



Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics



Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE (2010), *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics*, Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264056626-fr>

ISBN 978-92-64-05566-7 (imprimé)

ISBN 978-92-64-05662-6 (PDF)

Les corrigenda des publications de l'OCDE sont disponibles sur : www.oecd.org/editions/corrigenda.

© OCDE 2011

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.

Avant-propos

*L*ors du Colloque de l'OCDE et du Forum mondial sur l'intégrité dans les marchés publics, en novembre 2006, les participants ont demandé la création d'un instrument international qui aide les responsables de l'élaboration des politiques publiques à réformer la passation des marchés publics et à renforcer l'intégrité et la confiance des citoyens dans la gestion des deniers publics.

Deux ans plus tard, les pays de l'OCDE ont montré leur volonté d'agir dans cet important domaine à risque en approuvant les Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics sous la forme d'une recommandation de l'OCDE. Cette recommandation est un instrument d'action qui doit aider les autorités à empêcher les gaspillages, les malversations et la corruption dans les marchés publics. Elle traduit l'accord général des pays membres sur le fait que les efforts visant à renforcer la gouvernance doivent porter sur toutes les étapes de la passation des marchés publics, de l'évaluation des besoins à la gestion des contrats et des paiements. En 2011, les pays de l'OCDE feront connaître les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la recommandation.

L'OCDE a fait figure de précurseur en reconnaissant l'importance d'une bonne gouvernance des marchés publics. Les Principes reposent sur quatre piliers, la transparence, la qualité de la gestion, la prévention de comportements réprouvés, l'obligation de rendre compte et le contrôle, afin de renforcer l'intégrité dans la passation des marchés publics. L'objectif général est d'intensifier les efforts d'intégrité pour qu'ils s'inscrivent pleinement dans une gestion efficiente et efficace des ressources publiques.

Les Principes reflètent une vue générale des politiques et des pratiques qui se sont avérées efficaces pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics. Ils sont destinés à être utilisés en liaison avec les méthodes exemplaires appliquées par les pouvoirs publics dans différentes régions du monde. De plus, une Liste de vérification a été élaborée afin d'offrir aux responsables des marchés publics un instrument pratique pour mettre ce cadre en œuvre à chacune des étapes de la passation des marchés. Le rapport présente aussi une carte détaillée des risques, ce qui peut aider les vérificateurs à déceler, ainsi qu'à empêcher, la fraude et la corruption. Enfin, il comprend une étude de cas sur le Maroc, où une application pilote des Principes a été réalisée.

Les Principes proposent aux pouvoirs publics des orientations pour mettre en œuvre les instruments juridiques internationaux élaborés dans le cadre de l'OCDE, ainsi que d'autres organisations internationales, par exemple les Nations Unies, l'Organisation mondiale du commerce et l'Union européenne. La Liste de vérification et

les Principes ont fait l'objet en 2008 de larges échanges de vues avec de multiples parties prenantes. La consultation des représentants des organisations internationales a confirmé que les Principes complètent utilement les instruments juridiques existants au niveau international.

Les Principes reflètent aussi la démarche pluridisciplinaire de l'OCDE qui analyse la passation des marchés publics sous différents angles : la bonne gouvernance, l'efficacité de l'aide, la lutte contre la corruption et la concurrence. Ils s'appuient en particulier sur la méthodologie de l'OCDE, par exemple la méthode d'évaluation des systèmes nationaux de passation des marchés du Comité d'aide au développement et la typologie de la corruption dans les marchés publics du Groupe de travail sur la corruption.

Ce rapport a été élaboré par Elodie Beth, Division de l'innovation et de l'intégrité, Direction de la gouvernance publique et du développement territorial. Il doit beaucoup aux enseignements des réunions régulières du réseau des Experts de l'intégrité dans les marchés publics.

Remerciements. Le Secrétariat remercie les diverses parties prenantes pour les commentaires qu'elles ont formulés lors de l'élaboration des Principes et de la Liste de vérification. En particulier, le réseau des Experts de l'intégrité dans les marchés publics a apporté des contributions extrêmement utiles tout au long des travaux. De plus, nous exprimons notre gratitude pour le retour d'information, lors de la consultation, des représentants des autorités des économies non membres, du secteur privé, de la société civile, des organismes d'aide bilatéraux et des organisations internationales. Enfin, nous remercions tout spécialement les membres du Comité de la gouvernance publique, présidé par Roberta Santi, pour leurs orientations et leur volonté de porter la question au niveau politique.

Le Secrétariat tient aussi à saluer la contribution des auteurs des chapitres spéciaux de cette publication. En particulier, Jean-Pierre Bueb a élaboré le chapitre sur la cartographie des risques et Anikó Hrubí a cosigné le chapitre sur l'application pilote des Principes au Maroc.

Une mention spéciale est due à Christian Vergez et János Bertók pour leurs orientations stratégiques d'un bout à l'autre du projet, et à Peder Blomberg, Micheal Lawrence et Nicola Ehlermann-Cache pour leurs précieux commentaires. Il nous faut aussi remercier Karena Garnier, Kate Lancaster, Marie Murphy et Anne-Lise Prigent pour leur assistance dans l'élaboration de la publication.

Table des matières

Résumé	9
---------------------	---

Partie I

PRINCIPES POUR RENFORCER L'INTÉGRITÉ DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Introduction	20
Les grands axes des Principes	20
Définir l'intégrité	22
Les conditions politiques, institutionnelles et juridiques nécessaires à la mise en œuvre des Principes	22
Chapitre 1. Transparence	25
Principe 1. Instaurer un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels.	26
Principe 2. S'efforcer d'assurer une transparence maximale dans les appels d'offres et prendre des mesures de précaution pour renforcer l'intégrité, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence.	29
Chapitre 2. Bonne gestion	33
Principe 3. S'assurer, lors de la passation de marchés, que l'usage des marchés publics est conforme à leur intention..	34
Principe 4. S'assurer que les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics satisfont à des normes professionnelles élevées en termes de savoir, de compétences et d'intégrité.....	36
Chapitre 3. Prévention des comportements réprouvés, respect des règles et surveillance	39
Principe 5. Mettre en place des mécanismes destinés à prévenir les risques pesant sur l'intégrité dans les marchés publics.	40
Principe 6. Encourager une coopération étroite entre les pouvoirs publics et le secteur privé pour préserver des normes d'intégrité élevées, en particulier dans la gestion des contrats..	43

Principe 7. Prévoir des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics, ainsi que déceler les comportements réprouvés et les sanctionner.	46
Chapitre 4. Obligation de rendre compte et contrôle	49
Principe 8. Définir clairement la chaîne des responsabilités et mettre en place des mécanismes de contrôle efficaces.	50
Principe 9. Traiter les réclamations des fournisseurs potentiels de manière équitable et dans les délais prévus.	52
Principe 10. Permettre aux organisations de la société civile, aux médias et au grand public de suivre de près la passation des marchés publics.	55

Partie II

LA MISE EN ŒUVRE DES PRINCIPES

Chapitre 1. Renforcer l'intégrité à chaque étape du cycle des marchés publics : Une liste de vérification	61
1. La phase située en amont de l'appel d'offres	63
Les risques pour l'intégrité dans la phase située en amont de l'appel d'offres	63
Les mesures de précaution en amont de l'appel d'offres	64
Étape 1. Évaluation des besoins	64
Étape 2. Planification et budgétisation	65
Étape 3. Définition des exigences	68
Étape 4. Choix de la procédure	71
2. La procédure d'adjudication	73
Risques menaçant l'intégrité au stade de la soumission.	73
Mesures de précaution pour l'adjudication	74
Étape 5. Appel d'offres	74
Étape 6. Évaluation	75
Étape 7. Attribution du marché.	77
3. La phase située en aval de l'attribution du marché	79
Risques pour l'intégrité après l'attribution du marché	79
Mesures de précaution après l'attribution du marché	80
Étape 8. Gestion des contrats	80
Étape 9. Commande et paiement	82
Chapitre 2. La cartographie des risques : Comprendre les risques de fraude et de corruption dans la passation des marchés publics	85
1. Les risques encourus lors de l'évaluation des besoins	88
Les petites études	88
Les études dont la valeur excède le seuil national	90
2. Les risques encourus lors de la planification	92
L'estimation des coûts du projet	92

Détournements directs dès l'élaboration des documents	94
Les détournements programmés	95
3. Les risques tenant au mode de sélection.	101
Abus impliquant des groupements d'achat	101
Détournements des appels d'offres ouverts	102
L'appel d'offres restreint	104
La procédure négociée	107
Procédés visant à éviter de lancer un appel d'offres	108
4. Les risques encourus lors de la gestion des marchés	109
La livraison de fournitures	109
Prestation de services	111
Réalisation des travaux	112
Chapitre 3. Une application pilote des Principes au Maroc.	117
Introduction	118
Les réformes récentes	118
Objectifs de l'étude	119
Cadre analytique	119
Méthodologie	120
1. Panorama de la nouvelle réglementation sur les marchés publics de 2007	121
Le Décret sur les marchés publics de 2007	121
Acteurs de la réforme et mesures d'accompagnement	123
2. Forces et faiblesses du système de marchés publics.	125
Réglementation de 2007 : Un cadre détaillé définissant la passation des marchés publics	125
Renforcement de la transparence dans la procédure de passation des marchés publics	125
Dématérialisation des procédures : Création du portail national des marchés de l'État	126
Introduction de mesures contre la corruption dans le Décret de 2007	126
Premier pas vers l'institution d'un mécanisme de recours pour les réclamations sur les marchés publics	126
3. Recommandations : Comment améliorer le système ?	129
Renforcer le professionnalisme dans les marchés publics	129
Renforcer l'indépendance du mécanisme de recours	130
Poursuivre la démarche de responsabilisation et d'audit	131
Assurer une interprétation et une mise en œuvre harmonisées du Décret de 2007	132
Instaurer des mesures spécifiques pour lutter contre la corruption dans les marchés publics	133
Annexe A. Recommandation de l'OCDE sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics	135

Annexe B. L'optique pluridisciplinaire de l'OCDE sur les marchés publics	143
Annexe C. La consultation sur les Principes et la Liste de vérification avec les parties prenantes	147
Glossaire	150

Encadrés

I.1. But de la Liste de vérification	20
I.2. Grands axes des Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics	20
II.2.1. Répéter la même étude	89
II.2.2. Surévaluer l'estimation	93
II.2.3. Sous-évaluer l'estimation	93
II.2.4. Utiliser une entité « liée »	95
II.2.5. Utiliser l'exclusivité	96
II.2.6. Utiliser des spécifications « hors normes »	97
II.2.7. La collusion entre le fonctionnaire chargé des spécifications et un fournisseur	98
II.2.8. Restreindre la publicité	102
II.2.9. L'abus des cas d'urgence	103
II.2.10. Les « fuites » d'information	104
II.2.11. Fractionnement artificiel des contacts	108
II.2.12. Offrir des remises à une association	110
II.2.13. Modification des prestations	112
II.2.14. Surfacturer	114
II.2.15. Des travaux supplémentaires sans lien avec le marché	116
II.3.1. Renforcer la transparence et l'intégrité dans les marchés publics : L'Office National de l'Électricité (ONE) au Maroc	127

Résumé

Les marchés publics : L'un des principaux domaines à risque

Les administrations et les entreprises publiques achètent au secteur privé de multiples produits, services et travaux publics, de l'équipement informatique de base à l'aménagement routier. La passation des marchés publics est une activité économique essentielle des administrations publiques qui représente un pourcentage non négligeable du produit intérieur brut (PIB) et engendre des flux financiers considérables, estimés à 10-15 % du PIB en moyenne à l'échelle mondiale¹. Un système de passation efficace joue un rôle stratégique pour les administrations qui doivent éviter les erreurs de gestion et le gaspillage des deniers publics.

De toutes les activités des administrations, les achats sont l'une des plus exposées au risque de gaspillage et de corruption. Les pots-de-vin des entreprises internationales dans les pays de l'OCDE sont plus fréquents dans les marchés publics que dans les services publics, l'administration fiscale et l'appareil judiciaire, selon une enquête du Forum économique mondial². D'après les estimations, la corruption dans les marchés publics majore de 10 à 20 % le coût total des marchés. Comme les administrations du monde entier consacrent environ 4 billions de dollars par an à l'achat de biens et services, c'est au minimum 400 milliards de dollars US qui sont perdus chaque année en raison des pots-de-vin (Peter Eigen, *Transparency International*, 2002).

Le déficit de gouvernance des marchés publics entrave la concurrence et grève le prix des biens et services achetés par l'administration, ce qui influe directement sur les dépenses publiques et, de ce fait, sur les ressources des contribuables. Les enjeux financiers et l'étroite interaction des intervenants publics et privés font des marchés publics l'un des principaux domaines à risque.

Sous la « partie émergée de l'iceberg » :

Traiter toutes les étapes de la passation
des marchés publics

S'il est largement admis que les réformes des marchés publics doivent se conformer aux principes de bonne gouvernance, les efforts déployés en la matière au niveau international depuis dix ans ont essentiellement porté sur la phase de formation des contrats, lors de laquelle les offres des fournisseurs sont appelées et évaluées. Ces réformes visaient à faire prévaloir l'appel à la concurrence pour choisir les fournisseurs, même si la réglementation autorise, dans certains cas, des méthodes de sélection moins formelles.

L'élaboration des contrats, de la définition des besoins à l'attribution du marché, a toujours été la phase la plus réglementée et la plus transparente de la passation des marchés publics, la « partie émergée de l'iceberg ». Cependant, le Forum mondial de l'OCDE sur la gouvernance, en 2004, a souligné que les administrations devaient prendre des mesures complémentaires pour prévenir le risque de corruption à toutes les étapes de la passation des marchés et, en particulier :

- Au stade de l'**évaluation des besoins**, particulièrement exposé aux interventions politiques, et lors de la **gestion des contrats et des paiements**. Ces différentes étapes font moins souvent l'objet de mesures de transparence, car elles ne sont généralement pas visées par la réglementation des marchés publics.
- Lorsqu'il est dérogé aux règles de l'appel à la concurrence, par exemple en cas de **sécurité nationale ou de passation de marchés dans l'urgence**.

L'engagement des pays de l'OCDE

Les pays peuvent-ils faire davantage pour empêcher les erreurs de gestion, la fraude et la corruption dans les marchés publics ? Les pays de l'OCDE ont montré en octobre 2008 leur volonté d'agir dans ce domaine. Suivant la proposition du Comité de la gouvernance publique, ils ont approuvé les *Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics* sous la forme d'une recommandation de l'OCDE. Ces principes s'adressent d'abord aux décideurs des administrations nationales, mais ils peuvent aussi donner des orientations générales aux autorités infranationales et aux entreprises publiques.

Les Principes offrent un instrument d'action pour renforcer l'intégrité à toutes les étapes de la passation des marchés publics. Ils résultent d'une démarche holistique qui porte sur l'ensemble des risques pour l'intégrité, de l'évaluation des besoins à l'adjudication, et de la gestion des contrats à leur règlement définitif.

Les procédures qui favorisent la transparence, la qualité de la gestion, la prévention de comportements réprouvés, l'obligation de rendre compte et le contrôle contribuent à prévenir non seulement les actes de corruption, mais aussi le gaspillage des ressources publiques. Les efforts visant à renforcer la gouvernance et l'intégrité dans les marchés publics font partie intégrante d'une gestion efficiente et efficace des ressources publiques.

Comment préserver la transparence de la passation des marchés publics ?

La corruption se nourrit du secret. La plupart des pays sont confrontés à une tâche primordiale : veiller à la transparence d'un bout à l'autre de la passation des marchés publics, quels que soient l'étape considérée ou le mode d'acquisition retenu.

Le premier principe pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics veut que l'administration **assure à toutes les étapes de la passation des marchés un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels**. L'administration peut prendre plusieurs mesures à cet égard. Si, par exemple, les principales décisions en matière de marchés publics sont bien documentées et facilement accessibles, les inspecteurs peuvent vérifier que les prescriptions techniques sont impartiales ou que les décisions d'attribution s'appuient sur des critères équitables. L'administration doit aussi moduler le degré de transparence en fonction du destinataire des informations et de l'étape de la passation. En particulier, elle doit protéger les informations confidentielles, comme les secrets d'affaires des soumissionnaires, de manière à garantir des règles du jeu équitables aux fournisseurs potentiels.

Le deuxième principe souligne que l'administration doit **s'efforcer d'assurer une transparence maximale dans les appels d'offres et prendre des mesures de précaution pour renforcer l'intégrité, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence**, par exemple en cas d'extrême urgence ou pour des raisons de sécurité nationale. Afin de garantir un processus concurrentiel de qualité, l'administration doit communiquer des règles claires et, si possible, des orientations sur le choix du mode de passation des marchés. Quelle que soit la méthode retenue, il est essentiel d'assurer une transparence maximale, par exemple en publiant des avis en ligne pour les marchés de faible valeur. Les pouvoirs publics peuvent aussi mettre en place des procédures propres à réduire les risques pesant sur l'intégrité. En cas d'ouragan ou d'inondation, on pourrait instituer un comité d'atténuation des risques qui réunirait les principales parties prenantes en vue de définir une ligne d'action précise et de renforcer la communication pendant la crise.

Comment assurer une utilisation efficace des ressources ?

Une mauvaise estimation des besoins, des budgets irréalisables ou des fonctionnaires insuffisamment formés sont des lacunes fréquentes dans la planification et la gestion des marchés publics. L'administration est consciente que la passation des marchés doit s'inscrire dans une vision plus stratégique de l'action en faveur de l'utilisation efficace des ressources. **Le troisième principe énonce que les pouvoirs publics doivent s'assurer, lors de la passation de marchés, que l'usage des deniers publics est conforme à leur intention.** Les plans de marchés publics comprennent généralement la programmation budgétaire associée, à horizon annuel ou pluriannuel, avec description détaillée et objective des moyens humains et financiers nécessaires. La gestion des deniers publics doit être suivie par des organes de contrôle et d'audit internes, par des institutions supérieures de contrôle des finances publiques et/ou par des commissions parlementaires. Ainsi, lorsque la construction d'un pont est en projet, une cour des comptes peut vérifier non seulement la légalité de la décision de dépense, mais aussi son adéquation aux besoins réels.

Le quatrième principe demande aux pouvoirs publics de **s'assurer que les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics satisfont à des normes professionnelles élevées en termes de savoir, de compétences et d'intégrité.** Accorder aux fonctionnaires qui travaillent dans le domaine des marchés publics le statut de profession à part entière est essentiel pour mieux résister à la mauvaise gestion, au gaspillage et à la corruption. Comme dans les professions médicales ou juridiques, les agents chargés des marchés publics tireraient profit de programmes de formation bien définis, de connaissances techniques, de certificats professionnels et de lignes directrices sur l'intégrité. Si, par exemple, un fonctionnaire membre d'une commission d'adjudication découvre que l'un des soumissionnaires est une connaissance personnelle, il doit être capable de percevoir le risque de conflit d'intérêts et agir en conséquence.

Comment renforcer la résistance à la fraude et à la corruption ?

On prend conscience que des mesures spécifiques sont nécessaires, dans les secteurs public et privé, pour déceler et combattre les risques de fraude et de corruption dans les marchés publics.

Le cinquième principe invite les pouvoirs publics à **mettre en place des mécanismes destinés à prévenir les risques pesant sur l'intégrité dans les marchés publics.** Ces risques peuvent toucher des postes, des activités et des projets exposés. Par exemple, les services de lutte contre la corruption pourraient dresser une « carte des risques » pour recenser les postes les plus exposés, les activités liées à la passation des marchés où des risques sont nés

et les projets qui comportent des risques du fait de leur valeur et de leur complexité. Ces risques peuvent être traités au moyen de mécanismes qui favorisent une culture de l'intégrité dans le service public, par exemple une formation à l'intégrité, les déclarations de patrimoine ou la gestion des conflits d'intérêts.

Le sixième principe **encourage une coopération étroite des pouvoirs publics et du secteur privé pour imposer des normes d'intégrité élevées, en particulier dans la gestion des contrats**. Les pouvoirs publics doivent fixer des normes claires en matière d'intégrité du secteur privé et veiller à ce qu'elles soient respectées. Par exemple, les fonctionnaires qui consignent les enseignements tirés par l'administration des rapports avec les différents fournisseurs sont mieux à même d'évaluer les offres ultérieures. Il faut aussi encourager les fournisseurs potentiels à prendre d'eux-mêmes des mesures visant à renforcer l'intégrité dans leurs rapports avec les administrations. Au nombre de ces mesures figurent les codes de conduite, les programmes de formation du personnel en matière d'intégrité, les règles de l'entreprise pour signaler les actes de fraude et de corruption, le contrôle interne, les modalités de certification et de vérification par des tiers indépendants.

