

Charte de déontologie de l'achat public



Sommaire

Introduction

Cadre législatif et réglementaire

Attitude générale à adopter

Attitude à adopter au cours de l'acte d'achat

Les risques encourus

Annexes

ANNEXE 1. Principales références juridiques

ANNEXE 2. Tableau récapitulatif des documents communicables dans le cadre de la passation d'un marché public

Introduction

Pourquoi un rappel des principes déontologiques de l'achat public ?

Ce guide **complète le règlement intérieur de la commande publique**.

Il définit les **règles de comportement et les standards d'éthique** que chacun doit respecter, quel que soit son rôle en matière d'achat public (préparation, passation ou exécution d'un marché).

Ce guide enrichit les **obligations déontologiques relatives aux droits et obligations des fonctionnaires** (loi du 13 juillet 1983) :



Obligation de secret professionnel et de discrétion



Obligation d'impartialité



Obligation de probité

Ce guide vise à prévenir les situations de conflits d'intérêt, c'est-à-dire « toute situation d'interférence entre un intérêt public et un intérêt privé ou entre deux intérêts publics » de nature à compromettre ou paraître compromettre l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions.

Enfin, il ambitionne de **protéger la collectivité, ses agents, ses élus** :

- en leur rappelant les principaux risques encourus,
- en formulant des recommandations destinées à les prévenir.

Ces règles ne sont pas exhaustives !

Ce rappel des règles ne saurait se substituer au travail d'appréciation des situations rencontrées que chaque agent et élu doit réaliser en responsabilité et en toute honnêteté, dans le respect des droits et obligations du fonctionnaire territorial.

La déontologie peut se définir comme un ensemble de règles et d'obligations auxquels sont soumis dans une profession les individus qui l'exercent. **Ces règles de bonnes pratiques constituent un référentiel éthique qui a pour objet de déterminer la conduite à tenir face à plusieurs situations susceptibles d'être rencontrées.**

S'ils sont largement d'origine jurisprudentielle, les principes déontologiques tirent leur fondement désormais dans les textes législatifs et notamment la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Dans le respect des grands principes de la commande publique, **la présente Charte constitue un guide de bonnes pratiques et de comportement.** Elle a ainsi pour ambition d'aider les agents et les élus de la Communauté de Communes des Hautes Vosges à exercer leurs missions en toute indépendance, sécurité et objectivité vis-à-vis des fournisseurs, dans le respect des principes de liberté d'accès, de neutralité et d'égalité de traitement, ainsi que de transparence des procédures de la commande publique.

Cadre législatif et réglementaire

Les fondements juridiques rappelés par la présente Charte tiennent d'une part aux droits et obligations des fonctionnaires et d'autre part aux grands principes de la commande publique, dont les dispositions pertinentes figurent en annexe 1.



La déontologie dans le statut général des fonctionnaires

La loi n°83-634 du 13 juillet 1983, dite « loi Le Pors », complétée et renforcée par la loi n° 2016-483 précitée, expose les droits et obligations des fonctionnaires notamment au plan de la déontologie.

En substance, l'éthique de la fonction publique s'articule autour des valeurs suivantes :

- **La dignité** : c'est une **obligation de comportement** de l'agent et de l'élu s'appliquant à ses propos, ses agissements et sa tenue dans l'exécution des missions du service. C'est en raison de sa qualité de fonctionnaire que l'agent est soumis à cette obligation.
- **L'impartialité** : cette obligation consiste à **ne pas favoriser**, a priori, par les moyens du service, telle ou telle cause, tel groupe ou doctrine.
- **L'intégrité** : le fonctionnaire **ne peut solliciter, accepter ou se faire promettre** d'aucune source, ni directement ni indirectement, **des avantages** matériels dont l'acceptation pourrait le mettre en conflit avec les obligations et les défenses que lui imposent les lois et les règlements et notamment les dispositions du statut.
- **La probité** : il s'agit de « l'honnêteté, le respect des biens et de la propriété d'autrui ». C'est une **obligation d'abstention**, qui consiste à ne pas tirer profit de l'exercice de ses fonctions afin de ne pas compromettre son indépendance.
- **La neutralité** : Si le fonctionnaire est libre de ses opinions et de ses croyances en-dehors du service, il se doit, dans le cadre de ses fonctions, d'exercer ses missions avec réserve, pour assurer que le service n'établisse **aucune distinction, discrimination ou préférence** entre les citoyens selon leurs opinions, notamment religieuses. Il ne privilégie ou ne discrimine aucune opinion ou croyance.
- **La discrétion** : elle vise tous les faits, informations ou documents dont l'agent et l'élu a connaissance dans l'exercice de ses fonctions. La violation du **secret professionnel** est susceptible de poursuites dans les termes prévus par l'article 226-13 du code pénal.
- **Le devoir d'information** : L'obligation de discrétion professionnelle, est modulée d'un devoir de satisfaire aux demandes d'informations du public, prévue dans le statut général. Cette obligation, précisée notamment dans le cadre légal et réglementaire du droit des marchés publics, permet d'éviter que le secret professionnel devienne un moyen de dissimulation de comportements contraires au principe de **transparence en matière de marchés publics**.



