binôme acheteur / prescripteur pourra déterminer la pertinence de la réalisation de cette phase.



Crédit : Guide de la DAE relatif au sourcing



La Région Bretagne s'est fixée un objectif ambitieux, dans son schéma des achats économiquement responsable (objectif 1.1 « renouveler la relation fournisseur, en développant la pratique du sourcing).

Un des moyens pour atteindre cet objectif : un espace numérique de sourcing, édité par la société SILEX déployé à tous les acheteurs et les prescripteurs. Cet outil et la formation à cette technique d'achat sont en cours de généralisation.

La phase de sourcing doit être systématisée dans la mesure du possible, même pour un besoin récurrent afin de s'assurer d'une connaissance la plus précise possible de l'environnement économique du besoin et des partenaires potentiels.

Les éléments relatifs à la programmation des achats seront disponibles dans un kit « analyse du marché fournisseur », en cours de rédaction.

Depuis avril 2020, 20 utilisateurs expérimentent cet espace numérique de sourcing.

Pour les opérateurs économiques, l'espace numérique de sourcing est disponible depuis [le site de la Région Bretagne](#). En effet, même si la technologie du logiciel permet d'obtenir tous les opérateurs économiques depuis la base SIREN et de compléter les fiches fournisseurs *via* toutes informations disponibles en open data, les entreprises peuvent ajouter des informations les concernant en se connectant sur leur fiche fournisseur : références, qualifications, label...

La phase de sourcing, en ce qu'elle permet de réinterroger et de circonscrire son besoin, est intrinsèquement liée à la phase de définition du besoin et d'élaboration de stratégie(s) d'achat(s). Les risques évoqués sont donc transversaux et communs à ces phases.

3) Définition du besoin

La définition du besoin est une étape exigée par le code de la commande Publique.

- Selon le code de la commande publique³ : « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.* »



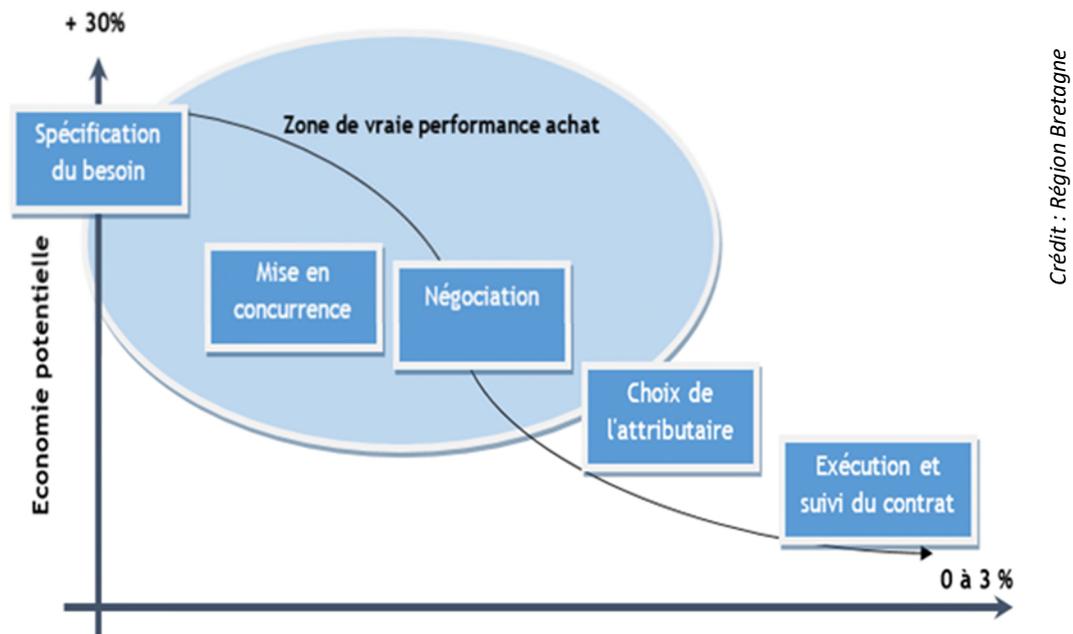
Crédit : Région Bretagne

Cela permet à l'acheteur de définir l'objet exact de l'achat ainsi que ses fonctionnalités, son montant, éléments qui détermineront le choix de la procédure.

- L'obligation de définir précisément la nature et l'étendue des besoins est un moyen de respecter à la fois les grands principes et les objectifs de la commande publique énoncés à l'article L.3 du code, dont la valeur constitutionnelle a été affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.
- Il est important de prendre en compte la distinction entre ces deux notions :
 - La **définition du besoin** implique de préciser clairement les caractéristiques du futur achat ;
 - L'**évaluation**, quant à elle, vise à quantifier le volume (en € / en quantité) du futur achat de prestations.

Cette phase constitue une étape déterminante dans la réussite de l'achat, afin de définir le juste besoin. L'absence ou l'insuffisance de définition des besoins est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Les gains d'économie les plus conséquents sont réalisés lors de ces phases, mais celles-ci restent méconnues des acheteurs et prescripteurs publics.

³ Cf. article L. 2111-1 du code de la commande publique pour les marchés publics et L. 3111-1 pour les concessions



▪ Quand ?

- Définir et évaluer le besoin est **préalable à la rédaction** des pièces de l'achat, car cette étape en **détermine le contenu**.
- Cette évaluation de besoin doit être réalisée bien en amont de la rédaction du cahier des charges techniques, puis des pièces administratives.

▪ Comment ?

- L'expression du besoin doit être **sincère** et **raisonnable**.
- Actuellement, le logiciel "Gestion des marchés – module EVAL" permet de saisir les évaluations de besoin, une procédure y est associée. Le service politique d'achat travaille à un nouveau process et avec la société SILEX, au co-développement d'un nouveau logiciel.
- La décision d'opportunité de l'achat relève de la Direction Générale ;



Le nouveau module, édité par SILEX et dédié à la définition du besoin permettra d'interroger le besoin tant sur les volets :

- ✓ Economique
- ✓ Sociaux
- ✓ Environnementaux

Le nouveau process, avec un échange plus important entre le service politique d'achat et les directions acheteuses, ainsi qu'une définition des besoins dès le 1^{er} €, permettront de :

- ✓ Définir et contrôler la computation des seuils
- ✓ Obtenir le juste besoin
- ✓ Evaluer, le plus justement, grâce au sourcing notamment, le besoin
- ✓ Intégrer les objectifs du schéma des achats économiquement responsables

À terme, ce partenariat permettra la rédaction des cahiers des charges de manière fonctionnelle, afin d'obtenir des critères de choix et des objectifs de négociation beaucoup plus simplement.

L'attention portée par les intervenants à l'achat, et notamment le binôme acheteur/prescripteur permettra de se prémunir au maximum de la survenance de risques.

La commande publique en mode plateforme :

Les objectifs 4.5 et 4.6 du schéma des achats économiquement responsables ont pour objectif de numériser et généraliser la dématérialisation de la commande publique dès le 1^{er} euro. Afin d'atteindre ces objectifs, la Région Bretagne ambitionne de mettre en œuvre la commande publique en mode plateforme avec ces trois briques de service :



Crédit : Région Bretagne

« *Ce qui ne se mesure pas n'existe pas* » (Niels Bohr) : la maîtrise de la donnée se construit progressivement.

La Région Bretagne co-développe un logiciel de définition/évaluation du besoin afin de remplacer le logiciel existant pour l'orienter davantage vers les objectifs achats et permettant de constituer un début de système d'information achat pour les trois premières phases de l'achat.

En effet, dans le futur logiciel et la nouvelle procédure, la computation des seuils sera intégrée afin de répondre, notamment, au risque de « saucissonnage ».

Pour les opérateurs économiques, l'observatoire des données de l'achat public sera disponible depuis [le site de la Région Bretagne](#). Ainsi, seront visibles tous les marchés publics et les concessions attribués, ainsi que leurs modifications en coordination avec les objectifs du schéma des achats économiquement responsables.

Un meilleur système d'information « Achat » assurera lui-même un meilleur suivi des objectifs du schéma des achats économiquement responsables mais aussi renforcera la pertinence des indicateurs de l'observatoire de l'achat public régional grâce à l'automatisation des données de la commande publique.

Un observatoire de l'achat public n'a pas vocation directe à protéger des risques d'ordre déontologique mais permet de renforcer la transparence de la commande publique et le lien au citoyen et au territoire par la mise à jour de ses indicateurs en temps réel. C'est un levier d'amélioration continue de l'action régionale en matière d'achat public.

4) Les risques et les bonnes pratiques sur les phases de la survenance à la définition du besoin

4.1. Risques juridiques pesant sur les phases de la survenance à la définition du besoin

- ***L'absence de programmation des achats*** conduisant à réaliser plusieurs fois le même achat, en risquant de ne pas respecter la computation des seuils et un coût administratif plus important.
- Méconnaissance des principes fondamentaux ***d'égalité de traitement*** entre les candidats et de ***transparence*** : il faut retranscrire dans les documents de la consultation les éléments évoqués lors du sourcing.

Conformément à l'article R. 2111-1 du code de la commande publique, « *les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3.* ».

- Mise en danger du ***secret des affaires*** : pas de communication d'informations confidentielles aux autres fournisseurs sourcés. Pas de transmissions de documents ni de l'estimation faite par l'administration.
- ***Orienter volontairement ou involontairement un cahier des charges*** en faisant référence à des normes, des marques ou des techniques particulières qui favoriseraient un

candidat. Il faut prendre du recul par rapport aux échanges avec les opérateurs économiques.

- *Mauvaise définition de besoin* conduisant à acheter de la « sur ou sous qualité » et donc une mauvaise gestion des deniers publics.
- Point de vigilance *si très faible taux de rotation des fournisseurs et une forte récurrence de certains opérateurs économiques*, y compris dans des champs très concurrentiels.
 - ☞ **Le sourcing est une aide à la définition des besoins, et non un canevan d'assistance « clé en main » à la rédaction du cahier des charges.**
- Une définition des besoins conduisant à *une rédaction des pièces techniques trop descriptives et ne permettant pas de juger les offres avec des critères efficaces.*
- *L'absence de contrôle de la computation* des seuils au stade de l'évaluation du besoin.

4.2. Les bonnes pratiques aux étapes de la survenance à la définition du besoin

- *Programmer les achats* pour informer les opérateurs économiques, bien en amont du lancement de la consultation, afin que ceux-ci soient en alerte et puissent s'organiser pour répondre à une future consultation.
- *Anticiper* suffisamment le sourcing pour l'exploiter dans ses documents de marché.
- *Rencontrer plusieurs fournisseurs* et laisser un délai d'un mois entre le sourcing et la publication du marché.
- S'appuyer sur le logiciel SILEX pour *formaliser la démarche et assurer la traçabilité* de sourcing.
- Préparer son sourcing en établissant une *liste des questions* à poser et d'une *grille d'entretien* en anticipant la *durée*.
- Assurer la *traçabilité* du sourcing en intégrant le questionnaire et les réponses dans les documents de procédure et ce quelles que soient les formes prises par le sourcing : rencontres fournisseurs en direct, plateforme numérique de sourcing, salons spécialisés.
- Assurer la *collégialité* du sourcing (binôme acheteur/prescripteur).
- *Adapter le temps passé* en sourcing aux enjeux financiers de son marché.

- *Vérifier la justesse et la véracité* de son besoin : sur ou sous-estimation des coûts, sur ou sous qualité, informations fausses, étude de l'offre interne approfondie, neutralité des spécifications techniques ou fonctionnelles.
- *Définir tous les besoins de la collectivité*, dès le 1^{er} euro, afin de contrôler la computation des seuils.
- *Piloter sa politique d'achat par la donnée* pour une meilleure visibilité et transparence.

ETAPE 2 : LES ROUAGES DE L'INGENIERIE CONTRACTUELLE ET PROCEDURALE

1) Qu'est-ce que l'ingénierie contractuelle et procédurale ?

Au préalable, il est important de noter qu'à cette étape de la procédure, l'acheteur aura déjà entre les mains le montant estimé de son besoin ainsi que les principales caractéristiques techniques de celui-ci. Il sait donc ce dont il a besoin et quelle sera la dépense à engager pour satisfaire ledit besoin (*cf.* étape 1).

A ce stade, les questionnements suivants se poseront : quelle devra être la formalisation contractuelle du besoin et de quelle manière celui-ci devra-t-il être soumis aux éventuels prestataires à même de le satisfaire ? En somme, quelles seront les ingénieries contractuelle et procédurale à mettre en œuvre ?

Dans sa définition la plus usuelle, l'ingénierie est « *l'étude d'un projet industriel sous tous ses aspects (techniques, économiques, financiers, monétaires et sociaux) et qui nécessite un travail de synthèse coordonnant les travaux de plusieurs équipes de spécialistes* »¹.

Ce terme trouve tout son sens en matière de la commande publique. En effet, au-delà de la dimension purement rédactionnelle, des choix sont à opérer durant cette étape. D'une part, des choix quant aux caractéristiques du contrat (1.1) ; d'autre part, des choix sur la procédure de mise en concurrence à respecter (1.2).

Cette ingénierie, devant être mise en œuvre dans le respect des règles de la commande publique, devra respecter les obligations déontologiques auxquelles sont tenus les élus et fonctionnaires territoriaux.

1.1. L'ingénierie contractuelle dans la rédaction du contrat et ses clauses

L'ingénierie contractuelle est à envisager administrativement et techniquement.

Sur le plan technique, la traduction du besoin sera, semble-t-il, la même, quelle que soit la forme retenue pour le contrat. En effet, un cahier des clauses techniques particulières (CCTP), au sein duquel le besoin sera clairement défini, trouvera à s'appliquer dans toute forme de contrat.

Les clauses techniques devront être précises, claires et réalisables. Le sourcing et/ou la connaissance des agents auront permis de faire aboutir ce travail. Néanmoins, il ne faut pas exclure les cas de figure pour lesquels l'acheteur ne serait pas en mesure de définir son besoin. Cela peut par exemple être le cas dans le cadre d'un achat innovant ou d'un achat pour lequel aucune solution n'existe sur le marché. Ce peut également être partiellement le cas en délégation de service public, car si le contenu des caractéristiques des prestations à exécuter par le prestataire doit être défini préalablement, les négociations permettent d'affiner ensuite celles-ci. Il est à

¹ Définition extraite du dictionnaire LAROUSSE (version en ligne).

noter que la forme choisie pour le contrat ainsi que le choix de procédure de mise en concurrence viendront palier à l'impossibilité de définir précisément le besoin sur le plan technique.

Aussi, l'aspect technique de l'ingénierie contractuelle ne sera-t-il pas abordé plus en détail dans les présents développements.

Sur le plan administratif, l'ingénierie contractuelle consiste à déterminer quelle sera la forme de contrat la plus adaptée pour permettre l'exécution du besoin. A ce titre, le code de la commande publique offre une multitude d'outils contractuels pour répondre au besoin de l'acheteur dont voici une liste non exhaustive :

- Marché public ;
- Accord-cadre (à bons de commande, ou à marchés mixtes, ou à régime mixte) ;
- L'allotissement ;
- Les tranches (ferme et optionnelles) ;
- Les concessions (la partie délégation de service public du CGCT renvoie aux dispositions du code de la commande publique dédiées aux concessions) ;
- ...

En parallèle du choix du « contenant », il s'agira de déterminer le contenu au travers des clauses administratives :

- Durée ;
- Modalités d'exécution financière ;
- Leviers de sanctions ;
- Clauses sociales et environnementales ;
- ...

Ainsi, de manière pratique, l'ingénierie contractuelle recouvre-t-elle toute la phase de travail permettant d'aboutir à la rédaction du contrat. Par contrat, il faut entendre l'ensemble des pièces composant le dossier de consultation des entreprises (DCE) : cahier des clauses administratives types (CCAP), cahier des clauses techniques types (CCTP), pièces financières (décomposition du prix global forfaitaire [DPGF], bordereau de prix unitaires [BPU], détail quantitatif estimatif [DQE]), règlement de la consultation (RC).

Tous ces choix et travaux rédactionnels devront être menés à la lumière des règles de la commande publique et des obligations déontologiques.

1.2. L'ingénierie procédurale dans le choix de la procédure à mettre en œuvre

En parallèle de la rédaction des différentes pièces du contrat, il sera nécessaire de choisir la procédure de mise en concurrence à mettre en œuvre. Tout comme pour les formes de contrat, le code de la commande publique offre de nombreuses procédures de mise en concurrence.

En vertu de l'article [L. 2120-1](#) du code de la commande publique : « *Les marchés sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :*

- 1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, [...]* ;
- 2° Soit selon une procédure adaptée, [...]* ;
- 3° Soit selon une procédure formalisée, [...]. »*

Les développements à suivre ont vocation à constituer une synthèse des outils d'ingénierie procédurale disponibles. Il n'est pas question de rentrer dans le détail de chaque procédure, le but premier restant d'apporter un éclairage sur les risques susceptibles d'être rencontrés lors de cette étape ainsi que les bonnes conduites à adopter.

1.2.1. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables²

L'article [L. 2122-1](#) du code de la commande publique dispose que « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsqu'en raison notamment de l'existence d'une **première procédure infructueuse**, d'une **urgence particulière**, de son **objet** ou de sa **valeur estimée**, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur.* »

Tout d'abord, il faut noter qu'une procédure sans publicité ni mise en concurrence doit être entendue comme une procédure à l'occasion de laquelle un seul opérateur économique est contacté. A défaut, le marché sera requalifié en marché à procédure adaptée. Il s'agit là de la doctrine posée par la DAJ de Bercy. La Région Bretagne, [dans sa doctrine interne](#), entend retenir le même raisonnement.