Le septième principe demande aux pouvoirs publics de **prévoir des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics ainsi que déceler les fautes commises et les sanctionner**. Par exemple, un service chargé de la passation des marchés pourrait, pour suivre les décisions et déceler d'éventuelles irrégularités, se servir de « clignotants » signalant les opérations qui s'écartent des normes établies pour un projet donné. Des moyens peuvent aussi être mis en place pour signaler les comportements réprouvés, par exemple un bureau des réclamations interne, une permanence téléphonique, un médiateur extérieur ou un système de dénonciation électronique qui protège l'anonymat de chaque dénonciateur. Les pouvoirs publics doivent non seulement définir des sanctions prévues par la loi, mais également faire en sorte que ces sanctions puissent, en cas de violation, être appliquées de manière efficace, proportionnée et dans les délais voulus.

Comment s'assurer du respect des règles ?

L'existence et l'efficacité de mécanismes de responsabilité et de contrôle sont une condition essentielle de l'intégrité de la passation des marchés publics.

Le huitième principe souligne qu'il importe que les pouvoirs publics **établissent clairement la chaîne des responsabilités, ainsi que des mécanismes de contrôle efficaces**. Il est essentiel de définir clairement les responsabilités pour cela définir à qui appartient le pouvoir d'approbation d'un marché public à partir d'une séparation des tâches appropriée et des obligations de notification interne. De plus, la régularité et l'exhaustivité des contrôles doivent être

proportionnées aux risques encourus. Par exemple, on pourrait faire appel à des conseillers en matière de probité pour les marchés complexes, sensibles ou dont la valeur ou le volume sont élevés afin de conseiller l'autorité aux principales étapes de la passation des marchés et d'assurer une assistance indépendante à l'équité des opérations.

Le neuvième principe souligne que l'administration doit **traiter les réclamations des fournisseurs potentiels de manière équitable et dans les délais prévus**. Pour garantir l'impartialité de ce réexamen, un organisme ayant le pouvoir de faire appliquer la loi et indépendant des différentes entités concernées par les marchés publics devrait rendre un avis sur les décisions en matière de marchés publics, et proposer des moyens de recours. En particulier, les soumissionnaires doivent avoir la possibilité de s'adresser à un organe d'appel. En outre, mettre en place d'autres mécanismes de règlement des différends peut être un moyen d'éviter les actions en justice et de réduire le délai de traitement des plaintes. Par exemple, les pouvoirs publics pourraient instituer une commission consultative chargée des plaintes ou un point de contact chargé de conseiller les entreprises confrontées à des difficultés dans des affaires transnationales.

Enfin et surtout, le dixième principe demande aux pouvoirs publics de **permettre aux organisations de la société civile, aux médias et à l'ensemble des citoyens de suivre de près la passation des marchés publics**. Les organisations de la société civile, les médias et l'ensemble des citoyens doivent avoir accès aux informations publiques relatives aux principales dispositions des grands contrats. Les rapports des institutions supérieures de contrôle des finances publiques doivent être mis à la disposition du plus grand nombre, afin de renforcer la vigilance du public. On pourrait aussi entreprendre un réexamen des activités de passation de marchés. Par exemple, une commission parlementaire spéciale pourrait enquêter sur les grands projets d'infrastructure. La surveillance des citoyens peut s'exercer en complément de ces mécanismes de contrôle classiques, si par exemple un représentant d'une organisation de la société civile suit les marchés complexes ou de grande valeur.

Mise en œuvre des Principes

Les Principes de l'OCDE proposent un cadre d'action permettant de renforcer l'intégrité à toutes les étapes de la passation des marchés publics. Cependant, l'application de ces principes aux situations concrètes est l'épreuve de vérité.

De la simple erreur à l'acte délibéré : Adapter la réponse

Les marchés publics peuvent donner lieu à des erreurs, anomalies, fraudes et détournements de fonds publics ou à des cas de corruption. Quelques-uns de ces problèmes peuvent être évités si des conseils pertinents sont donnés aux agents chargés des marchés publics. Aussi l'OCDE a-t-elle élaboré une Liste de vérification afin d'aider ces agents à mettre en œuvre les *Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics*.

Les Principes et la Liste de vérification reposent sur les bonnes pratiques reconnues des administrations sous différents régimes juridiques et administratifs. Ils sont censés être utilisés en liaison avec les bonnes pratiques recensées qui offrent aux décideurs des possibilités concrètes de réforme dans le contexte national (voir *L'intégrité dans les marchés publics : Les bonnes pratiques de A à Z*, OCDE (2007), consultable à l'adresse www.oecd.org/gov/ethics).

Lorsque la fraude, le détournement et la corruption résultent d'un acte délibéré commis par un agent pour contourner les règles et réaliser un gain illicite, la réponse des pouvoirs publics doit être adaptée. Une cartographie complète des risques pesant sur l'intégrité peut aider les vérificateurs à déceler un détournement de fonds publics, notamment les cas de fraude ou de corruption.

Une liste de vérification pratique pour les agents chargés des marchés publics

La *Liste de vérification pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics* propose un instrument pratique d'application des Principes. Cette liste donne des orientations aux praticiens à toutes les étapes de la passation des marchés publics, de l'évaluation des besoins à la gestion des marchés et à leur paiement. La passation des marchés publics se compose de trois grandes phases :

- la phase située en amont de l'appel d'offres : évaluation des besoins, planification et budgétisation, élaboration du cahier des charges et choix de la procédure ;
- la procédure d'adjudication, qui comprend l'appel d'offres, l'évaluation des offres et l'attribution du marché ; et
- la phase située en aval de l'attribution du marché : gestion des contrats, commande et paiement.

Une cartographie des risques

Mieux comprendre les risques peut aider les vérificateurs à déceler les cas de fraude et de corruption. Le rapport permet de mieux connaître les

risques pesant sur l'intégrité aux étapes critiques de la passation des marchés publics, c'est-à-dire :

- Lors de l'évaluation des besoins, il peut s'agir d'études réalisées plusieurs fois, jamais remises ou inutiles.
- Lors de la planification, le chiffrage du projet est, par exemple, surévalué ou sous-évalué, des documents inutiles sont facturés ou le cahier des charges du projet est élaboré de manière à permettre des gains ultérieurs.
- En ce qui concerne la méthode de sélection, les risques peuvent tenir à une publicité restreinte, à l'abus des procédures d'urgence ou à une opération frauduleuse visant à fractionner des marchés. Pendant la gestion du contrat, par exemple des remises sont accordées à une « association » enregistrée à la même adresse qu'une société, des services sont modifiés, des factures sont majorées ou des travaux sans lien avec le contrat sont rajoutés.

Une référence pour les pays membres et non membres de l'OCDE

Les Principes sont une référence dont les responsables de l'action publique peuvent se servir pour examiner, évaluer et perfectionner leurs politiques, tant dans les pays de l'OCDE que dans les pays non membres.

Encouragement au dialogue sur les politiques à suivre

Les Principes servent à conduire des études de formation conjointe et à élaborer des plans de renforcement des capacités dans différentes régions du monde, par exemple le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord, l'Europe du Sud-est et l'Asie-Pacifique. Une application pilote des Principes, effectuée au Maroc en 2007, a aidé les pouvoirs publics à renforcer leurs procédures de passation de marchés publics dans le contexte plus large de la lutte contre la corruption. Des extraits de l'étude sur le Maroc sont exposés dans le rapport, notamment les principales conclusions et les recommandations pratiques pour renforcer le système de passation des marchés publics.

L'adhésion à l'OCDE

Les Principes servent aussi à confronter aux normes de l'OCDE les pays candidats à l'adhésion, notamment le Chili, l'Estonie, Israël, la Fédération de Russie et la Slovaquie.

Le point des progrès réalisés en 2011

Pour ce qui est des pays de l'OCDE, ils feront le point des progrès réalisés dans la mise en œuvre de la Recommandation en 2011.

Notes

1. Quantifier l'importance des marchés publics est une tâche difficile du fait de l'absence de mesures détaillées et cohérentes de ces marchés pour un grand nombre de pays. D'après les estimations, ils représentent de 10 à 15 % du PIB dans les pays de l'OCDE, selon que l'on tient compte de la rémunération du personnel ou non.
2. Kaufmann, Banque mondiale (2006), sur la base de l'*Executive Opinion Survey*, 2005 du Forum économique mondial portant sur 117 pays.

PARTIE I

Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics

Introduction

Les Principes guident les administrations dans l'élaboration et la mise en œuvre d'un cadre d'action qui leur permet de renforcer l'intégrité dans les marchés publics en prenant en compte les différentes législations nationales et les structures administratives en place dans les pays membres. Ils sont axés principalement sur les acquisitions de biens et de services par les administrations nationales, mais proposent aussi des orientations générales aux administrations infranationales et aux entreprises publiques.

Encadré I.1. **But de la Liste de vérification**

Les Principes ont pour ambition générale de guider les responsables de l'élaboration des politiques, au niveau des administrations centrales, en leur inculquant **une culture de l'intégrité à toutes les étapes de la passation des marchés publics**, de l'évaluation des besoins à la gestion des marchés et à leur paiement.

Les grands axes des Principes

Les Principes proposent un cadre d'action assorti de dix Principes en vue de renforcer l'intégrité et la confiance des citoyens dans la gestion des deniers publics (voir les grands axes des Principes dans l'encadré I.2).

Encadré I.2. **Grands axes des Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics**

Les Principes soulignent l'importance des méthodes pour renforcer la transparence, la bonne gestion, la prévention de comportements répréhensibles, ainsi que l'obligation de rendre compte et le contrôle lors de la passation des marchés publics.

Encadré I.2. **Grands axes des Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics** (suite)

A. Transparence

1. Instaurer un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels.
2. S'efforcer d'assurer une transparence maximale dans les appels d'offres et prendre des mesures de précaution pour renforcer l'intégrité, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence.

B. Bonne gestion

3. S'assurer, lors de la passation de marchés, que l'usage des deniers publics est conforme à leur intention.
4. S'assurer que les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics satisfont à des normes professionnelles élevées en termes de savoir, de compétences et d'intégrité.

C. Prévention des comportements répréhensibles, respect des règles et surveillance

5. Mettre en place des mécanismes destinés à prévenir les risques pesant sur l'intégrité dans les marchés publics.
6. Encourager une coopération étroite entre les pouvoirs publics et le secteur privé pour préserver des normes d'intégrité élevées, en particulier dans la gestion des contrats.
7. Prévoir des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics ainsi que déceler les comportements répréhensibles et les sanctionner.

D. Obligation de rendre compte et contrôle

8. Définir clairement la chaîne des responsabilités et mettre en place des mécanismes de contrôle efficaces.
9. Traiter les réclamations des fournisseurs potentiels de manière équitable et dans les délais prévus.
10. Permettre aux organisations de la société civile, aux médias et au grand public de suivre de près la passation des marchés publics.

La passation de marchés publics, au point de contact des secteurs public et privé, suppose l'étroite coopération des deux parties pour optimiser les dépenses publiques. Elle demande aussi une gestion avisée des deniers publics pour réduire le risque de malversations. De plus, elle est progressivement devenue une modalité essentielle de l'obligation de rendre compte aux citoyens de la gestion des deniers publics. À cet égard, la Liste de vérification met

l'accent sur les moyens que les administrations pourraient mettre au service de la coopération avec le secteur privé, ainsi qu'avec différents intervenants, la société civile et le grand public, pour renforcer l'intégrité et la confiance des citoyens dans les marchés publics.

Définir l'intégrité

L'intégrité peut se définir comme une condition de l'utilisation des fonds, des ressources, des actifs et des pouvoirs conformément à leur intention officielle et à l'intérêt général. Pour définir une stratégie efficace de prévention des violations de l'intégrité dans le domaine des marchés publics, il est utile aussi de définir l'intégrité *a contrario*. Parmi les violations de l'intégrité¹, on peut citer :

- La corruption, notamment les pots-de-vin, les « bakchichs », le népotisme, le copinage et le clientélisme.
- Les malversations et le détournement de ressources, par exemple : substitution d'un produit à un autre, entraînant une prestation de moindre qualité.
- Les conflits d'intérêts à l'intérieur de la fonction publique et dans l'après-mandat public.
- La collusion.
- L'usage abusif et la manipulation d'informations.
- Les traitements discriminatoires lors de la passation des marchés publics.
- Le gaspillage et l'usage abusif des ressources de l'administration.

Les conditions politiques, institutionnelles et juridiques nécessaires à la mise en œuvre des Principes

Les administrations devraient faire en sorte, pour permettre la mise en œuvre des Principes, que les efforts stratégiques visant au renforcement de l'intégrité dans les marchés publics reçoivent également le soutien des dirigeants des pays et puissent s'appuyer sur un système efficace de passation de marchés. Les points suivants sont généralement considérés comme les éléments structurels indispensables d'un tel système² :

- un cadre législatif adéquat, reposant sur des réglementations traitant des aspects de procédure qui ne figurent généralement pas dans la législation primaire ;
- une infrastructure institutionnelle et administrative adéquate ;
- un système efficace de contrôle et de responsabilisation ;
- un système de sanction approprié ; et
- des ressources humaines, financières et technologiques suffisantes à l'appui des différents éléments du système.

Dans les sections qui suivent, les Principes sont complétés par des notes qui proposent différentes voies de réforme pour les mettre en œuvre.

Notes

1. D'après L. Huberts et J.H.J. Van den Heuvel, *Integrity at the Public-Private Interface*, Maastricht, 1999 : Shaker.
2. Liste inspirée de la *Convention des Nations Unies contre la corruption, Mise en œuvre des décisions relatives à la passation des marchés publics (United Nations Convention against Corruption : Implementing Procurement-Related Aspects)*, document présenté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international lors de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, Indonésie, janvier 2008.

PARTIE I
Chapitre 1

Transparence

Principe 1. Instaurer un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels.

Les pouvoirs publics devraient fournir aux fournisseurs potentiels et contractants des informations claires et cohérentes, de façon à ce que le processus de passation des marchés publics soit bien compris et mis en œuvre de façon aussi équitable que possible. Les pouvoirs publics devraient favoriser la transparence en direction des fournisseurs potentiels et des autres parties prenantes, par exemple les organismes de surveillance, non seulement en ce qui concerne la conclusion des contrats, mais également à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics. Les pouvoirs publics devraient adapter le degré de transparence en fonction du destinataire de l'information et de l'étape du cycle concernée. En particulier, les pouvoirs publics devraient protéger les informations confidentielles de manière à garantir des règles du jeu équitables aux fournisseurs potentiels et à éviter la collusion. Ils devraient aussi s'assurer que les règles de passation des marchés publics obligent à respecter un degré de transparence propre à renforcer le contrôle de la corruption sans créer de bureaucratie inutile, de manière à garantir l'efficacité du système.

Les administrations devraient assurer l'accès aux lois et réglementations, aux décisions judiciaires ou administratives, aux clauses contractuelles standard des marchés publics, ainsi qu'aux moyens et processus permettant l'élaboration, l'attribution et la gestion des marchés. Les annonces de marchés publics doivent se faire aussi largement que possible, avec cohérence, sans retard et avec le souci de la commodité, par les mêmes voies et selon le même calendrier pour tous les intéressés. Les conditions de participation, notamment les critères de sélection et d'attribution, de même que la date limite de soumission des offres, doivent être fixées à l'avance. Il convient en outre de les publier de manière à ce que les fournisseurs potentiels disposent de suffisamment de temps pour préparer leurs offres, puis de les consigner par écrit afin d'assurer l'égalité de traitement des participants. Par ailleurs, en cas de recours à la préférence nationale pour des marchés publics, la

transparence quant à l'existence d'une telle préférence ou d'autres impératifs discriminatoires permettra à d'éventuels fournisseurs étrangers d'évaluer l'intérêt de leur participation à un processus donné. S'agissant de projets qui comporteraient des risques particuliers en raison des montants en jeu, de leur complexité et de leur caractère éventuellement sensible, la mise en consultation du dossier d'appel d'offres longtemps à l'avance peut donner aux soumissionnaires potentiels la possibilité de poser des questions et de faire connaître leur avis avant les soumissions. On peut ainsi déceler et gérer, avant même les opérations, les problèmes qui risquent de se poser.

Les règles de transparence sont généralement centrées sur la phase de soumission et d'évaluation des offres. Or, pour prévenir la corruption et accroître la responsabilisation, il importe tout autant de prendre des mesures destinées à améliorer cette transparence – comme l'enregistrement des informations ou le recours aux nouvelles technologies – en amont et en aval de cette phase. Sans enregistrement des décisions prises aux différents stades de la passation de marchés publics, aucune piste ne permet de vérifier les opérations, de contester la méthode suivie ou de favoriser la vigilance du citoyen. Les données enregistrées doivent être pertinentes et complètes à toutes les étapes de la passation des marchés publics, depuis l'évaluation des besoins jusqu'à la gestion des marchés et à leur paiement, et elles doivent comporter, sous forme électronique, des informations propres à assurer la traçabilité des marchés. Cette documentation doit être conservée pendant un nombre d'années raisonnable après l'attribution des contrats, afin de permettre le suivi des décisions gouvernementales. Les nouvelles technologies peuvent aussi jouer un rôle important : elles permettent en effet aux fournisseurs potentiels d'accéder aux informations aisément et en temps réel, et elles facilitent le suivi des informations ainsi que le contrôle des marchés publics (voir également la recommandation 10). De plus, tout au long du cycle de passation des marchés, les systèmes électroniques, par exemple sous la forme de « portails uniques » – peuvent venir compléter les moyens traditionnels à l'appui de la transparence et de la responsabilisation.

Des restrictions s'imposent quant à la divulgation d'informations sensibles, dont la publication nuirait à la loyauté de la concurrence entre soumissionnaires, favoriserait la collusion ou porterait atteinte aux intérêts de l'État. Par exemple, la communication d'informations telles que les termes et conditions de chaque offre aide les concurrents à déceler les violations liées à une collusion, permet de sanctionner les entreprises concernées et favorise une meilleure coordination des appels d'offres ultérieurs. La nécessité d'un accès aux informations doit être pondérée par les exigences et procédures nécessaires au respect de la confidentialité : c'est un point particulièrement important pendant les phases de soumission et d'évaluation des offres. Ainsi, des procédures visant à garantir la sécurité et la confidentialité des documents soumis pourraient contribuer à

guider les fonctionnaires dans le traitement des informations sensibles et dans le choix des informations à divulguer. En outre, les relations de travail devraient être plus étroites entre les autorités de la concurrence et celles chargées des achats, afin de mieux les sensibiliser aux risques de soumissions concertées, et d'empêcher ou de déceler les cas de collusion.

Assurer un degré suffisant de transparence qui renforce les moyens de lutte contre la corruption sans nuire à l'efficience, ni à l'efficacité de la passation de marchés publics, tel est le défi que doivent relever toutes les administrations. La réglementation et les mécanismes de la passation des marchés ne doivent pas être inutilement complexes, coûteux ou chronophages, car la lenteur des opérations qui en résulterait pourrait décourager les participants éventuels, en particulier lorsqu'il s'agit de petites et moyennes entreprises. L'excès de formalités administratives peut aussi faire naître des risques de corruption, par exemple en cas d'instabilité réglementaire, ou lorsqu'il suscite des demandes de dérogation à la règle. Il convient en outre de veiller tout spécialement à une application cohérente de la réglementation des marchés publics dans l'ensemble des organisations publiques.

Principe 2. S'efforcer d'assurer une transparence maximale dans les appels d'offres et prendre des mesures de précaution pour renforcer l'intégrité, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence.

Afin de garantir un processus concurrentiel de qualité, les pouvoirs publics devraient communiquer des règles claires, et, si possible des orientations, sur le choix de la méthode de passation du marché retenue ainsi que sur les dérogations éventuelles aux règles d'appel à la concurrence. Bien que la méthode de passation du marché puisse être adaptée au type de marché concerné, les pouvoirs publics devraient, dans tous les cas, garantir une transparence maximale dans les appels d'offres. Ils devraient envisager de mettre en place des procédures destinées à diminuer les risques pesant sur l'intégrité grâce à une transparence accrue, à des orientations plus claires et à des contrôles plus stricts, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence, notamment pour des motifs d'extrême urgence ou de sécurité nationale.

L'appel d'offres ouvert contribue à la transparence des opérations. Les pouvoirs publics doivent toutefois s'atteler à une tâche primordiale : veiller à l'efficacité de l'administration, et la procédure d'appel d'offres peut donc être adaptée au type de marché visé. Les marchés publics, qu'ils soient ou non soumis à la concurrence, doivent être organisés dans un cadre d'action clair et transparent et répondre à un besoin précis.