La déontologie ressortant du droit des marchés publics

Les grands principes applicables aux marchés publics, exposés dans le Code de la Commande Publique ainsi qu'en droit communautaire, visent à assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Ces principes sont les suivants :

- **Liberté d'accès à la commande publique** : toute personne remplissant les conditions requises pour l'exécution d'un marché a le **droit d'être candidate à l'attribution de ce marché**. La liberté d'accès à la commande publique suscite une concurrence qui est essentielle pour l'acheteur, car elle se traduit par une diversité des offres qui doit normalement engendrer qualité et maîtrise des coûts.
- **Egalité de traitement des candidats** : les opérateurs doivent se trouver dans une **situation d'égalité** et ce, à toutes les étapes de l'acte d'achat.

D'après ce principe sont notamment interdites : les discriminations fondées sur la nationalité, des discriminations dans la diffusion et le contenu de l'information aux candidats, des discriminations au moment de l'examen des offres.

- **Transparence des procédures** : l'acheteur doit garantir une **communication claire, exacte, opportune, honnête et complète** des informations relatives aux marchés afin d'assurer la libre concurrence et l'impartialité des procédures.

Quelques exemples de violations du principe de transparence : défaut de publicité des critères de sélection des offres, définitions insuffisamment précises de l'objet du marché, absence de motivations du rejet d'une offre.

Attitude générale à adopter



Eviter les conflits d'intérêt

Le conflit d'intérêts¹ naît d'une situation dans laquelle un agent ou un élu a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions.

Le conflit d'intérêt peut avoir de multiples formes : détention de parts sociales chez un fournisseur, emploi d'un membre de la famille ou d'un proche du fonctionnaire par un candidat potentiel, contrat entre apparentés ou toute situation de concurrence entre intérêts personnels et professionnels ou susceptible d'altérer la capacité de jugement.

De manière générale, lorsqu'une telle situation se présente ou est susceptible de se présenter, l'agent doit **en référer immédiatement à sa hiérarchie**, afin d'assurer sa propre protection et de pouvoir prendre les mesures les plus adéquates.



Les invitations et cadeaux

Il est interdit aux agents et élus de susciter ou solliciter des cadeaux, ristournes, faveurs, invitations ou tout avantage pour lui-même ou pour sa famille.

Cependant, il arrive qu'à l'issue d'une rencontre, d'un colloque ou d'un séminaire, les participants se voient parfois remettre des cadeaux. La question est de déterminer la valeur à partir de laquelle un cadeau pourrait s'interpréter comme une incitation ou une tentative de corruption.

Pour déterminer un « seuil d'acceptabilité », à défaut de seuil légal qui aurait pu être fixé par les textes relatifs à la fonction publique ou par l'ordonnance relative aux marchés publics, la communauté de communes retient la définition donnée par le code général des impôts² des biens de « très faible valeur ».

Ainsi, **les cadeaux et avantages considérés comme acceptables, sont ceux qui n'excèdent pas le montant total de 69 €** en dehors des phases de consultation. Ce montant (non pas à l'euro près, mais à comprendre comme un ordre de grandeur), n'est admis que pour un seul marché dans sa globalité.

¹ Aux termes des dispositions de l'alinéa 2 du nouvel article 25 bis, introduit dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer (...) l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions. »

² Article 28-00 A de l'annexe IV au code général des impôts, dans sa rédaction actuellement en vigueur

Les agents et les élus doivent également être vigilants concernant les invitations, qu'il s'agisse de rendez-vous commerciaux, repas d'affaires ou encore les voyages quelque que soit leur durée.