Ensuite, il convient de détailler quelque peu les hypothèses dans lesquelles ce type de procédure peut être mise en œuvre :

- **L'existence d'une première procédure infructueuse** (article [R. 2122-2](#) du CCP). Il s'agira ici des consultations pour lesquelles aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article [R. 2144-7](#) ou des offres inappropriées définies à l'article [L. 2152-4](#) ont été présentées ;
- **L'existence d'une urgence particulière** (article [R. 2122-1](#) du CCP). Le code de la commande publique énumère quelques cas pour lesquels la notion d'urgence est reconnue. Il est important de noter ici que le marché passé selon cette procédure devra s'en tenir aux « *prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence* » ;
- **L'objet du marché considéré** (articles [R. 2122-3](#) à [R. 2122-7](#) et [R. 2122-9](#)). A titre d'exemple, il pourra s'agir des marchés visant à acquérir une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique, de marchés pour lesquels existent un droit d'exclusivité, d'un marché à passer avec un lauréat d'un concours... ;
- **La valeur estimée du marché considéré**. Conformément à l'article [R. 2122-8](#) du CCP, il s'agit notamment des marchés dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes ;

A noter également qu'un marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables en raison de la qualité de l'acheteur, ce conformément aux articles [R. 2122-10](#) et [R. 2122-11](#) du CCP (« *à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement* »).

1.2.2. Les marchés passés selon une procédure adaptée

Les marchés pouvant être passés selon une procédure adaptée sont ceux définis à l'article [L. 2123-1](#) du code de la commande publique : « *Une procédure adaptée est une procédure par*

² De plus amples informations sur cette procédure sont disponibles dans la fiche dédiée de la DAJ de Bercy : [Les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables](#).

laquelle l'acheteur **définit librement les modalités de passation du marché**, dans le **respect des principes de la commande publique** et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.

L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée :

- 1° **Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens** mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;
- 2° **En raison de l'objet de ce marché**, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ;
- 3° **Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire.** »

Dans le cadre d'une procédure adaptée, l'acheteur est effectivement libre de définir les modalités de passation de son marché. Deux obligations fortes, qu'il convient de rappeler au préalable ici, s'imposent néanmoins à lui :

- Lorsque l'estimation du besoin atteint 40 000 € HT, le marché doit faire l'objet d'une publication sur un profil d'acheteur ;
- Lorsque l'estimation du besoin atteint 90 000 € HT, le marché doit faire l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales (JAL).

Concernant les hypothèses dans lesquelles une procédure adaptée peut être mise en œuvre, les conditions de recours sont à préciser (articles [R. 2123-1](#) et suivants du CCP) :

- **Le seuil européen**, évoqué ci-dessus, en dessous duquel la procédure adaptée peut être mise en œuvre est, depuis le 1^{er} janvier 2020, pour les **pouvoirs adjudicateurs** :
 - ✓ **214 000 € HT pour les marchés publics de fournitures ou de services ;**
 - ✓ **5 350 000 € HT pour les marchés de travaux.**

Ces seuils sont actualisés tous les deux ans, il est important d'être à jour de leur évolution.

- **L'objet du marché.** Ainsi, pourront être passés selon une procédure adaptée, peu importe leur montant, les marchés ayant pour objet :
 - ✓ Des **services sociaux et autres services spécifiques** (dont la liste figure dans un avis annexé au code de la commande publique) ;
 - ✓ **Un ou plusieurs des services juridiques suivants** :
 - « a) *Services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;*
 - b) *Services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée au a ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure.* »
- **La valeur des lots.** Peut être passé selon une procédure adaptée **un lot d'un marché alloti** « dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les **deux conditions suivantes** :
 - a) **La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;**
 - b) **Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots ;** ».

1.2.3. Les marchés passés selon une procédure formalisée

Selon l'article [L. 2124-1](#) du code de la commande publique : « **Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe au présent code, l'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées définies par le présent chapitre, dans les conditions et selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.** »

En procédure formalisée, l'acheteur aura le choix entre plusieurs « sous-procédures » :

- L'appel d'offres ouvert ou restreint ([R. 2124-2](#) du CCP) ;
- La procédure avec négociation ([R. 2124-3 et suivant](#) du CCP) ;
- Le dialogue compétitif ([R. 2124-5 et suivant](#) du CCP) ;
- Les délégations de service public / concessions (dispositions combinées des articles L. 1411-1 et suivants du CGCT et L. 3000-1 à L. 3381-3 du code de la commande publique).

2) Les risques pouvant être rencontrés lors de cette étape

Un rappel des « grands » principes régissant cette étape d'ingénierie vient d'être réalisé. Afin qu'élus et agents soient avertis au mieux, il est ici important de dresser la liste des risques pouvant être rencontrés.

Lors de cette étape de l'achat, vous pourriez être confrontés aux situations à risque suivantes³ :

- ✗ En tant qu'élu, des entreprises intéressées par le contrat en cours d'élaboration au sein de votre collectivité rentrent en contact avec vous. Ces dernières pourront tenter d'obtenir des informations sur le contenu de celui-ci, sur les attentes précises de la collectivité. Certaines pourraient vouloir exercer une pression, par votre intermédiaire, afin d'influencer le contenu du contrat.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Monsieur l'élu, notre entreprise organise un séminaire à l'hôtel Splendide à Cannes. Nous souhaiterions que vous fassiez partie de nos invités. Ainsi, nous aurons l'occasion, lors des festivités programmées, d'échanger les sujets nous intéressant tous deux, notamment le contrat en cours de rédaction au sein de votre collectivité pour l'exploitation des plages. »

- ✗ Un potentiel candidat vous soumet un DCE rédigé par ses soins. Les deux parties sont donc gagnantes : la collectivité économise du temps dans le travail de construction du contrat, l'entreprise remplira toutes les cases de ce besoin ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Ne perds plus de temps avec la rédaction du marché d'étude relative à la structuration de la filière bois. L'entreprise Duchêne vient de m'envoyer un DCE tout fait. On s'économise un travail pénible et on est sûr d'avoir un candidat à y répondre. »

³ Liste non exhaustive.

- ✘ Le choix des critères d'attribution des candidatures et des offres est régi par des considérations autres que l'absolue objectivité, et ce afin, notamment de favoriser l'un des candidats ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Augmente la pondération du critère prix. Nous devons faire des économies et la technique n'est pas si importante. En plus, je viens d'avoir l'entreprise Toutapetit-pri au téléphone. Ce ne sont pas les meilleurs mais le patron m'assure qu'il proposera des prix très bas. Si le critère prix prévaut, il y a de fortes chances que cette entreprise remporte le marché. »

- ✘ La rédaction des critères est imprécise et peu lisible et fait peser un risque d'interprétation dans l'analyse des offres ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Il faudrait être moins précis sur les critères dans le RC. Je ne sais pas quel type d'offres nous allons recevoir. Un peu de flou nous permettra de les interpréter et donc de les appliquer à notre guise lors de l'analyse. »

- ✘ Les prescriptions techniques orientent le besoin vers un produit précis, une marque précise ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« J'ai reçu une consigne du Maire, il faut que nos nouveaux locaux soient meublés en partie avec du mobilier du designer Lebreton, il est local et c'est dans l'air du temps. Précisez dans le CCTP que l'assise des chaises doit être en tissu d'algues tissées, il est le seul à faire cela. »

- ✘ Les modalités afférentes à la procédure de mise en concurrence ne sont pas en phase avec le besoin mais permettent d'avantager un candidat (procédure de mise en concurrence, délais pour répondre, ...) ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Je sais que ce contrat n'est pas éligible à la procédure avec négociation mais j'aimerais que nous rencontrions l'entreprise Boparleur. Leurs prix sont au-dessus de la moyenne des autres prestataires mais leur directeur commercial a du bagout, il saura convaincre les élus en les rencontrant. »

- ✘ Un des élus de la collectivité est salarié d'une entreprise susceptible de répondre au contrat en cours de rédaction. Ce dernier tente d'obtenir des informations sur le contrat en cours de rédaction.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« L'élu aux affaires scolaires souhaite être dans la boucle de la validation, avant publication, du contrat de travaux pour la restauration de l'immeuble rue des lices. Dois-je accéder à sa demande en considération du fait qu'il est directeur adjoint de la société de travaux TP+, société susceptible de soumettre une offre pour certains lots ? »

3) Les bonnes pratiques à adopter

A chaque problème une solution ! Pour prévenir ces situations et/ou y faire face, quels sont les bons réflexes à adopter ?

En réponse aux situations à risque évoquées ci-dessus (cf. point 2), voici quelques recommandations sur les bonnes pratiques à adopter :

- ✓ En tant qu'agent, dès que l'une des situations précitées est constatée, il convient d'en référer à son supérieur hiérarchique. Il en va de son devoir d'alerte. Par ailleurs, il n'est pas nécessairement aisé de faire face seul à ce type situation et d'adopter la bonne position. Travailler à plusieurs sur une telle difficulté sera bénéfique et sécurisant.
- ✓ En tant qu'élu, il est important de garder à bonne distance les entreprises essayant d'obtenir des informations sur un contrat en cours de rédaction ou d'en influencer le contenu. Il est également jugé opportun d'informer le service en charge de la rédaction du contrat de ce type de tentatives.
- ✓ Limiter au maximum les contacts avec les entreprises à même de répondre à la consultation lors de la phase de rédaction du contrat, sauf si la procédure le commande (dialogue compétitif, DSP/concession). Sinon, les contacts devront avoir été réalisés en bonne et due forme lors de la procédure de sourcing.
- ✓ Dans le règlement de la consultation, être le plus clair possible concernant les critères d'attribution. Ces critères ne doivent pas pouvoir faire l'objet de contestation de la part des candidats. Par ailleurs, si un guide interne existe contenant des préconisations sur le choix des critères, il convient de s'y référer.
- ✓ Les spécifications techniques devant être objectives, ne citer aucune marque.
- ✓ Choisir une procédure de mise en concurrence adaptée au besoin, que l'on est en mesure de justifier et motiver.
- ✓ Elus et agents doivent être attentifs aux conflits d'intérêts pouvant naître à l'occasion de cette étape.

4) Illustration par la jurisprudence

Le juge a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des défaillances imputables à la phase d'ingénierie contractuelle et procédurale. En voici quelques exemples :

- ***Cass.crim., 30 juin 2006, n°03-86.287***

Dans cet arrêt, le juge répressif vient **sanctionner le fait de définir ses besoins en fonction de l'entreprise que l'on cherche à rendre attributaire.**

En l'espèce, est contestée l'attribution d'un marché d'assistance téléphonique aux personnes âgées et d'aide-ménagère à domicile, dit "Bel âge assistance". Ledit marché a été attribué par la société d'économie mixte Cannes Action Sociale (Semcas) à la société Domical.

Il s'avère que la Présidente de la Semcas, également présidente de la commission d'appel d'offres de la Semcas et d'adjoint au maire, a utilisé sa qualité d'élue pour vicier la procédure d'attribution du marché "Bel Age Assistance" en faisant établir le cahier des charges du marché à partir des documents publicitaires de la société Domical, rompant l'égalité des candidats au marché.

La Présidente a été déclarée coupable de favoritisme et sanctionnée d'une peine de à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et d'une amende de 5 000 euros.

- ***CE, 7^{ème} ET 2^{ème} sous-sections réunies, 11 septembre 2006, n°257545⁴***

Dans cette décision, le **Conseil d'Etat rappelle qu'un acheteur public ne doit pas, en principe, se référer à des marques** : « *Les clauses, spécifications techniques et cahiers des charges..., ne peuvent mentionner des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée* » (article 13 du décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 modifié, relatif à la normalisation).

Dans cette affaire, la commune de Saran (Loiret) avait établi un cahier des charges pour la fourniture de pavés. Pour en décrire les caractéristiques, elle avait reproduit la page du catalogue du fabricant présentant des pavés de type « Quartzo », en se bornant à masquer le nom de l'entreprise. Par ailleurs, les caractéristiques de ces pavés étaient supérieures à la norme NF et étaient exprimées dans une norme étrangère.

Le Conseil d'Etat rappelle que le recours à de telles spécifications ne peut être autorisé qu'en cas d'impossibilité de décrire autrement la prestation demandée, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché sans ces références. Dans ce dernier cas, celles-ci sont autorisées, mais il faut, en outre, qu'elles soient accompagnées de la mention « ou équivalent ».

La commune avait bien apposé la mention « ou similaire », mais n'avait pas apporté la justification de son impossibilité à décrire l'objet du marché autrement qu'en citant une marque et les caractéristiques du produit. En conséquence, la décision de la commission d'appel d'offres de la commune de Saran du 20 septembre 1994 a été annulée.

⁴ Analyse extraite d'un article du journal Le Monde, en date du 21 septembre 2006, *Marchés publics : Un marché ne doit pas faire référence à des marques.*

- ***Cour administrative d'appel de Bordeaux, 8 novembre 2016, Société Guyanet, n° 15BX00313***⁵.

Après avoir rappelé que les acheteurs devaient porter à la connaissance des candidats les caractéristiques essentielles du contrat et, notamment, la liste des salariés à reprendre, **la Cour administrative d'appel juge que les critères portés à la connaissance des candidats doivent être précis.**

En l'occurrence, il s'agissait d'un marché de prestation de nettoyage de locaux administratifs, dont les offres devaient être jugées au regard :

- Du prix à hauteur de 60%,
- L'adéquation de l'offre au cahier des charges à hauteur de 30%,
- Le délai d'intervention à hauteur de 10%.

La société évincée contestait la précision du critère relatif à l'adéquation de l'offre au cahier des charges. **Le juge a suivi le raisonnement exposé par le candidat et annulé le marché au motif que l'acheteur n'avait pas suffisamment porté à la connaissance des candidats les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution, ledit critère étant trop imprécis.**

⁵ Analyse extraite d'un [article du site francemarches.com](http://www.francemarches.com), en date du 20 avril 2017, *Jurisprudence sur la notation des offres : plusieurs cas de figure pour illustrer les droits et obligations des soumissionnaires.*

ETAPE 3 : PASSATION DU CONTRAT – DU LANCEMENT DE LA CONSULTATION A L'ATTRIBUTION

1) Quelles sont les différentes étapes relatives à la passation d'un contrat ?

Une fois le contrat rédigé et le choix de la procédure de passation arrêté, conformément aux processus et préconisations décrits dans l'étape 2, intervient la phase de passation du contrat.

La réalisation de cette phase implique une succession de nombreuses étapes importantes, souvent dans des délais contraints. Tout comme lors des autres étapes de l'achat, l'acheteur devra veiller à la plus grande vigilance dans les différentes tâches à réaliser, ce afin de garantir la sécurité juridique du contrat.

En raison du nombre important d'étapes et de la promptitude nécessaire pour les réaliser, les occasions de manquer aux règles de déontologie sont nombreuses.

Les développements ci-dessous ont vocation à faire un rapide rappel des grandes règles de passation d'un contrat. Ils concernent les procédures avec mise en concurrence, les procédures sans publicité ni mise en concurrence étant, de fait, exclues de cette phase.

1.1. Le lancement de la consultation

Le lancement de la consultation sera effectif à compter du moment où le DCE aura été publié sur le profil d'acheteur public et où, le cas échéant, l'avis de publicité aura été transmis pour publication au JAL retenu.

Comme cela a été indiqué à l'occasion de l'étape 2 :

- Les achats, dont le montant estimé est supérieur à 40 000 € HT, doivent faire l'objet d'une mise à disposition, sur un profil d'acheteur public, des documents de la consultation. Cette règle est rappelée à l'article [R. 2132-2](#), alinéa 1^{er} du CCP : « *Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Pour les marchés qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, cette mise à disposition s'effectue sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.* » ;
- Les achats, dont le montant estimé est supérieur à 90 000 € HT, doivent obligatoirement faire l'objet d'un avis de publicité dans un JAL, conformément à l'article [R. 2131-12](#) du CCP.

Une fois ces différentes formalités accomplies, la consultation est considérée comme « lancée ».

1.2. Les interactions possibles pendant la phase de consultation

1.2.1. Les réponses aux questions des candidats

A lecture des différents documents de la consultation, des questions peuvent naître chez les candidats (dues à une mauvaise compréhension de la thématique, une imprécision, une erreur dans les documents...).

Les profils d'acheteurs publics offrent la possibilité, à ces candidats, de poser leurs questions de manière sécurisée, ce en assurant une traçabilité. En effet, conformément à l'article [L. 2132-2](#) du CCP, ces échanges doivent avoir lieu par voie électronique.

L'acheteur devra veiller à apporter le même niveau d'information à tous les candidats. Dans l'hypothèse où un candidat pose une question, l'acheteur devra verser sa réponse, tout en anonymisant celle-ci et en respectant le secret industriel et commercial, dans le DCE afin que tous les candidats intéressés puissent en disposer.

Enfin, bien souvent, le RC précisera les modalités à respecter afin de poser une question (modalités de dépôt de la question sur le profil d'acheteur, délais...).

1.2.2. Les visites

Préalablement à la remise des candidatures et des offres par les candidats, en fonction de l'objet du contrat, l'acheteur peut décider de rendre possible ou obligatoire une visite du lieu d'exécution dudit contrat.