Pour assurer la qualité de la mise en concurrence, les administrations doivent prévoir des règles claires et applicables concernant le choix de la meilleure méthode. Ce choix peut être guidé principalement par la valeur et la nature du marché, c'est-à-dire le type de marché considéré (il faut appliquer des méthodes de passation différentes aux biens et aux services professionnels, tels que le développement de logiciels). Elles pourraient, en outre, prendre les devants pour élaborer des lignes directrices complémentaires à l'intention des fonctionnaires, l'objectif étant de faciliter la mise en œuvre de ces règles, en précisant les critères d'utilisation des différents types de procédures et en indiquant comment les appliquer. Les autorités de la concurrence pourront être consultées afin de déterminer la méthode d'achat la mieux à même d'assurer concurrence et efficacité dans les cas où le nombre de soumissionnaires est limité et où le risque de collusion est important.

Pour assurer l'uniformité des règles du jeu, il faut aussi que les exceptions à la procédure d'appel d'offres soient strictement définies dans la réglementation des marchés publics au regard des éléments ci-après :

- la valeur et l'importance stratégique du marché ;

- la nature particulière du marché qui se traduit par l'absence d'une véritable concurrence, du fait par exemple de droits exclusifs ;
- la confidentialité du marché qui protège les intérêts de l'État ; et
- des circonstances exceptionnelles, par exemple l'extrême urgence.

De même, lorsque des négociations sont autorisées, elles doivent s'appuyer sur une base clairement définie par la réglementation, de sorte qu'elles ne puissent avoir lieu qu'à titre exceptionnel et selon un calendrier prédéfini.

Si le mode de passation peut être adapté au type de marché considéré, les pouvoirs publics doivent toujours maximiser la transparence de la procédure d'appel à la concurrence. Dans le cas des accords-cadres, par exemple, il serait utile de donner des orientations en vue d'assurer une transparence suffisante sur l'ensemble des opérations, notamment pendant la deuxième phase, où les risques de corruption sont particulièrement élevés. De plus, les pouvoirs publics doivent envisager des procédures complémentaires pour réduire les risques de corruption, en particulier lorsqu'il est dérogé aux règles de l'appel à la concurrence, par exemple en cas d'extrême urgence ou pour des raisons de sécurité nationale :

- *La transparence.* Un appel d'offres restreint ou limité ne justifie pas nécessairement que l'on porte moins d'attention à la transparence. Au contraire, la transparence peut s'avérer plus nécessaire encore pour limiter les risques de corruption. Ainsi, dans le cas d'un appel d'offres limité, les conditions du contrat peuvent être publiées brièvement s'il est possible qu'un seul fournisseur soit en mesure d'exécuter le travail en cause. D'autres entreprises ont ainsi une chance d'apporter la preuve qu'elles peuvent, elles aussi, répondre aux prescriptions techniques, ce qui peut conduire à l'ouverture d'une procédure avec appel à la concurrence. De même, les amendements au contrat pourraient être divulgués au moyen des nouvelles technologies. La dérogation aux règles de concurrence doit être justifiée et consignée pour laisser une piste d'audit.
- *Des orientations spécifiques.* Des lignes directrices et des instruments de formation, ainsi que des conseils et une assistance autant d'exemples de mesures concrètes en direction des agents qui, aussi bien dans les services d'achats qu'aux finances, doivent procéder à un appel d'offres limité ou passer un marché sans appel à la concurrence. Pour des règles clairement définies, il importe aussi de fixer des restrictions. On peut, par exemple, autoriser la passation de marchés dans le prolongement d'un marché précédent, mais uniquement dans le strict respect de conditions contractuelles, et en tenant compte du montant du marché.
- *L'augmentation du nombre ou le resserrement des contrôles.* L'intervention de deux agents indépendants, au moins aux étapes essentielles de la prise de décision ou dans les procédures de contrôle, contribue à l'impartialité des

décisions publiques. On pourra recourir aussi à d'autres mesures : examen indépendant aux différentes étapes de la passation des marchés, obligation de rapports spéciaux et de publicité, ou contrôles aléatoires pour vérifier systématiquement le respect des règles.

- *Le renforcement des capacités.* La possibilité d'exploiter le meilleur des compétences et de l'expérience disponibles, en fonction de l'évaluation du risque que présente le projet. Dans le cas de marchés de montant élevé, il peut s'avérer nécessaire de faire procéder à une validation indépendante par un auditeur en matière de probité ou en faisant appel aux protagonistes. En cas de passation d'urgence, on peut instituer une commission de lutte contre le risque, qui réunira les principaux acteurs – fonctionnaires spécialisés dans la passation des marchés publics et leur contrôle, experts techniques – afin de définir une ligne d'action précise et d'améliorer la communication.

Les capacités disponibles dans le pays pour les marchés publics et, dans le cas de pays sortant d'un conflit, la nécessité de répondre rapidement aux besoins, sont des éléments à prendre en compte avant d'appliquer ces procédures destinées à limiter les risques de corruption.

PARTIE I

Chapitre 2

Bonne gestion

Principe 3. S'assurer, lors de la passation de marchés, que l'usage des deniers publics est conforme à leur intention.

La planification des marchés publics et des dépenses correspondantes est essentielle pour traduire une vision stratégique à long terme des besoins des administrations. Les pouvoirs publics devraient établir un lien entre les marchés publics et les systèmes publics de gestion financière de façon à améliorer la transparence et la reddition des comptes, et à optimiser l'utilisation des ressources publiques. Des organismes de surveillance tels que des organes de contrôle interne ou d'audit interne, des cours des comptes ou des comités parlementaires devraient suivre la gestion des fonds publics pour vérifier que les besoins ont été correctement estimés et que l'usage des deniers publics est conforme à leur intention.

L'organisation des marchés publics est au cœur de la gestion stratégique des deniers publics qui vise à promouvoir l'utilisation optimale des ressources et à contribuer à la prévention de la corruption. Pour donner une idée des besoins des administrations et inscrire la réalisation de leurs objectifs ou de ceux des ministères dans une perspective stratégique, la planification des marchés publics est un instrument de gestion essentiel. Les plans de marchés publics, généralement annuels, peuvent comprendre la programmation budgétaire associée, à horizon annuel ou pluriannuel (souvent dans le cadre d'un plan d'investissement ministériel), avec description détaillée et objective des moyens humains et financiers nécessaires. Leur élaboration nécessite que les fonctionnaires soient suffisamment formés à la planification, à la programmation et à l'estimation des coûts des projets, afin d'assurer la bonne coordination de ces derniers et leur plein financement dès le début des travaux. Les plans de marchés publics pourraient également être publiés pour que les fournisseurs aient connaissance des possibilités à venir, à la condition que les informations ainsi communiquées soient rigoureusement sélectionnées pour éviter tout risque de collusion. L'élaboration de plans spécifiques pourrait également se justifier pour des achats de biens et services considérés comme opérations stratégiques, de grande valeur ou complexes, nécessitant un montage efficace des programmations de paiement. Les rapports d'exécution des programmes peuvent, eux aussi, contribuer au lien qui doit exister entre les activités d'achat et les produits ou résultats attendus, surtout si ces rapports font référence aux dépenses correspondantes.

Il faut considérer que les marchés publics font partie intégrante de la gestion des finances publiques, afin de favoriser la transparence et la reddition des comptes, de la programmation des dépenses à leur règlement définitif. La transparence et la responsabilisation commencent dès l'élaboration du budget, avec la communication systématique, dans les délais prévus, de toutes les données financières utiles¹. Les systèmes électroniques peuvent faciliter la connexion avec le système global de gestion financière afin d'assurer que la passation des marchés publics s'effectue conformément aux plans et budgets établis, et que toutes les informations nécessaires concernant ces marchés sont disponibles et font l'objet d'un suivi. Pour renforcer la reddition des comptes par les hauts fonctionnaires, une déclaration de responsabilité, émanant du ministre et de son collaborateur chargé de produire le rapport, peut figurer dans les rapports financiers. L'exécution du budget doit être programmée et prévisible, et des dispositions doivent permettre l'exercice du contrôle et de la gestion des deniers publics, en tenant compte de la durée totale du contrat.

Il est capital que l'ensemble des mécanismes essentiels de gestion fassent l'objet de rapports structurés à l'appui des décisions d'investissement, de la gestion des actifs, de l'administration des achats, de la gestion des contrats et des paiements. Un système dynamique de contrôle financier interne, notamment par audit interne, aide à vérifier la validité des informations fournies. Il faut séparer les activités d'audit des budgets, des marchés publics, des projets et des paiements. Ces activités doivent être conduites par des agents ou par des entités exerçant des fonctions distinctes et relevant de hiérarchies différentes. Les systèmes électroniques peuvent constituer un moyen d'intégrer les marchés publics aux fonctions de gestion financière, tout en fournissant un « pare-feu » entre individus puisque aucun contact direct n'est nécessaire.

La gestion des deniers publics lors de la passation des marchés doit être contrôlée non seulement par des auditeurs internes, mais aussi par des institutions de surveillance indépendantes, telles que les institutions supérieures de contrôle des finances publiques et les commissions parlementaires, suivant les pays. Ces institutions de surveillance doivent avoir la possibilité et les ressources leur permettant de procéder à un véritable examen des rapports financiers. Elles peuvent vérifier notamment, outre la légalité d'une décision concernant la dépense de fonds publics, sa compatibilité avec les besoins de l'administration. Les rapports peuvent être vérifiés d'une manière aléatoire par l'institution supérieure de contrôle des finances publiques, selon les méthodes d'audit généralement reconnues. Le Parlement peut aussi jouer un rôle en scrutant la gestion des deniers publics dans les marchés, en examinant les rapports établis par l'institution supérieure de contrôle et, le cas échéant, en invitant le pouvoir exécutif à prendre des mesures. Les rapports budgétaires devraient être publiés pour permettre aux parties prenantes, à la société civile et au grand public de contrôler la dépense publique (voir aussi la recommandation 10).

Principe 4. S'assurer que les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics satisfont à des normes professionnelles élevées en termes de savoir, de compétences et d'intégrité.

Accorder aux fonctionnaires qui travaillent dans le domaine des marchés publics le statut de profession à part entière est essentiel pour mieux résister à la mauvaise gestion, au gaspillage et à la corruption. Les pouvoirs publics devraient investir en conséquence dans les marchés publics et offrir des incitations adéquates pour attirer des fonctionnaires hautement qualifiés. Ils devraient également veiller à une mise à niveau régulière du savoir et des compétences des fonctionnaires concernés pour tenir compte des évolutions en matière de réglementation, de gestion et de technologie. Les fonctionnaires devraient avoir connaissance des normes d'intégrité, et être en mesure d'identifier tout conflit potentiel entre leurs intérêts privés et leurs missions publiques, susceptible d'avoir une influence sur la prise de décision publique.

Plus qu'une simple fonction administrative, la passation de marchés publics est progressivement devenue une profession stratégique qui contribue beaucoup à la prévention des erreurs de gestion, du gaspillage et des risques de corruption. Les conditions d'emploi et les incitations (rémunération, primes, perspectives de carrière et valorisation du personnel) qu'offre le secteur public contribuent à attirer et à retenir des spécialistes hautement qualifiés. Les capacités devraient également être suffisantes pour permettre aux fonctionnaires chargés des marchés publics de s'acquitter de leurs diverses tâches. Il convient par ailleurs d'encourager autant que possible la mobilité dans la fonction publique en proposant à cette fin des formations adéquates. Les politiques de gestion des ressources humaines peuvent aussi encourager des échanges entre les secteurs public et privé pour un enrichissement mutuel en talents et en savoir-faire professionnel, à condition que la réglementation du service public définisse un cadre qui permette d'empêcher les situations de conflit d'intérêts, surtout lorsque l'on quitte la fonction publique pour un poste dans le privé.

Face à l'évolution réglementaire, au progrès technique et à la multiplication des contacts avec le secteur privé, il est essentiel d'appliquer systématiquement une stratégie de formation et de perfectionnement des fonctionnaires chargés des marchés publics afin de développer et de tenir à jour leurs connaissances et leurs qualifications. Les administrations devraient aider les agents en leur proposant les informations et les conseils appropriés, des lignes directrices, une formation, une assistance, ainsi que des formules de partage de l'information, des bases de données, des systèmes d'analyse comparative et des réseaux qui

contribuent à éclairer leurs décisions et à mieux comprendre les marchés. C'est surtout dans les pays qui privilégient les méthodes managériales et qui laissent davantage de marge de manœuvre aux agents dans leurs activités quotidiennes qu'il importe de définir des orientations propres à éviter les atteintes à l'intégrité.

La formation aide grandement les agents à se rendre compte des possibilités d'erreur dans l'exécution des tâches administratives et à modifier leurs méthodes en conséquence. Il conviendrait de prévoir des programmes de formation, théorique et opérationnelle, pour les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics, de sorte que l'ensemble des fonctionnaires ayant à traiter de la passation de ces marchés possèdent les connaissances et les compétences nécessaires à l'accomplissement de leurs activités et soient au fait de l'évolution des réglementations, des procédures, des technologies et des marchés. De plus, les programmes de certification, établis en coopération avec les intervenants concernés – par exemple : instituts ou universités – aident à s'assurer que les responsables de programme et les contractants possèdent un degré de formation et d'expérience approprié. Les agents, de même que les associations de fournisseurs, peuvent aussi être consultés lors de la révision des normes des marchés publics pour s'assurer que les raisons qui justifient la politique suivie en la matière sont comprises et acceptées, et que la mise en œuvre de ces normes est un objectif réaliste.

Les normes d'intégrité sont au cœur du professionnalisme, car elles influent sur le comportement quotidien des fonctionnaires chargés des marchés publics et contribuent à l'instauration d'une culture de l'intégrité. Pour empêcher l'influence d'intérêts personnels des agents sur la prise de décision publique, ceux-ci doivent avoir conscience des circonstances et des relations qui mènent à des situations de conflit d'intérêts, pouvant se traduire de différentes manières : cadeaux, avantages et réceptions, existence d'autres intérêts économiques et financiers, relations personnelles ou familiales, affiliation à une organisation, promesse d'un futur emploi. La diffusion des normes d'intégrité est un moyen essentiel de sensibiliser les agents et de développer leur capacité à faire face aux dilemmes éthiques et à renforcer leur intégrité. Il s'agit d'un aspect tout aussi important pour les gestionnaires, les hauts fonctionnaires, ainsi que les agents extérieurs et les entreprises impliqués dans le processus de passation de marchés publics. De plus, des lignes directrices détaillées pourraient être données aux agents qui interviennent dans la passation des marchés, par exemple sous la forme d'un code de conduite. Ces lignes directrices contribuent à renforcer leur impartialité dans les rapports avec les fournisseurs, à gérer les situations de conflit d'intérêts et à éviter les fuites d'informations sensibles.

Note

1. Voir aussi *Transparence budgétaire – les meilleures pratiques de l'OCDE*, mai 2001, www.oecd.org/dataoecd/33/13/1905258.pdf.

PARTIE I
Chapitre 3

**Prévention des comportements réprouvés,
respect des règles et surveillance**

Principe 5. Mettre en place des mécanismes destinés à prévenir les risques pesant sur l'intégrité dans les marchés publics.

Les pouvoirs publics devraient mettre en place des cadres institutionnels ou procéduraux pour mettre davantage les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics à l'abri de toute influence indue exercée par des hommes politiques ou des fonctionnaires de rang plus élevé. Les pouvoirs publics devraient par ailleurs vérifier que les fonctionnaires impliqués dans les marchés publics sont choisis et nommés en fonction de valeurs et de principes, en particulier sur la base de l'intégrité et du mérite. En outre, ils devraient identifier les risques pour l'intégrité pesant sur les postes, les activités ou les projets potentiellement sensibles. Les pouvoirs publics devraient lutter contre ces risques en mettant en place des mécanismes de prévention adéquats, propres à favoriser une culture d'intégrité dans le service public, par exemple en organisant des formations sur le thème de l'intégrité, en instaurant des règles de déclaration des actifs et en divulguant et en gérant les conflits d'intérêts.

Pour protéger les agents de toute pression morale, en particulier des interventions politiques et des pressions internes émanant de dirigeants, les organismes publics doivent pouvoir s'appuyer sur un cadre institutionnel ou procédural adapté, disposer de ressources suffisantes pour s'acquitter efficacement des tâches et bénéficier d'une politique efficace des ressources humaines. Ainsi, donner à un fonctionnaire chargé des marchés publics la garantie qu'il peut contester une décision de licenciement contribue à assurer l'impartialité de ses décisions en le protégeant de toute influence indue. En outre, les méthodes de sélection fondées sur le mérite et l'examen de l'intégrité des hauts fonctionnaires qui interviennent dans la passation des marchés contribuent à renforcer la résistance à la corruption. C'est d'autant plus important que les hauts fonctionnaires servent de référence, au plan de l'intégrité, dans leurs rapports professionnels avec les responsables politiques, les autres agents des services publics et les citoyens. Plus généralement, les membres de la haute fonction publique devraient s'engager clairement à adopter une conduite exemplaire et à soutenir visiblement la lutte contre la corruption.

Une « carte des risques » des organisations pourrait être dressée pour recenser les postes dans lesquels les agents sont exposés, les activités liées à la passation des marchés publics où naissent des risques et les projets à risque du fait de la valeur et de la complexité des marchés en jeu. Cette carte pourrait être établie en coopération étroite avec les fonctionnaires chargés des marchés publics. Sur cette base, des sessions de formation pourraient être mises en place pour informer les agents des risques à l'intégrité et des mesures préventives. On pourrait aussi proposer aux fournisseurs une formation pour les sensibiliser à l'importance des considérations d'intégrité dans la passation des marchés publics. De plus, on pourrait appliquer un régime spécial aux agents qui occupent des postes particulièrement exposés à la corruption, notamment une évaluation régulière des performances, la déclaration obligatoire des intérêts économiques, du patrimoine, des réceptions et des cadeaux reçus. Si les informations fournies ne sont pas dûment évaluées, on ne pourra pas cerner, résoudre, ni gérer les risques pour l'intégrité, notamment les conflits d'intérêts potentiels. Il est essentiel d'enregistrer et de tenir à jour les informations. Les procédures d'intégrité, axées sur la préservation de l'intégrité, doivent être clairement définies et communiquées aux fonctionnaires chargés des marchés publics et, le cas échéant, aux autres intervenants.

Pour prévenir la corruption, il est fondamental d'éviter la concentration des domaines essentiels entre les mains d'une seule personne. La responsabilité indépendante d'au moins deux personnes dans la prise de décision et le processus de contrôle peut prendre la forme d'une double signature, d'une vérification croisée, d'un double contrôle des actifs et d'une séparation des missions et des autorisations (voir aussi la recommandation 3 pour ce qui est du budget). Dans la mesure où elle est possible, la séparation des différentes tâches que sont l'autorisation des opérations, leur exécution, leur enregistrement, leur examen et le traitement des actifs connexes, empêche aussi la corruption. La principale difficulté que soulève la séparation des missions et des autorisations consiste à assurer la circulation de l'information entre les fonctionnaires chargés respectivement de la gestion, du budget et des marchés publics, ainsi qu'à éviter la fragmentation des responsabilités et le manque de coordination. La séparation des missions et des autorisations doit être organisée avec le sens des réalités, pour éviter d'imposer des formalités trop complexes, elles-mêmes génératrices de possibilités de corruption.

Sur certains marchés, selon le niveau de risque, une procédure de contrôle et d'autorisation à plusieurs niveaux (plutôt que de laisser tout le pouvoir de décision à une seule personne) permet d'introduire un facteur d'indépendance dans la prise de décision. Cette procédure peut, par exemple, être axée sur le choix ou le rejet d'une stratégie d'appel à la concurrence, avant le lancement de la procédure de soumission des offres ou à l'occasion

d'importantes modifications de certains contrats. Elle peut être conduite par de hauts fonctionnaires indépendants des fonctionnaires chargés du marché/projet, ou par une commission spécialement chargée d'examiner ces marchés. Toutefois, une procédure à plusieurs niveaux fait souvent intervenir des agents qui n'ont pas tous une connaissance approfondie de chaque dossier et présente le risque de fragmentation des responsabilités.

Il faudrait aussi éviter les contacts prolongés entre les agents publics et les fournisseurs. La rotation des agents (avec, si possible, changement de leurs attributions) pourrait fournir un garde-fou pour les postes sensibles ou qui donnent lieu à des relations commerciales à long terme, pour autant qu'un degré suffisant de capacités et de connaissances institutionnelles devrait être maintenu, avec le temps, au niveau de l'administration centrale. Les systèmes électroniques constituent, eux aussi, un instrument prometteur pour éviter les contacts directs entre les agents et les fournisseurs potentiels et pour normaliser les procédures. L'exploitation des nouvelles technologies peut imposer des mesures de contrôle de sécurité lors du traitement des données, par exemple l'utilisation de codes uniques pour vérifier l'identité de chaque utilisateur autorisé, des droits d'accès informatiques et des pouvoirs en matière de marchés publics bien hiérarchisés et bien définis, et le cryptage des données confidentielles. Il serait utile de procéder dès le début du processus – notamment pour les marchés de faible valeur – à une analyse coût-avantages des solutions techniques envisageables.