Ainsi, s'il est possible de réaliser des rendez-vous commerciaux dans le cadre du sourcing, les cadeaux et repas d'affaire sont quant à eux à proscrire afin d'éviter tout risque contentieux. Les précautions à prendre dans le cadre du sourcing sont développées en page 11 de la présente charte.

De manière générale, en période de consultation, c'est-à-dire à partir du sourcing et jusqu'à la notification du marché, tous les cadeaux, repas d'affaires, voyages et rendez-vous commerciaux sont strictement interdits.

En conclusion :



Exemples de cadeaux et invitations acceptables en dehors des phases de consultation

- cadeaux promotionnels d'une valeur symbolique (stylos, agendas, calendriers, tee-shirt, accessoires)
- cadeaux partageables (chocolats, bouteilles, ...)
- invitations à des événements commerciaux ouverts au public (salons, expositions, inaugurations « grand public »...)



Exemples de cadeaux et invitations excessifs et de nature à être refusés

- Tous cadeaux, repas d'affaires, rendez-vous commerciaux **en période de consultation**³
- invitations personnelles à des événements récréatifs (spectacles...),
- les voyages,
- produits de luxe,
- cadeaux de valeur excessive (supérieur à 69€)
- les repas de travail pour lesquels l'agent se voit proposer une offre de gratuité ou une invitation.



Résister aux pressions

Tout agent ou élu impliqué dans le processus d'achat est susceptible d'être soumis à des pressions.

Peut se définir comme une « pression », **toute forme d'influence exercée sous quelque forme que ce soit** (telles que des demandes insistantes, un comportement marquant une ascendance, une présence excessive, un harcèlement voire une manipulation ou des actions de dénigrement) **par un ou plusieurs individus sur un autre individu, en vue d'imposer une norme, une décision, ou une abstention propre à satisfaire l'intérêt particulier de cet individu ou ce groupé d'individus.**

Lorsqu'un agent estime subir des « pressions » de la part des fournisseurs, il est tenu **d'en informer sa hiérarchie**.

Si les pressions se poursuivent ou s'amplifient, il peut être indiqué au partenaire économique que, conformément aux dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale, il est fait obligation à « chaque fonctionnaire, qui dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit [...] d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

³ Pour rappel, la période de consultation commence dès le sourcing et s'achève à compter de la notification du marché.

Attitude à adopter au cours de l'acte d'achat

Les agents et élus doivent respecter les présentes règles de déontologie tant au stade de la préparation du marché, de la mise en concurrence que durant l'exécution du marché.

L'acte d'achat commence dès l'expression du besoin et s'achève à la fin du marché.

Quelles sont les principales situations « à risque » déontologique ?

- Sous-estimer ou « saucissonner » le besoin pour ne pas appliquer les procédures de mise en concurrence et de publicité prévues par la réglementation ou le guide des procédures internes. → *Lancer une consultation sous la forme de « trois devis » alors que cela devrait être un MAPA.*
- S'informer auprès d'un unique prestataire qui semble proposer la solution la plus appropriée aux besoins définis.
- Divulguer à de potentiels candidats des documents de travail internes à la collectivité ou des informations sensibles qui constituent un avantage ou un traitement de faveur. → *Renseigner un candidat pendant la procédure de passation soit par transmission directe de document, soit en lui donnant l'estimation faite par l'administration.*
- Porter atteinte à l'intégrité de la collectivité en faisant croire ou en laissant croire à un opérateur économique qu'il va bénéficier d'un traitement de faveur.
- Orienter volontairement ou involontairement un cahier des charges en faisant référence à des normes, des marques ou des techniques particulières qui favorisent un candidat. → *Rédiger un cahier des clauses techniques particulières (CCTP) sur la base d'un catalogue fournisseur reprenant des prescriptions techniques propres à une marque.*
- Rédiger un règlement de consultation avec des critères de choix des offres insuffisamment précis, peu lisibles et/ou inappropriés pour disposer de « flexibilité » dans l'analyse des offres.

Durant la préparation du marché



Définition préalable des besoins

Il est indispensable de procéder, en amont du lancement de la consultation, à une définition précise des besoins.

L'acheteur public doit :

- Analyser précisément les besoins fonctionnels des services.
- Connaître le marché fournisseurs.
- Veiller à mettre en œuvre une stratégie d'achat non discriminante (allotissement, durée de marché, délais d'exécution, de livraison, etc.).
- S'assurer que les besoins correspondent à une somme disponible sur le budget de la collectivité.