La possibilité d'organiser des visites est prévue, de manière indirecte, à l'article [R. 2151-3](#) du code de la commande publique : « *Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires, les délais de réception des offres sont suffisants pour permettre à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres.* »

Si la visite d'un site a pour objectif de permettre une meilleure appréhension du besoin et donc de la réponse à apporter, ce qui sera bénéfique pour le candidat comme pour l'acheteur, cette possibilité n'est pas sans risque pour la sécurité juridique de l'achat. Aussi, une visite devant être organisée et effectuée en toute transparence et sans discrimination ou favoritisme envers l'un ou plusieurs des candidats, il convient de respecter quelques règles :

- Comme mentionné dans le CCP, les délais de réception des offres doivent être adaptés à la réalisation de cette visite. Un délai manifestement trop court pourrait être interprété comme une entrave à certaines candidatures, d'autant plus lorsque cette visite est obligatoire ;
- Les modalités de réalisation de cette visite doivent avoir été précisément décrites dans le règlement de consultation ;
- Si une publicité est réalisée, l'annonce doit mentionner qu'une visite est prévue et indiquer son caractère obligatoire ou non ;
- Si la visite n'est pas à date fixe mais que chaque candidat peut, par exemple, la réaliser sur rendez-vous, dans un délai imparti et mentionné dans le RC, l'acheteur devra veiller à donner le même niveau d'informations à chaque candidat ;

- Afin de garantir ce même niveau d'information à chaque candidat, il peut même être envisagé de ne répondre à aucune question lors des visites et d'en réaliser, *a posteriori*, une synthèse dont les réponses seront communiquées à l'ensemble des candidats ;
- Afin de permettre au candidat de justifier de la réalisation de cette visite, notamment dans le cadre d'une visite obligatoire, l'acheteur doit être en mesure de lui fournir une attestation et de tenir, si cela est jugé nécessaire, un registre des visites.

1.2.3. Les modifications de la consultation

Dans certains cas, l'acheteur pourra être amené à modifier sa consultation, ce pour diverses raisons. Les modifications peuvent porter sur le contenu des documents de la consultation et/ou sur le délai accordé aux candidats pour déposer leur candidature et leur offre.

Lorsque ces modifications portent sur les documents de la consultation, l'acheteur doit considérer si cette modification est substantielle ou non et à quel moment elles interviennent dans la consultation. En fonction de cela, il jugera s'il est nécessaire de repousser, ou non, la date limite de réception des candidatures et offres.

1.3. ***L'analyse des candidatures et des offres***

Une fois les candidatures et offres réceptionnées, dans les délais impartis, l'acheteur aura tout d'abord en charge la vérification de l'admissibilité des dossiers reçus (c'est à cette occasion qu'il vérifiera si parmi les dossiers reçus certains sont qualifiables d'incomplets, d'irrecevables, d'inacceptables ou encore d'inappropriés).

Ensuite, il procédera à l'analyse des candidatures et des offres recevables à la lumière des critères inscrits dans le RC.

Au-delà de l'analyse à la lumière des critères inscrits dans le RC, l'acheteur pourra se référer à la doctrine interne en matière d'analyse des offres (préconisations sur l'analyse du prix, documents types disponibles...).

L'analyse doit être réalisée de manière juste, objective et impartiale.

1.4. ***Les interactions possibles pendant la phase d'analyse***

1.4.1. La négociation

La négociation peut intervenir dans deux cas de figure :

- Dans le cadre d'une procédure avec négociation. Selon l'article [L. 2124-3](#) du CCP, « *La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ». L'article [R. 2124-3](#) du CCP liste les cas de figure dans lesquels une telle procédure peut être tenue. Enfin, les articles [R. 2161-12 à R. 2161-20](#) du CCP en décrivent les modalités de mise en œuvre pour les pouvoir adjudicateurs (se référer aux articles [R. 2161-21 à R. 2161-23](#) du CCP pour les entités adjudicatrices) ;
- A l'occasion d'une procédure adaptée.

En procédure formalisée, elle est proscrite.

Par ailleurs, il s'agit seulement d'une faculté, non d'une obligation. Pour être menée à bien, la négociation doit respecter certaines obligations dont voici quelques exemples¹ : la négociation doit avoir été annoncée ; une traçabilité de cette négociation doit être garantie ; elle ne doit consister en un marchandage ; elle ne doit pas aboutir à une modification substantielle des offres ou du contrat...

1.4.2. Les demandes de précisions

Il peut arriver que certains éléments de l'offre d'un candidat soient peu clairs ou incertains. Dans un tel cas de figure, lorsque l'acheteur n'a pas la possibilité d'user de la négociation pour résoudre ses interrogations, il peut recourir à la demande de précisions².

Attention, cette demande de précision intervient en l'absence de toute irrégularité de l'offre et ne doit pas se confondre avec la demande de régularisation. Le demande de précisions ne doit pas aboutir, pour le candidat concerné, à compléter son offre. Il ne doit pas s'agir non plus d'une forme de négociation, les offres devant rester intangibles.

Les précisions ainsi apportées permettront ainsi à l'acheteur de pouvoir comparer les offres dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats.

1.4.3. L'audition

L'audition est à distinguer de la négociation et de la demande de précisions. En effet, dans le cadre d'une audition il n'est pas question de négocier les termes du marché ni d'obtenir des précisions sur le contenu d'une offre.

Dans le champ des prestations pour lesquelles la personnalité de l'interlocuteur de l'administration est importante, les auditions sont une pratique courante.

L'acheteur doit néanmoins respecter quelques règles :

- La possibilité de recourir à une audition doit avoir inscrite dans les pièces de la consultation ;
- Les modalités de cette audition doivent être détaillées (obligatoire ou facultative, nombre de candidats admis...);
- L'audition doit être menée de manière strictement encadrée afin de ne pas laisser la possibilité aux différents intervenants de « dévier » vers une négociation. A ce titre, il est recommandé de réaliser un PV des débats afin d'assurer une traçabilité de ceux-ci.

1.5. *L'attribution du contrat (commission d'appel d'offres, commission de délégation de service public pour les DSP et concessions)*

Une fois l'analyse réalisée en bonne et due forme, un choix devra être opéré concernant l'attribution du contrat. Ce choix sera réalisé à la lumière de l'analyse établie.

L'acheteur devra veiller à respecter le circuit de décision de cette attribution : une CAO ou une CDSP est-elle nécessaire ? Qui dispose de la compétence en interne pour attribuer le contrat ? Le président ? Le Conseil Régional ?

¹ La DAJ de Bercy, dans le point 4.4 de sa fiche « [Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant](#) », a réalisé une description détaillée sur cette faculté de négociation en MAPA.

² Article [R. 2161-5](#) (AOO) et [R. 2161-11](#) (AOR) du CCP

Il conviendra d'adresser aux membres de la CAO et de la CDSP les rapports d'analyse des candidatures et des offres très en amont afin qu'ils puissent appréhender et apprécier les procédures de passation en toute connaissance de cause ainsi que les contrats y afférents.

Il faudra garantir une sécurité maximale à cette étape primordiale de la procédure, ceci passant par une information exhaustive des élus et la mise à disposition d'une information juridique permanente sur cette thématique.

Il sera également important de respecter les délais et formalités réglementaires s'imposant lors de la phase d'attribution (délai de *standstill*, signature du contrat...).

1.6. Les suites de l'attribution du contrat

1.6.1. L'information des candidats évincés

Il faut tout d'abord noter que cette information est obligatoire uniquement pour les marchés passés en procédure formalisée. Dans le cadre d'un marché passé selon une procédure adaptée, l'acheteur peut néanmoins s'y soumettre volontairement.

Cette information marquera l'une des étapes de l'achèvement de la procédure de passation. Dans le cadre d'une procédure formalisée, elle marquera le délai...

A ce titre, l'article [L. 2181-1](#) du CCP dispose que « *Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.* »

Dans sa partie réglementaire, le CCP vient préciser les modalités de cette information, notamment s'agissant de son contenu.

La réalisation de cette formalité est importante au regard de ses effets sur les voies de recours ouvertes à ses destinataires contre la procédure ou contre le contrat lui-même.

1.6.2. L'avis d'attribution

Dans le code de la commande, sont inscrites toutes les modalités relatives à cet avis d'attribution.

Pour l'essentiel, voici ce qu'il convient ici de rapporter :

- Article [R. 2183-1](#) du CCP : « *Pour les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché, un avis d'attribution dans les conditions suivantes :
1° Pour l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements l'avis est publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ; [...]* » ;
- Article [R. 2183-2](#) du CCP : « *L'avis d'attribution est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés* ».

1.6.3. Le contrôle de légalité

Conformément aux articles [L. 2131-1](#) et [L. 2131-2](#) du CGCT, pour être exécutoire de plein droit, les contrats de la commande publique doivent être transmis au représentant de l'Etat dans le département. C'est ce qui est communément appelé le contrôle de légalité.

Tous les marchés publics et accords-cadres n'y sont pas soumis. L'article D. 2131-5-1 du CGCT fixe le seuil au-delà duquel ce contrôle est obligatoire : il s'agit du seuil européen s'appliquant aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales selon l'une des procédures formalisées, soit, depuis le 1^{er} janvier 2020, 214 000 € HT.

1.6.4. La communication de documents aux candidats évincés³

Les contrats publics et les documents qui s'y rapportent sont des documents administratifs soumis au droit d'accès institué par le livre III du code des relations entre le public et l'administration. Une fois le contrat signé, les documents composant la procédure de passation perdent leur caractère préparatoire, et deviennent, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, y compris à un candidat évincé.

Ce droit d'accès doit toutefois s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale protégé par les dispositions de l'article L. 311-6 de ce code, lequel recouvre le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières, et le secret des stratégies commerciales (CADA, n°20062458).

Lorsqu'une telle demande se présentera auprès de l'acheteur, il devra veiller à opérer, s'il y est autorisé, une communication dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale afin de ne pas porter atteinte à la concurrence.

2) Les risques pouvant être rencontrés lors de cette étape

Un rappel des « grands » principes régissant cette étape de passation vient d'être réalisé. Afin qu'élus et agents soient avertis au mieux, il est ici important de dresser la liste des risques pouvant être rencontrés.

Lors de cette étape de l'achat, vous pourriez être confrontés aux situations à risque suivantes⁴ :

- ✘ Lors de la consultation des entreprises, avant la date limite de remise des offres, une discussion informelle s'engage avec l'un des candidats.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« L'entreprise Dupont a appelé car elle avait des questions sur notre consultation, j'ai passé 1h au téléphone avec eux. Je pense que le responsable commercial a maintenant toutes les clefs en main pour déposer une offre au top. »

- ✘ A l'occasion d'une visite obligatoire, une partie du site est volontairement oubliée afin de favoriser l'exploitant actuel ;

³ Développements extraits d'un article de la CADA, [Marchés publics](#)

⁴ Liste non exhaustive.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Si on veut laisser une longueur d'avance à l'exploitant actuel, il vaudrait mieux ne pas inclure cette partie du bâtiment dans la visite. Si certains candidats s'en étonnent, on dira que c'est en travaux et non accessible pour le moment. Ils se contenteront des plans. »

- ✘ La réputation d'un candidat est largement récompensée au travers de la note attribuée au critère technique dans l'analyse des offres ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Je viens de relire l'analyse des offres que tu as réalisée. Je pense que tu peux augmenter la note technique de l'entreprise X. Elle a une renommée internationale, c'est forcément que leurs produits sont de qualité. En plus, si tu augmentes cette note, elle passera en tête du classement. »

- ✘ Afin de favoriser l'un des candidats, des sous-critères non-inscrits au RC sont utilisés pour établir la note du critère technique ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Je connais l'un des candidats. Il a fait un bel effort sur la présentation du planning. On ne pourrait pas diviser la note technique en plusieurs sous-critères pour valoriser leur travail sur ce planning ? »

- ✘ La demande de précision est détournée et devient une négociation du prix d'une offre remise dans le cadre d'une procédure formalisée ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« J'ai fait une demande de précisions auprès d'un des candidats car il semblait y avoir une incohérence dans son offre. Il en a profité pour faire une baisse de prix importante. Son offre passe en première position. Que fait-on ? On accepte ? »

- ✘ Les délais réglementaires s'imposant lors de la procédure de passation du contrat ne sont pas respectés (publicité, délai de suspension de la signature du contrat...) ;

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Il n'y a pas de réel enjeu avec ce marché public de travaux et les élus sont pressés de démarrer le chantier. Il va falloir compresser les délais. Tant pis pour le délai de standstill, on signe le contrat en même temps que l'information aux candidats évincés. Je ne vois pas qui pourrait faire un recours. »

- ✘ Transmettre à un candidat des pièces relatives à l'offre de l'attributaire, ce sans occulter les éléments couverts par le secret en matière industrielle et commerciale.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Je viens de recevoir un appel téléphonique de l'attributaire de la consultation pour le design de service. Le directeur a appris, de la bouche de son concurrent que nous n'avons pas retenu, que ce dernier avait obtenu son mémoire technique et en savait donc un peu plus sur sa méthodologie de travail. Qui a transmis ce document ? »

3) Les bonnes pratiques à adopter

A chaque problème une solution ! Pour prévenir ces situations et/ou y faire face, quels sont les bons réflexes à adopter ?

En réponse aux situations à risque évoqués ci-dessus (cf. point 2), voici quelques recommandations sur les bonnes pratiques à adopter :

- ☑ En tant qu'agent, dès que l'une des situations précitées est constatée, il convient d'en référer à son supérieur hiérarchique. Il en va de son devoir d'alerte. Par ailleurs, il n'est pas nécessairement aisé de faire face seul à ce type situation et d'adopter la bonne position. Travailler à plusieurs sur une telle difficulté sera bénéfique et sécurisant.
- ☑ En tant qu'élu, il est important de garder à bonne distance les entreprises essayant d'obtenir des informations sur un contrat en cours de passation. Il est également jugé opportun d'informer le service en charge de la rédaction du contrat de ce type de tentative.
- ☑ Limiter au maximum les contacts avec toutes entreprises, ce tout au long de cette phase de passation (consultation, analyse...). Si des contacts s'avéraient nécessaires lors de cette phase, ils devraient être réalisés en conformité avec les possibilités offertes par la réglementation (demande de précisions, négociation...).
- ☑ Une traçabilité des échanges avec les candidats doit pouvoir être effectuée. Aussi, l'acheteur doit respecter la règle selon laquelle tous les échanges doivent avoir lieu de manière dématérialisée et écrite lorsque cela est possible.
- ☑ Dans l'hypothèse où cela n'est pas possible (lors d'une audition en présentiel par exemple), l'acheteur doit rédiger un compte-rendu de ces échanges.
- ☑ Dans la mesure du possible, au-delà des règles imposées par la réglementation, il est important de se référer aux procédures internes existantes venant encadrer toute forme d'échanges avec les candidats durant la phase de passation (bonnes pratiques à respecter durant une visite, lors d'une réponse à la question d'un candidat, à l'occasion des négociations...).

- ☑ L'analyse des candidatures et des offres doit se faire dans le cadre strict des critères de notation énoncés dans le RC. Elle doit être réalisée en toute objectivité, sans chercher à modifier ou interpréter les critères, ou encore prendre en considération des éléments extérieurs à ces critères.
- ☑ Respecter l'ensemble des délais règlementaire s'imposant à l'occasion de cette étape afin d'éviter tout risque de contestation du contrat.
- ☑ Si un candidat évincé sollicite des pièces du contrat ou de la consultation, s'assurer que sa demande a été faite de manière écrite et vérifier les éléments communicables avant tout envoi.
- ☑ Elus et agents doivent être attentifs aux conflits d'intérêts pouvant naître à l'occasion de cette étape.

4) Illustration par la jurisprudence

Le juge a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des défaillances imputables à la phase de passation du contrat. En voici quelques exemples :

- **CAA Versailles, 11 septembre 2014, Société HECQ SAS, n°13VE01182**

En l'espèce, le Maire de la commune d'Aulnay-sous-Bois, suite au recours gracieux d'un candidat évincé, a déclaré sans suite, pour motif d'intérêt général, en raison d'une visite sur site qui n'aurait pas été correctement menée, une procédure de passation d'un marché portant sur divers travaux de chauffage et d'économie d'énergie dans les groupes scolaires communaux « Les Prévoyants » et « André Malraux ».

En effet, « *le jour de la visite sur place des installations, organisée le 18 juillet 2011 par la commune préalablement au dépôt des offres, l'agent communal en charge du dossier était indisponible et a été remplacé par un autre agent n'ayant pas une bonne connaissance des bâtiments, ni des spécificités des travaux à réaliser, si bien que le représentant de la société HECQ SAS, attributaire sortante du marché et candidate à son propre renouvellement, s'est substitué au représentant de la commune pour mener la visite des lieux ;* ».

Dans cet arrêt, le juge a donc constaté une rupture d'égalité de traitement des candidats à l'occasion de ladite visite sur site, les circonstances de cette visite ne permettant « *pas de garantir la fiabilité des informations dispensées lors de cette visite, ni de s'assurer de l'absence de rupture d'égalité entre les candidats* ».

- **Conseil d'Etat, 25 janvier 2019, BEAH, n°423159⁵**

Par une décision du 25 janvier 2019, le Conseil d'Etat a infligé une pénalité financière de 20.000 euros à un pouvoir adjudicateur ayant signé un marché public après avoir été informé de la saisine du juge des référés précontractuels par un candidat évincé.

En 2017, le centre hospitalier intercommunal de Fréjus-Saint-Raphaël a lancé, dans le cadre d'un groupement de commandes dont il est coordonnateur, une procédure de passation pour

⁵ Analyse extraite d'un article du cabinet Seban & Associés : [sanction financière du conseil d'Etat pour l'interdiction de signer un contrat en cas de référé précontractuel](#).

un marché public d'assurances de responsabilité civile hospitalière. Après avoir vu son offre rejetée, la société hospitalière d'assurances mutuelles a introduit un référé précontractuel devant le Tribunal administratif de Toulon, puis un référé contractuel lorsqu'elle a eu connaissance de la signature du marché par le centre hospitalier.