Principe 6. Encourager une coopération étroite entre les pouvoirs publics et le secteur privé pour préserver des normes d'intégrité élevées, en particulier dans la gestion des contrats.

Les pouvoirs publics devraient fixer des normes claires en matière d'intégrité et veiller à ce qu'elles soient respectées à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics, en particulier dans la gestion des contrats. Les pouvoirs publics devraient consigner les informations relatives à l'expérience avec les différents fournisseurs afin d'aider les fonctionnaires à prendre leurs décisions futures. Les fournisseurs potentiels devraient eux aussi être encouragés à prendre des mesures volontaires pour renforcer l'intégrité dans leurs relations avec les administrations. Les pouvoirs publics devraient poursuivre le dialogue avec les organisations professionnelles de fournisseurs pour se tenir au fait des évolutions du marché, réduire les asymétries d'information et optimiser l'utilisation des deniers publics, en particulier pour les marchés de montants élevés.

Les pouvoirs publics doivent définir des normes précises afin d'assurer l'intégrité du cycle de passation des marchés dans son ensemble, à compter de la phase de sélection. Le choix des soumissionnaires doit s'appuyer sur des critères définis de façon claire et objective, non discriminatoires et non modifiables *a posteriori*. Les fournisseurs potentiels et les contractants pourraient être tenus d'apporter la preuve qu'ils mettent en œuvre une politique et des mécanismes de lutte contre la corruption, et de s'engager par contrat à respecter les normes fixées dans ce domaine. Ces obligations pourraient s'accompagner du droit contractuel de résilier le marché en cas de non-respect. Plusieurs options peuvent être envisagées pour l'évaluation des aspects liés à l'intégrité lors de la sélection. Par exemple, les fournisseurs potentiels peuvent attester de leur intégrité en déclarant sur l'honneur qu'ils n'ont jamais été mêlés à des malversations. Les administrations peuvent aussi prendre l'initiative, par exemple en instituant des pactes d'intégrité qui exigent l'engagement réciproque de l'administration et de tous les soumissionnaires de s'abstenir de toute malversation, de prévenir toute action de corruption et de se soumettre à des sanctions en cas de violation.

Les informations données par les fournisseurs potentiels doivent impérativement être vérifiées et confrontées à celles qui proviennent d'autres sources internes et externes, par exemple les bases de données des administrations. Dans ces bases de données peuvent figurer des informations sur les performances antérieures, les prix, voire une liste des fournisseurs qui ont été exclus des marchés publics. De plus, les fournisseurs doivent faire l'objet

d'une surveillance étroite en ce qui concerne la gestion des marchés, afin de maintenir des normes d'intégrité rigoureuses et de faire en sorte qu'ils soient responsables de leurs actes. Ainsi, il serait possible de vérifier soigneusement l'identité des contractants et des sous-traitants au début du processus, à partir de sources d'information fiables, afin d'éviter que la sous-traitance serve à dissimuler des cas de fraude ou de corruption. Plus généralement, les retours d'information relatifs aux différents fournisseurs devraient être conservés afin d'aider les agents dans leurs décisions ultérieures.

Il incombe également au secteur privé de renforcer l'intégrité et la confiance dans une relation avec l'administration par le biais de programmes sérieux visant à assurer l'intégrité des entreprises et ses programmes pour vérifier le respect des règles : codes de conduite, programmes de formation des employés au respect des normes d'intégrité, procédures adoptées dans les entreprises afin de signaler les cas de fraude et de corruption, contrôles internes, procédures de certification et audits conduits par des tiers indépendants. De tels programmes devraient s'appliquer de la même façon aux contractants et aux sous-traitants. Un effort volontaire d'autodiscipline peut aussi être entrepris par chaque fournisseur ou membre d'un secteur qui, à titre préventif, s'emploieraient activement à prendre des mesures en faveur de l'intégrité, en particulier en souscrivant à des accords anti-corruption. Il est essentiel, pour assurer l'efficacité d'un effort d'autodiscipline dans le secteur privé, de veiller à l'exactitude et à l'actualisation régulière des informations.

Promouvoir l'ouverture du dialogue avec les fournisseurs contribue à une meilleure utilisation des deniers publics : les attentes s'en trouvent précisées et l'asymétrie de l'information est moins marquée. Par exemple, associer les représentants du secteur privé à l'examen ou à l'élaboration de la réglementation et de la politique des marchés publics permet de mieux s'assurer que les normes proposées reflètent les attentes des deux parties et sont bien comprises. Pour favoriser une conception plus stratégique de la gestion des marchés publics, les administrations pourraient donner aux entreprises la possibilité d'étudier des solutions innovantes pour que les pouvoirs publics connaissent le fonctionnement des différents marchés, s'y adaptent et saisissent les possibilités qu'ils créent. De la même façon, les administrations devraient lancer régulièrement des études de marché et engager le dialogue avec le secteur privé, afin de rester au fait des fournisseurs, des produits et des prix en vigueur pour les biens et les services.

Ce dialogue est essentiel, sur l'ensemble du cycle de passation des marchés publics, de l'évaluation des besoins à la gestion des marchés, afin de favoriser l'instauration d'une relation de confiance entre l'administration et le secteur privé. Pour les marchés de valeur élevée en particulier, les fournisseurs potentiels peuvent éventuellement demander des précisions avant de soumettre une offre, par exemple lors d'auditions publiques, pour clarifier les

besoins. La possibilité de divulguer des informations devra être envisagée avec précaution, compte tenu des risques de collusion entre acteurs du secteur privé. Un certain nombre de bonnes pratiques permettent de clarifier les attentes et de prévenir tout malentendu éventuel avec les fournisseurs potentiels : brièveté du délai de réponse aux demandes de précisions, existence de commissions de conciliation pour prévenir ou régler tout différend relatif à un grand projet. S'agissant des réponses aux demandes de précisions, les informations qui en résultent doivent alors être communiquées systématiquement aux fournisseurs potentiels pour assurer l'égalité de traitement. Les raisons du choix de l'adjudicataire pourraient être rendues publiques, notamment le poids accordé aux différents éléments qualitatifs de l'offre. Il faudrait, au minimum, proposer aux soumissionnaires non retenus qui le demanderaient une séance d'analyse *a posteriori* pour qu'ils comprennent pourquoi leur offre a été jugée moins intéressante, sans pour autant révéler les données commerciales sensibles des autres soumissions. Lors de la gestion des marchés, le dialogue entre les deux protagonistes est essentiel pour que les problèmes soient rapidement décelés et réglés.

Principe 7. Prévoir des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics, ainsi que déceler les comportements répréhensibles et les sanctionner.

Les pouvoirs publics devraient mettre en place des mécanismes permettant de suivre les décisions et de repérer les irrégularités ou les cas de corruption potentiels dans les marchés publics. Les fonctionnaires chargés du contrôle devraient être au fait des techniques et des acteurs de la corruption afin de faciliter la détection de comportements répréhensibles dans les marchés publics. À cette fin, les pouvoirs publics devraient également envisager de mettre en place des procédures permettant de faire état de comportements répréhensibles éventuels et de protéger de représailles les fonctionnaires qui donnent l'alerte. Enfin, les pouvoirs publics devraient non seulement définir des sanctions prévues par la loi, mais également faire en sorte que ces sanctions puissent, en cas de violation, être appliquées de manière efficace, proportionnée et dans les délais voulus.

La passation des marchés publics doit être suivie de près pour détecter les irrégularités et la corruption. Les pouvoirs publics devraient mettre en place des mécanismes qui aident à suivre les décisions et qui permettent de déceler les risques. Les contrôles de gestion, l'approbation et les rapports sont des instruments essentiels pour surveiller les marchés publics. De plus, l'utilisation des systèmes électroniques qui accroissent la transparence et la responsabilisation tout en permettant aux agents de faire appel à leur jugement pour optimiser les dépenses publiques. Par exemple, une batterie de « clignotants » pourrait être élaborée en liaison avec l'exploitation informatique des données en place pour signaler les transactions qui paraissent s'écarter des normes établies pour un projet donné. Il serait préférable que ces indicateurs, établis à partir des risques recensés, ne soient pas communiqués aux professionnels des achats afin de ne pas influencer le comportement de ces derniers. Lorsqu'un certain nombre d'indicateurs se mettent à « clignoter », les auditeurs doivent déclencher les mesures nécessaires pour faciliter la détection d'irrégularités ou de cas de corruption (voir également la recommandation 8). Si la situation l'exige, ces informations pourront être portées à l'attention des instances chargées de l'application de la loi afin de permettre une éventuelle enquête.

Les agents chargés du contrôle doivent connaître les techniques et les acteurs impliqués dans la corruption afin de faciliter la détection de comportements répréhensibles. Ces fonctionnaires pourraient suivre périodiquement une formation spécialisée pour s'informer des procédés de corruption utilisés

dans les marchés publics. Une meilleure connaissance des acteurs impliqués dans les affaires de corruption, de leurs mobiles, ainsi que des procédés qu'ils utilisent pour passer des ententes frauduleuses aide aussi à déceler les risques de corruption. Étant donné la capacité des délinquants à concevoir de nouveaux procédés, ces sessions de formation pourraient être mises à jour et organisées à intervalles réguliers¹. L'assistance d'experts pourrait aussi s'avérer nécessaire pour étudier un aspect technique, financier ou juridique particulier de la passation des marchés publics et réunir des éléments de preuve susceptibles d'être présentés devant un tribunal.

Les pouvoirs publics peuvent aussi établir des procédures clairement définies pour signaler les comportements fautifs, par exemple un bureau des réclamations interne, une ligne d'appel directe, un médiateur extérieur ou un système de déclaration électronique protégeant l'anonymat de la personne qui signale une anomalie tout en permettant les demandes d'éclaircissements. L'une des principales difficultés à régler est d'assurer la protection des fonctionnaires qui signalent une anomalie contre les représailles, en particulier au moyen d'une protection juridique, de la protection des informations relatives à leur vie privée, de l'anonymat ou de la création d'une commission de protection. Il faut en même temps veiller tout particulièrement à ce que la gestion des réclamations soit bien documentée et impartiale pour éviter de nuire indûment à la réputation des personnes touchées par les allégations.

Des voies de recours, des suites et des sanctions adaptées dans leur délai et leur proportion doivent non seulement être définies par la loi, mais aussi s'appliquer rapidement en cas d'irrégularités, de malversations et de corruption passive ou active dans les marchés publics. Les pouvoirs publics devraient faire respecter les sanctions administratives, civiles ou pénales². Les voies de recours, les suites et les sanctions classiques incluent notamment la rupture ou la perte du contrat, la responsabilité eu égard aux dommages et la perte de la soumission et des dépôts de bonne fin. On pourrait citer, parmi d'autres sanctions possibles, la confiscation des profits illégitimes et l'exclusion de toute participation à de futurs marchés, l'objectif étant de dissuader les entreprises du secteur privé de se laisser tenter par la corruption³. Pour ce qui est des agents publics, les voies de recours, les suites et les sanctions peuvent être de nature administrative, civile ou pénale, et comprendre notamment la confiscation des profits illégitimes. Des suites administratives peuvent aussi être prévues pour punir l'autorité adjudicatrice, par exemple en lui infligeant une amende proportionnelle à la valeur du marché.

Notes

1. Voir *Corruption dans les marchés publics : Méthodes, acteurs et contre-mesures*, OCDE, 2007.
2. Pour plus d'informations sur les pratiques des pays d'Asie et du Pacifique en matière de sanctions, voir *Curbing Corruption in Public Procurement in Asia and the Pacific: Progress and Challenges in 25 Countries*, BAD/OCDE, 2007.
3. Pour de plus amples informations sur les difficultés liées à ces exclusions, voir *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, OCDE, 2005.

PARTIE I
Chapitre 4

Obligation de rendre compte et contrôle

Principe 8. Définir clairement la chaîne des responsabilités et mettre en place des mécanismes de contrôle efficaces.

Les pouvoirs publics devraient définir clairement la chaîne des responsabilités et pour cela, déterminer à qui appartient le pouvoir d'approbation d'un marché public, en procédant à une séparation adéquate des tâches, et définir les obligations de déclaration interne. En outre, la régularité et l'exhaustivité des contrôles devraient être proportionnels aux risques encourus. Les contrôles internes et externes devraient être complémentaires et être soigneusement coordonnés de manière à éviter toute lacune ou manquement, et à garantir que les informations fournies par les contrôles soient aussi complètes et aussi utiles que possible.

Définir les différents degrés de compétence pour l'autorisation des dépenses, la signature et l'approbation des grandes étapes de la passation, à partir d'une séparation adéquate des tâches, est une condition essentielle pour établir clairement les différentes responsabilités. Des principes directeurs internes devraient permettre de préciser le niveau de responsabilité, les connaissances et l'expérience nécessaires, les limites financières correspondantes et l'obligation de consigner par écrit les grandes étapes du cycle de passation des marchés publics. En cas de délégation de pouvoir, il importe de définir explicitement la délégation de signature, les compétences attribuées et les obligations de communication de l'information de gestion. Ces mécanismes doivent s'inscrire dans la gestion quotidienne et s'appuyer sur une communication et une formation appropriées. Les gestionnaires jouent un rôle essentiel par l'exemple qu'ils donnent et l'esprit d'intégrité qu'ils insufflent dans la culture de l'administration. Ils sont chargés de définir ce que l'on est en droit d'attendre des agents dans leur effort pour atteindre les normes voulues et sont responsables en dernier ressort des irrégularités et de la corruption.

Des contrôles internes réguliers effectués par des agents indépendants de ceux qui réalisent la passation des marchés publics peuvent être adaptés spécialement au type de risque encouru ; parmi ces contrôles, on citera le contrôle financier, l'audit interne ou la vérification de la gestion. L'audit externe des activités liées à la passation des marchés publics est essentiel pour veiller à ce que la pratique soit conforme aux procédures ; il est effectué pour vérifier que les

contrôles ont lieu comme prévu. Les audits financiers contribuent à la détection des malversations et de la corruption, ainsi qu'aux enquêtes correspondantes, tandis que l'audit des performances renseigne sur l'intérêt réel des marchés publics et permet de proposer des réformes systémiques. L'audit de performance porte non seulement sur le respect des règles concernant les dépenses, mais aussi sur la réalisation des objectifs économiques et matériels de l'investissement. Il importe de veiller à ce que les recommandations tirées de l'audit externe soient appliquées dans des délais raisonnables.

La fréquence des audits pourrait être liée à certains facteurs, tels que : la nature et l'ampleur des risques ou le volume et la valeur qui s'y attache, les différents types d'achat, la complexité, la sensibilité ou la spécificité du marché visé (par exemple en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence). Aucun plancher ne doit venir limiter l'audit aléatoire. Ainsi, dans le cas des marchés publics qui présentent des risques particuliers, on pourrait envisager de faire appel à un conseiller ou à un auditeur en matière de probité. D'une part, le premier apporte conseil lors de la passation des marchés pour s'assurer, de façon indépendante, que les opérations sont menées en toute transparence et en toute équité. D'autre part, les auditeurs en matière de probité, qui n'interviennent pas dans l'achat, sont engagés pour vérifier que la procédure suivie a bien été conforme aux bonnes pratiques.

Étant donné que les marchés publics sont soumis à divers contrôles, il faut veiller tout particulièrement à ce que ces derniers soient complémentaires entre eux et soigneusement coordonnés pour éviter les failles et les chevauchements. L'échange systématique d'informations entre les contrôles internes et externes pourrait être encouragé pour optimiser l'exploitation des informations produites par les différents audits. On devrait demander aux auditeurs de faire rapport sans délai aux enquêteurs judiciaires pour que ceux-ci puissent procéder rapidement à des investigations lorsqu'il y a présomption de malversation ou de corruption. Il faut assurer la publicité des informations sur les marchés données par les auditeurs externes pour renforcer la vigilance du public. De plus, la publication des résultats des contrôles internes peut aussi être envisagée.

Principe 9. Traiter les réclamations des fournisseurs potentiels de manière équitable et dans les délais prévus.

Les pouvoirs publics devraient garantir que les fournisseurs potentiels puissent accéder de manière efficace et en temps voulu aux systèmes de réexamen des décisions en matière de marchés publics, et que leurs réclamations soient promptement traitées. Pour garantir l'impartialité de ce réexamen, un organisme ayant le pouvoir de faire appliquer la loi et indépendant des différentes entités concernées par les marchés publics devrait rendre un avis sur les décisions en matière de marchés publics, et proposer des moyens de recours. Les pouvoirs publics devraient également envisager de mettre en place d'autres mécanismes de règlement des différends afin de réduire les délais de traitement des plaintes. Ils devraient enfin analyser les recours aux systèmes de réexamen afin d'identifier les risques que des entreprises individuelles puissent utiliser ces systèmes de réexamen pour interrompre ou influencer indûment des appels d'offres. Cette analyse des systèmes de réexamen devrait également permettre d'identifier des possibilités d'amélioration de la gestion dans les domaines-clés des marchés publics.

Assurer un accès rapide aux voies de contrôle contribue à garantir l'équité de l'ensemble des opérations d'acquisition. L'une des principales difficultés que doivent surmonter les pouvoirs publics est de régler les réclamations équitablement sans nuire à l'efficacité administrative, ni au délai de livraison des biens ou des prestations servies à la population. Les décisions des pouvoirs publics susceptibles d'être contestées devraient porter non seulement sur l'attribution, mais aussi – en amont et en aval – sur les points clés que sont le choix de la méthode de passation du marché ou l'interprétation des clauses contractuelles pendant la phase de gestion. Pour répondre aux réclamations dans les délais prévus, diverses mesures sont possibles, par exemple :

- Utiliser, lorsque cela est possible, la passation électronique de marchés publics pour s'assurer que l'information sur l'attribution est communiquée rapidement à tous les soumissionnaires et que ceux-ci disposent d'un délai raisonnable pour contester la décision.
- Ménager des moyens de contester une décision dès le début du processus, par exemple l'action en nullité contre la décision d'attribution, un délai d'attente permettant de contester la décision entre l'attribution et la prise d'effet du contrat, ou, le cas échéant, la décision de suspendre temporairement la

décision d'attribution. Dans tous les cas, il faut accorder aux soumissionnaires non retenus un délai suffisant pour préparer et soumettre leur dossier de contestation.

- Autoriser des contrôles pendant la phase de gestion et après la fin du contrat dans un délai raisonnable afin de réclamer des dommages et intérêts.

Pour assurer l'impartialité des mécanismes de contrôle, les décisions de réexamen doivent être régies par un organe chargé de l'application de la loi et indépendant des entités prenant part à la passation du marché. Dans un premier temps, les fournisseurs potentiels devraient avoir la possibilité de soumettre leur plainte à l'autorité chargée des marchés publics, afin de prévenir les conflits et le coût d'une action quasi-judiciaire ou judiciaire. Les agents participant au réexamen devraient être protégés de toute pression extérieure. Leurs décisions pourraient aussi être publiées, et éventuellement mises en ligne. Dans tous les cas, les fournisseurs potentiels devraient avoir la possibilité de s'adresser à un organe d'appel – administratif et/ou judiciaire – pour un réexamen de la décision finale de l'autorité chargée des marchés publics.

Pour assurer l'équité dans la passation des marchés publics, il est essentiel que le règlement des plaintes soit efficient et rapide. Différentes méthodes peuvent être utilisées pour assurer le respect de la réglementation des marchés publics dans un délai raisonnable. Par exemple, un organe de réexamen spécialisé dans le traitement des plaintes peut confirmer la légitimité des décisions et réduire les délais de règlement des plaintes. De même, d'autres moyens de règlement peuvent être mis en place pour encourager les solutions à l'amiable et prévenir un contrôle contentieux.

Enfin, le recours aux systèmes de réexamen pourrait être analysé pour recenser les possibilités de réformer la gestion dans certains domaines essentiels de la passation des marchés publics, ainsi que les situations où une entreprise pourrait se servir de ces systèmes pour interrompre ou influencer indûment les offres. Il conviendrait en outre d'examiner de près et de régler les cas où telle société exerce des pressions sur les agents, par exemple l'intimidation et les menaces physiques.

Les soumissionnaires devraient disposer de voies de recours adaptées, par exemple l'action en nullité contre une décision portant sur un marché public, les mesures conservatoires, l'action en nullité contre un marché conclu, l'action en dommages et intérêts et les sanctions pécuniaires¹. L'organe de réexamen pourrait être habilité à définir et à faire respecter des mesures conservatoires, par exemple la décision de mettre un terme à la procédure, compte tenu de l'intérêt général. L'organe de réexamen devrait avoir le pouvoir de contrôler l'application des sanctions définitives pour corriger et sanctionner les fautes de l'autorité chargée des marchés publics, en particulier l'action en nullité contre un marché conclu. Les fournisseurs

potentiels devraient pouvoir être indemnisés pour les pertes ou les dommages subis, non seulement par le remboursement des frais de soumission, mais aussi par des dommages et intérêts pour manque à gagner. Des sanctions pécuniaires devraient être prévues pour obliger les autorités en charge des marchés à respecter strictement leurs obligations légales.