Sont prohibés par exemple au stade de la définition du besoin :

- La création d'un **faux besoin de manière délibérée** (sur ou sous-estimation des coûts, informations fausses, etc.)
- La possibilité pour les candidats de proposer des « **services annexes** » **non définis sans lien avec l'objet du marché.**



Choix de la procédure

La procédure doit être mise en œuvre conformément aux dispositions de l'ordonnance relative aux marchés publics et au règlement interne des achats.

Sont ainsi prohibés par exemple au stade du choix de la procédure :

- Le « **saucissonnage du besoin** » : fractionnement artificiel ayant pour conséquence de contourner les seuils réglementaires et de soustraire le marché aux obligations de mise en concurrence.
- L'orientation du choix de la procédure : recours injustifié à une procédure restreinte, à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence.

Le choix de cette procédure dépend de l'estimation du montant du besoin qui doit donc être sincère.



« Sourcing »

Le sourcing désigne toute action de recherche, localisation et évaluation d'un fournisseur potentiel afin de répondre à un besoin identifié de l'acheteur. Le code de la commande publique régit cette pratique.

L'intérêt du « *sourcing* » est de permettre à l'acheteur de réaliser une évaluation du modèle économique du marché fournisseur, par la rencontre d'un nombre significatif d'entreprise (au moins 3) permettant d'appréhender les possibilités de réalisation d'une prestation, les problématiques, ... afin de la mettre en adéquation avec les besoins de la collectivité.

Points de vigilance lors du sourcing :

- Respecter le principe **d'égalité de traitement**
Il est essentiel que les informations renseignées au cours du sourcing ne soient pas de nature à fausser la concurrence au moment du choix du titulaire.
Ainsi, les acheteurs seront particulièrement vigilants au respect du principe d'égalité dans le cadre du sourcing et notamment : à réaliser un nombre similaire de réunions entre les fournisseurs, d'une durée similaire, et de veiller à communiquer les mêmes informations à tous les fournisseurs reçus.
- Limiter le sourcing à la **phase antérieure au lancement de la consultation** ;
- Une fois la consultation lancée, le sourcing est proscrit et il ne faut donner aucune information qui ne soit partagée à tous les candidats ;
- Les informations pertinentes communiquées lors du sourcing seront systématiquement reportées dans le DCE
- Lorsque ces rencontres sont organisées au sein de la communauté de communes :
 - il convient d'utiliser des **locaux « neutres »** comme des salles de réunions afin de limiter l'accès de personnes extérieures à des informations sensibles.
 - Présence d'au moins **deux personnes**
 - Pendant les **heures ouvrées**, et dans un cadre strictement professionnel
 - Éviter de programmer les rendez-vous en fin de matinée
- Assurer la **traçabilité des entretiens** : établissement d'un ordre du jour mettant en lumière le caractère strictement professionnel de la rencontre (exemple : dans un courrier ou mail d'invitation à participer à la réunion) et rédaction d'un compte-rendu à l'issue de la réunion (exemple : mail/courrier de remerciement d'avoir participé à la réunion précisant la teneur de ladite réunion).



Rédaction du cahier des charges

Le cahier des charges doit être rédigé en toute indépendance et ne doit pas conduire à favoriser une entreprise en particulier.

Il est de plus nécessaire de rédiger un cahier des charges précis, laissant le moins de place possible à l'interprétation.

Ainsi, lors de l'élaboration du cahier des charges, l'acheteur doit veiller à la définition de besoins fonctionnels et à la rédaction de spécifications techniques et commerciales qui définissent au mieux son besoin.

Sont prohibés par exemple au stade de la rédaction du cahier des charges :

- **L'élaboration conjointe** avec un fournisseur du cahier des charges.
- L'insertion de **clauses favorables** à certains fournisseurs.
- La **mention de marques** dans le cahier des charges.
- Le cahier des charges reprenant l'offre commerciale, un descriptif technique, ou des modalités propres à un opérateur économique.



Choix des critères de sélection

Dans un souci de transparence, l'ensemble des critères et sous-critères de sélection doit être connus des candidats potentiels dès le lancement de la procédure. Ils seront annoncés dans les pièces de la consultation.

Critères de sélection des candidatures

L'acheteur doit s'assurer que les candidats disposent de la capacité juridique, technique et financière. Les niveaux minimum de capacité exigés ainsi que les critères de sélection des candidatures (procédures restreintes) doivent être justifiés par l'objet et l'importance du marché.