Après avoir annulé une première ordonnance du Tribunal et renvoyé l'affaire, le Conseil d'Etat a été de nouveau saisi d'un pourvoi contre la deuxième ordonnance du Tribunal ayant résilié le marché public à compter du 1^{er} mars 2018 au motif de son attribution à une offre irrégulière au regard de la clause d'assurance de protection juridique au sens de l'article L. 127-1 du Code des assurances prévue par le marché.

Dans la décision commentée, le Conseil d'Etat a tout d'abord annulé la décision de résiliation du Tribunal pour erreur de droit estimant que le marché ne comportait pas de garantie de protection juridique au sens du Code des assurances.

Puis, statuant définitivement sur cette affaire, le Conseil d'Etat a mis à la charge du centre hospitalier la somme de 20.000 euros à régler au Trésor public en application de l'article L. 551-20 du Code de justice administrative.

Pour cause, le centre hospitalier a méconnu l'interdiction de signer le marché public à compter de la saisine du juge des référés précontractuels par le candidat évincé, et ce jusqu'à la notification de la décision du juge en vertu de l'article L. 551-4 du Code de justice administrative.

Pour le Conseil d'Etat, le rejet des conclusions du candidat évincé sur le référé contractuel ne fait pas obstacle à ce que le non-respect du délai de suspension portant sur son référé précontractuel soit sanctionné.

Et la décision commentée précise le faisceau d'indices permettant de fixer le montant de la pénalité selon « l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat ».

Si la résiliation ou la nullité du contrat n'étaient pas justifiées dans cette affaire, le Conseil d'Etat conclut à ce que les pouvoirs adjudicateurs doivent systématiquement être sanctionnées pécuniairement pour un manquement à l'article L. 551-4 du Code de justice administrative.

▪ **Conseil d'Etat, 19 avril 2013, Ville de Marseille, n°365340**

Dans cette décision, la juridiction suprême a rappelé que la méthode de notation choisie par le pouvoir adjudicateur, dès lors qu'elle est annoncée aux candidats dans le cadre des documents de la consultation, ne doit en aucun cas être modifiée en cours de procédure et, bien évidemment, au moment de l'analyse des offres tout particulièrement.

En l'espèce, lors de l'analyse des offres relatives à une consultation pour un marché portant sur la destruction de véhicules hors d'usage, la ville de Marseille a modifié la formule de calcul de la note globale. Il y avait donc une différence entre la formule annoncée dans le RC et la formule effectivement appliquée. Le Conseil d'Etat a considéré que cette modification constituait une rupture d'égalité de traitement des candidats et qu'elle donnait donc lieu à une annulation de la procédure de passation du marché.

ETAPE 4 : L'EXECUTION DU CONTRAT

1) Que revêt l'exécution du contrat ?

Le code de la commande publique consacre des pans entiers du texte à l'exécution des contrats :

- le titre IX du Livre Ier de la partie 2 est dédié à l'exécution du marché,
- le titre III du Livre Ier de la partie 3 a, quant à lui, traite à l'exécution du contrat de concession,
- mais surtout, l'intégration du volet exécution se voit consacrée par l'insertion d'un article dès le titre préliminaire (art L.6) qui énonce les principes fondamentaux du régime juridique d'exécution des contrats administratifs.

Preuve que, dans son œuvre de codification récente (2019), le législateur a souhaité sécuriser les contrats, tant au bénéfice des acheteurs que des opérateurs économiques, en centralisant les éléments, autrefois épars, constitutifs d'un cadre juridique aujourd'hui consolidé.

L'architecture de ces titres éclaire ce que revêt la notion d'exécution du marché. Ce sujet a d'abord une dimension financière, ainsi qu'une dimension technique et englobe également le règlement des différends ou précontentieux.

Par « exécution du contrat », on entend la mise en œuvre par l'opérateur économique de sa prestation, en réponse aux besoins énoncés dans le cahier des charges par l'acheteur et selon les modalités prévues par les clauses contractuelles et confirmées et affinées, dans son offre technique et financière.

L'exécution financière répond à un cadre juridique réglementaire strict, repris ou éclairé dans le contrat.

L'exécution technique, si elle s'inscrit dans un cadre assez général dit des règles de l'art, répond aux exigences et aux prescriptions techniques énoncées dans le CCTP et, reprises ou explicitées dans la proposition technique et financière de l'entreprise.

Pour le dire autrement, la proposition technique et financière et les cahiers des charges qui forment le contrat, donne la méthodologie ou le programme des travaux entendu au sens large auquel s'engage le prestataire.

La bonne exécution d'un contrat sous-entend certes une obligation de résultat, mais aussi une obligation de moyens : la prestation est réalisée conformément à ce qui a été convenu entre les parties, et fixé matériellement via le contrat. Par exemple, soit une opération de travaux prévoyant la construction d'un internat, la bonne exécution du contrat suppose que l'immeuble soit réalisé selon la méthodologie prévue et avec les matériaux exigés et/ou proposés par le prestataire en réponse aux exigences du cahier des charges.

2) Les risques pouvant être rencontrés lors de cette étape

La phase d'exécution d'un contrat ne doit pas échapper pas à la vigilance des élus et agents quant à leur comportement : c'est également une zone à risques. Afin qu'élus et agents soient avertis au mieux, il est ici important de dresser la liste des risques pouvant être rencontrés.

Lors de cette étape de l'achat, vous pourriez être confrontés aux situations à risque suivantes¹ :

- ✗ L'entreprise titulaire va intégrer dans la facture, une ligne de dépense non-prévue au contrat, ce faisant elle émet une facture frauduleuse pour le paiement d'une prestation factice.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

Entendu au service compta de l'entreprise Desvertespourdespasmûres « dis donc Rosalie pour les sites extérieurs de la collectivité, on a livré 5 palmiers, 10 bonzaïs nains et 25 bouquets ce mois-ci, Bon tu rajoutes une livraison de début de mois de 10 compositions florales, de toute façon c'est fané maintenant, ils n'iront pas vérifier ! »

- ✗ L'entreprise titulaire surfacture, c'est-à-dire qu'elle « gonfle » les dépenses occasionnées, le risque paraît plus élevé en cas de marché à prix unitaires (appliquées aux quantités exécutées) et difficilement prouvable.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

« Tu as passé combien de temps sur le dossier de la Région ? 5 heures... Bah tu factures 10h, au vu du coût-homme jour pour lequel on a décroché le contrat, on peut y aller, ils ne vont rien voir. »

- ✗ L'entreprise titulaire facture des quantités qu'elle a sciemment surestimées dans son offre, autrement dit l'entreprise va faire payer la collectivité pour des quantités et/ou des matériaux qu'elle ne destine pas à la réalisation du chantier mais qu'elle détourne à un autre usage et qui n'est pas au bénéfice de la collectivité acheteuse.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

Entendu dans le camion de l'entreprise de travaux Leslouches « Alors on avait prévu 300 mètres carrés de parquet pour la réalisation du gymnase, tu te souviens on en met 50 de côté pour refaire le salon de la mère du patron ? »

- ✗ L'entreprise titulaire va réaliser le chantier en utilisant des matériaux de moins bonne qualité que ceux qu'elle avait proposés dans son offre, ou alors son offre n'était pas claire et elle va profiter de cette ambiguïté de vocabulaire pour poser des équipements ou matériaux de moindre qualité, l'acheteur n'y voit que du feu puisque la prestation est réalisée.

¹ Liste non exhaustive.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

Entendu dans le camion de l'entreprise de travaux Leslouches « bon pour le local douche du bâtiment, le maître d'œuvre a prévu du placo hydrofuge, un placo simple ça ira bien aussi hein?_»

- ✘ L'entreprise titulaire met la pression sur la collectivité pour engager des travaux ou prestations imprévues « absolument nécessaires pour mener à bien l'opération ». L'acheteur qui n'est pas expert, ne se rend pas compte qu'on le manipule et accepte cette commande supplémentaire qu'elle matérialise par avenant. Parfois, l'offre initiale a même été volontairement proposé à un prix faible pour remporter le marché (offre prédatrice) et l'entreprise tablait sur cet avenant pour rétablir l'équilibre financier du marché, ce faisant les conditions initiales de mise en concurrence et d'attribution du contrat sont remises en cause.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

Entendu au cours d'une réunion d'avancement de travaux « Monsieur l'acheteur, oui effectivement le marché portait sur une prestation de ponçage et de vitrification du parquet du gymnase, mais il était absolument nécessaire de déposer le parquet, de poncer les deux faces, et de le reposer avant de le vitrifier, c'est moitié plus cher, oui mais c'est du bon boulot !»

- ✘ L'entreprise titulaire fait exécuter les prestations pour lesquels elle s'est vu confier un marché public en recourant à une main-d'œuvre non-déclarée ; ce faisant, la responsabilité de la collectivité peut se trouver engagée par ce délit dit de prêt de main d'œuvre illicite, sans compter le risque encouru en cas d'accident du travail pour un travailleur dissimulé.
- ✘ Un des agents de la collectivité acheteuse a connaissance de l'existence de sous-traitants non-déclarés, il s'agit ainsi de sous-traitance occulte et cette pratique peut engager la responsabilité de la collectivité. Les opérations de travaux sont propices aux sous-traitances « en cascade », il convient d'être vigilant.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

Entendu dans un bureau d'un service technique : « Dis donc Jean-Louis, il y en a du monde ce matin sur le chantier, ils sortent d'où tous ces gars ? La société leslouches a dû s'arranger, hein ? Tu sais quoi ? on ne dit rien ! M'sieur le Maire va être content de voir le chantier de la médiathèque avancer !

- ✗ La société titulaire qui s'est vue confier le contrat a en réalité délégué à une autre entreprise la réalisation complète du marché pas nécessairement pour des raisons condamnables (surcharge de planning par exemple), néanmoins, ce cas de figure s'apparente à une sous-traitance totale, ce qui est proscrit en commande publique.

En pratique, qu'est-ce que cela donne ?

Entendu dans un salon professionnel « Dis-donc Jean-Côme, on a décroché un marché de comm, c'est la surprise totale, on n'y croyait pas, le problème c'est que l'agence croule déjà sous les contrats à honorer, tu me dépannerais en gérant la commande ? on s'arrange pour le business 😊 »

- ✗ L'entreprise titulaire du marché ne paie pas ses impôts ni ses cotisations sociales et de fait, se trouve en situation de fraude par rapport à l'administration fiscale ou sociale.
- ✗ Le risque le plus grave consiste bien évidemment dans l'inexécution totale de la prestation commandée avec l'omission volontaire de certaines prestations obligatoires et la réception de la prestation par les services de la collectivité, on peut imaginer l'omission d'éclairage dans certaines salles d'un bâtiment neuf par exemple.

Mises bout-à-bout, de petites omissions peuvent générer une enveloppe conséquente de prestations à réaliser

3) Les bonnes pratiques à adopter

Voici quelques recommandations sur les bonnes pratiques à adopter pour limiter les risques évoqués plus haut

- ✓ En tant qu'agent en charge d'un marché public, il convient d'organiser un suivi efficace du bon déroulé de l'exécution du marché. L'acheteur peut utilement prévoir de surveiller l'avancée de certaines réalisations en usine (art. 21 du CCAG FCS) ou bien d'organiser l'exécution de son marché de sorte, à avoir des points réguliers d'avancée des prestations de la part des fournisseurs ou titulaires (réunions, livrables, mémos etc.). Un acheteur investi gagnera le respect et l'attention du fournisseur qui cherchera à satisfaire ses exigences au mieux.
- ✓ Une bonne pratique consisterait également à bien anticiper le temps de travail à mobiliser pour le suivi du marché et à désigner un binôme composé d'un agent technicien et d'un agent administratif pour le bon suivi de l'exécution du marché et ce, afin de limiter les risques de corruption.
- ✓ En tant qu'agent en charge d'un marché public, il convient d'impérativement mettre en place un contrôle effectif de la bonne exécution du marché avant de proposer l'admission ou la réception de la prestation. En effet, les prestations faisant l'objet du marché sont soumises à des vérifications quantitatives et qualitatives, destinées à constater qu'elles répondent aux stipulations décrites au contractualisées au marché. L'acheteur est invité à anticiper cette phase en énonçant les modalités de contrôle qu'il entend mettre en œuvre (art. 22 du CCAG FCS)

- ☑ Une attention particulière doit présider lors de la liquidation de la facture : celle-ci ne saurait être mise en paiement sans que, tant l'agent gestionnaire, que son responsable hiérarchique ne s'assurent que la prestation couverte par la facture correspond bel et bien à une obligation prescrite au marché et exécutée conformément aux engagements contractuels pris par l'opérateur économique.
- ☑ Les contrats prévoient des sanctions graduées en cas de difficulté dans l'exécution des prestations, voire d'insuffisances dans la réalisation, l'acheteur devrait systématiquement mettre en œuvre les opportunités qui lui sont offertes : courriers et rendez-vous de recadrage de la mission, courrier de mise en demeure de faire, pénalités, voire résiliation.

4) Illustration par la jurisprudence

- ***Tribunal administratif de Poitiers, octobre 2018***

Dans une affaire de contestation de résiliation pour faute de marché public, l'instruction a mis en évidence qu'en cours d'exécution, un marché avait atteint un montant qui imposait l'accord préalable du Conseil d'administration de cet acheteur public selon les règles établies en interne. Or, un des agents de cette structure a proposé à la société titulaire un « arrangement » de facturation entre deux marchés pour passer outre cette obligation interne : l'astuce consistait à sous-facturer les prestations liées à un des lots et surfacturer la prestation de l'autre lot afin de compenser la perte. Au final, le marché a été résilié au regard de cette fraude, la résiliation pour faute est contestée par l'entreprise titulaire.

Toutefois, dans un article consacré à cette affaire ([achat public.fr](http://achat.public.fr)), une avocate estime que ceci relève d'une fraude pouvant être constitutive d'un délit de favoritisme pour l'acheteur et une accusation de complicité ou de recel du délit de favoritisme pour la société, sans oublier les faux et usages de faux (art. 441-1 du Code Pénal).

CONCLUSION

Dans ses acceptions les plus communes, le mot *conclusion* ne reflète qu'imparfaitement ce qu'il veut nommer. A l'issue du présent guide de déontologie de l'achat public, la conclusion n'est pas un acte de clôture, comme si tout avait été dit. Au contraire, ce mémento a vocation à évoluer et ne propose pas une « morale » de fable, aussi immuable que l'œuvre qu'elle achève. Cette conclusion, au-delà de l'indispensable rappel de l'essentiel, se veut une ouverture.

Droit, déontologie et pluralité des intérêts

Le Guide pratique balise un chemin qui peut paraître, parfois, semé d'embûches, la matière commande publique étant riche et complexe, afin de rendre le pas plus assuré. Comme l'a mis en exergue le préambule, le droit de ce qu'on appelle aujourd'hui la commande publique, voire l'achat public, représente une conquête permanente d'équilibre et d'égalité.

Droit et déontologie constituent des champs de moins en moins distincts. Le **droit** évolue dans sa nature même, incluant des préceptes qui ne s'accompagnent plus forcément d'un cadre contraint et de définitions techniques. Il peut simplement recommander, fixer des trajectoires, au-delà de l'ordinaire couple règle-sanction. La **déontologie** elle aussi évolue, de façon convergente, pour sortir du champ uniquement professionnel où elle avait été cantonnée.

Appelée à compléter le droit, par la réaffirmation de valeurs et la promotion de « bonnes conduites », que la norme juridique n'impose pas toujours expressément, la déontologie n'est plus réduite à une éthique professionnelle. Elle agit comme une autorégulation, par laquelle chacun, quelles que soient sa profession, sa position... se responsabilise.

A cet égard, la déontologie semble revenir à ses sources, telles qu'écrites par son premier théoricien, Jeremy Bentham, en tant que synthèse optimale de l'intérêt individuel et du devoir – qui procède ici de l'intérêt collectif. Celui-ci écrivait ainsi que la déontologie fait « *ressortir les rapports qui unissent l'intérêt au devoir dans toutes les choses de la vie. Plus on examinera attentivement ce sujet, plus l'homogénéité de l'intérêt et du devoir paraîtra évidente* »¹.

L'intérêt est bien la notion centrale. L'article L. 1111-1-1 §2 du code général des collectivités territoriales, introduisant la charte de l'élu local, ne démentira pas ce point : « *Dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier* ». Le philosophe dirait à ce propos que l'intérêt réel de l'individu revient bien à défendre l'intérêt de tous. Mais comment être certain d'agir en ce sens ?

La déontologie emporte une réflexion éthique individuelle, qui doit, avec lucidité, mesurer les intérêts en présence et leurs interférences, ce qui place l'élu et/ou l'agent dans l'inconfort d'un exercice qui peut trop souvent sembler solitaire. L'objet du Guide, avec pragmatisme, est par conséquent d'accompagner au mieux lesdits élu et/ou agent dans cette démarche intellectuelle, afin de clarifier les lignes à tenir dans un certain nombre de situations concrètes.

¹ Jeremy BENTHAM, *Déontologie, ou science de la morale*, 1834.