Principe 10. Permettre aux organisations de la société civile, aux médias et au grand public de suivre de près la passation des marchés publics.

Les pouvoirs publics devraient publier à l'intention des organisations de la société civile, des médias et du grand public des informations sur les principales clauses des grands contrats. Les rapports des organismes de surveillance devraient eux aussi être mis à la disposition du plus grand nombre afin de renforcer la vigilance du public. En complément de ces mécanismes traditionnels de reddition de comptes, les pouvoirs publics devraient envisager de faire participer des représentants d'organisations de la société civile et du grand public au suivi des marchés de montants élevés ou complexes où les risques de mauvaise gestion et de corruption sont significatifs.

La pratique de la surveillance renforce l'évaluation et l'examen des activités des administrations en mettant l'accent sur le pouvoir qu'exerce l'information en faveur de la responsabilisation. Les pouvoirs publics devraient permettre aux organisations de la société civile, aux médias et au grand public de suivre les marchés publics par la publicité des informations. L'adoption de lois sur la liberté de l'information représente un instrument essentiel pour renforcer la transparence et la reddition des comptes dans la passation de marchés publics. Ainsi, on pourrait mettre à la disposition des organisations de la société civile, des médias et du grand public, une documentation qui permette de dévoiler les cas de mauvaise gestion, de malversations, de collusion et de corruption. Par ailleurs, les systèmes électroniques constituent un instrument utile permettant aux administrations de diffuser des informations relatives aux grands contrats, ce qui favorise l'exercice d'un contrôle par la population.

L'entrée en vigueur effective de lois sur la liberté d'association et l'existence d'organismes puissants au sein de la société civile, notamment les syndicats des secteurs public et privé, contribuent au développement d'un environnement institutionnel plus large favorable à l'amélioration de la transparence et de la responsabilisation dans les marchés publics. Elles facilitent aussi les initiatives de la société civile qui veulent suivre la gestion des deniers publics lors de la passation des marchés en diffusant les informations relatives à l'exécution financière du budget. L'« agenda ouvert » constitue une solution prometteuse, en obligeant les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics à mentionner la totalité de leurs réunions avec le secteur privé, de manière à assurer une concurrence équitable. La formation des organisations de la société civile, des médias et du grand public,

notamment par des programmes de sensibilisation et des campagnes de communication, est un élément capital à l'appui de l'intégrité de la passation des marchés publics.

Les organes de surveillance tels que le Parlement, un Médiateur et une institution supérieure de contrôle des finances publiques (voir aussi la recommandation 3), contribuent grandement à renforcer la vigilance. Les organes de surveillance peuvent effectuer des examens des activités liées à la passation des marchés par l'intermédiaire de leurs rapports sur les marchés publics, par exemple dans le cadre d'une commission parlementaire *ad hoc* ou d'une institution supérieure de contrôle des finances publiques, pour étudier une question précise. De plus, un Médiateur devrait examiner la légalité des activités des administrations publiques, en particulier dans l'optique de la législation sur l'accès à l'information, et ouvrir des enquêtes.

La pratique de la surveillance peut aussi nécessiter la participation d'autres parties prenantes dans la passation des marchés publics. En ce qui concerne les programmes d'aide au développement, les donneurs bilatéraux et multilatéraux pourraient jouer un rôle pour l'amélioration et l'évaluation de la qualité et du fonctionnement des systèmes d'acquisition². Pour les marchés publics qui comportent d'importants risques de gestion malhonnête, voire de corruption, les pouvoirs publics devraient envisager la possibilité d'associer des représentants de la société civile, des universitaires ou des utilisateurs finaux à la surveillance de l'intégrité des opérations. Les mécanismes de « contrôle direct par la société civile » encouragent leur participation en qualité d'observateurs extérieurs de l'ensemble du processus ou des principales décisions³.

Cette « surveillance directe exercée par la société » pourrait compléter, dans des circonstances bien précises, les mécanismes de contrôle classiques. Il importe de définir des critères stricts pour décider de l'opportunité de recourir à de tels mécanismes de contrôle direct par la société civile, suivant la valeur, la complexité et la sensibilité des marchés, et pour sélectionner l'observateur extérieur. En particulier, on vérifiera systématiquement, avant son intervention, que l'observateur extérieur est libre de tout conflit d'intérêts et qu'il est informé des restrictions et des interdictions visant les risques de conflit d'intérêts, par exemple le traitement de données confidentielles. Les administrations devraient soutenir de telles initiatives en assurant un accès rapide à l'information, par exemple en faisant appel aux nouvelles technologies, et en définissant clairement les voies par lesquelles cet observateur pourra informer les autorités de contrôle, s'il y a lieu, d'irrégularités ou de cas de corruption potentiels.

Notes

1. Voir *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union*, document SIGMA, n° 41, 2007.
2. Par exemple, l'activité conjointe sur la passation des marchés (OCDE-DAC) a permis de mettre au point, avec les membres donneurs et les pays partenaires, une stratégie commune d'initiative nationale pour renforcer la qualité et l'efficacité de l'organisation des marchés publics.
3. Méthode pratiquée en particulier par *Transparency International* dans le cadre des Pactes d'intégrité prévoyant d'associer au processus un « contrôleur » indépendant. Cet expert, qui peut venir de la société civile ou avoir été engagé par contrat, a accès à l'ensemble des documents, réunions et parties prenantes ; il peut signaler au contractant principal une situation qu'il jugerait préoccupante, et, si aucune mesure correctrice n'est prise, aux autorités répressives.

PARTIE II

La mise en œuvre des Principes

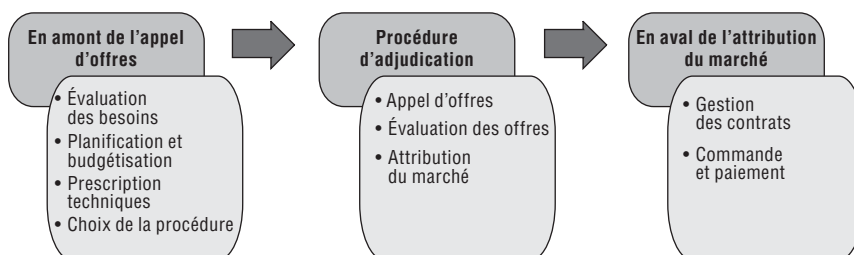
PARTIE II
Chapitre 1

**Renforcer l'intégrité à chaque étape
du cycle des marchés publics :
Une liste de vérification**

Cette Liste de vérification propose un instrument pratique pour mettre en œuvre le cadre d'action qui permettra de renforcer l'intégrité à chaque étape de la passation des marchés publics, de l'évaluation des besoins à la gestion des marchés et à leur paiement. La passation des marchés publics se compose de trois grandes phases :

- la phase située en amont de l'appel d'offres, qui comprend l'évaluation des besoins, la planification et la budgétisation, l'élaboration du cahier des charges et le choix de la procédure ;
- la procédure d'adjudication, qui comprend l'appel d'offres, l'évaluation des offres et l'attribution du marché ; et
- la phase située en aval de l'attribution du marché, qui comprend la gestion des contrats, la commande et le paiement (voir le graphique II.1.1).

Graphique II.1.1.



À chaque étape de la passation des marchés publics, des orientations pratiques sont proposées concernant les risques communs pour l'intégrité et les mesures de précaution pour réduire ces risques.

La Liste de vérification traite principalement des procédures concrètes et des mesures qui peuvent être élaborées ou approfondies par les professionnels pour améliorer l'intégrité dans la passation des marchés publics. Les autorités nationales doivent veiller à ce que soient réunies les conditions juridiques, institutionnelles et politiques nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures.

1. La phase située en amont de l'appel d'offres

Les risques pour l'intégrité dans la phase située en amont de l'appel d'offres

En amont de l'appel d'offres, les risques communs pour l'intégrité sont notamment :

- l'insuffisance de l'évaluation des besoins, de la planification et de la budgétisation des marchés publics ;
- l'influence d'intervenants extérieurs, notamment les interventions politiques ;
- l'imprécision ou le manque d'objectivité des prescriptions techniques ;
- l'inadaptation ou l'irrégularité du choix de la procédure ; et
- l'insuffisance du calendrier de préparation de la soumission et son application inégale à tous les soumissionnaires.

Graphique II.1.2. **En amont de l'appel d'offres : Risques pour l'intégrité à chaque étape de la passation des marchés**



Source : D'après *L'intégrité dans les marchés publics : Les bonnes pratiques de A à Z*, OCDE (2007).

Les mesures de précaution en amont de l'appel d'offres

Étape 1. Évaluation des besoins

❖ **Réduire l'asymétrie de l'information avec le secteur privé pour adopter une conception stratégique de la gestion des marchés publics fondée sur les besoins des administrations, par exemple :**

- a) réunir autant d'informations que possible sur le secteur d'activité ou les biens et services considérés (par exemple au moyen d'une étude de marché ou des bases de données existantes) ; et
- b) organiser, s'il y a lieu, des échanges de vues avec le secteur privé, notamment lorsqu'un projet de marché particulier est susceptible d'intéresser un grand nombre de fournisseurs potentiels. Il faut veiller à ce que l'échange d'informations soit organisé dans la transparence et le respect des règles déontologiques, pour éviter toute collusion entre les fournisseurs potentiels, et à ce que le résultat des discussions soit consigné.

❖ **Évaluer la nécessité de l'acquisition, en vérifiant plus particulièrement :**

- a) s'il s'agit de remplacer ou de renforcer des moyens existants, ou de répondre à un besoin entièrement nouveau ;
- b) s'il n'y a pas d'autres solutions, notamment l'utilisation de ressources internes ou le développement de capacités existantes par une amélioration de l'efficacité ;
- c) si le marché est essentiel pour la conduite des activités ou pour l'amélioration des performances ; et
- d) si la capacité ou le volume prévu sont vraiment indispensables.

❖ **Utiliser un système de validation indépendant du décideur, en particulier :**

- a) veiller à ce que la décision de lancer le processus de marché public soit prise par plusieurs agents, dans toute la mesure possible, surtout pour les projets de valeur élevée, afin de limiter au maximum le risque de lobbying ou de collusion avec une entreprise donnée ;
- b) dans le cas d'un projet à risque, du fait de sa valeur, de sa complexité et de sa sensibilité, envisager de recourir à une validation indépendante de la procédure (par exemple l'approbation d'une commission d'examen, l'appel à un conseiller en matière de probité) ; et
- c) consulter les représentatives des organisations des utilisateurs finaux et le grand public, quant à l'évaluation des besoins (par exemple sous la forme d'une enquête d'utilité publique).

Étape 2. Planification et budgétisation

- ❖ **Veiller à ce que le marché public cadre avec :**
 - a) les priorités stratégiques de l'organisation ; et
 - b) l'ensemble de la prise de décision en matière d'investissement et le cycle d'élaboration du budget, qu'il convient de mener à bien avant le début de la phase d'appel d'offres.
- ❖ **Dans le cadre de la planification, veiller à ce qu'un calendrier précis et raisonnable soit fixé pour chaque étape de la passation du marché :**
 - a) en s'assurant que ces calendriers peuvent s'appliquer uniformément ; et
 - b) en tenant compte de la valeur, de la complexité et de la sensibilité du marché pour fixer le délai de réponse.
- ❖ **Donner une estimation budgétaire raisonnable, veiller à ce qu'elle soit approuvée dans les délais prévus et, en particulier :**
 - a) en établissant une estimation raisonnable à tous les stades de la passation du marché, en s'appuyant sur des méthodes de prévision éprouvées ;
 - b) en vérifiant la disponibilité des crédits nécessaires à l'achat, dans la mesure du possible ;
 - c) en demandant au responsable du budget d'approuver la dépense ; et
 - d) en tenant compte des fluctuations possibles dans le temps et du fait qu'elles pourraient avoir des répercussions sur le marché.
- ❖ **Préparer un argumentaire de rentabilité pour les grands projets particulièrement exposés au risque du fait de leur valeur, de leur complexité ou de leur sensibilité :**
 - a) en sollicitant les conseils spécialisés d'experts en projets et d'experts techniques pour évaluer objectivement les coûts et les avantages, et en demandant éventuellement un examen collégial indépendant des prévisions économiques, environnementales et sociales (participeraient par exemple : un organe de surveillance indépendant, des organismes publics spécialisés, un groupe d'experts, des représentants de la société civile, d'instituts universitaires ou de groupes de réflexion, etc.) ;
 - b) en veillant à la mise en place d'un bon système de gestion du projet et, en particulier, en veillant à ce que les coûts de la gestion du projet soient dûment financés, à ce que des agents spécialisés soient en fonction et à ce que les principales étapes du projet soient bien documentées ;

- c) en établissant des plans de marchés publics liés à un projet précis pour en déterminer le degré de risque et prévoir des mesures de précaution en conséquence (par exemple : recours à des examens de sélection pour assurer un contrôle indépendant à chaque étape de la passation du marché, auditeur en matière de probité, etc.) ; et
- d) en veillant à ce que les critères de la prise de décision concernant les marchés publics soient définis de manière claire et objective et figurent dans le dossier d'appel d'offres, et à ce que les décisions prises montrent que ces critères ont été respectés.

❖ **Définir clairement les responsabilités et tenir compte des risques possibles :**

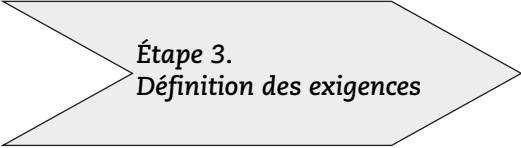
- a) en attribuant la responsabilité du développement et de la mise en œuvre du projet à une seule organisation dédiée, dont les dirigeants devront rendre des comptes ;
- b) en définissant les niveaux de délégation de pouvoir pour l'autorisation des dépenses, la signature et l'approbation des étapes essentielles ;
- c) en procédant à une évaluation des postes des agents vulnérables et des activités liées à la passation du marché qui sont susceptibles de comporter des risques ; et
- d) en mettant sur pied dans l'organisation des examens à haut niveau aux étapes essentielles de la passation des marchés publics, et en envisageant des contrôles complémentaires en fonction de la valeur, de la complexité et de la sensibilité du marché.

❖ **S'assurer que les agents ont conscience des impératifs de transparence dans le système de marchés publics et qu'ils sont prêts à y répondre :**

- a) en désignant le ou les agents chargé(s) de faire connaître les décisions de l'administration ;
- b) en publiant systématiquement les lois, réglementations, décisions judiciaires, règlements administratifs, clauses contractuelles standard prescrites par le règlement ou la législation, ainsi que les procédures à suivre en matière de marchés publics, et toute modification éventuelle ;
- c) en utilisant un support électronique ou papier qui permette une large diffusion et reste facilement accessible au public ;
- d) en veillant à ce que les décisions importantes prises tout au long du cycle soient consignées et à ce que ces dossiers soient correctement gérés ; et
- e) en tirant profit de l'exploitation des nouvelles technologies qui permettent d'automatiser le traitement et l'enregistrement des opérations sans intervention humaine.

❖ **Assurer la séparation des missions et des autorisations, ce qui peut se faire de plusieurs façons, par exemple :**

- a) en assurant si possible, pour la procédure d'autorisation, la séparation des pouvoirs selon qu'ils ont trait aux aspects technique, financier, contractuel ou portent sur le projet lui-même. Les fonctions suivantes pourraient être exercées par des agents différents : émission des commandes, proposition d'attribution du marché, réception des biens et des services, vérification du paiement ; et
- b) en définissant les différentes catégories de personnel expressément chargées des diverses étapes essentielles de la passation des marchés publics, notamment l'élaboration du cahier des charges, l'évaluation, le contrôle des performances et le paiement. Lorsque ces tâches sont indissociables, il faut mettre en place des mécanismes de contrôle (par exemple l'audit aléatoire).



Étape 3. Définition des exigences

❖ **Prendre des mesures de précaution pour prévenir les conflits d'intérêts, la collusion et la corruption, et promouvoir l'intégrité, en veillant notamment à :**

- a) obtenir une déclaration des intérêts privés des fonctionnaires qui interviennent dans la passation des marchés publics et, en cas de consultation, des autres parties prenantes lorsqu'il y a lieu ;
- b) s'assurer que les agents sont informés et conseillés sur la manière de faire face aux situations de conflits d'intérêts ; les agents et autres intervenants impliqués dans le processus de passation du marché (par exemple : représentants de la société civile chargés d'exercer un contrôle) devront être tenus au fait des limites et des interdictions à respecter (par exemple l'acceptation de cadeaux, le traitement des informations confidentielles) ;
- c) faire en sorte que les agents aient connaissance des risques déjà recensés pour l'intégrité dans la passation des marchés publics (par exemple au moyen d'une carte des risques ou d'une formation) et les encourager, en cas de suspicion de collusion et/ou de corruption, à se mettre en rapport avec les agents chargés de la concurrence ou de l'application des réglementations ; et
- d) promouvoir l'intégrité, en définissant non seulement des normes minimales, mais aussi un ensemble de valeurs que les agents devraient s'efforcer de respecter.

❖ **Prendre en compte les considérations relatives à l'intégrité dans le processus de sélection, en particulier :**

- a) en réunissant des preuves suffisantes de l'identité des fournisseurs et sous-traitants potentiels, parmi lesquelles des documents d'identité des principaux acteurs légalement habilités à opérer dans le domaine d'activité concerné ;
- b) le cas échéant, en recueillant les déclarations d'intégrité de fournisseurs potentiels attestant qu'ils n'ont jamais été mêlés à des affaires de corruption ; en étudiant les sources d'information possibles pour vérifier l'exactitude des informations communiquées ; en examinant en outre la possibilité d'imposer un certain nombre d'exigences aux fournisseurs ou contractants potentiels, l'objectif étant de mettre en évidence les politiques de lutte contre la corruption et d'engager par contrat lesdits fournisseurs à se conformer aux normes anti-corruption ;

- c) en veillant, lors de la sélection des soumissionnaires sur la base de critères comprenant notamment des considérations d'intégrité, à ce que ces informations puissent être recueillies et qu'il est possible de les obtenir auprès d'une source fiable (par exemple : condamnations en justice) ;
- d) en envisageant le recours à des pactes d'intégrité pour assurer l'engagement mutuel des agents et des fournisseurs potentiels à respecter les normes d'intégrité ; et
- e) le cas échéant, en excluant les soumissionnaires qui ont été mêlés à des affaires de corruption ou exclus sur la base d'accusations de corruption.

❖ **Mettre les conditions à la disposition de toutes les parties prenantes :**

- a) en publiant les conditions de participation et en les consignant par écrit ; et
- b) en donnant si possible aux fournisseurs potentiels le droit de demander des précisions, notamment pour les marchés de valeur élevée, tout en veillant à ce que les réponses soient consignées, largement communiquées aux autres fournisseurs potentiels et enregistrées à l'écrit.

❖ **Lorsqu'il est envisagé d'établir une liste de fournisseurs à retenir, faire en sorte que :**

- a) les risques inhérents à la concurrence et à la transparence soient pris en considération avant que la décision soit prise ;
- b) la liste des fournisseurs répondant aux critères soit publiée, sur la base d'un ensemble de critères clairement définis et énoncés ;
- c) la liste soit mise à jour régulièrement (au moins une fois par an) et qu'il soit fait mention clairement de la marche à suivre et des délais requis pour demander à y être inscrit, ainsi que d'un délai suffisant ; et
- d) les prix proposés correspondent aux biens et services, par rapport aux prix de marché ou selon des marchés publics antérieurs de même nature (par exemple au moyen d'une banque de données ou d'une recherche de données).

❖ **Veiller à ce que les spécifications soient :**

- a) fondées sur les besoins définis. Fournisseurs et utilisateurs finaux peuvent être consultés pour l'élaboration des spécifications, à condition que les participants soit suffisamment nombreux et représentatifs, et que les résultats soient revus à la lumière de l'analyse de marché effectuée par l'autorité chargée des marchés publics, dans un souci d'objectivité ;
- b) formulées de manière à éviter toute forme de partialité, et en particulier qu'elles soient précises et complètes, sans être discriminatoires (pas de marques exclusives ou de description de produits de marque). Il est

indispensable d'éviter toute forme de spécification favorisant un produit ou un service particulier ; et

- c) formulées en fonction des résultats attendus, l'accent étant mis sur l'objectif plus que sur les moyens de l'atteindre pour encourager les solutions novatrices et l'optimisation de la dépense publique.