Critères de sélection des offres

L'analyse des offres est réalisée sur la base des critères de jugement les plus précis et objectifs possibles. Ceux-ci doivent être cohérents avec l'objet du marché et non-discriminatoires. La pondération des critères et sous-critères doit être annoncée et doit être cohérente et justifiée au regard de l'objet du marché et des attentes de la communauté de communes.

Durant la mise en concurrence



Une mise en concurrence adaptée et transparente

Les opérateurs économiques doivent être mis en concurrence et la forme de la publicité doit être adaptée à l'objet et à l'importance du marché.

Le **déla**i de remise des offres, lorsqu'il n'est pas imposé par le code de la commande publique, doit être **proportionné** à l'objet et à l'importance du marché (voir en ce sens le règlement interne de la commande publique).

Pour les procédures formalisées, les délais respecteront les minima imposés par le code de la commande publique mais devront être allongés le cas échéant (exemple : si visite du site imposée avant la remise de l'offre, si la complexité du dossier l'exige, si la date de remise des offres intervient pendant des périodes de congés, ...).

L'appréciation de la capacité des candidats, l'analyse des candidatures et l'analyse des offres seront faites en toute **objectivité**. Elles seront la stricte application des critères annoncés au moment du lancement de la consultation (dossier de consultation des entreprises, avis de publicité, lettre de consultation...).

La procédure d'attribution doit être transparente. Ce principe implique une **traçabilité** écrite à toutes les étapes de la procédure afin de pouvoir démontrer à tout moment l'égalité de traitement des candidats.

Sont prohibés par exemple au stade de la mise en concurrence :

- L'**exclusion de soumissionnaires qualifiés**.
- L'**absence d'objectivité** dans le jugement des offres.
- La **manipulation des critères** de sélection des candidats et/ou des offres.
- L'**utilisation de critères non annoncés** au début de la procédure.
- L'**acceptation d'une offre non conforme au cahier des charges**.



La communication avec les candidats dans le cadre de la procédure de passation

Les agents et élus doivent éviter d'être en relation avec des candidats ou candidats potentiels dès lors qu'une procédure de passation est en cours, à savoir dès la publication de l'avis d'appel public à la concurrence ou de l'envoi des courriers de consultation aux fournisseurs, jusqu'à la notification du marché.

Une vigilance particulière sera portée concernant la communication avec le titulaire du marché en cours à l'approche du renouvellement du marché.

Les candidats doivent disposer à tout moment du même niveau d'information.

Ainsi, les agents et élus ne répondent qu'aux **questions écrites** des soumissionnaires adressées **sur la plateforme de dématérialisation**. Les réponses sont apportées par écrit et diffusées à tous les candidats ayant retiré un dossier de consultation, et le cas échéant, un report de la date limite de remise des offres est prononcé.

Si toutefois, l'entreprise contacte directement l'agent ou l'élu par téléphone, celui-ci devra limiter sa réponse à des informations déjà présentes dans le dossier de consultation et ne pas apporter d'éléments nouveaux.

En cas de négociation, un ordre du jour est recommandé, indiquant l'ensemble des questions abordées et des propositions réalisées. Les candidats sont invités à confirmer par écrit le contenu de ce compte-rendu. De telles négociations se font en présence d'au moins deux personnes de la communauté de communes.

Plus précisément concernant la négociation, les acheteurs seront particulièrement vigilants au respect de l'égalité de traitement. Ainsi :

- la négociation portera sur les mêmes éléments avec tous les candidats retenus à la négociation. Les candidats seront invités à améliorer leur offre dans son ensemble et non pas sur les seuls points pour lesquels ils n'ont pas un note maximale au regard des critères
- la négociation se déroulera dans les mêmes conditions : durée générale et déroulement identiques (temps de parole laissé aux candidats et temps d'échange identiques)
- il ne sera pas communiqué d'informations relatives au positionnement des candidats par rapport aux autres candidats ni sur la teneur des offres des autres candidats afin de garantir le respect du secret industriel et commercial.

Sont prohibés par exemple dans le cadre de la procédure de passation :

- La divulgation **d'informations privilégiées** à certains soumissionnaires La divulgation de la liste des soumissionnaires.
- La divulgation d'éléments de l'offre d'un ou plusieurs candidats.
- La communication à un candidat du classement de sa proposition avant l'achèvement de la procédure de passation



La communication avec les candidats à l'issue de la procédure de passation

Une lettre de rejet est adressée à tous les candidats non retenus. Sa motivation doit être précise et fondée sur le rapport d'analyse des offres.