Points de repère essentiels de la déontologie des achats publics

Un **marché public** est un contrat administratif. A ce titre, il est censé intervenir dans l'intérêt mutuel des parties, comme tout contrat, mais il est particulièrement tenu de faire coïncider l'intérêt particulier avec l'intérêt général. Ce dernier se mesure à tous stades de la vie d'un marché, qu'il s'agisse de l'intérêt général tenant, par exemple, à la nécessité de ne pas discriminer subjectivement une entreprise par rapport à une autre, ou de l'intérêt général tenant à la satisfaction du besoin de la collectivité selon les conditions les plus favorables possibles pour elle et les causes qu'elle peut défendre.

La déontologie s'intéresse de près à la commande publique, parce qu'elle représente un acte (formidable levier !) économique, plaçant la puissance publique et ses représentants aux prises directes avec ces intérêts incontournables et centraux que sont les intérêts financiers. Mais comment l'élu ou l'agent parvient-il à se situer dans un tel environnement ? L'ampleur et le caractère mouvant de la réglementation applicable aux marchés peut donner le vertige aux non-initiés ; mais bien qu'elle s'ajuste aux réalités économiques et aux équilibres dynamiques de concurrence entre entreprises, cette adaptation quasi permanente ne doit pas conduire à occulter la force des principes invariables de la commande publique, qui tous tournent autour de l'idée, républicaine s'il en est, d'**égalité** de traitement.

Il faut donc veiller à ne pas rompre cette égalité, en raison d'intérêts personnels, tout au long du processus d'achat, sachant qu'**aucune de ses étapes n'est anodine**. Le présent Guide permet ainsi de retracer l'ensemble de celles-ci et des risques y associés, afin de les éviter, grâce à un niveau de connaissance suffisant. Ainsi la vigilance est-elle de rigueur, même lors de phases peu investies jusqu'à présent par les acheteurs publics.

Si **la rédaction et la passation** du marché (du choix stratégique de la forme contractuelle idoine à l'attribution du marché) ont longtemps focalisé l'attention – afin de ne pas verser dans le marché taillé sur mesure pour un opérateur économique déterminé, ou de n'avantager en aucune façon (notamment en s'abstenant de divulguer des informations privilégiées) l'un des candidats durant la procédure –, l'on se rend compte de plus en plus que les autres phases du cycle de l'achat, ne sont pas moins porteuses d'enjeux... et de risques.

Ainsi, en amont de la rédaction-passation, dès **la survenance du besoin** (programmation des achats, analyse du marché fournisseur et détermination fine des besoins de l'acheteur), la collectivité agit-elle concrètement en faveur d'un égal accès à la commande publique, en communiquant au monde de l'entreprise la programmation pluriannuelle des achats, en développant un Observatoire de l'achat public, et de l'objectivation du besoin, de sa formulation, grâce à un passage devant le comité des intentions d'achat. De même, au stade du sourçage, elle met en balance la nécessité de s'informer sur l'offre de marché existante et celle de ne pas se rapprocher à l'excès de telle ou telle entreprise – la traçabilité de cette démarche étant assurée par le logiciel SILEX.

En aval, **l'exécution** d'un marché n'est pas non plus exempte de risques, même *post* attribution. Gardant le cap de la bonne gestion des deniers publics, la collectivité demeurera exigeante au cours de l'exécution, de sorte qu'elle ne réceptionne que la prestation demandée, et au niveau de qualité attendu. Il ne s'agit pas de faciliter des pratiques de surfacturation ou de cautionner, après coup, des prix artificiellement bas.

La sécurité et la confiance procurées par le réflexe déontologique

Droit et déontologie se mêlent ici. Et **la déontologie doit constituer une boussole** fiable même dans les zones grises de situations en apparence légales, mais dévoyées d'une façon ou d'une autre. Une boussole salutaire même, y compris pour soi. Le contentieux de la commande publique démontre avec constance que les risques dont il est fait état dans ce Guide ne sont nullement fictifs. De façon croissante, certains candidats évincés n'hésitent pas, à tort ou à raison, à soumettre certaines procédures à l'appréciation du juge ; et inmanquablement, chaque année, des centaines de condamnations sont rendues.

Grâce aux marqueurs d'alerte que ce Guide identifie, il devient plus facile de se positionner, ou de prendre conscience de la nécessité de faire appel à l'avis d'élus ou d'agents plus experts et au fait des dernières actualités. Ce Guide à l'adresse de tous peut à cet égard consacrer la relation de **confiance** qui doit exister entre les divers intervenants de l'achat, dont font partie les élus, décisionnaires de l'attribution, afin de sécuriser l'opération souvent complexe que représente un marché. Il facilitera surtout l'émergence ou l'affermissement de réflexes stimulants et protecteurs, au premier rang desquels, peut-être, **se donner le droit de (se) questionner et prendre systématiquement le parti de la transparence** – ce qui ne doit pas non plus commander une frileuse abstention, d'où l'intérêt d'un tel ouvrage.

Perspectives – reflux de la norme et montée en puissance de la déontologie : un mouvement de vases communicants ?

A l'heure où le droit des marchés publics semble être sujet à de nombreux assouplissements ou vœux d'assouplissements, comme en témoigne par exemple le projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique², adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale en octobre, qui tend à introduire de nouvelles exceptions et de nouveaux motifs ou curseurs de dispense de procédures, il est d'autant plus fondamental de garder la rigueur d'esprit qui doit accompagner tout usage des deniers publics. Le devoir de probité prend là tout son sens.

Si le droit devait être ramené vers plus de « simplicité », il reviendrait très certainement à la déontologie, vigie des comportements, de s'assurer que les dépositaires du bien public se préservent et protègent la collectivité, face au risque de condamnables errements. A travers l'exigence déontologique, l'on se réappropriera sans doute, avec bon sens, ces grands principes de la commande publique que d'innombrables dispositions techniques avaient peut-être quelque peu occultés. Le droit étant vivant, ce Guide ne le sera pas moins, et sera actualisé en tant que de besoin, pour accompagner au mieux élus et agents de notre collectivité.

² Cf. Projet de loi, modifié, par l'Assemblée nationale, d'accélération et de simplification de l'action publique, n° 0016, déposé(e) le mercredi 7 octobre 2020.

ANNEXES

Annexe 1 : Fiche récapitulative des infractions d'atteinte à la probité et des sanctions encourues

Annexe 2 : GLOSSAIRE (Extrait du Guide de l'AFA - Guide de l'achat public : Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public Juin 2020)

Annexe 3 : Pour aller plus loin : personnes contacts

Fiche récapitulative des infractions d'atteinte à la probité et des sanctions encourues

(Extrait du guide de l'AFA - Guide de l'achat public : Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public Juin 2020)

L'adoption de comportements conformes aux obligations déontologiques permet aux élus, aux agents et à la collectivité d'éviter :

- tous risques susceptibles de faire l'objet de sanctions administratives (annulation du marché ou de toute ou partie de la procédure), disciplinaires pour les agents, et/ou pénales pour les élus et les agents, notamment les délits d'atteinte à la probité : favoritisme, prise illégale d'intérêts, corruption, trafic d'influence et détournement de fonds publics, La sanction pénale peut aussi être accompagnée d'une peine d'inéligibilité pour les élus.
- tout risque d'image pour la Région et ses mandataires.

La présente fiche a pour objet de présenter les différentes infractions d'atteinte à la probité et les sanctions qui y sont attachées.

CORRUPTION D'AGENT PUBLIC FRANÇAIS

Résumé

Il existe plusieurs infractions de corruption. Cette fiche ne traite que de la corruption d'agents publics français. D'autres formes de corruption peuvent aussi concerner un agent public étranger, un rapport entre personnes privées, un magistrat, un fonctionnaire international...

La corruption d'agent public français consiste à offrir à cet agent public un avantage pour qu'il exerce ou s'abstienne d'exercer un acte de sa fonction. On parle de corruption active lorsqu'est envisagée la situation du corrupteur et de corruption passive lorsqu'est envisagée la situation du corrompu.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit.

S'agissant de la personne corrompue

- Les personnes dépositaires de l'autorité publique : il s'agit de toute personne qui est investie par délégation de la puissance publique d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire. Ex : les fonctionnaires de l'État, des collectivités territoriales ou du service public hospitalier, les officiers publics et ministériels, les agents de la force publique, les militaires.
- Les personnes chargées d'une mission de service public : il s'agit des personnes qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de contrainte conféré par la puissance publique, exercent cependant une mission d'intérêt général. Ex : certains personnels d'établissements publics, les bénéficiaires de concessions de service public, les membres de commissions ou organismes chargés de donner un avis à l'autorité publique.
- Les personnes investies d'un mandat électif public : il s'agit des élus nationaux comme locaux.

S'agissant de la personne corruptrice, il peut s'agir de toute personne physique ou morale.

2) Élément matériel

Quelle que soit la personne à l'origine de la proposition, la corruption active est l'infraction commise par la personne qui donne l'avantage (le corrupteur) et la corruption passive est l'infraction commise par la personne corrompue.

S'agissant de la corruption active

- L'auteur doit avoir offert un avantage, quel qu'il soit, à l'agent public. Il n'est pas nécessaire que cette offre soit antérieure à la réception de l'avantage par le corrupteur. Il n'est pas non plus nécessaire que l'avantage ait été réellement perçu puisque sont incluses les offres ou promesses. L'avantage peut être direct : cadeau, somme d'argent, prêt, exécution d'un travail gratuit au profit du fonctionnaire, ristourne sur un produit, ou indirect : acquittement d'une dette, embauche d'un proche.
- L'avantage doit être offert dans le but d'obtenir un acte découlant de la fonction exercée par le corrompu. Ex : l'octroi d'une subvention ou d'une autorisation d'urbanisme indue, l'attribution d'un logement social ou d'un marché public contre rémunération, une nomination de complaisance, ou l'absence de réclamation par la collectivité d'une créance.

S'agissant de la corruption passive

- Les éléments constitutifs sont similaires, l'élément matériel de l'infraction consistant pour l'agent public à solliciter ou à accepter, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement tout avantage pour lui-même ou pour autrui en échange d'un acte résultant de sa fonction.

3) Élément moral

- Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur ait recherché l'effet escompté de l'infraction : pour le corrupteur, l'accomplissement ou le non-accomplissement par l'agent public d'un acte de sa fonction ; pour le corrompu, d'accepter d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte de sa fonction.

Peines

- Ce délit est puni de 10 ans d'emprisonnement et de 1 000 000 d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires pour les personnes physiques : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, l'affichage de la décision, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution (articles 432-17, 433-22 et 433-23 du code pénal). L'inéligibilité est également prévue de plein droit (article 131-26-2 du code pénal).
- Peines complémentaires pour les personnes morales reconnues coupables de corruption active prévues aux articles 433-25 et 26 : affichage ou diffusion de la décision, confiscation, interdiction d'exercer certaines activités dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, placement sous surveillance judiciaire, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, interdiction de proposer des titres financiers au public, interdiction partielle d'utiliser certains moyens de paiement. Obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité de ses mesures de prévention et de détection de la corruption, sous le contrôle de l'AFA (article 131-39-2 du code pénal).

Exemples d'infractions de corruption commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 avril 2005 (n°04-84619)

Une société a offert des voyages et des sommes en espèces à un militaire de la marine nationale, chef d'un service achat. En contrepartie, ce militaire a attribué à la société des contrats de fourniture d'éléments de construction de navires, à hauteur de plusieurs millions de francs. Il est condamné à 18 mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve, ainsi qu'à 5 ans d'interdiction des droits civiques, civils et de famille.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mai 2009 (n°08-87354)

Le maire d'une commune a fait acheter par la commune 15 photocopieurs pour un prix de 3 millions de francs à une société. En contrepartie, le dirigeant de cette société payait des commissions qui étaient transmises au maire par l'intermédiaire de la maîtresse de ce dernier. Ils sont condamnés aux peines suivantes : 8 000 euros d'amende pour le maire, 3 000 euros d'amende pour sa maîtresse et 6 000 euros pour le dirigeant corrupteur.

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 mai 2001 (n°99-83.467)

Pour reconduire des marchés publics, un vice-président de conseil général et président de la commission d'appel d'offres a exigé d'entreprises soumissionnaires la prise en charge de certaines de ses dépenses personnelles ou destinées à la promotion de stations de sport d'hiver.

Tribunal correctionnel de Nanterre, 2 avril 2015

En contrepartie d'avantages indus, un fonctionnaire départemental a régulièrement transmis à une entreprise candidate des informations privilégiées sur des marchés d'achat de matériel informatique passés par le département. Il est condamné, notamment pour corruption passive, à 5 ans d'emprisonnement, dont 2 avec sursis, ainsi qu'à 5 ans d'interdiction d'exercer une fonction publique.

Textes et références

- **L'article 432-11 1° du code pénal définit la corruption passive d'agent public** comme « *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 (...) pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ».
- **L'article 433-1 1° du code pénal définit la corruption active** comme « *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 (...) pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ».

TRAFIC D'INFLUENCE D'AGENT PUBLIC FRANÇAIS

Résumé

Il existe plusieurs infractions de trafic d'influence. Cette fiche ne traite que du trafic d'influence d'agents publics français. D'autres formes de trafic d'influence peuvent aussi concerner un agent public étranger, un rapport entre personnes privées, un magistrat, un fonctionnaire international ...

Le trafic d'influence d'agent public français consiste à offrir à cet agent public un avantage pour qu'il exerce ou s'abstienne d'exercer un acte de sa fonction. On parle de trafic d'influence actif lorsque l'on s'intéresse à la personne qui offre l'avantage et de trafic d'influence passif lorsqu'on s'intéresse à l'agent public qui le reçoit. Il s'agit d'une infraction proche de celle de corruption, avec la particularité qu'elle fait intervenir un intermédiaire qui monnaie son influence auprès de l'autorité publique.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit.

S'agissant de l'auteur du trafic d'influence passif

- Les personnes dépositaires de l'autorité publique : il s'agit de toute personne qui est investie par délégation de la puissance publique d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire. Ex : les fonctionnaires d'État, territoriaux ou hospitaliers, les officiers publics et ministériels, les agents de la force publique, les militaires.
- Les personnes chargées d'une mission de service public : il s'agit des personnes qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de contrainte conféré par la puissance publique, exercent cependant une mission d'intérêt général. Ex : certains personnels d'établissements publics, les bénéficiaires de concessions de service public, les membres de commissions ou organismes chargés de donner un avis à l'autorité publique.
- Les personnes investies d'un mandat électif public : il s'agit des élus nationaux comme locaux.

S'agissant de la personne proposant un avantage indu, il peut s'agir de toute personne physique ou morale.

2) Élément matériel

S'agissant du trafic d'influence actif

- Comme pour la corruption, l'auteur doit avoir offert un avantage, quel qu'il soit, à l'agent public. Il n'est pas nécessaire que cette offre soit antérieure à la réception de l'avantage par le corrupteur. Il n'est pas non plus nécessaire que l'avantage ait été réellement perçu puisque sont incluses les offres ou promesses. L'avantage peut être direct : cadeau, somme d'argent, prêt, exécution d'un travail gratuit au profit du fonctionnaire, ristourne sur un produit. Ou indirect : acquittement d'une dette, embauche d'un proche.

- Mais le but de ces manœuvres est distinct de celui qui doit être offert pour que l'agent public utilise son influence auprès d'une tierce personne qui dispose de fonctions publiques, dans la perspective d'obtenir une décision ou un avis favorable. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'effectivité de cette influence puisqu'elle peut être réelle ou simplement supposée. Contrairement à la corruption, l'auteur de l'infraction n'accomplit pas un acte de sa fonction mais se contente de jouer le rôle d'intermédiaire.
- La faveur monnayée auprès de l'autorité peut être de tout type, le texte évoquant «les distinctions, emplois, marchés ou tout autre décision favorable». Ex : classement sans suite d'une infraction, la levée d'un mandat d'arrêt, l'obtention d'un passeport, un abandon de poursuites, la délivrance d'un permis de construire.

S'agissant du trafic d'influence passif

- Les éléments constitutifs sont similaires, l'élément matériel de l'infraction consistant pour l'agent public à solliciter ou accepter, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement tout avantage pour lui-même ou pour autrui en indiquant pouvoir exercer une influence sur la décision d'une autorité.

3) Élément moral

- Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur ait recherché l'effet escompté de l'infraction.

Peines

- Le trafic d'influence actif comme passif est puni de 10 ans d'emprisonnement et de 1 000 000 d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires pour les personnes physiques : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, l'affichage de la décision, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution (articles 432-17, 433-22 et 433-23 du code pénal). L'inéligibilité est également prévue de plein droit (article 131-26-2 du code pénal).
- Peines complémentaires pour les personnes morales reconnues coupables de corruption active prévues aux articles 433-25 et 26 : affichage ou diffusion de la décision, confiscation, interdiction d'exercer certaines activités dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, placement sous surveillance judiciaire, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, interdiction de proposer des titres financiers au public, interdiction partielle d'utiliser certains moyens de paiement. Obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité de ses mesures de prévention et de détection de la corruption, sous le contrôle de l'AFA (article 131-39-2 du code pénal).

Textes et références

- **L'article 432-11 2° du code pénal définit le trafic d'influence passif par un agent public** comme « *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 (...) pour abuser ou avoir abusé 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* ».
- **L'article 433-1 2° du code pénal définit le trafic d'influence actif** comme « *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 (...) pour qu'elle abuse, ou parce qu'elle a abusé, 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* ».