❖ **Veiller à ce que les critères d'attribution soient définis avec précision et objectivité :**

- a) utiliser des critères d'évaluation fondés sur la rentabilité économique, à moins que le marché ne porte sur l'acquisition d'un produit pour lequel la sélection se fera en fonction du plus faible ;
- b) préciser la pondération des critères et la justifier par avance ;
- c) si des critères économiques, sociaux et environnementaux sont appliqués, préciser dans quelle mesure ces aspects seront pris en considération dans les critères d'attribution ; et
- d) mentionner toute mesure que l'autorité chargée des marchés est habilitée à prendre concernant les critères (par exemple l'ouverture de négociations, sous quelles conditions) et consigner les mesures prises.

Étape 4. Choix de la procédure

❖ **Aider les responsables à déterminer la stratégie optimale pour la passation des marchés publics, réalisant un équilibre entre le souci d'efficacité administrative et la garantie d'un accès équitable pour les fournisseurs, en particulier :**

- a) en veillant à ce que le choix de la méthode permette une concurrence suffisante et en adaptant le degré d'ouverture en fonction du marché ;
- b) en établissant des règles claires afin de guider le choix de la méthode de passation des marchés, en veillant au respect du jeu de la concurrence et en élaborant des lignes directrices complémentaires pour aider les agents à mettre en œuvre ces dispositions ;
- c) en examinant et en approuvant les stratégies de passation des marchés pour tous les marchés, de sorte qu'elles soient proportionnelles à la valeur et aux risques associés au marché ; et
- d) en envisageant des consultations avec les agents des autorités de la concurrence, afin que la stratégie adoptée soit la mieux à même de garantir un processus efficace respectant le jeu de la concurrence.

❖ **Prendre des mesures de précaution propres à renforcer l'intégrité lorsque les réglementations n'imposent pas le recours à un appel d'offres. Ces mesures peuvent être proportionnées à la valeur du marché et comprendre par exemple :**

- a) des exigences claires et justifiées ;
- b) la justification du choix de la procédure (lorsque la procédure retenue ne fait pas intervenir la concurrence) et l'établissement de comptes rendus appropriés ;
- c) une indication du niveau du personnel habilité à donner les autorisations ;
- d) la planification d'examens aléatoires des résultats des procédures sans mise en concurrence ;
- e) la possibilité d'associer les parties prenantes et la société civile à l'examen approfondi de l'intégrité du processus, en particulier en cas de circonstances exceptionnelles, telles qu'une urgence extrême, ou pour les marchés de valeur élevée ;
- f) la publication des critères à appliquer pour la sélection du fournisseur, ainsi que des termes prévus pour le contrat ; et
- g) la publication du texte de l'accord après l'attribution du marché.

❖ **Pour les procédures d'appels d'offres restrictives ou sélectives, des mesures spécifiques pourraient être prises afin de renforcer l'intégrité, telles que :**

- a) examiner le nombre minimal de candidats qui seront invités à soumissionner conformément à la réglementation, faire une estimation du nombre maximal de fournisseurs qui pourraient être raisonnablement pris en considération pour le marché considéré et consigner les justifications si le nombre minimal de soumissions ne peut être atteint ; et
- b) procéder à des vérifications ponctuelles pour confirmer les offres des fournisseurs et prendre contact avec ceux qui ne répondent pas à des invitations répétées à soumissionner en vue de détecter d'éventuelles manipulations.

❖ **Pour les procédures d'appels d'offres négociées ou limitées, des mesures spécifiques pourraient être prises afin de renforcer l'intégrité, telles que :**

- a) fournir un dossier plus détaillé comprenant, par exemple, le fournisseur particulier qui a été choisi ; et
- b) inclure les clauses et conditions convenues dans le marché, ainsi qu'une spécification correspondant à la solution proposée par le fournisseur.

❖ **Assurer la transparence des processus de sélection préalable qui concernent des achats multiples et ne sont pas toujours ouverts aux soumissions (par exemple accords cadres) :**

- a) publier la liste actuelle des fournisseurs sélectionnés ;
- b) publier périodiquement l'invitation à participer à la sélection préalable des concurrents, y compris les critères de sélection ;
- c) veiller à ce que les spécifications soient établies et publiées à l'avance ; et
- d) publier, sur demande ou régulièrement, l'ensemble des décisions d'attribution de marchés prises sous le régime des accords cadres.

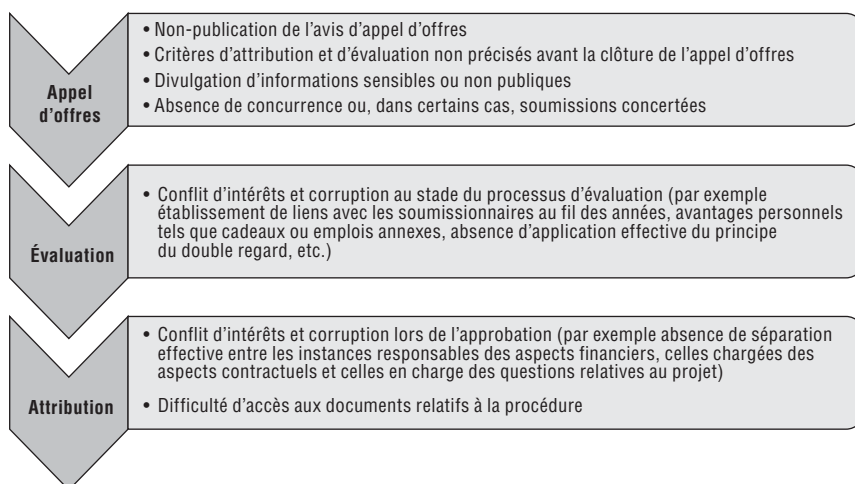
2. La procédure d'adjudication

Risques menaçant l'intégrité au stade de la soumission

Au stade de la soumission, les risques les plus fréquents pour l'intégrité sont les suivants :

- manque d'uniformité des modalités d'accès des soumissionnaires à l'information pendant la phase d'appel d'offres ;
- absence de concurrence ou, dans certains cas, soumission concertée entraînant des prix injustifiés ;
- situations de conflits d'intérêt entraînant partialité et corruption au niveau de l'évaluation et de l'approbation ; et
- difficulté d'accès aux documents relatifs à la procédure de soumission, dissuadant les soumissionnaires non retenus de contester la décision.

Graphique II.1.3. **Procédure d'adjudication : Les risques pour l'intégrité à chaque étape du marché**



Source : D'après *L'intégrité dans les marchés publics : Les bonnes pratiques de A à Z*, OCDE (2007).

Mesures de précaution pour l'adjudication

Étape 5. Appel d'offres

❖ Assurer un niveau suffisant de transparence sur les possibilités de marchés publics :

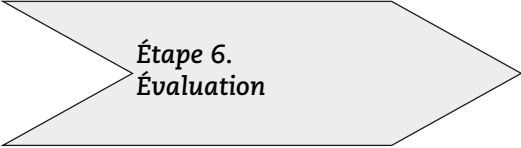
- a) pour les appels d'offres ouverts, publier les informations relatives au marché, notamment les critères d'évaluation correspondants ; et
- b) pour les appels d'offres restreints ou sélectifs et les appels d'offres négociés ou limités, publier des informations sur les critères de sélection par l'intermédiaire d'un média de grande diffusion, avec des délais et selon des modalités qui permettent raisonnablement aux fournisseurs remplissant les conditions requises de soumissionner.

❖ Publier un avis d'appel d'offres comprenant :

- a) des informations sur les aspects suivants : nature du produit ou du service faisant l'objet du marché, spécifications, quantité, délai de livraison, dates et heures de clôture réalistes, les adresses nécessaires pour l'obtention des documents et l'envoi des soumissions ;
- b) une description claire et exhaustive des critères de sélection et d'évaluation, non discriminatoire et non modifiable par la suite ;
- c) des précisions sur la gestion du marché et l'échéancier et les méthodes de paiement et, éventuellement, les garanties à fournir ; et
- d) des indications détaillées quant aux personnes ou services à contacter pour tout renseignements.

❖ Communiquer avec les fournisseurs potentiels pendant la même période et selon les mêmes modalités, en particulier :

- a) encourager l'échange officiel d'informations (par exemple, points de contact pour les demandes de renseignements, sessions d'information, modules en ligne pour observer les réunions de clarification, diffusion en ligne des questions et des réponses) ;
- b) veiller à ce qu'il soit rapidement répondu aux demandes d'éclaircissement et à ce que ces informations soient communiquées à l'ensemble des parties intéressées ;
- c) communiquer les modifications éventuelles immédiatement, de préférence par le même canal que celui initialement utilisé ; et
- d) publier les informations, de préférence en ligne, afin de permettre un suivi extérieur et le contrôle de la société civile.



Étape 6. Évaluation

❖ **Veiller à la sécurité et à la confidentialité des informations transmises, notamment :**

- a) en faisant en sorte que des mesures soient prises pour assurer la sécurité et le stockage des documents de l'appel d'offres (par exemple : tenue d'un registre des documents, numérotation de tous les documents ou mise en place d'une zone centrale de stockage) et pour limiter l'accès aux documents ; et
- b) en examinant les problèmes de sécurité électronique et en instituant des procédures bien définies pour le stockage et la communication électronique (par exemple les soumissions transmises par voie électronique sont protégées de tout accès avant la date de clôture ; le système a la capacité de rejeter automatiquement les soumissions tardives).

❖ **Définir une procédure claire pour l'ouverture des soumissions, en particulier :**

- a) charger une équipe d'ouvrir et d'authentifier, puis de photocopier les offres scellées, dès que possible après la date limite de soumission, et procéder immédiatement à leur ouverture, si possible en public ;
- b) lors de l'ouverture des offres, qui se déroulera de préférence en public, dévoiler des informations générales à leur propos et les consigner dans un procès-verbal officiel ;
- c) énoncer une politique claire définissant les cas dans lesquels les soumissions seraient invalidées (par exemple : les soumissions reçues après la date de clôture sont invalidées sauf si l'entité adjudicatrice est fautive) ;
- d) veiller à ce que les éventuelles clarifications des offres soumises ne se traduisent pas par des modifications importantes après la date limite de remise des offres ; et
- e) veiller à ce qu'un état clair et officiel de toutes les soumissions reçues soit établi (comprenant leur date et heure d'arrivée, et les commentaires reçus des soumissionnaires) avant de les transmettre aux agents chargés de leur évaluation.

❖ **Veiller à ce que le processus d'évaluation ne soit pas biaisé ni confidentiel :**

- a) en recourant à plusieurs personnes pour les évaluations ou, de préférence, à un comité. Suivant le montant du marché et le niveau de risque, le comité pourrait comprendre non seulement des agents de différents ministères, mais aussi des experts externes ;
- b) en utilisant systématiquement et exclusivement les critères d'évaluation indiqués et en les appliquant de manière indépendante (par exemple les critères techniques, de projet et de risque pourraient être appliqués préalablement et séparément des critères financiers). Les soumissions devraient être évaluées au regard des critères notifiés, de préférence sur la base du cycle de vie ;
- c) en vérifiant que les personnes chargées de l'évaluation ne sont pas en situation de conflit d'intérêts (par exemple par le biais de divulgations obligatoires) et qu'elles sont soumises à des exigences de confidentialité. Dans le cas d'un comité d'évaluation, les considérations d'intégrité et les qualifications professionnelles doivent être prises en considération pour le choix des membres ; lorsque cela est possible, l'un des membres sera extérieur à l'équipe chargée de la passation du marché ; et
- d) en mentionnant tous les aspects pertinents de l'évaluation dans un rapport écrit signé par les fonctionnaires ou le comité chargés de cette évaluation.

❖ **Lorsque des négociations sont autorisées après attribution du contrat pour prévenir le gaspillage et des risques éventuels de corruption (par exemple : si une seule soumission est reçue) :**

- a) faire en sorte que les négociations soient menées de manière structurée et éthique, et qu'elles se déroulent selon un calendrier prédéfini afin d'éviter toute discrimination entre les différents fournisseurs ;
- b) veiller à préserver la confidentialité des informations relatives aux soumissions ; et
- c) établir un compte rendu détaillé des négociations.

Étape 7. Attribution du marché

❖ Informer les soumissionnaires, ainsi que le grand public, du résultat de la procédure d'appel d'offres :

- a) en informant sans délai les soumissionnaires non retenus du résultat de leurs offres, ainsi que de la date et des modalités de publication des informations sur l'attribution du marché ;
- b) en publiant le résultat de la procédure d'appel d'offres dans un média de large diffusion. Devront être mentionnés : une description des biens ou des services concernés, le nom et l'adresse de l'entité acheteuse, le nom et l'adresse de l'adjudicataire, le montant de l'offre retenue ou celui de l'offre la plus haute et de l'offre la plus basse prises en considération pour l'attribution du marché, la date d'attribution du marché, et la méthode utilisée pour la passation du marché. En cas d'appel d'offres limité, il conviendra également de justifier le recours à cette méthode ;
- c) en étudiant la possibilité de rendre publiques les motifs de l'attribution du contrat, et notamment l'importance accordée aux éléments qualitatifs de l'offre. Aucune information sensible ne devra être divulguée concernant l'offre retenue ou d'autres offres, afin de ne pas favoriser la collusion dans la passation de marchés ultérieurs ; et
- d) en respectant, s'il y a lieu, le moratoire obligatoire avant le début du contrat.

❖ Prévoir la possibilité d'une réunion de bilan avec les fournisseurs à leur demande :

- a) sans divulguer les informations confidentielles (par exemple secrets commerciaux, tarifs) ;
- b) en soulignant les points forts et les insuffisances de la soumission non retenue ;
- c) pour les comptes rendus écrits, en veillant à ce que le rapport soit approuvé préalablement par un haut responsable des marchés publics ; et
- d) en organisant des réunions de bilan, à condition que les discussions soient menées de manière structurée, sans révéler d'informations confidentielles, et qu'elles soient consignées de manière appropriée.

❖ Régler les litiges éventuels par un dialogue constructif lorsque cela est possible et prévoir une voie de contrôle officielle bien déterminée :

- a) en s'efforçant, en cas de problèmes avec les fournisseurs potentiels, de régler les litiges dans un premier temps par la négociation ;

- b) en communiquant des informations sur la procédure à suivre pour déposer une plainte au sujet de la méthode de passation du marché ;
- c) en offrant la possibilité de recourir aux mécanismes de règlement des différends non seulement avant, mais aussi après l'attribution du contrat ; et
- d) en envisageant l'application de mesures provisoires pour permettre le traitement et le règlement rapides des plaintes. Il conviendra de prendre en compte, pour décider de l'opportunité de telles mesures, des conséquences négatives importantes qu'elles pourraient avoir pour les intérêts concernés, notamment l'intérêt public.

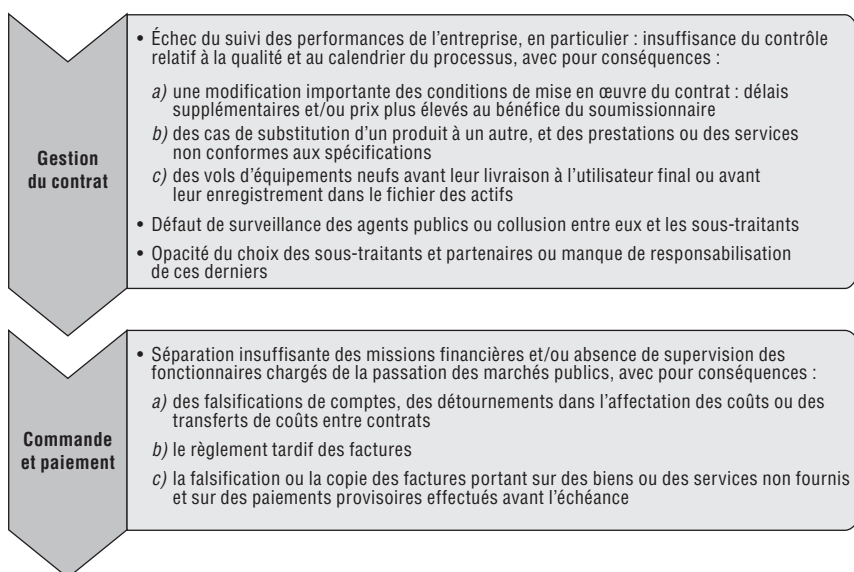
3. La phase située en aval de l'attribution du marché

Risques pour l'intégrité après l'attribution du marché

Au cours de la phase qui suit l'attribution du marché, les risques les plus fréquents pour l'intégrité sont notamment :

- pratiques abusives du contractant dans la mise en œuvre du contrat, en particulier pour ce qui concerne la qualité, les prix et le calendrier ;
- insuffisance du contrôle exercé par les agents publics ou collusion entre le contractant et le fonctionnaire chargé de superviser le déroulement des opérations ;
- opacité du choix des sous-traitants et partenaires ou manque de responsabilisation de ces derniers ;
- absence de supervision des agents publics ; et
- séparation insuffisante des missions financières, notamment pour le paiement.

Graphique II.1.4. **En aval de l'attribution du contrat : Risques pour l'intégrité à chaque étape de la passation des marchés**



Source : D'après *L'intégrité dans les marchés publics : Les bonnes pratiques de A à Z*, OCDE (2007).

Mesures de précaution après l'attribution du marché

Étape 8. Gestion des contrats

❖ Clarifier les attentes, les rôles et les responsabilités dans la gestion des contrats :

- a) en veillant à ce que l'administration et le contractant aient connaissance des politiques de prévention des conflits d'intérêts et de la corruption (par exemple : publication des politiques, auxquelles le contrat devrait faire référence) et que le contractant en communique la teneur au sous-traitants potentiels ;
- b) en s'assurant que le contrat et les commandes mentionnent les informations nécessaires pour que le fournisseur puisse livrer dans les délais prévus les biens ou les services en qualité et en quantité voulues ;
- c) en prévoyant dans le contrat des mécanismes de partage des risques entre l'administration et l'entreprise, notamment dans le cas de marchés publics complexes (par exemple un dépôt de bonne fin, des pénalités pour retard à la livraison ou paiement tardif) ;
- d) en prévoyant dans le contrat le paiement et, dans la mesure où cela n'est pas possible, en informant les fournisseurs de la période de paiement suite à l'approbation de la facture ; et
- e) en précisant dans le contrat la compensation possible dans le cas de rétention de paiement par les agents traitants.

❖ Surveiller étroitement les performances et l'intégrité de l'entreprise, en particulier :

- a) en suivant à intervalles réguliers les performances de l'entreprise par rapport à des objectifs et des indices précis stipulés dans le contrat ;
- b) en veillant à ce que les coûts soient suivis et ne s'écartent pas de l'évolution prévue au contrat, ni du budget approuvé ;
- c) en organisant l'inspection des travaux en cours (surtout pour ce qui concerne les éléments structurels susceptibles de se trouver dissimulés à mesure que les travaux de construction se poursuivent) et achevés, ainsi que des contrôles aléatoires par échantillonnage ;
- d) en utilisant des systèmes électroniques pour suivre la réalisation du marché et l'échéancier de paiement, et en adressant des mises en garde concernant d'éventuels cas d'irrégularités ou de corruption ;
- e) en associant des tiers à la surveillance des opérations (par exemple : des membres sélectionnés de l'utilisateur final) ; et

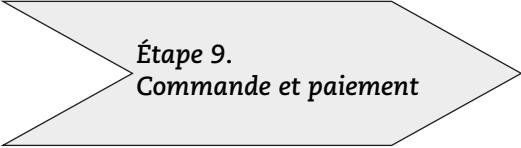
- f) lorsque c'est possible, en testant le produit, le système ou toute autre prestation en conditions réelles avant livraison.

❖ **Maîtriser l'évolution du contrat :**

- a) en s'assurant que les avenants qui portent modification des prix et/ou de la nature des prestations s'appuient sur une procédure d'autorisation éprouvée et objective ;
- b) en veillant à ce qu'au-delà d'un certain seuil, les avenants soient suivis à un niveau élevé, de préférence par l'organe décisionnaire qui a attribué le marché ;
- c) en n'autorisant les avenants qu'en deçà d'un seuil raisonnable, ou à condition qu'ils ne modifient pas la qualité du bien ou du service. Au-delà de ce seuil, un réexamen pourrait avoir lieu afin de comprendre les raisons de ces changements et d'étudier la possibilité d'un nouvel appel d'offres ;
- d) en liant clairement l'avenant au contrat principal pour laisser une piste d'audit ; et
- e) en enregistrant les modifications apportées au contrat et, le cas échéant, en les communiquant aux entreprises dont l'offre n'a pas été retenue, ainsi qu'aux autres parties prenantes et à la société civile.

❖ **Permettre aux parties prenantes, à la société civile et à la population dans son ensemble de surveiller la passation des marchés publics :**

- a) en enregistrant, coordonnant et transmettant les informations relatives à la gestion des contrats ;
- b) en organisant des réunions de contrôle régulières entre le client et l'entreprise, et en enregistrant le degré de satisfaction que l'utilisateur final retire de la prestation ; et
- c) en veillant à ce que les parties prenantes, voire l'ensemble de la société civile et de la population, puissent avoir accès aux dossiers pendant un nombre d'années raisonnable après l'attribution du marché.



