

Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

Jean Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Avocat
Maître de Conférences



Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

- Une telle sécurisation de l'achat a pour objectif de **limiter les risques de recours contentieux**, qu'il s'agisse des recours relatifs à la **passation des contrats** – et notamment les référés précontractuels – ou de ceux, bien plus nombreux, qui opposent les parties dans le cadre de l'**exécution de ces contrats**.
- Elle se décline en **plusieurs voies**, s'agissant notamment de l'organisation du service achat au sein de chaque pouvoir adjudicateur mais aussi le choix déterminant à effectuer en amont du lancement des procédures.

Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

- Sur le contentieux, on peut noter que son efficacité est quelque peu limitée pour les entreprises :
 - Le **référé précontractuel** : le juge ne donne raison qu'aux candidats qui démontrent qu'une illégalité les a lésé ;
 - Le **référé contractuel** : même chose, sachant que ses cas d'ouverture sont étroits. On notera de plus que ces deux référés sont quasiment fermés aux MAPA ;
 - Le **recours Tarn-et-Garonne (tiers contre le contrat)** : c'est un recours au fond, qui peut prendre du temps pour être jugé. Sauf si le requérant obtient la suspension de la décision de l'acheteur public, cette durée peut enlever toute efficacité au recours ;
 - A noter le **nouveau recours instauré en 2011** contre les décisions de résiliation unilatérale des contrats, le juge pouvant même ordonner une reprise des relations contractuelles.

Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

- S'agissant de l'organisation du – ou des – service achat, il est indispensable que chaque pouvoir adjudicateur s'interroge et réfléchisse sur la **bonne gouvernance** d'un tel service, et notamment sur :
 - La chaîne de l'acte d'achat, et la répartition des rôles entre les services opérationnels, ou prescripteurs, le service juridique et le service acheteur proprement dît ;
 - La désignation de l'autorité attributaire (individuelle ou collégiale) du marché, en fonction notamment des seuils ;
 - La désignation de l'autorité signataire du marché (qui peut être différente de l'attributaire), mais aussi de ses actes annexes (lettres d'information de rejet, déclarations sans suite ou d'infructuosité, avenants, bons de commande, ordres de service, etc.), en s'appuyant sur un mécanisme clair et sécurisé de délégations de signature.

Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

- Cette bonne gouvernance peut se définir au sein d'un document du type **Règlement intérieur des marchés** (ou des contrats, si d'autres contrats comme les concessions y sont inclus), qui peut être adopté par l'organe délibérant du pouvoir adjudicateur afin de lui conférer une vraie force juridique.
- Une partie de ce document pourra d'ailleurs être consacrée aux **règles déontologiques** devant être suivies par les agents publics, mais aussi par les élus notamment au sein des collectivités locales.

Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

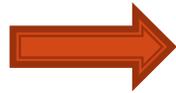
➤ Exemple de règles déontologiques pour les agents publics (fonctionnaires ou agents contractuels)

- Ces règles sont prescrites au **chapitre IV de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983**, notamment aux articles 25 al. 1 et 25 bis :
 - le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité.
 - 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.
- Le fonctionnaire qui estime se trouver en **situation de conflit d'intérêts** :
 - 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 ;
 - lorsqu'il a reçu une délégation de signature, s'abstient d'en user ;
 - lorsqu'il appartient à une instance collégiale, s'abstient d'y siéger ou, le cas échéant, de délibérer ;
 - 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.
- La **notion de conflit d'intérêts** implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public ou d'un élu, dans lequel il possède, à titre privé, des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités.
- Dès lors, un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un agent public ou un élu a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles.

Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

- La sécurisation des achats publics, **c'est aussi la bonne préparation des marchés en amont de leur passation.**

Il s'agira avant tout, pour chaque pouvoir adjudicateur, de bien définir ses besoins, et éviter les situations d'infructuosité ou les dérapages (avenants, etc.) en cours d'exécution.



Quoi ? Pour quoi faire? Pour qui ? Comment ? Combien ?



La **technique du sourçage**, officiellement reconnue par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016, pourra être utilisée à cet effet. Là encore, un règlement des achats pourra définir les modalités de ce sourçage (lieu de rencontres potentielles par exemple : salons et manifestations professionnels, siège du pouvoir adjudicateur, lieu des entreprises concernées, etc.), mais aussi ses limites (notamment s'agissant du traitement égalitaire des candidats en termes d'accès à l'information).

Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

- **Toujours en amont de la passation du marché**, plusieurs choix déterminant devront être fait, s'agissant plus particulièrement :
 - De la **bonne procédure**, tout particulièrement au-delà de seuils des marchés formalisés dès lors qu'il existe maintenant de vraies alternatives à l'appel d'offres, avec notamment la procédure concurrentielle avec négociation ;
 - De la **possibilité d'utiliser un accord-cadre**, avec ou sans bons de commandes ;
 - Des **supports de publicité**, concernant avant tout les MAPA ;
 - Du **découpage de la prestation attendue en lots**, avec la question de l'éventuelle limitation du nombre de lots par opérateurs et de la possibilité de présenter des offres variables en fonction du nombre de lots obtenus ;
 - De la **durée du marché** et de ses éventuelles reconductions ;
 - De la **forme du prix** mais aussi de ses **modalités d'évolution** (question de la rédaction des formules de révision).

Sécuriser les achats publics et la passation des marchés

- De la **présence ou non de variantes** et de la détermination de leur contenu ;
- De l'utilisation – ou non – du **mécanisme des tranches** ;
- De la **détermination des critères de choix** et, en tout cas pour les marchés formalisés, de leur pondération, avec la question sensible des sous-critères ;
- De l'utilisation des **nouvelles possibilités de modification des marchés en cours d'exécution** (Art. 139 du décret), et tout particulièrement de la technique des clauses de réexamen qui devraient être précisément rédigées dans les cahiers des charges des marchés ;
- Et, s'agissant de la rédaction des cahiers des charges, des **dispositions relatives aux sanctions susceptibles d'être appliquées aux cocontractants**, des pénalités aux décisions de résiliation anticipée et leurs conséquences financières.
- De la **possibilité de recourir au règlement amiable**, en cas de différends en cours d'exécution...