Exemples d'infractions de trafic d'influence commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 18 janvier 1993 (n°92-80152)

Le directeur d'un port autonome reçoit des versements réguliers de la part d'entreprises par le biais d'un intermédiaire, afin qu'il exerce son influence sur une commission d'attribution des marchés du port au profit de ces sociétés. Il est condamné à 5 ans d'emprisonnement dont 2 avec sursis, à une amende de 15 millions de francs pacifiques et à une incapacité d'exercer toute fonction publique.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 octobre 2006 (n°04-81939)

Un fonctionnaire, catégorie C, exerçait ses activités au sein du service achats d'une direction départementale de l'agriculture et de la forêt. Il participait à la sélection des candidatures des fournisseurs et proposait les fournisseurs à retenir pour les marchés publics ne donnant pas lieu à appel d'offres. Ses propositions étaient régulièrement suivies. Il recevait des avantages indus des candidats pour appuyer leurs dossiers. Il est condamné à une peine de 18 mois d'emprisonnement dont 12 avec sursis, 4 500 euros d'amende et interdiction définitive d'exercer toute fonction ou emploi public.

FAVORITISME

Résumé

Le favoritisme constitue la principale infraction sanctionnant les manquements à la réglementation des marchés publics, lorsque ces manquements ont eu pour objet d'entraver la liberté et l'égalité d'accès des candidats aux marchés publics ou la transparence des procédures, et ont eu pour conséquence d'octroyer à autrui (le plus souvent une entreprise candidate) un avantage injustifié.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public ;
- les personnes exerçant certaines fonctions spécifiques : représentants, administrateurs ou agents de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt général national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ;
- toute personne, y compris privée, agissant pour leur compte.

2) Élément matériel

- L'infraction suppose en premier lieu la violation d'une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans l'attribution des marchés publics et délégations de service public ou la transparence de ces procédures (principes fondamentaux de la commande publique). Ex : fractionnement du marché pour se situer en dessous des seuils de publicité, clauses techniques « orientées » afin de permettre à un seul candidat (choisi au préalable) de pouvoir les satisfaire, recours non justifié à des procédures d'urgence, déclaration non fondée du caractère infructueux de la procédure, manquement aux règles de publicité ...
- Ce manquement doit en second lieu offrir à autrui un avantage injustifié. L'avantage consiste souvent à attribuer le marché à l'entreprise privilégiée ou à lui offrir une chance plus importante de l'obtenir, en lui donnant des informations privilégiées, par exemple.

3) Élément moral

- Il s'agit d'une infraction intentionnelle caractérisée dans son élément moral par la violation en connaissance de cause des règles susvisées.
- Cependant, dans la mesure où « nul n'est censé ignorer la loi », la jurisprudence présume que l'auteur avait connaissance des règles des marchés publics et l'erreur de droit n'est que très rarement admise.
- L'infraction est constituée quel que soit le mobile (le but recherché par l'auteur de l'infraction), même en l'absence d'enrichissement personnel ou de préjudice pour la collectivité.

Peines

- Ce délit est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 200 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

- **L'article 432-14 du code pénal définit le favoritisme** comme « *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'État, 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.* »

Exemples d'infractions de favoritisme commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 30 mai 2001 (n°00-85611)

Un conseil général passe un appel d'offres pour un marché de matériaux destinés à l'entretien des routes départementales. L'appel d'offres a été organisé artificiellement de manière à privilégier un groupement d'entreprises de travaux publics en exigeant des spécifications techniques que ne pouvaient fournir les autres candidats (fourniture à la fois d'enrobé et de granulats) et en modifiant ces spécifications a posteriori. Il apparaît qu'une entreprise de ce groupement a offert des séjours de chasse à l'étranger au président du conseil général. Ce dernier est condamné pour recel de ce délit et de favoritisme à 1 an d'emprisonnement avec sursis et 100 000 euros d'amende.

Cour de cassation, chambre criminelle, 4 mai 2006 (n°05-81743)

Un directeur de commissariat de l'armée de terre a fractionné artificiellement une commande de mobilier passée auprès d'une société afin de contourner l'obligation de mettre en œuvre une procédure d'appel d'offres. De plus, l'entreprise a contribué à ce montage en fournissant à ce militaire une liste de sociétés auprès desquelles passer commande, ces dernières s'approvisionnaient en réalité toutes auprès d'elle. Le directeur est condamné pour favoritisme à une peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis, 15 000 euros d'amende.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mai 2009 (n°08-87354)

Un maire a fait acheter par la commune diverses fournitures à une société dirigée par l'une de ses amies. Durant 3 années, les règles de mise en concurrence n'ont pas été respectées ou l'appel d'offres a été formulé de telle manière à évincer les fournisseurs concurrents. Il est condamné pour favoritisme à une amende de 8 000 euros.

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊT PAR UN AGENT PUBLIC EN ACTIVITÉ

Résumé

L'objectif poursuivi par cette infraction est de prohiber la confusion entre les intérêts personnels et l'intérêt général dans la gestion des affaires publiques. Elle vise à réprimer ceux qui s'exposent au soupçon de partialité et qui se placent, en connaissance de cause, dans une situation où leur intérêt propre est susceptible d'être regardé comme entrant en conflit avec l'intérêt public dont ils ont la charge.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les personnes investies d'un mandat électif public.
Des dispositions dérogatoires (article 432-12 alinéa 2 à 5) existent pour les communes de moins de 3 500 habitants. Elles concernent les élus municipaux engagés dans des transactions de biens mobiliers ou immobiliers ou de prestations de service dans la limite d'un montant annuel actuellement fixé à 16 000 euros ainsi que dans des actes permettant l'accès à la propriété à des fins professionnelles ou d'habitation personnelle. Pour la régularité de ces opérations, il convient de respecter certaines exigences procédurales et notamment une délibération spécialement motivée du conseil municipal. En outre, l'élu intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération publique du conseil relative à l'approbation du contrat.
- les personnes dépositaires de l'autorité publique.
- les personnes chargées d'une mission de service public.

2) Élément matériel

La surveillance de l'entreprise ou de l'opération

- Les personnes précédemment citées doivent avoir été chargées de tout ou partie de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement d'une opération déterminée ou d'une transaction avec une entreprise. La jurisprudence retient également toute personne ayant participé à la préparation des actes en cause. Le simple fait de participer à une délibération portant sur une opération dans laquelle l'élu a un intérêt suffit à caractériser l'infraction.

L'intérêt pris, reçu ou conservé, directement ou indirectement

- Cet intérêt peut être direct (par exemple, un maire qui octroie une subvention à une association dont il est président).
- Il peut être indirect lorsqu'il est détenu par un proche de l'agent public (par exemple, un marché public attribué par une mairie à une entreprise dirigée par le gendre du maire, ou encore le fait pour un élu d'attribuer un logement social à un de ses proches).
- Il peut même s'agir d'un intérêt simplement moral, lorsque l'agent prend une décision avantageuse relative à une entreprise dirigée par un de ses amis.

3) Élément moral

Il faut une intention de commettre l'infraction. Il n'est pas exigé que l'intéressé en ait tiré un profit personnel, ni qu'il se soit enrichi.

Peines

- Ce délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

- **L'article 432-12 du code pénal définit la prise illégale d'intérêts** comme 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* ».

Exemples d'infractions de prise illégale d'intérêt commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 10 avril 2002 (n°01-84286)

Un maire a voté une délibération du conseil municipal décidant de l'acquisition d'une maison pour y établir le conservatoire du costume régional. Le paiement du prix permet à la propriétaire de rembourser un prêt duquel le maire s'était porté garant. Le maire est condamné pour prise illégale d'intérêts à une peine de 9 mois d'emprisonnement avec sursis, de 100 000 francs d'amende et de 2 ans d'interdiction des droits civils et civiques.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 avril 2005 (n°00-80418)

Le maire d'une commune a attribué à la société X, sans mise en concurrence, un marché portant sur la construction d'une route de front de mer. La société X a acheté les matériaux de carrière nécessaires à la réalisation des travaux à plusieurs sociétés dont le maire était actionnaire. Il est condamné notamment pour prise illégale d'intérêts à une peine de 15 mois d'emprisonnement avec sursis, 50 000 euros d'amende et 5 ans d'interdiction des droits de vote, d'éligibilité, d'exercice d'une fonction juridictionnelle et d'exercice d'une fonction publique.

Tribunal correctionnel de Narbonne, 15 septembre 2016

Un maire d'une commune de 2000 habitants est poursuivi pour divers faits, parmi lesquels celui d'avoir fait acheter par la commune une parcelle de 22 m² afin de désenclaver le terrain de son fils en le reliant à la voirie du lotissement. Il est condamné à 10 000 euros d'amende pour prise illégale d'intérêts.

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS PAR UN ANCIEN AGENT PUBLIC (PANTOUFLAGE)

Résumé

Il s'agit d'une forme de prise illégale d'intérêts commise par la personne qui a quitté ses fonctions publiques depuis moins de trois ans. Il s'agit d'éviter, pour un agent public chargé de surveiller ou de contracter avec une entreprise privée, d'avantager cette dernière dans l'espoir d'une embauche à brève échéance, de la détention de parts sociales ou de la possibilité d'y exercer un travail de conseil.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les membres du gouvernement ;
- les titulaires d'une fonction exécutive locale ;
- les membres d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante ;
- les fonctionnaires ;
- les militaires ;
- les agents d'une administration publique ;
- les agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État 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.

2) Élément matériel

La surveillance exercée ou la conclusion de contrats avec une entreprise privée

- Un ancien fonctionnaire ne peut être poursuivi sous la prévention de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 que si, à l'époque où il appartenait à l'administration, il avait été « chargé (...) 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 ». Est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.
- Les personnes visées précédemment doivent avoir été chargées en tout ou partie de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement d'une opération déterminée ou d'une transaction avec une entreprise.
- La jurisprudence retient également toute personne ayant participé à la préparation des actes en cause. Le simple fait de participer à une délibération portant sur une opération dans laquelle l'élu a un intérêt suffit à caractériser l'infraction.

La prise d'intérêts

- Elle consiste dans le fait, de la part de l'auteur, de prendre ou recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'entreprise qu'il a surveillée ou avec laquelle il a conclu des contrats.
- Des exceptions existent pour les capitaux détenus par dévolution successorale, ou en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse.

Le délai

- Le délit nécessite que la prise d'intérêts ait lieu avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de fonctions.

3) Élément moral

- Il faut une intention de commettre l'infraction. La simple conscience de commettre le délit prévu par la loi suffit à caractériser l'élément moral.

Peines

- Ce délit est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

L'article 432-13 du code pénal définit le pantouflage comme le fait « *par une personne ayant été chargée, en tant que membre du gouvernement, membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire, militaire 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* ».

Exemples d'infractions de pantouflage (hors achat public)

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 décembre 2014 (n°14 - B2815)

Le fait pour un professeur en pharmacologie, membre de l'Agence chargée de délivrer les autorisations de mise sur le marché des médicaments, de devenir ensuite consultant au profit d'un groupe pharmaceutique en vue d'analyser les dossiers touchant à l'efficacité des médicaments en développement du laboratoire et de contribuer aux décisions stratégiques de développement rend vraisemblable la participation à une prise illégale d'intérêts.

DÉTOURNEMENT DE BIENS OU DE FONDS PUBLICS

Résumé

Le détournement de biens ou de fonds publics sanctionne l'atteinte à l'obligation de probité dont tout fonctionnaire est tenu envers la collectivité publique qui l'emploie et, indirectement, sanctionne la violation de la confiance que les particuliers sont fondés à mettre dans chacun des représentants du pouvoir. Il protège également les intérêts financiers de l'État.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les comptables et dépositaires publics : cette dernière catégorie vise les personnes qui reçoivent et gèrent des sommes ou des matières qui leur sont confiées en vertu d'un titre légal ;
- les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public (dont les parlementaires) ;
- toute autre personne (mais la peine est alors différente).

2) Élément matériel

Nature des biens ou des fonds

- Actes ou titres (écrits administratifs divers, contrats administratifs, actes juridiques unilatéraux).
- Fonds publics ou privés (espèces métalliques et billets de banque). La première illustration de cette infraction constitue l'emploi fictif : les fonds de la collectivité locale ou de l'État sont alors dépensés sans contrepartie de travail effectif.
- Effets, pièces ou titres en tenant lieu (toutes les valeurs qui, directement ou indirectement, sont substituées à la monnaie).
- « Tout autre objet » (mobilier, objets de décoration etc.).

Détention des biens ou des fonds en raison des fonctions ou de la mission

Il est nécessaire que les biens détournés se soient trouvés entre les mains du prévenu « en raison de ses fonctions ou de sa mission » ce qui revient à examiner les textes légaux ou réglementaires qui déterminent les pouvoirs de la personne dont il s'agit, car c'est par eux que se précise le contour exact des fonctions ou de la mission dont le titulaire a abusé.

Une destruction ou un détournement

- La destruction englobe tout acte par lequel le coupable anéantit complètement le bien qui lui a été remis. La tentative s'appliquera à une destruction partielle.

- Le détournement consiste à substituer à une possession (sens similaire dans l'infraction d'abus de confiance) un comportement de propriétaire (sens similaire dans l'infraction d'abus de confiance). Il peut également s'agir d'une utilisation abusive des fonds d'une collectivité. Exemple : le fait pour un président d'un conseil général d'allouer des fonds dédiés budgétairement à la réinsertion des personnes en difficulté financière à des sportifs de haut niveau ou à des associations n'ayant aucun rapport avec les missions de réinsertion.

3) Élément moral

Il s'agit d'une infraction intentionnelle caractérisée dans son élément moral par la connaissance chez le prévenu du détournement des sommes qu'il avait sous sa garde. Il n'est ainsi pas exigé que l'intéressé en ait tiré un profit personnel, ni même qu'il ait eu l'intention de s'approprier les fonds. Le code pénal prévoit une infraction spécifique lorsque les faits sont commis de manière non intentionnelle (article 432-16 du code pénal).

Peines

- Ce délit est puni de 10 ans d'emprisonnement et de 1 000 000 euros d'amende, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction lorsque l'infraction est commise par une personne publique (cf. supra). 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsqu'elle est commise par une autre personne.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

- **L'article 432-15 du code pénal** définit le détournement de biens ou de fonds publics par une personne publique comme 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* ».
- **L'article 432-16 du code pénal** incrimine les mêmes faits lorsqu'ils sont commis par négligence : « *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* ». Dans cette hypothèse, l'infraction est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.
- **L'article 433-4 du code pénal** définit le détournement de biens ou de fonds publics par toute autre personne comme le fait « *de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés* ». L'infraction est alors punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Exemples d'infractions de détournement de biens ou de fonds publics commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 5 décembre 2012 (n°12-80032)

Un maire a fait acheter par la commune des produits d'entretien et articles ménagers, à hauteur de plusieurs centaines de milliers d'euros, à quatre sociétés établies en métropole et dirigées par une même personne proche du maire. Aucune mise en concurrence n'a eu lieu. Le prix payé pour les marchandises était très supérieur à celui proposé sur le marché par les fournisseurs guyanais. Le maire est condamné notamment pour détournement de fonds publics à une peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis, 40 000 euros d'amende et 4 ans d'interdiction des droits civiques, civils et de famille.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 avril 2017 (n°15-87379) :

Un maire était en même temps secrétaire de mairie d'une commune proche. Il s'est fait établir de fausses factures par les fournisseurs de ces deux mairies en cultivant l'ambiguïté causée par son cumul de fonctions. Ainsi, il s'est fait remettre des matériels d'équipement et d'outillage, acquis par les communes, pour une valeur de 258 000 euros. Il est condamné notamment pour détournement de fonds publics à 5 ans d'emprisonnement dont 4 avec sursis et mise à l'épreuve, 5 ans d'interdiction des droits civils, civiques et de famille et interdiction définitive d'exercer une fonction publique.

Cour de cassation, chambre criminelle, 27 juin 2018 (n°16-86256)

Un maire a fait acquérir, pour le compte de la commune, de nombreuses œuvres d'art qu'il conservait pour son usage personnel. Pour ce faire, il s'était adjoint le concours du directeur général des services de la commune et de son chef de cabinet. Le maire est décédé en cours de procédure, cela a entraîné l'extinction de l'action publique.

CONCUSSION

Résumé

La concussion est une infraction qui vise essentiellement l'activité des comptables publics. Elle consiste à réclamer en toute connaissance de cause un impôt, une taxe, une perception de droits non dus ou à accorder une franchise d'impôts en violation de la loi.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public ;
- ne sont pas visées les personnes investies d'un mandat électif public.

2) Élément matériel

- Il existe deux formes de concussion, soit en exigeant une somme que l'auteur sait ne pas être due, soit en accordant une exonération ou une franchise. Tel est le cas pour un agent public qui procède au recouvrement d'une créance qu'il sait prescrite ou qui dispense un fonctionnaire du paiement des loyers de son logement de fonction.
- S'agissant de la nature des fonds, le texte vise les droits, contributions, impôts ou taxes publics. Ces expressions recouvrent notamment le traitement ou les indemnités d'un fonctionnaire.

3) Élément moral

- Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur ait eu conscience du caractère indu de la somme qu'il a exigé de percevoir ou dont il a exonéré la perception.

Peines

- Ce délit est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

L'article 432-10 du code pénal définit la concussion comme :

- « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû ;
- le 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. »

Exemples d'infractions de concussion (hors chaîne achat)

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 mai 2001, n°99-83.467

Un maire a imposé à chaque promoteur ou particulier le paiement d'une somme déterminée par logement construit dans la commune, versée sur un compte occulte de l'office du tourisme. La perception de ces taxes, qui n'étaient prévues par aucun texte ni par une délibération du conseil municipal, a donné lieu à une comptabilité spécifique établie manuellement par les services de la mairie. Le prévenu, juriste de profession, n'ignorait pas l'illicéité de cette pratique, et a sciemment ordonné et recouvré des recettes indues au profit d'un établissement public communal.