Étape 9. Commande et paiement

- ❖ **Vérifier que les biens ou services reçus sont conformes au niveau de qualité attendu :**
 - a) en confrontant les prestations à la commande et à la facture avant d'effectuer le paiement ; il importe également d'évaluer et de certifier la qualité des prestations ;
 - b) lorsque c'est possible, en chargeant deux agents au moins de vérifier que les biens ou services livrés répondent aux normes demandées ; et
 - c) en associant si possible des représentants de l'utilisateur final aux agents chargés de la passation du marché, afin de renforcer les mécanismes de contrôle.
- ❖ **Veiller à ce que les comptes ou l'audit d'un projet ne soient pas réalisés par les agents ayant participé aux phases antérieures afin d'assurer la séparation des tâches et des autorisations, par exemple :**
 - a) les fonctionnaires qui comparent la facture aux prestations et à la commande ou l'avis de livraison ne devraient pas être ceux qui transmettent l'ordre de paiement au service comptable ; et
 - b) l'unité comptable devrait effectuer à son tour une vérification des paiements.
- ❖ **S'assurer que la budgétisation permette de débloquer les fonds en temps voulu pour que le paiement s'effectue selon les conditions prévues dans le contrat et notamment en :**
 - a) engageant les crédits budgétaires en temps voulu avant ou au moment de l'attribution du marché ;
 - b) utilisant des méthodes novatrices, par exemple les cartes d'achat, pour les marchés publics de faible montant, à condition de limiter leur utilisation à la commande de certains biens ou services précis et de respecter un plafond de dépense ;
 - c) organisant la surveillance aléatoire des paiements et, si les procédures financières le permettent, en suivant l'encours des paiements qui restent à effectuer ; et
 - d) établissant systématiquement un rapport d'achèvement pour certifier l'exécution du budget et en rapprochant livraison et programmation budgétaire.

❖ **Étudier la possibilité d'une évaluation du projet *a posteriori*, notamment en :**

- a) sélectionnant les projets susceptibles d'une évaluation *a posteriori* sur des critères bien définis, comme le montant du marché, ainsi que sa complexité, sa sensibilité et sa particularité (par exemple lorsqu'il est dérogé aux règles de l'appel à la concurrence) ;
- b) réexaminant le processus de passation des marchés, en tirant les enseignements pour les mettre à profit lors de contrats ultérieurs et en consignait ces informations ;
- c) étudiant la possibilité d'un « retour d'information » par la consultation des utilisateurs finaux lors de l'évaluation du projet *a posteriori*, en particulier dans le cas des marchés de montant élevé, et en y associant les représentants de la société civile qui ont suivi le projet, s'il y a lieu ;
- d) inscrivant dans le rapport de gestion les informations relatives aux incohérences et aux évolutions anormales constatées lors de la réalisation du marché public (par exemple : collusion éventuelle, fractionnement des commandes), et en assurant, en tant que de besoin, la liaison nécessaire avec les autorités de la concurrence ou les organes chargés de l'application de la loi ; et
- e) transmettant les informations relatives aux marchés de montant élevé à l'institution supérieure de contrôle des finances publiques ou à un autre organe de surveillance indépendant.

PARTIE II

Chapitre 2

La cartographie des risques : Comprendre les risques de fraude et de corruption dans la passation des marchés publics

La passation des marchés publics est une activité particulièrement exposée à la fraude et à la corruption. Les administrations publiques, qu'il s'agisse des pays développés ou des pays en développement, sont confrontés au même problème. Il importe d'examiner les techniques de répression et de prévention visant à réduire ces manquements. Toutefois, pour pouvoir s'attaquer au problème, tout bon praticien doit d'abord l'étudier et le comprendre. Ce chapitre étudiera donc les techniques de détournement de fonds et portera aussi sur les divers types de fraude observés. L'objectif est de sensibiliser les parties prenantes (praticiens de la commande publique, élus, entreprises, services d'enquête, juges...) aux risques de fraude et de corruption.

Ce chapitre s'efforce de présenter l'inventaire le plus complet possible (quoique non exhaustif) des procédés connus par lesquels les principaux types de marchés sont entachés de corruption ou de fraude. Les exemples retenus viennent des pays de l'Union européenne et portent sur de nombreuses années. Ce n'est pas fortuit : la fraude est possible, même dans des pays où la législation est ancienne et abondante et où de nombreux contrôles sont effectués par des fonctionnaires dont l'honnêteté ne peut être mise en doute. Ces exemples montrent que la fraude peut frapper, même au cœur des services de l'Union européenne.

Malgré les contrôles en vigueur, un certain nombre de marchés publics donnent lieu à des erreurs, des anomalies, des fraudes, des détournements de fonds publics ou des actes de corruption. La plupart des erreurs et des anomalies peuvent s'expliquer par l'insuffisante sensibilisation des intervenants (acheteurs, comptables, vérificateurs, etc.) et la formation permet d'y remédier. Toutefois, le détournement de fonds (avec fraude et corruption par exemple) est plus difficile à réprimer, car il résulte de la volonté délibérée de l'auteur de contourner les règles afin d'en tirer profit et de dissimuler ses actes.

Cette étude porte essentiellement sur :

- les méthodes utilisées, à toutes les étapes de la passation des marchés, pour qu'une opération frauduleuse paraisse régulière aux yeux des observateurs ou des vérificateurs ; et
- les techniques qui permettent de détourner des fonds initialement affectés à une opération, l'utilisation de ces fonds (qu'il y ait ou non enrichissement personnel) et les réseaux qui permettent d'organiser de telles opérations.

Pour décrire ces mécanismes, il est utile de distinguer les risques de fraude et de corruption selon qu'ils se présentent : i) lors de l'évaluation des besoins ; ii) pendant la *planification* ; iii) à l'occasion de la *méthode de sélection* ; et iv) lors de la *gestion des marchés*.

1. Les risques encourus lors de l'évaluation des besoins

Avant même la signature d'un contrat, de nombreux moyens permettent de détourner des fonds publics en jouant sur les études exploratoires, les délais, les coûts, etc. Les sommes en cause dans ce type de détournement sont souvent plus faibles que celles que l'on peut soustraire après l'obtention du marché, mais elles sont plus faciles à dissimuler. On peut en outre multiplier les prélèvements, puisque ces détournements peuvent se réaliser à chaque étape de l'élaboration du projet de marché.

Quel que soit l'objet de l'étude exploratoire, le mécanisme qui sert à détourner des fonds publics reste le même. Toutefois, les procédés peuvent différer en fonction de l'utilité de l'étude envisagée. En effet, si elle doit permettre de vérifier une hypothèse, de choisir une solution, ou de s'assurer que telle décision est prise, elle doit être effectuée avec le plus grand sérieux, par un bureau d'études compétent. Si, en revanche, elle n'est pas vraiment utile (par exemple, objectifs parfaitement définis), on peut la confier à n'importe quelle société qui remettra un document apportant la justification demandée, sans que cela lui coûte beaucoup de travail et de réflexion. Parfois, elle ne remettra rien, se contentant d'encaisser le prix convenu. On peut donc obtenir, selon le cas, des documents de grande qualité ou des documents « vides ». Il est évident que les détournements sont d'autant plus faciles à constater que les études sont inutiles, de piètre qualité, ou qu'elles ne sont pas remises du tout. Mais la qualité de l'étude et l'importance des sommes détournées ne sont pas toujours liées : de très bonnes études peuvent dissimuler des détournements importants, de mauvaises études peuvent avoir été réalisées honnêtement. Il convient donc surtout d'apprécier les enjeux et, par conséquent, d'adapter les contrôles aux sommes concernées.

Les petites études

Cette catégorie comprend toutes les études dont le coût n'atteint pas le seuil fixé par la réglementation nationale. En général, les fonctionnaires compétents sont alors libres de traiter avec la société de leur choix, pratiquement sans justification : le plus souvent, un bon de commande ou une simple lettre de commande suffisent pour engager la dépense. Une facture permettra alors de la régler, à condition que son montant et son libellé soient conformes à la commande. Les contrôles classiques ne devraient donc pas permettre de déceler la fraude.

Quelques moyens permettraient au décideur de « détourner » de l'argent à son profit, à celui d'un collègue, d'un parent, ou à celui d'un groupe auquel il est lié, mais il lui faut la complicité d'un bureau d'experts-conseils. D'abord, l'argent doit quitter la collectivité locale ou l'organisme public par l'un des

moyens « réguliers » suivants, avant de pouvoir être « réaffecté » au bénéficiaire choisi, à l'aide de l'une des techniques décrites plus haut :

- Le bureau d'études « ami ». Le décideur peut prendre contact avec un bureau d'études ou un organisme « ami » pour lui demander d'effectuer ce travail. C'est le procédé qui a été largement utilisé par certains partis politiques pour collecter des fonds. Avec cet « ami », il n'y a pas de problème de concurrence. La société choisie peut donc se faire attribuer une rémunération qui dépasse largement le travail effectué (surfacturation) et qui correspond au prix de revient normal de l'étude (quelle que soit sa qualité) majoré de la somme dont le décideur veut pouvoir disposer.
- L'organisme qui appartient au décideur. Le décideur peut confier l'étude à un organisme qui lui appartient ou qui appartient à des parents pour effectuer cette étude.

Plusieurs fois la même étude

Le décideur peut aussi faire exécuter la même étude par plusieurs organismes, simultanément ou non. S'ils doivent remettre leur étude simultanément, les bureaux d'études peuvent être incités à se concerter et à constituer une « entente » (l'encadré II.2.1 en donne un exemple). Leurs prix seront « harmonisés » de manière à aboutir à une marge bénéficiaire élevée. Ils se répartiront les contrats et, parfois, feront appel à leur confrères et concurrents dans le cadre d'une sous-traitance d'une partie de l'étude. Chacun y trouvera son compte, décideur y compris, qui se verra remettre, par un bureau d'études qui n'a pas participé à la consultation, la rémunération demandée. Si le décideur leur permet de remettre leurs travaux à des dates différentes, les derniers organismes à rendre leurs propositions pourront

Encadré II.2.1. Répéter la même étude

En vue d'une grande manifestation publique, l'organisateur devait calculer les besoins en électricité. Une première étude a été confiée à un bureau hautement spécialisé, dans le cadre d'une procédure normale d'attribution. Lorsque cette prestation a été rendue, le décideur, prétextant un besoin de vérification des résultats obtenus, a confié la même étude à deux autres bureaux pour un prix équivalent à celui qui avait été payé au premier bureau. Il leur a remis en même temps les conclusions de la première étude. Ces deux autres bureaux ont repris le rapport déjà élaboré, confirmé ses conclusions et adressé leur facture au décideur. Leurs prestations étaient largement surfacturées et le décideur a récupéré la majeure partie de ses règlements par virement sur un compte ouvert dans un refuge fiscal.

éventuellement bénéficier des travaux effectués par les premiers bureaux d'études consultés ; ainsi, dans le meilleur des cas, le premier, très compétent, fera une étude que les suivants démarqueront largement, ce qui leur permettra de dégager des marges bénéficiaires importantes. Dans tous les cas, cette marge anormale sera restituée au décideur, ou aux personnes qu'il aura désignées, au moyen de la caisse noire et par de fausses factures.

Les études non remises

Le décideur peut commander des études qui seront payées par acomptes (ceux-ci peuvent, théoriquement, atteindre jusqu'à 80 % du montant du contrat sans que l'étude elle-même soit fournie mais, le plus souvent, le versement initial correspond à 50 % de la dépense). L'étude commandée ne pourra pas être obtenue, suivant le cas, par suite de la défaillance du bureau d'études et de sa disparition, ou parce qu'elle n'a jamais été réclamée par le décideur (elle était devenue inutile) même si l'organisme n'a pas disparu après avoir touché ses acomptes. Dans les deux cas, le versement des acomptes n'est pas perdu pour les fraudeurs (utilisation de la caisse noire pour en reverser une partie au décideur), car les factures (fausses) permettent à l'organisme bénéficiaire de justifier que ces versements correspondent à des prestations réellement effectuées et dont il n'a tiré aucun profit.

Les études dont la valeur excède le seuil national

Lorsque le montant de l'étude dépasse le seuil national, le décideur doit lancer un appel d'offres ou recourir à la procédure négociée (voir section 3).

Les détournements de procédure

En cas d'appel d'offres, pour être certain de travailler avec l'organisme qui lui convient, il choisit, le plus souvent, l'offre « économiquement la plus avantageuse » en ayant pris soin de faire figurer, parmi les critères additionnels de son choix, des éléments subjectifs¹ tels que la compétence personnelle des responsables de l'étude, la notoriété de l'organisme, les réalisations précédentes dans la région, etc. En ayant pris ces précautions, le décideur peut attribuer l'étude à l'organisme qu'il juge le plus « compétent » et le plus apte à répondre à ses sollicitations.

Quand le prix fixé pour l'étude ne permet pas, par suite d'une forte concurrence, de dégager le bénéfice prévu, le décideur se laisse souvent « convaincre » par l'organisme choisi de poursuivre l'étude au delà de la mission initiale, afin, par exemple, de mieux éclairer les organes délibérant sur les implications du projet envisagé. Et l'on tombe dans l'engrenage des avenants successifs que le décideur ou ses mandataires apportent au contrat, où les prix sont fixés arbitrairement (par ex. les prix unitaires sont ceux du

contrat initial mais le nombre d'heures de travail est fixé arbitrairement). Ces avenants permettent de créer la marge supplémentaire qui sera ristournée au décideur ou à ses amis.

Les modifications du résultat de la consultation

Parfois, le décideur peut aussi lancer un appel d'offres classique et retenir pour son projet le soumissionnaire le moins-disant. Celui-ci dispose alors de plusieurs possibilités pour verser une commission au décideur :

- Si l'*adjudicataire n'était pas averti de la commission*, il est victime d'une véritable extorsion de la part du décideur, qui a officiellement retenu son offre, mais ne lui donnera l'autorisation de commencer les travaux que lorsqu'il aura versé la commission illicite. L'*adjudicataire* s'exécute pour conserver la possibilité de répondre à des appels d'offres ultérieurs. Pour pouvoir verser cette contribution imprévue au décideur, l'*adjudicataire* choisira l'une des solutions suivantes : i) obtenir un avenant qui lui permet de dégager la somme nécessaire par de fausses factures ; ii) prendre sur sa marge, mais en se créant des charges fictives supplémentaires (fausses factures) pour éviter d'être imposé sur un bénéfice qu'il n'a pas réalisé ; ou iii) à défaut, recourir au travail au noir directement ou, plus souvent, par un sous-traitant.
- S'il *en était averti*, il a déjà tenu compte du montant de cette « commission » dans son offre. Il n'y a pas distorsion de concurrence, car tous les soumissionnaires ont été placés dans les mêmes conditions. La commission pourra être versée au décideur par un procédé classique de fausses factures qui transitent généralement par un autre bureau d'études « ami », spécialisé dans ce genre de pratiques. Le décideur impose ce bureau d'études comme sous-traitant au titulaire du marché avant la signature du contrat. Ce sous-traitant se fait rémunérer généreusement (surfacturation) pour un travail sans grand intérêt et ne nécessitant aucune technicité particulière (souvent il s'agit de la remise en forme des résultats de l'étude) mais qui permet de dégager les sommes destinées finalement au décideur.

Au-dessus du seuil européen, le marché doit être publié au *Journal officiel de l'Union européenne*. Bien souvent, le décideur utilise alors les procédés exposés plus haut pour attribuer le marché au bureau d'études le plus accommodant. Il lui arrive aussi de s'arranger (sous-estimation) pour que son appel d'offres soit infructueux et, dans ce cas, il peut avoir recours à la procédure du marché négocié avec différents bureaux d'études pour finalement choisir le « meilleur » soumissionnaire, c'est-à-dire celui qui passe pour se prêter le plus facilement à des actes de corruption. On notera que ce procédé est largement utilisé aussi lors d'appels d'offres nationaux.

2. Les risques encourus lors de la planification

Avant de lancer la procédure d'adjudication, et pour compléter les études préliminaires décrites plus haut, les décideurs doivent faire appel à leurs propres services ou à des organes spécialisés pour réaliser un certain nombre d'autres prestations. L'objectif est alors de déterminer avec précision le coût du projet dont le principe est approuvé. Cette démarche permet une analyse solide des offres, ainsi que l'élaboration des documents administratifs et techniques nécessaires au lancement d'un appel d'offres conforme aux besoins et à la réglementation en vigueur. Toutefois, aussi louables que soient ces objectifs, ils peuvent être détournés de leur finalité par un décideur ou une entreprise malhonnête.

L'estimation des coûts du projet

Pour prendre une décision de principe sur la faisabilité d'un projet, le décideur n'a besoin que des estimations sommaires qui lui sont données par les études préalables. Pour s'engager plus avant dans la prise de décision, il lui faut affiner ces estimations. Or, s'il entend tirer de l'opération un bénéfice personnel financier ou moral, l'estimation qu'il présente à ses supérieurs pour justifier la solution proposée peut être volontairement biaisée de différentes manières.

Estimations surévaluées

L'estimation peut être surévaluée si le projet visé profite manifestement à diverses parties prenantes. Le décideur peut, par exemple, exploiter la situation et, au lieu de réaliser une infrastructure essentielle, construire des équipements plus prestigieux qui valoriseront son image (voir l'encadré II.2.2). Plus concrètement, il pourra montrer ses qualités de « bon gestionnaire » en assurant la réalisation du projet dans les limites du budget initial, le coût ayant été largement surestimé au départ. D'ailleurs, dans ce cas, il ne sera même pas suspecté d'avoir bénéficié ensuite de « faveurs » de la part des adjudicataires (ce qui est parfaitement possible du fait de la surévaluation), puisque le marché sera passé pour un prix très voisin de l'estimation.

Estimations sous-évaluées

L'estimation est, le plus souvent, sous-évaluée car le décideur doit gagner l'adhésion du groupe pour lequel il agit et auquel il rend compte (un conseil municipal, par exemple). Il le fait en maximisant les avantages attendus tout en minimisant le coût de l'investissement. Il prend ainsi le risque de devoir demander un financement complémentaire en cours de réalisation et de voir sa gestion critiquée. Il pense néanmoins qu'une fois l'opération engagée, cette rallonge budgétaire ne sera pas mise en question, dès lors que la réalisation

Encadré II.2.2. **Surévaluer l'estimation**

Un conseil municipal a décidé de reconstruire l'hôtel de ville, vétuste, exigü et ne répondant plus aux normes d'accueil du public. Le coût estimatif de la réhabilitation de l'existant serait plus élevé que celui de la reconstruction, selon les services techniques de la ville. Un autre site en centre ville a donc été choisi, mais en amputant un jardin public de plusieurs milliers de mètres carrés. Le maire put ainsi se targuer d'une opération exemplaire : la construction d'un hôtel de ville parfaitement intégré au cadre sans dépasser le budget initial. Il y gagna une réputation de bon maire et de bon gestionnaire.

Le pot aux roses fut découvert quelques années plus tard par des opposants. Outre la réhabilitation, le coût initial comprenait aussi l'acquisition d'un terrain voisin de l'ancienne mairie pour y construire les annexes prévues. Ce terrain étant construit, il fallait aussi envisager le coût de la démolition de l'existant. Bien que la dépense correspondante n'ait finalement jamais eu lieu, le coût était compris dans le budget du nouvel édifice. De plus, un simple calcul sur les prix connus a montré que le coût de la construction s'était élevé à plus du double des chiffres habituels. Enfin, peu après la réalisation du projet, le maire avait acquis une très belle résidence secondaire et sa campagne électorale (l'année suivante) s'était caractérisée par des brochures particulièrement luxueuses.

avait au départ fait l'objet d'un accord de principe. Cette rallonge, à laquelle répondront des avenants au contrat initial, lui permettra aussi de percevoir des « commissions » sur les adjudicataires (encadré II.2.3).

Encadré II.2.3. **Sous-évaluer l'estimation**

Dans l'estimation initiale de la construction d'un parc de stationnement souterrain, on a « oublié » le coût de l'éclairage. Cette omission a été rectifiée plus tard en augmentant de près de 20 % le montant du marché. Toutefois, par minoration du coût initial, elle a contribué à faire accepter un projet contesté par l'opposition municipale. Elle a aussi facilité le choix de l'entreprise la plus accommodante.

Détournements directs dès l'élaboration des documents

La définition des spécifications du projet

Après avoir donné une estimation précise du coût du projet, la principale intervention des éventuels prestataires de services concerne la mise en forme des « spécifications » du projet envisagé et l'élaboration des documents qui serviront à la consultation des entreprises : cahier des charges, cahier des clauses techniques, cahier des clauses administratives, etc.