Il est fréquent qu'à réception de ce courrier un candidat évincé réclame des informations complémentaires sur la procédure ou l'offre de l'attributaire. Une grande partie de ces informations est confidentielle. La Communauté de Communes des Hautes Vosges garantit le respect absolu du secret industriel et commercial. Ainsi, les éléments communicables ou non aux opérateurs économiques en matière de marchés publics sont récapitulés en annexe 2 de la présente charte.

Durant l'exécution du marché

L'acheteur public doit veiller à l'application stricte des clauses du contrat. Leur non application est susceptible de procurer à l'entreprise un avantage injustifié.

Les **pénalités** doivent être appliquées dès lors que les conditions prévues au marché sont remplies

Concernant les **éventuelles modifications du contrat**, elles ne doivent pas être substantielles (sauf sujétions techniques imprévues dûment justifiées) et devront faire l'objet d'un avenant. Ce dernier est un préalable à l'exécution des prestations nouvelles ou à la modification des conditions d'exécution du contrat.

Sont prohibés par exemple durant l'exécution du marché :

- Le **manque de rigueur dans le contrôle de l'exécution** du contrat : modification abusive des quantités, modification de la nature des prestations, contrôles défaillants, utilisation par l'entreprise de matériels ou produits différents de ceux prévus au marché, acceptation de modalités de livraison et de conditions de fournisseurs non prévues au contrat.
- Le **manque de vigilance en matière de sous-traitance** : sous-traitance intégrale des prestations, présence sur chantier d'entreprises non agréées (sous-traitance non déclarée), absence de contrôle de la cohérence du montant et de la nature des prestations sous-traitées ou absence de contrôle de l'exécution réelle des prestations.
- La **multiplication des avenants** (techniques, calendaires, financiers) et les avenants de régularisation
- Le paiement en **l'absence de service fait**.
- L'absence d'application de pénalités alors même que les conditions prévues au contrat sont remplies.

Les risques encourus

Les risques encourus pour la violation des principes rappelés par la présente charte, sont clairement identifiés par le code pénal. Les principaux délits sont :

- Corruption passive et trafic d'influence,
- Prise illégale d'intérêts,
- Délit de favoritisme.

Chacun de ces délits sera repris sous la forme d'une fiche synthétique présentant une définition, quelques exemples et les sanctions encourues.

La corruption passive et trafic d'influence

Référence et définition

Article 432-11 du code pénal

Le délit de corruption passive se caractérise par le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public notamment 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.

Exemples

Un membre de la commission d'appel d'offres sollicitant d'une entreprise qui l'accepte, le versement d'une commission en échange de quoi il facilitera l'attribution de ce marché à l'entreprise.

Un agent ou un élu recevant une rémunération de l'entreprise attributaire d'un marché en contrepartie de son intervention auprès d'élus chargés d'attribuer le marché.

Peines encourues



10 ans maximum d'**emprisonnement**



1 000 000 € d'**amende** ou montant pouvant être porté jusqu'au double du produit tiré de l'infraction



Peines complémentaires :
déchéance des droits civils et civiques,
interdiction d'exercer une fonction publique
confiscation des fonds ou objets reçus



poursuites et **sanctions disciplinaires** pouvant aller jusqu'à la révocation

La prise illégale d'intérêts

Référence et définition

Article 432-12 s. du code pénal

La prise illégale d'intérêts consiste, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public notamment, de prendre, de recevoir ou de conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont il avait au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer l'administration, la surveillance, la liquidation ou le paiement.

Ce délit incrimine la confusion entre des intérêts privés des agents/élus et les intérêts de la collectivité.

Exemples

Intervention d'un agent ou d'un élu dans la passation d'un marché avec une entreprise dont il est le gérant de fait.

Participation d'un agent ou d'un élu au processus d'attribution d'un marché à une entreprise gérée par un des membres de sa famille.

Peines encourues



5 ans maximum d'emprisonnement



500 000 € d'amende ou montant pouvant être porté jusqu'au double du produit tiré de l'infraction



Peines complémentaires :
déchéance des droits civils et civiques,
interdiction d'exercer une fonction publique
confiscation des fonds ou objets reçus



poursuites et sanctions disciplinaires

Délit de favoritisme

Référence et définition

Article 432-14 du code pénal

Le délit de favoritisme consiste pour un agent ou un élu, à procurer volontairement ou involontairement un avantage injustifié à un candidat par des actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés et les délégations de service public.