GLOSSAIRE (Extrait du Guide de l'AFA public : Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public Juin 2020)

A

ACHAT PUBLIC

Ensemble des achats réalisés par les services de l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les personnes morales 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 prennent notamment la forme de marchés publics.

ACHETEUR PUBLIC

Au sens du présent guide, personne qui définit, met en œuvre des stratégies achat de toute nature en vue de satisfaire les besoins qualitatifs et quantitatifs des services et de contribuer à la performance des achats dans le respect du droit de la commande publique. L'acheteur public est chargé de piloter les projets achat et de suivre leur exécution, de mesurer leur performance, de mener la veille économique, notamment en analysant les marchés fournisseurs. Il cherche à promouvoir les marchés disponibles auprès des utilisateurs et mesure leur degré de satisfaction. Il coordonne, en liaison avec les prescripteurs et les approvisionneurs-achat, la définition du juste besoin. Lorsqu'il est chargé de la procédure de contractualisation, il rédige les documents de la consultation, analyse les offres, négocie (le cas échéant) et sélectionne les offres attributaires.

(D'après le guide de l'achat public relatif au sourcing opérationnel)

AGENT PUBLIC

Personne exerçant ses fonctions ou missions au service d'une administration publique. On distingue différentes catégories (fonctionnaires, stagiaires, agents contractuels). Tout agent public est soumis aux obligations déontologiques et au statut de la fonction publique.

ALERTE INTERNE

Dispositif permettant de recueillir et porter à la connaissance de l'autorité hiérarchique ou d'un référent dédié à cet effet, les signalements internes relatifs au non-respect des exigences du code de conduite anticorruption. Ce dispositif vise à identifier, à traiter, à mettre fin voire à sanctionner ces comportements.

(Cf. la fiche Alertes, p. 66)

ANTICORRUPTION

Notion désignant les politiques de lutte contre la corruption, c'est-à-dire l'ensemble des mécanismes visant à prévenir et sanctionner les manquements au devoir de probité. Elle constitue une obligation pour les acteurs publics et certaines entreprises depuis la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique⁶⁴

□ APPROVISIONNEUR

Agent en charge de la gestion de l'approvisionnement en biens et services dans le cadre de l'exécution des marchés et des politiques d'achat. Il a notamment pour rôle de :

- gérer la relation fournisseur sur son périmètre de compétences ;
- vérifier l'existence de supports contractuels ;
- initier les demandes d'achats après avoir collecté et regroupé les besoins exprimés et identifié les groupes de marchandises demandées ;
- initier les demandes d'achats ;
- constater le service fait ;
- suivre l'exécution des marchés (consommations, gestion des litiges, des pénalités...).

(Source : le répertoire interministériel de l'État)

□ ASSISTANT À MAÎTRISE D'OUVRAGE (AMO)

Personne publique ou privée chargée de réaliser les études nécessaires à la réalisation d'un projet. La participation de l'AMO à l'élaboration du marché ne doit pas entraîner de distorsion de concurrence. En application de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique, l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

□ ATTEINTES À LA PROBITÉ

Ensemble des infractions relevant de la section du code pénal consacrée aux manquements au devoir de probité. Ces délits sont définis aux articles 432-10 à 432-17 du code pénal et regroupent :

- la concussion ;
- la corruption et le trafic d'influence ;
- la prise illégale d'intérêts et le pantouflage ;
- les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concessions (délit de favoritisme) ;
- la destruction ou le détournement de biens publics.

Cf. définition détaillée, annexe, p. 112 à 128

□ AUDIT INTERNE

Activité indépendante et objective qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations et lui apporte ses conseils pour l'améliorer. L'audit interne s'assure que les dispositifs de contrôle interne d'une organisation sont efficaces.

(D'après Comité d'harmonisation de l'audit interne de l'État, « Normes de qualification et de fonctionnement du cadre de référence de l'audit interne dans l'administration de l'État », voir fiche contrôle interne et audit interne p. 62)

B

BILAN D'EXÉCUTION

Synthèse réalisée durant ou à l'issue de l'exécution d'un marché public permettant de recenser les opérations réalisées, les éventuels écarts par rapport au budget prévisionnel ainsi que leurs causes et les événements majeurs survenus durant le marché (avenants, pénalités ...). Il peut comprendre un volet déontologique. Il est préconisé de l'établir collégialement et d'en assurer la traçabilité.

C

CAHIER DES CHARGES

Document contractuel contenant le besoin à satisfaire ainsi que les exigences et les contraintes à respecter dans le cadre d'un projet d'achat. En matière de marchés publics, il correspond au cahier des clauses administratives particulières et au cahier des clauses techniques particulières (ou au cahier des clauses particulières lorsque ces documents sont fusionnés).

CANDIDAT

Opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique.
(D'après l'article L. 1220-2 du code de la commande publique)

CARTOGRAPHIE DES RISQUES

Démarche d'identification, d'évaluation, de hiérarchisation et de gestion des risques inhérents aux activités d'une organisation. La cartographie des risques d'atteinte à la probité vise deux séries d'objectifs croisés : d'une part, identifier, évaluer, hiérarchiser et gérer les risques d'atteinte à la probité pour garantir un programme de conformité anticorruption efficace et adapté au modèle économique des organisations concernées ; d'autre part, informer les instances dirigeantes et donner aux personnes en charge de la conformité, la visibilité nécessaire pour la mise en œuvre de mesures de prévention et de détection proportionnées aux enjeux identifiés par la cartographie. Au titre de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, les acteurs concernés par cette disposition doivent adopter un document régulièrement actualisé et destiné à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de l'entité à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels l'entité exerce son activité.

(Source AFA, *Recommandation cartographie des risques*. Voir fiche *Cartographie des risques*, p.30)

☐ CODE DE CONDUITE

Document recueillant les engagements et principes adoptés par une entité en matière de prévention et de détection des faits d'atteinte à la probité. Outre un rappel des obligations déontologiques et de leur mise en œuvre pratique, il aborde également les modalités de gestion des principaux risques identifiés grâce à la cartographie des risques. Il définit la politique de l'entité en matière de gestion de cadeaux, invitations et autres avantages. Il rappelle les modalités de signalement ainsi que les sanctions disciplinaires et pénales susceptibles d'être encourues en cas de manquement aux règles du code de conduite ou d'atteinte à la probité.

(Sources AFA, Recommandation code de conduite. Voir fiche Mise en œuvre des obligations déontologiques et code de conduite, p.37)

☐ CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Ensemble des dispositions législatives et réglementaires encadrant les marchés publics et les concessions. Entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, il codifie à droit constant les ordonnances et décrets consacrés aux marchés publics et aux concessions, dans une logique d'unification et de simplification.

☐ COMMANDE PUBLIQUE

Ensemble des contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre I^{er} de la première partie du code de la commande publique, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par ce même code et, le cas échéant, par des dispositions particulières.

(Cf. article L. 2 du code de la commande publique)

☐ COMMISSION D'APPEL D'OFFRES (CAO)

Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, structure collégiale composée de membres à voix délibérative et, le cas échéant, consultative. Elle a une compétence d'attribution en matière de marchés publics. Voir notamment l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales.

☐ CONCUSSION

Infraction pénale réprimant le fait pour un agent public de profiter de sa fonction pour percevoir sciemment des sommes indues ou de s'abstenir de percevoir des sommes dues (article 432-10 du code pénal). *Pour une définition détaillée, voir annexe, p.127*

❑ CONFLIT D'INTÉRÊTS

Toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. *D'après l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, repris par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie, droits et obligations des fonctionnaires.*

❑ CONFORMITÉ (OU COMPLIANCE)

Ensemble des mesures prises par une entité et sa direction dans le but de répondre aux exigences posées par les lois et règlements, ainsi que par toute autre norme ou valeur dont l'inobservance ou le non-respect risquerait d'entraîner des conséquences négatives pour l'entité et ses dirigeants telles que dommage financier, perte de réputation, mise en jeu de sa responsabilité civile et pénale.

Adapté de la définition du terme compliance donnée par B. Fasterling, « Compliance – Vers une formalisation », in C. Roquilly, La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Joly éditions, 2011

❑ CONTRÔLE INTERNE

Au sein des administrations d'État, ensemble des dispositifs formalisés et permanents qui visent à maîtriser les risques liés à la réalisation des objectifs de chaque ministère.

(Cf. article 1^{er} du décret du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne dans l'administration. Voir fiche contrôle interne et audit interne, p. 62)

❑ CORRUPTION

• Au sens strict

Infraction pénale réprimant le fait pour un agent public de demander ou d'accepter un avantage quelconque en contrepartie de l'accomplissement ou du non accomplissement d'un acte de sa fonction (433-1 1° et 432-11 1° du code pénal). Il existe différentes formes de corruption, qui peuvent mettre en cause un agent public, un salarié d'une entreprise privée, un agent public étranger ou international, un magistrat. La corruption est dite « active » lorsqu'elle désigne l'action du corrupteur et « passive » lorsqu'elle vise l'action du corrompu.

• Au sens large

Dans le langage courant, ensemble des manquements au devoir de probité : corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêts, détournement de fonds publics et favoritisme.

Cf. définition détaillée p.112

❑ CRITÈRES D'ATTRIBUTION DES OFFRES

Caractéristiques objectives retenues par le pouvoir adjudicateur pour évaluer les offres qui lui sont soumises afin d'attribuer un marché public. L'article L. 2152-7 du code de la commande publique prévoit ainsi que le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

(Cf. article L. 2152-7 du code de la commande publique)

❑ CUMUL D'ACTIVITÉS (INTERDICTION DE)

Principe selon lequel un agent public (fonctionnaire ou contractuel) doit consacrer l'intégralité de son activité professionnelle à son emploi dans la fonction publique. Toutefois, il peut être autorisé, sous certaines conditions, à exercer d'autres activités (lucratives ou non).

Le décret du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique comporte une liste des activités susceptibles d'être exercées à titre accessoire. Il précise le rôle de la commission de déontologie de la fonction publique, chargée de rendre des avis ou de formuler des recommandations sur les situations de cumul d'emplois.

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique modifie l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 en confiant les missions dévolues à la commission de déontologie de la fonction publique à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) à compter du 1er février 2020. Cette disposition confie à l'autorité hiérarchique d'un fonctionnaire cessant temporairement ou définitivement ses fonctions l'appréciation de la compatibilité de toute activité lucrative avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité. En cas de doute sérieux, l'autorité hiérarchique saisit alors le référent déontologue pour avis. Lorsque l'avis de ce dernier ne permet pas de lever ce doute, l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité. Pour certains emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient (sur liste établie par décret en Conseil d'État), l'autorité hiérarchique soumet cette demande à l'avis préalable de la Haute Autorité. A défaut, le fonctionnaire peut également saisir la Haute Autorité. La Haute autorité dispose désormais du pouvoir de contrôler la mise en œuvre des avis qu'elle rend. Cf. annexe Fiche réflexe pour un acteur du cycle des achats, p. 95

❑ CYCLE DE L'ACHAT PUBLIC

Ensemble des étapes successives et/ou interdépendantes d'un marché public comprenant :

- la phase de préparation : sourcing, benchmarking, définition et détermination du besoin, de la procédure, rédaction des pièces du marché public ;
- la phase de passation : mesures de publicité, analyse des candidats et des offres, attribution et notification du marché public ;
- la phase d'exécution : suivi d'exécution des prestations, modifications éventuelles en cours de contrat ...

Cf. schéma du cycle des achats publics p. 7

D

❑ DÉCIDEUR (DANS LE CYCLE DE L'ACHAT PUBLIC)

Agent public ou élu ayant pour mission de :

- représenter juridiquement le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ;
- signer les marchés publics et à ce titre, engager juridiquement le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice sur le fondement d'une délégation ;
- comme membre de l'instance dirigeante, promouvoir une démarche déontologique et de prévention des atteintes à la probité dans le cycle de l'achat.

□ DÉCLARATION D'INTÉRÊTS

Document recensant l'ensemble des activités, des fonctions, des mandats et des participations du déclarant. Les liens d'intérêts peuvent être familiaux, professionnels, moraux ou financiers. Elle est rendue obligatoire depuis la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique pour certains élus et agents publics et prévue également par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Ne pas déclarer ou omettre une partie substantielle de ses intérêts est un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Une peine d'inéligibilité de 10 ans peut également être prononcée ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique.

□ DÉCLARATION DE SITUATION PATRIMONIALE

Document recensant l'ensemble du patrimoine d'un déclarant à la date où il établit sa déclaration. Étendue par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique pour certains élus et agents publics, la déclaration est effectuée en début et en fin de fonctions ou mandat. Elle est également prévue par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Elle permet d'évaluer l'évolution du patrimoine du déclarant durant l'exercice de ses fonctions.

Le patrimoine se compose : de biens immobiliers, de valeurs mobilières, des assurances vie, des comptes bancaires, des véhicules, des emprunts et des dettes etc.

Ne pas déclarer ou fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Une peine d'inéligibilité de 10 ans peut également être prononcée ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique.

□ DÉCLARATION SUR L'HONNEUR

Attestation rédigée et fournie par un candidat à un marché public à l'appui de sa candidature, qui justifie de sa capacité à soumissionner en certifiant qu'il ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-1 et aux 1° et 3° de l'article L. 2141-4 du code de la commande publique.

La déclaration sur l'honneur peut être fournie sur la base du formulaire type « DC1 », « DC 4 » ou du DUME (document unique européen).

(Cf. les articles R. 2143-6 et R. 2343-8 du code de la commande publique)

□ DÉMATÉRIALISATION

Les marchés publics dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 euros HT doivent être passés par voie dématérialisée. Sauf exceptions, cela recouvre la mise à disposition des documents de consultation, la transmission des candidatures et des offres, tous les échanges avec les entreprises (questions/réponses) ainsi que les notifications des décisions. Les marchés de défense ou de sécurité ne sont pas soumis à cette obligation.

□ DÉONTOLOGIE

La déontologie désigne l'ensemble des règles ou devoirs qui gèrent la conduite à tenir pour les membres d'une profession ou pour les individus chargés d'une fonction. Elle constitue le socle commun des valeurs d'une profession.

L'article 1 de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires vient réécrire les dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et intégrer dans le statut de la fonction publique l'obligation pour tout agent d'agir avec dignité, impartialité, intégrité et probité, ainsi que de respecter les principes de neutralité et de laïcité.

(Source Association nationale des directeurs et directeurs des centres de gestion de la fonction publique territoriale, La déontologie dans la fonction publique territoriale).

□ DÉPORT

Fait pour un agent public ou un élu se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts de s'abstenir de connaître d'une situation et d'exercer certains actes de sa fonction. Le régime du déport des agents publics est prévu par l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, celui des élus aux articles 5 et 6 du décret du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

□ DÉTOURNEMENT DE FONDS OU DE BIENS PUBLICS

Délit réprimant le fait pour un agent de détruire, détourner, soustraire ou détruire des fonds ou des biens publics qui lui ont été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission (articles 432-15, 432-16 et 433-4 du code pénal).

Cf. définition détaillée p. 124

□ DISPOSITIF ANTICORRUPTION

Ensemble de mesures et procédures rendu obligatoire par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique pour les grandes entreprises et pour les administrations, destiné à prévenir et détecter les atteintes à la probité. Ce dispositif de conformité s'appuie sur le référentiel anticorruption détaillé dans les recommandations de l'Agence française anticorruption. Il s'agit d'un outil de maîtrise des risques d'atteinte à la probité porté par les instances dirigeantes et qui vient mettre en cohérence plusieurs dispositifs (cartographie des risques, code de conduite, évaluation des tiers, formation, recueil des alertes internes, contrôle et audit internes, régime disciplinaire, dispositif de contrôle et d'évaluation de ces mesures).

□ DONNÉES ESSENTIELLES DES MARCHÉS PUBLICS

Ensemble d'informations portant sur un marché public (hors marché de défense ou de sécurité) qu'un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice a l'obligation de rendre publiques en application des articles L. 2196-2 et R. 2196-1 du code de la commande publique. Les informations transmises diffèrent en fonction de la valeur estimée du marché concerné. Cette obligation est applicable depuis le 1er octobre 2018.

Voir p. 20

□ DUE DILIGENCE

Voir Évaluation des tiers

E

□ ENGAGEMENT DES INSTANCES DIRIGEANTES

Décision des cadres dirigeants ou des élus dirigeant une organisation, d'y promouvoir une culture d'intégrité, de transparence et de conformité, et de mettre en œuvre un programme de conformité anticorruption. Cet engagement se matérialise notamment par l'approbation du dispositif de prévention et de détection des atteintes à la probité mais également par :

- l'application d'une politique de tolérance zéro face à tout manquement au devoir de probité ;
- l'intégration d'une dimension anticorruption dans les procédures de l'entité ;
- une allocation de ressources proportionnée aux enjeux de la lutte contre la corruption ;
- la mise en œuvre d'une communication adaptée.

(Source AFA, recommandation « Engagement de l'instance dirigeante dans la prévention et la détection de faits de corruption ». Voir fiche Engagement des instances dirigeantes, p. 25)

□ ENTITÉ ADJUDICATRICE

Ensemble de structures soumises aux règles des marchés publics regroupant :

- 1° les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux ;
- 2° lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux ;
- 3° lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.

(Cf. article L. 1212-1 du code de la commande publique)

□ ÉVALUATION DES TIERS

Collecte d'informations et de documents sur un tiers afin d'identifier et d'apprécier les risques d'atteinte à la probité auxquels s'expose l'organisation qui entre en relation ou poursuit une relation avec ce tiers.