Au regard de la jurisprudence pénale, pour que le délit de favoritisme soit constitué :

- Il n'est pas nécessaire qu'un avantage ait été effectivement procuré. Il est suffisant que le fait incriminé ait été susceptible de procurer l'avantage.
- Il n'est pas nécessaire que l'auteur en retire un avantage,
- Le fait d'accomplir, en connaissance de cause, un acte contraire aux textes suffit à caractériser l'élément intentionnel du délit.

Exemples

Lors de la définition du besoin : participation d'une entreprise à la définition du besoin, définition non objective du besoin, recours injustifié à une procédure dérogatoire, rédaction d'un cahier des charges « sur mesure », fractionnement artificiel d'un marché pour ne pas atteindre le seuil de la procédure formalisée et par conséquent s'affranchir de celle-ci.

Pendant l'examen des offres : influence exercée sur la commission d'appel d'offres, notation orientée, mauvaise utilisation des critères définis dans les pièces de la consultation.

Peines encourues



2 ans maximum d'**emprisonnement**



200 000 € d'**amende** ou montant pouvant être porté jusqu'au double du produit tiré de l'infraction



Peines complémentaires :
déchéance des droits civils et civiques,
interdiction d'exercer une fonction publique
confiscation des fonds ou objets reçus



poursuites et **sanctions disciplinaires**

ANNEXE 1. Principales références juridiques

ANNEXE 2. Tableau récapitulatif des documents communicables dans le cadre de la passation d'un marché public

PROJET

ANNEXE 1 : Principales références juridiques

Références juridiques relatives aux obligations et à la déontologie des fonctionnaires

- **Principe de neutralité : Article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016**

« Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité.

Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses.

Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité.

Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service. »

- **Conflit d'intérêts : Article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016**

« I.- Le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver.

Au sens de la présente loi, constitue un 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 de ses fonctions.

II.- A cette fin, le fonctionnaire qui estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts :

1° Lorsqu'il est placé dans une position hiérarchique, saisit son supérieur hiérarchique ; ce dernier, à la suite de la saisine ou de sa propre initiative, confie, le cas échéant, le traitement du dossier ou l'élaboration de la décision à une autre personne ;

2° Lorsqu'il a reçu une délégation de signature, s'abstient d'en user ;

3° Lorsqu'il appartient à une instance collégiale, s'abstient d'y siéger ou, le cas échéant, de délibérer ; 4° (...);

5° Lorsqu'il exerce des compétences qui lui ont été dévolues en propre, est suppléé par tout délégataire, auquel il s'abstient d'adresser des instructions. »

- **Secret professionnel : Article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016**

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

Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent. »

- **Information du public : Article 27 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016**

« Les fonctionnaires ont le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public dans le respect des règles mentionnées à l'article 26 de la présente loi. »

- **Référent déontologue : Article 28 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016**

« Tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28. Cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service. Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités et critères de désignation des référents déontologues. »

- **Sanctions disciplinaires : Article 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016**

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

- **Sanctions disciplinaires : Article 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016**

« En cas de faute grave commise par un fonctionnaire, qu'il s'agisse d'un manquement à ses obligations professionnelles ou d'une infraction de droit commun, l'auteur de cette faute peut être suspendu par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire qui saisit, sans délai, le conseil de discipline.

Le fonctionnaire suspendu conserve son traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement et les prestations familiales obligatoires. Sa situation doit être définitivement réglée dans le délai de quatre mois.

Si, à l'expiration d'un délai de quatre mois, aucune décision n'a été prise par l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire, le fonctionnaire qui ne fait pas l'objet de poursuites pénales est rétabli dans ses fonctions. S'il fait l'objet de poursuites pénales et que les mesures décidées par l'autorité judiciaire ou l'intérêt du service n'y font pas obstacle, il est également rétabli dans ses fonctions à l'expiration du même délai.

Lorsque, sur décision motivée, il n'est pas rétabli dans ses fonctions, il peut être affecté provisoirement par l'autorité investie du pouvoir de nomination, sous réserve de l'intérêt du service, dans un emploi compatible avec les obligations du contrôle judiciaire auquel il est, le cas échéant, soumis. A défaut, il peut être détaché d'office, à titre provisoire, dans un autre corps ou cadre d'emplois pour occuper un emploi compatible avec de telles obligations. L'affectation provisoire ou le détachement provisoire prend fin lorsque la situation du fonctionnaire est définitivement réglée par l'administration ou lorsque l'évolution des poursuites pénales rend impossible sa prolongation.