En matière de marchés publics, les tiers sont notamment les opérateurs économiques candidats, soumissionnaires, les titulaires de marchés publics, les sous-traitants. Ces évaluations peuvent conduire à une interdiction de soumissionner, lorsqu'elles ont lieu en phase de passation ou d'exécution, ou à une adaptation des modalités de relation avec le tiers tout au long du cycle de l'achat.

(Source AFA, recommandation « Procédure d'évaluation des tiers ». Voir fiche Evaluation des tiers, p. 48)

F

☐ FAVORITISME (OU OCTROI D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ)

Infraction pénale réprimant le fait pour un agent public ou un élu de ne pas respecter les règles de la commande publique ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats et conduisant à l'octroi d'un avantage injustifié à une entreprise (article 432-14 du code pénal).

Cf. définition détaillée p. 118

☐ FONCTIONNAIRE

Personne recrutée par concours (sauf exception, notamment pour le recrutement en catégorie C) pour occuper un emploi permanent de l'administration, d'un établissement public à caractère administratif ou, cas dérogatoire, de certains établissements publics à caractère industriel ou commercial.

Parmi l'ensemble des fonctionnaires, ceux des assemblées parlementaires (Sénat et Assemblée nationale), les magistrats de l'ordre judiciaire et les militaires constituent des catégories régies par des textes statutaires spécifiques. Les autres relèvent du statut général de la fonction publique prévu par la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

La catégorie des fonctionnaires comprend les fonctionnaires stagiaires (avant leur titularisation) et les titulaires de la fonction publique d'État, territoriale et hospitalière. Cependant, dans le langage courant, les termes de fonctionnaire et de titulaire sont utilisés comme équivalents.

(Source définition de la direction générale de l'administration et de la fonction publique)

☐ IMPARTIALITÉ

Obligation issue du statut général de la fonction publique (articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) traduisant le principe général du droit selon lequel les choix de l'administration ne peuvent pas être dictés par l'objectif de favoriser une personne privée ou publique plutôt qu'une autre.

☐ INSTANCES DIRIGEANTES

Personnes exerçant les fonctions de plus hauts représentants de l'exécutif d'une entité ou appartenant à l'instance collégiale de direction. Ces hauts dirigeants peuvent être élus ou nommés.

Voir fiche Engagement des instances dirigeantes, p. 25

☐ INTÉGRITÉ

Obligation issue du statut général des fonctionnaires (articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) en vertu de laquelle les moyens financiers, humains, et matériels ainsi que les pouvoirs d'une entité sont utilisés aux fins officiellement prévues et de façon éclairée, conformément à l'intérêt général et aux principes généraux de bonne gouvernance.

(Source OCDE, Recommandation sur les marchés publics).

L

□ LANCEUR D'ALERTE

Personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. *(Source l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique).*

M

□ MAÎTRE D'ŒUVRE

Le maître d'œuvre est la personne physique ou morale, publique ou privée, qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou son mandataire, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement.

(Source article 2 du Cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux.)

□ MAÎTRE D'OUVRAGE

Personne pour le compte de laquelle des travaux ou un ouvrage immobilier sont exécutés. En matière de marché public, la maîtrise d'ouvrage est en principe assurée par le pouvoir adjudicateur. Pour les marchés publics complexes, la maîtrise d'ouvrage peut être assurée par un opérateur économique. Ses attributions sont précisées à l'article L. 2421-1 du code de la commande publique.

□ MARCHÉ DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ

Marché conclu par l'État ou l'un de ses établissements publics et ayant pour objet :

- la fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;
- la fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;
- des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement mentionné au 1° ou au 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement. Pour l'application du présent alinéa, le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;
- des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale.

(Source article L. 1113-1 du code de la commande publique)

□ MARCHÉ PUBLIC

Contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs, soumis au code de la commande publique, avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent. (Source article L. 1111-1 du code de la commande publique)

□ MOTIFS D'EXCLUSION DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Causes autorisant un acheteur à exclure une entreprise candidate de la passation ou de l'exécution d'un marché public. Elles sont de deux types :

- les interdictions obligatoires (articles L. 2141-1 à L. 2141-6 du code de la commande publique) sont celles qui ont été constatées par une personne extérieure à l'acheteur (peines prononcées par un juge pénal, défaut de régularité au regard des obligations sociales ou fiscales, redressement judiciaire constaté par un tribunal de commerce,...) ;
- les interdictions facultatives (articles L. 2141-7 à L. 2141-11 du code de la commande publique) sont celles qui reposent sur des faits constatés par l'acheteur qui mène la procédure ou un autre acheteur au cours d'une procédure d'attribution du marché public.

Voir fiche *Evaluation des tiers*, notamment p. 50 et suivantes

N

□ NOTIFICATION DU MARCHÉ PUBLIC

Envoi d'une copie du marché public signé à la connaissance du titulaire par tout moyen et permettant de lui donner une date certaine. En application de l'article R. 2182-4 du code de la commande publique, cette notification est obligatoire, et le marché prend effet à la date de réception de la notification.

□ NEUTRALITÉ

Obligation issue du statut général de la fonction publique (articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) imposant au fonctionnaire d'assurer ses fonctions à l'égard de tous les administrés dans les mêmes conditions, quels que soient leurs opinions religieuses ou politiques, leur origine, leur sexe, et de s'abstenir de manifester ses opinions.

Dans le droit de la commande publique, ce principe signifie que la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'une autre finalité que la réalisation du meilleur achat au meilleur coût.

O

□ OCTROI D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ

Voir Favoritisme

□ OPEN DATA (DONNÉE OUVERTE)

Information publique brute ayant vocation à être librement accessible et réutilisable. Le format de publication de ces données fait l'objet de standards internationaux.

A ce titre, pour être « ouvertes », les données doivent être complètes, primaires, à jour, accessibles, électroniquement lisibles par une machine, accessibles sans discrimination, disponibles sous des formats ouverts, disponibles sous licences ouvertes, accessibles de façon pérenne en ligne, sans coût d'utilisation.

Les données essentielles de la commande publique traduisent l'application de cette politique à l'achat public.

□ OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE

Toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

L'opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public est désigné comme « candidat ».

(Source article L. 1220-1 du code de la commande publique)

P

□ PANTOUFLAGE

Infraction pénale réprimant le fait pour un ancien agent public de prendre ou recevoir une participation dans une entreprise dont il a exercé la surveillance ou le contrôle, ou avec laquelle il a conclu des contrats ou sur les opérations de laquelle il a émis des avis dans un délai de trois ans suivant la cessation de ses fonctions (article 432-13 du code pénal). Cette participation peut résulter d'un travail, d'un conseil ou d'un investissement de capitaux.

Pour une définition détaillée, voir annexe p. 122

□ PENALITÉS (dans les marchés publics)

Sanction financière ayant pour but de garantir à l'acheteur le respect par son cocontractant des stipulations contractuelles.

Toute méconnaissance d'une obligation sur laquelle s'est contractuellement engagé le titulaire du marché public, peut donner lieu à l'application de pénalités. Celles-ci visent à inciter les titulaires à respecter leurs engagements. Elles prennent la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages-intérêts.

(Source DAJ, Fiche technique Les pénalités dans les marchés publics)

□ POUVOIR ADJUDICATEUR

Ensemble de structures soumises aux règles de la commande publique regroupant :

- les personnes morales de droit public ;
- les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Ce terme désigne l'acheteur en tant que personne morale.

(Source article L. 1211-1 du code de la commande publique)

□ PRESCRIPTEUR

Agent qui définit techniquement les besoins objet du marché, pour son compte et celui d'autres personnes. Il est souvent placé au sein des directions métiers et peut assister l'acheteur :

- dans la construction de la consultation ;
- dans l'analyse des offres ;
- dans la veille technique et économique ;
- dans la proposition de pistes d'économies et d'amélioration de la conduite du cycle de l'achat ;
- dans l'appréciation de la performance des achats.

□ PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

Infraction pénale réprimant le fait pour un agent de prendre, recevoir ou conserver un intérêt personnel dans une affaire dont il a à connaître à l'occasion de ses fonctions (articles 432-12 et 432-13 du code pénal).

Pour une définition détaillée, voir annexe p. 120 à 123

□ PROBITÉ

Obligation issue du statut général de la fonction publique (articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) consistant à observer parfaitement les règles morales et de bonne conduite, et à respecter scrupuleusement ses devoirs et les règlements. Cette obligation est complémentaire à l'obligation de se consacrer à ses fonctions.

Voir également Atteintes à la probité

□ PROCÉDURE AVEC NÉGOCIATION

Procédure par laquelle un acheteur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. Pour les pouvoirs adjudicateurs, elle peut être mise en œuvre dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article R. 2124-3 du code de la commande publique. Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à ces procédures, qui doivent s'interpréter strictement, sont remplies.

(Source DAJ Fiche technique La procédure avec négociation)

□ PROFIL D'ACHETEUR

Plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires (ex : plateforme des achats de l'État PLACE).

(Source le guide très pratique de la DAJ sur de la dématérialisation des marchés publics)

□ PROGRAMME ANTICORRUPTION

Voir dispositif anticorruption

R

□ RÉFÉRENT DÉONTOLOGUE

Personne physique ou collège chargé d'apporter tout conseil utile aux agents publics leur permettant de respecter leurs obligations et les principes déontologiques issus du statut général de la fonction publique, notamment les principes d'impartialité, d'intégrité et de probité. En application de l'article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue. Chaque administration, collectivité ou établissement peut désigner un référent individuel ou un collège.

□ RÉFÉRENTIEL ANTICORRUPTION

Ensemble de mesures et procédures permettant de prévenir et détecter les infractions d'atteinte à la probité. Ce référentiel est défini par l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et précisé par les recommandations de l'Agence française anticorruption. Il comporte huit mesures et procédures :

- un code de conduite ;
- un dispositif d'alerte interne ;
- une cartographie des risques ;
- des procédures d'évaluation des tiers ;
- des procédures de contrôles comptables ;
- un dispositif de formation ;
- un régime disciplinaire ;
- un dispositif de contrôle et d'évaluation interne de ces mesures.

S'agissant des acteurs publics, la charte des droits et devoirs des parties prenantes des contrôles de l'AFA indique que par analogie avec ce que la loi prévoit pour les acteurs économiques, il est attendu des acteurs publics et des associations et fondations reconnues d'utilité publique qu'ils mettent en place un dispositif anticorruption comprenant les huit mesures et procédures applicables aux acteurs privés.

S

□ SAUCISSONNAGE

Pratique consistant à scinder artificiellement des besoins homogènes dans le but de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence et bénéficier ainsi de règles de passation allégées.

□ SEGMENT D'ACHAT

Famille d'achat homogène au regard notamment d'un marché fournisseur, de typologies de prestations. Le segment d'achat participe à la classification des achats du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et participe à la fois à la détermination du niveau d'estimation des seuils et du niveau auquel la stratégie d'achat est réalisée.

□ SOUMISSIONNAIRE

Opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public.

(Source article L. 1220-3 du code de la commande publique)

□ SOURCING/SOURÇAGE

Actions menées par l'acheteur afin de connaître un marché fournisseur, son fonctionnement et son évolution : les fournisseurs qui le composent, le degré de concurrence entre eux, les technologies, la structuration des coûts et les modèles économiques du secteur, les méthodes et processus, les innovations, les différents acteurs qui interviennent dans le processus de mise à disposition d'un produit/service (sous-traitants, fabricants de composants etc...) et les tendances du marché.

Il s'agit d'une démarche active de recherche et d'identification d'opérateurs économiques, suivie d'échanges avec les fournisseurs relatifs aux produits/services qu'ils commercialisent et à leurs méthodes et savoir-faire. Ces actions sont menées en amont de la consultation. *(Source Direction des achats de l'État, Guide de l'achat public sur le sourcing opérationnel)*

□ SOUS-TRAITANT

Personne physique ou morale à qui l'entreprise titulaire d'un marché public en confie une partie de l'exécution. L'entreprise titulaire demeure, face à la personne publique, la seule responsable de l'exécution des prestations.

Les sous-traitants doivent être présentés à l'acheteur afin d'être acceptés et que leurs conditions de paiement reçoivent son agrément.

(Source le glossaire du Bulletin officiel des annonces des marchés publics)

T

□ TITULAIRE

Opérateur économique cocontractant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et chargé d'exécuter le contrat de la commande publique.

□ TIERS

Personne physique ou morale qui est extérieure à une entité. Les tiers font l'objet d'une évaluation par l'entité (le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en matière d'achats publics) afin d'apprécier le risque d'atteinte à la probité induit par une relation entretenue ou envisagée avec eux.

En matière de marchés publics, les tiers sont notamment les opérateurs économiques candidats, soumissionnaires, les titulaires de marchés publics ainsi que les sous-traitants. Les opérateurs économiques qui participent à la consultation (assistants à maîtrise d'ouvrage, maîtrise d'œuvre, bureaux d'études...) sont considérés également comme des tiers par rapport au pouvoir adjudicateur.

Voir fiche Évaluation des tiers, p. 48

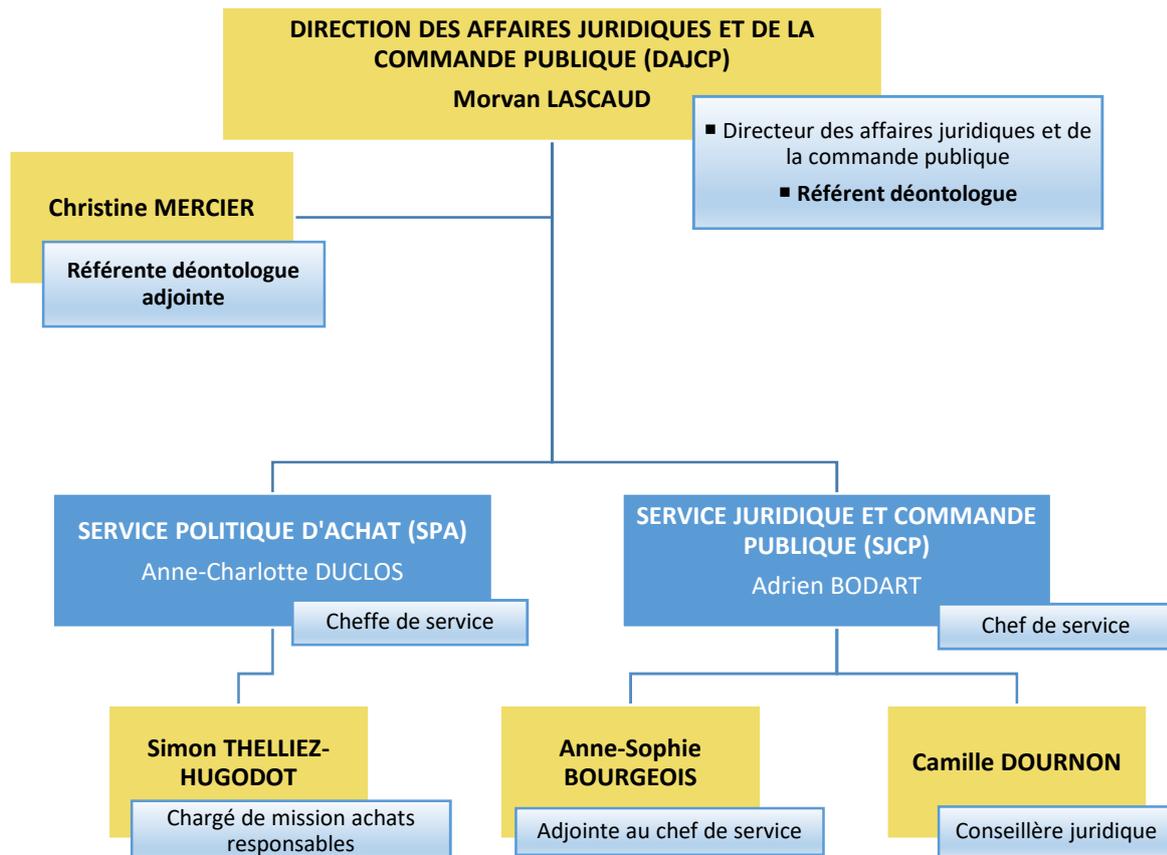
□ TRAFIC D'INFLUENCE

Fait pour un agent public d'accepter ou de demander un avantage pour, en contrepartie, user de son influence sur une autorité publique (433-1 2° et 432-11 2° du code pénal).

Pour une définition détaillée, voir p. 115

POUR ALLER PLUS LOIN : PERSONNES CONTACTS

Sont identifiés dans l'organigramme ci-dessous les **agents** qui se tiennent à la disposition des directions et services pour les éclairer dans leur compréhension ou appréhension des situations de nature à appeler une réflexion déontologique.



Naturellement, que vous soyez élu ou agent, les **référénts déontologues** sont à votre écoute. Engagés dans une action de prévention, une démarche de sensibilisation/formation aux enjeux déontologiques, et aux risques qu'ils sous-tendent, ils seront à même d'étudier à vos côtés une problématique de positionnement si vous deviez en rencontrer.

Le SPA, artisan du schéma des achats économiquement responsables, et le SJCP, chargé de sécuriser la collectivité et d'organiser les instances de sélection des candidats et d'attribution des contrats, travaillent de concert sur la stratégie d'achat et la commande publique, le premier sur le versant économique et soci(ét)al de l'achat, le second sur le versant juridique, procédural. Vos questions éventuelles peuvent être adressées à la boîte commune dajcp.commande-publique@bretagne.bzh. Les deux services vous apporteront une réponse concertée.