Le magistrat ayant ordonné le contrôle judiciaire et le procureur de la République sont informés des mesures prises à l'égard du fonctionnaire. La commission administrative paritaire du corps ou cadre d'emplois d'origine du fonctionnaire est également tenue informée de ces mesures.

Le fonctionnaire qui, en raison de poursuites pénales, n'est pas rétabli dans ses fonctions, affecté provisoirement ou détaché provisoirement dans un autre emploi peut subir une retenue, qui ne peut être supérieure à la moitié de la rémunération mentionnée au deuxième alinéa. Il continue, néanmoins, à percevoir la totalité des suppléments pour charges de famille.

En cas de non-lieu, relaxe, acquittement ou mise hors de cause, l'autorité hiérarchique procède au rétablissement dans ses fonctions du fonctionnaire. Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités de la publicité du procès-verbal de rétablissement dans les fonctions. »

Références juridiques issues du code de la commande publique

- **Liberté d'accès et égalité de traitement des candidats : Article L3 du code de la commande publique en vigueur au 1^e avril 2019**

« Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. »

- **Confidentialité : Article L. 2132-1 du code de la commande publique en vigueur au 1^e avril 2019**

« L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres.

Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

L'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique dans le cadre de la procédure de passation d'un marché. »

- **Transparence : Article L2183- et L2196-2 du code de la commande publique en vigueur au 1^e avril 2019**

« L'acheteur rend public le choix de l'offre retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat. »

« Dans des conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, l'acheteur rend accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché, hormis celles dont la divulgation méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 2132-1 ou serait contraire à l'ordre public. »

Références juridiques issues du code pénal

- **Atteinte au secret professionnel : Article 226-13 du code pénal**

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

- **Manquement au devoir de probité - concussion : Article 432-10 du code pénal**

« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Est puni des mêmes peines le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires.

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

- **Corruption passive et du trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique : Article 432-11 du code pénal**

« Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :

1° Soit pour accomplir ou 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;

2° Soit 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.

».

- **Prise illégale d'intérêts : Article 432-12 du code pénal**

« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. (...) »

- **Prise illégale d'intérêts : Article 432-13 du code pénal**

« Est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

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

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

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

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

- **Atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession : Article 432-14 du code pénal**

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. »

- **Soustraction et détournement de biens : Article 432-15 du code pénal**

« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction.

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

ANNEXE 2 : Tableau récapitulatif des documents communicables dans le cadre de la passation d'un marché public

	communicable		Non communicable
	sans réserve	sauf respect du secret en matière industrielle et commerciale	
1) Les documents de consultation des entreprises			
Cahier des clauses administratives particulières (CCAP)	X		
Cahier des clauses techniques particulières (CCTP)	X		
Règlement de la consultation (RC)	X		
2) Les documents établis par la Commission d'appel d'offres (CAO)			
Liste des candidats admis à présenter une offre	X		
Rapport de présentation du marché (20161507)		X	
Procès-verbal d'ouverture des plis, des candidatures ou des offres (20161509)		X	
Lettre de notification du marché (20162113)		X	
Acte d'engagement et ses annexes (20161134)		X après occultations des coordonnées bancaires ou RIB et de l'annexe financière	
Rapport d'analyse des offres (20161692)		X	
Éléments de notation et de classement (20161512)		son sont communicables les mentions qui concernent l'attributaire mais non celles qui se rapportent aux autres candidats (sauf au demandeur lui-même)	
3) Les dossiers des entreprises non retenues			
Offre de prix globale	X		
Détail technique et financier de l'offre			X
4) Le dossier de l'entreprise attributaire			
Lettre de candidature (DC1 ou DC2)		X	
État annuel des certificats reçus (DC7)		X	
Déclaration du candidat (DC5) (20161509)		X (chiffre d'affaires)	
Offre de prix globale (20161692) (20162657)	X		
Offre de prix détaillée contenue dans le bordereau des prix unitaires (BPU), la décomposition des prix globaux et forfaitaires (DPGF) ou le détail quantitatif estimatifs (20161778)			X
Mémoire technique			X

CONTACTS

Service Marchés Publics – CC des Hautes Vosges

Tel : 03 29 62 86 24

contact@cchautsvosges.fr