Ces documents étant indispensables, une technique simple de détournement s'offre au décideur : les faire élaborer « en régie », par ses propres services, tout en commandant des travaux identiques à un prestataire extérieur. Il suffit alors à celui-ci de reproduire, en y apposant son logo, les documents élaborés par les services techniques du décideur et de percevoir sa rémunération contractuelle. Sans grand effort, la société prestataire rend alors un travail qui correspond exactement à ce qu'attend le décideur. Largement surpayée, elle a la possibilité (au moyen de fausses factures, notamment) d'alimenter une caisse noire qui servira, entre autres choses, à reverser au décideur une partie des sommes perçues. Une variante de cette technique, qui évite toute implication des services techniques du décideur, consiste à soustraire l'élaboration de projets pour lesquels existent des documents types (ouvrages courants, modèles agréés, modèles types, etc.) ce qui permet au contractant de réaliser son travail facilement et avec toutes les garanties requises par la réglementation.

Explicitation des projets et des offres des candidats

Les études techniques, même si elles sont bien réalisées, peuvent parfois être difficiles à comprendre et, plus encore, à expliquer à des non-spécialistes (conseillers municipaux, par exemple). Faire appel à un organisme pour « rendre les résultats compréhensibles » est donc parfaitement judicieux. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'en charger une société privée, car les services techniques du décideur et le bureau d'étude du projet sont en général tout à fait capables d'expliquer des documents complexes et de rendre leur travail compréhensible par tous. Le recours à une société privée peut donc servir à camoufler le versement de commissions au décideur ou à ses amis, comme on l'a vu à la section précédente, à propos des petites études.

Les commissions « ordinaires »

Enfin, quel que soit le prestataire retenu et quelle que soit la qualité de ses prestations, le décideur peut toujours se faire attribuer des « commissions » par la technique de la surfacturation, dès lors que les prestataires éventuels ont été informés de son intention et du montant de ses besoins avant de répondre à un

appel d'offres parfaitement régulier. Tous les soumissionnaires auront alors majoré leur proposition du coût de la commission et il n'y a pas discrimination puisque tous étaient informés.

Les détournements programmés

Tous les « détournements » ne sont pas forcément immédiats. Des techniques beaucoup plus subtiles servent, par exemple, lors de l'élaboration du cahier des charges du projet, à préparer des détournements ultérieurs. Ceux-ci peuvent être organisés de manière quasi scientifique pour éviter tout risque de détection durant la vie du contrat (voir aussi la section 4 sur l'exécution du contrat).

Les entités « liées »

Ce type de détournement peut d'abord se manifester lorsque le décideur charge un prestataire de services d'élaborer tout ou partie des documents d'un appel d'offres. Si ce prestataire est lié à un groupe dont une autre filiale est susceptible d'être soumissionnaire dans le cadre du projet, il peut être tenté de donner la préférence aux sociétés du groupe dont il fait partie en leur livrant des informations exclusives qui leur permettront d'obtenir le marché ou en imposant, dans le cahier des charges, des spécifications que seules des sociétés du groupe sont en mesure de satisfaire. Cette situation n'est pas inhabituelle. Les participations croisées, les absorptions et les fusions se sont multipliées ces dernières années, au point que les décideurs et leurs services ignorent souvent quel groupement d'entreprises pourrait être en mesure de tirer profit de ces informations et spécifications. Cela tient à ce que chaque société conserve en général, au sein du groupe, son identité et une certaine indépendance (encadré II.2.4).

Encadré II.2.4. Utiliser une entité « liée »

Une collectivité locale devait mettre en place un nouveau système informatique. Le travail a été confié à une entreprise spécialisée qui a recommandé l'utilisation de produits, de matériels et de logiciels précis. Cette recommandation ne faisait intervenir que des fournitures dont une société détenait l'exclusivité. Après enquête, il s'est avéré que cette société était une autre filiale du groupe auquel appartenait l'entreprise spécialisée.

Deux hypothèses peuvent être envisagées lorsqu'il y a dépendance ou collusion entre la société qui établit le cahier des charges de l'appel d'offres et certaines de celles qui se disposent à concourir pour le marché. Si le décideur n'est pas informé de ces liens et s'il ne prend pas la précaution de vérifier s'ils

existent, il peut se faire « manipuler » (même s'il envisageait d'obtenir des « commissions » lors de l'attribution du marché). Si, en revanche, le décideur est informé des liens qui unissent le prestataire de services et un ou plusieurs soumissionnaires et si, les connaissant, il essaie d'en profiter pour se faire verser une « commission », la collusion, qui revêt alors une acuité particulière, est très difficile à prouver. Elle ne peut être prouvée que sur dénonciation d'un soumissionnaire évincé ou à la suite de la vérification, par un organe de contrôle externe, de liens entre la société qui établit le cahier des charges et l'entreprise déclarée adjudicataire du fait de l'adéquation de son offre aux prescriptions du décideur.

Une technique consiste à convaincre le décideur ou ses services de prescrire certaines prestations que seules certaines entreprises peuvent fournir parce qu'elles ont l'exclusivité d'un matériau, d'un produit ou d'un procédé de fabrication. La mention « produit N ou équivalent » vise à réduire le nombre de cas où tel fournisseur ou fabricant peut se trouver favorisé. Néanmoins, il n'est pas rare qu'un cahier des charges désigne une prestation précise, favorisant ainsi telle entreprise par rapport aux autres (voir encadré II.2.5).

Encadré II.2.5. **Utiliser l'exclusivité**

Les prescriptions techniques relatives à l'équipement informatique ne doivent pas mentionner « système d'exploitation Windows », car cette mention éliminerait automatiquement un certain nombre de concurrents, notamment ceux qui font appel au système Linux ou au système développé par Apple.

Les spécifications « hors normes »

Hormis les spécifications particulières qui ne peuvent être satisfaites que par certaines entreprises, on trouve parfois, dans le cahier des charges, des spécifications qui dépassent très largement les normes courantes. Bien entendu, de nombreuses raisons peuvent justifier ces dépassements. Toutefois, il faut se demander si ces spécifications seront vraiment utilisées lors de la mise en œuvre du projet (encadré II.2.6).

Cette manœuvre serait impossible sans la complicité du représentant du décideur qui certifie le travail fait. Elle permet au titulaire du marché de dégager des sommes dont une partie peut lui servir à « indemniser » des certificateurs malhonnêtes. Le reste peut être récupéré en totalité par l'entreprise sans que le décideur en soit informé, ou partagé avec le décideur si celui-ci a accepté cette manipulation.

Encadré II.2.6. Utiliser des spécifications « hors normes »

En matière de béton armé, un cahier des charges exigeait l'utilisation de fers de 12 mm de diamètre au motif qu'il fallait prévoir la possibilité de surélever le bâtiment à construire. Lors de la construction, les services d'inspection furent informés que cette surélévation ne pourrait pas se faire. Ils contrôlèrent donc la sécurité du bâtiment avec les normes habituelles qui imposaient seulement des fers à béton de 10 mm de diamètre. L'entreprise factura pourtant des fers de 12 mm. Sur ce seul poste de dépense, l'économie s'est élevée à 44 % du prix des fers à béton.

Autre méthode possible pour l'entreprise : de conserve avec le décideur, remettre une offre non conforme aux prescriptions techniques normales et qui est donc moins chère que celles des autres concurrents. Cette proposition lui permet, généralement, d'obtenir le marché et de verser une « commission » au décideur sans toucher à sa marge.

Enfin, il convient de mentionner qu'un technicien, employé du décideur, peut « opérer » pour son propre compte. Sachant qu'ils ont la confiance de leur employeur, ces techniciens sont bien placés pour imposer des spécifications « exorbitantes », veiller à ce qu'elles soient ou ne soient pas prises en compte par certaines entreprises lorsqu'elles soumissionnent, puis vérifier qu'elles sont respectées avant de le certifier. La présence du même technicien tout au long des opérations lui permet d'organiser à son profit des détournements significatifs avec la seule complicité du responsable local de l'entreprise, sans que le décideur ne se doute de rien.

Les « erreurs »

Une technique de détournement consiste à commettre des « erreurs » sur les quantités ou sur les qualités prescrites. Toute estimation prévoit, pour tenir compte des « imprévus de chantier », une marge d'environ 5 à 10 % du total du marché. Ainsi, un projet d'aménagement routier est exposé à une erreur sur le volume des enrochements à détruire ou à la sous-estimation de leur dureté. On peut aussi, malgré des études géologiques poussées, sous-estimer l'étendue de certaines poches d'argile qu'il faut purger pour pouvoir réaliser la chaussée.

Or, il arrive parfois que ces « imprévus » ne soient pas inconnus du tout, mais volontairement dissimulés ou passés sous silence dans la documentation remise aux soumissionnaires potentiels. Il s'agit là de l'un des moyens les plus efficaces pour détourner des sommes importantes. Il consiste à faire figurer dans les cahiers des charges des informations que l'on sait incomplètes ou erronées tout en donnant l'information exacte à une entreprise « privilégiée ».

Quand le décideur ou le technicien corrompus informent l'une des entreprises des quantités ou des qualités prescrites, les scénarios suivants sont possibles :

- L'entreprise avertie se dispense de prendre en compte, dans son estimation, une sujétion particulièrement onéreuse et remporte le marché grâce à une offre inférieure à celles des autres soumissions, mais qui lui laisse une marge bénéficiaire confortable. Ce type de favoritisme est parfois utilisé pour augmenter les chances des entreprises locales qui connaissent bien le terrain aux dépens d'entreprises extérieures qui fondent leur soumission uniquement sur le cahier des charges.
- L'entreprise remet une proposition de prix globale intéressante pour remporter le marché et prévoit, dans son bordereau des prix, pour les travaux qu'elle sait être sous-évalués en volume, des prix unitaires élevés (encadré II.2.7). Lorsque les quantités prévues au cahier des charges auront été atteintes, sans que le problème soit réglé, elle demandera la « poursuite des travaux » jusqu'à ce que le résultat voulu soit obtenu. Il n'y aura pas de nouvel appel d'offres. Les travaux supplémentaires seront effectués par le

Encadré II.2.7. La collusion entre le fonctionnaire chargé des spécifications et un fournisseur

Sur le tracé d'une route à construire dans une région calcaire montagneuse se trouvent des cavités plus ou moins remplies d'argile qu'il faut « purger » (c'est-à-dire vider de l'argile compressible qu'elles contiennent et les combler ensuite par un matériau incompressible). Comme c'est une opération très onéreuse, des sondages sont effectués avant la construction pour déterminer le volume des purges nécessaires. Toutefois, le cahier des charges est modifié pour indiquer un volume inférieur à celui que donnent les sondages.

Si le volume indiqué au cahier des charges est plus faible que le volume estimé, l'entreprise informée fera une offre globalement moins chère que les autres pour obtenir le marché et mentionnera un prix unitaire élevé pour le poste « purge ». En effet, lorsque les quantités mentionnées au cahier des charges auront été atteintes, il restera des purges à réaliser. Face à cette situation totalement « imprévisible », on signera un avenant avec l'entreprise qui se trouve sur le chantier en utilisant les prix qu'elle a mentionnés dans son offre. Elle se remboursera donc largement et pourra « récompenser » son informateur.

Si le volume indiqué dans le cahier des charges est plus élevé que la réalité, l'entreprise informée s'engagera, grâce à sa connaissance du « terrain », sur un volume de purges plus faible en proposant de prendre à sa charge tout dépassement de son estimation. Elle sera moins chère que les autres et obtiendra le marché, tout en conservant les moyens de « récompenser » son informateur.

titulaire du marché et payés au prix unitaire figurant dans le bordereau des prix initial remis par l'entreprise. La marge bénéficiaire sera largement reconstituée et permettra des « rabais » substantiels.

Ce système suppose donc une complicité entre le fonctionnaire qui élabore le cahier des charges et l'entreprise « choisie » pour obtenir le marché.

Les « omissions »

Dans de nombreux contrats, lorsque des litiges surviennent, on peut s'apercevoir que le décideur n'a aucun moyen de faire respecter les termes du contrat parce que la section relative aux « pénalités » a été supprimée du document original. De ce fait, si l'entreprise décide de ne pas respecter ses engagements, aucune pénalité ne pourra lui être infligée.

Ce procédé qui n'a rien d'original est assez souvent utilisé lorsqu'il existe une certaine collusion entre le décideur et l'entreprise. La formule permet de favoriser une entreprise en la faisant échapper aux obligations qui pèsent sur ses concurrents telles que l'obligation de délai pour une réalisation, par exemple. Elle peut aussi conduire à verser des subventions ou des avances sans contrepartie.

La maintenance « imposée »

Dernier moyen couramment utilisé pour générer à long terme des rentrées d'argent importantes et régulières : acquérir des équipements ou des matériels dont seuls l'installateur ou un prestataire exclusif peuvent assurer la maintenance. Si le contrat d'achat peut être négocié à des conditions particulièrement intéressantes, on ne peut pas en dire autant de la maintenance de ces équipements ou matériels, puisque le prestataire impose ses conditions.

Ce scénario se rencontre tout particulièrement en informatique et en bureautique. Dans ces domaines, l'acquisition d'un matériel, parfois à un prix très compétitif, est subordonnée à la signature d'un contrat de maintenance pluriannuel du matériel, et à l'achat d'une série de produits d'entretien particuliers (sans lesquels la garantie du constructeur est annulée). Ces ventes largement bénéficiaires permettent au prestataire de dégager des profits réguliers et importants qu'il peut reverser, au moins en partie, sous une forme ou sous une autre, au décideur, afin de le conserver dans sa clientèle.

Une méthode similaire consiste à vendre des équipements incompatibles avec le parc informatique installé de l'acheteur. À terme, celui-ci devra apporter de coûteuses modifications à son parc pour le rendre compatible avec les nouveaux équipements, ou, plus radicalement, le remplacer en totalité. Il va sans dire que, dans l'un et l'autre cas, des « aides à la décision » (sous forme de commissions ou autres avantages) sont prévues afin d'aider le décideur à effectuer le meilleur choix et que ces « aides » sont maintenues tant que dure le contrat, ce qui assure aux deux parties des années de revenus.

Les exemples qui précèdent portent sur des services rendus par des entités indépendantes du décideur. Cependant, des situations similaires peuvent naître si le travail est confié, en régie, à ses propres services et si ces derniers n'ont pas d'autre choix que d'appliquer les instructions de leur directeur. Ils peuvent donc, eux aussi, être amenés à « biaiser » les résultats de leurs études en omettant, par exemple, de préciser toutes les conséquences d'un choix technologique (matériels actuellement utilisés rendus obsolètes, nécessité d'un entretien périodique par le réalisateur, réécriture des logiciels informatiques utilisés jusque-là, estimations « erronées » de certains postes de dépenses, etc.).

Ces omissions volontaires servent, dans la plupart des cas, à justifier la passation de contrats ultérieurs (en utilisant la procédure négociée) qui permettent au décideur de prévoir le versement de « commissions » à son profit, pendant de longues années.

3. Les risques tenant au mode de sélection

Le type de procédure retenu pour lancer la consultation peut indiquer une volonté de contourner la législation. Les procédures elles-mêmes ne sont pas en cause puisqu'elles ont toutes pour objet de garantir un accès non discriminatoire et l'égalité des chances des soumissionnaires. Toutefois, en mauvaises mains, chacune de ces procédures peut servir à camoufler un détournement de fonds publics, des pratiques de corruption, un trafic d'influence et la prise illégale d'intérêts. Elles peuvent aussi compromettre l'égal traitement des soumissionnaires. Les risques ne sont cependant pas toujours les mêmes selon que l'on lance un appel d'offres ouvert ou restreint, que l'on utilise ou non la procédure négociée, ou que l'on passe ou non par l'intermédiaire d'un groupement. Certaines procédures, plus facilement que d'autres, permettent des dérives. De plus, le décideur peut parfois réussir à éviter de lancer un appel d'offres, ce qui réduit la transparence de la commande publique et ouvre des possibilités d'abus.

Abus impliquant des groupements d'achat

Un groupement d'achat aide les responsables de commandes relativement simples car il les libère de l'obligation de procéder eux-mêmes à un appel d'offres. L'appel d'offre obligatoire est lancé par le groupement et l'acheteur public ne fait que choisir sur catalogue. De plus, lorsque la commande est de faible volume, les prix proposés par le groupement sont en général inférieurs à ceux que l'acheteur pourrait trouver directement auprès des fournisseurs. En contrepartie de cette dispense de procédure et pour couvrir ses frais, le groupement perçoit une commission sur les produits qu'il vend.

Ce mécanisme simple et utile peut néanmoins conduire à des abus. Deux procédés, en particulier, peuvent conduire au détournement caractérisé de la procédure.

Le client d'un groupement peut souhaiter que l'un de ses fournisseurs soit référencé par le groupement, pour ne plus être obligé de lancer un appel d'offres chaque fois qu'il commande un produit. Il peut donc demander au groupement de procéder à un appel d'offres « spécialisé » sur un produit très précis. Quel que soit le nombre de soumissions reçues, un seul produit peut répondre à toutes les prescriptions, car le cahier des charges est fait sur mesure pour ce produit particulier. Le produit est donc référencé et peut être utilisé par le client. Si, malgré toutes ces précautions, un autre fournisseur persistait à formuler une offre équivalente, il serait toujours possible d'imposer une commission un peu plus élevée que la normale afin de « rogner » la marge bénéficiaire et de réduire grandement l'intérêt pour le fournisseur d'être référencé. De tels procédés ont été relevés dans les pays où le groupement bénéficie d'un quasi-monopole des achats.

Le groupement peut aussi décider de favoriser des fournisseurs déjà référencés, aux dépens de nouveaux venus. Ce procédé peut être utilisé lorsque l'on se trouve face à une offre novatrice. Le groupement élabore, généralement avec l'entreprise qui propose le nouveau produit, un cahier des charges reprenant exactement les caractéristiques uniques de ce nouveau produit. Il communique discrètement ce document non officiel à ses amis et ne lance son appel d'offres que lorsque ses fournisseurs habituels sont prêts à y répondre. Plusieurs produits répondent donc aux prescriptions techniques et, pour diverses raisons, le choix se porte toujours sur l'un des fournisseurs habituels avec lequel le groupement a passé divers « arrangements », par exemple des retours sur commission.

Détournements des appels d'offres ouverts

L'appel d'offres ouvert suppose que tous les candidats peuvent soumettre une offre, mais diverses techniques permettent de fausser l'égal accès aux marchés publics. Les techniques suivantes sont les plus notables :

La publicité restreinte

Lorsque la publication d'un avis au *Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics* (BOAMP) n'est pas obligatoire, l'appel d'offres peut être publié dans des journaux ou revues dont la diffusion est très limitée (encadré II.2.8). Il arrive même, par « inadvertance », que l'appel d'offres ne soit pas publié du tout, ni à l'échelon local, ni au niveau national ou international, quel que soit le montant du marché envisagé. Seules quelques entreprises privilégiées, qui sont « au courant », peuvent alors se porter candidates ou présenter une offre.

Encadré II.2.8. Restreindre la publicité

Dans les années 90, bon nombre des appels d'offres pour la construction du métro d'une grande ville européenne n'ont été publiés que dans la presse nationale et n'ont pas fait l'objet d'une publication au *Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics*.

Les critères subjectifs

Les critères de sélection des offres doivent être justifiés, mais certains critères additionnels peuvent être plus subjectifs, ce qui risque de fausser l'évaluation des offres. C'est le cas, notamment de « l'aspect architectural » d'un ouvrage ou de son « insertion dans l'environnement » qui relèvent du choix personnel subjectif.

Les délais impossibles à tenir

Malgré toutes les précautions énoncées dans la réglementation, les délais de diffusion de l'information peuvent être trop courts pour que les entreprises non prévenues puissent présenter une offre crédible, voire étudier le projet. Parfois, d'ailleurs, même les délais réglementaires de préavis sont insuffisants pour une étude de prix sérieuse.

Le décideur justifie souvent les délais réduits par l'urgence, voire l'urgence impérieuse, mais l'expérience montre (encadré II.2.9) qu'en réalité ces raisons ne sont invoquées que parce que des délais courts permettent d'exclure les candidats non souhaités. Les dispositions nationales doivent donner une définition précise des conditions d'utilisation de cette notion d'urgence.

Encadré II.2.9. L'abus des cas d'urgence

Lors de l'extension d'une université, l'augmentation du nombre d'étudiants à la rentrée universitaire de septembre a été présentée comme une urgence pour appliquer des procédures non concurrentielles. Cependant, l'augmentation, déjà connue deux ans plus tôt, ne pouvait pas être considérée comme un événement imprévisible.

Les difficultés d'accès à la documentation

Même lorsque les délais réglementaires minimaux sont respectés, les conditions d'obtention du cahier des charges peuvent impliquer que seules les entreprises locales ou les très grands groupes peuvent se les procurer. Par exemple, il faut aller les chercher sur place (l'envoi par la poste n'est pas prévu) ou le coût de leur mise à disposition est très élevé. En outre, dans certains appels d'offres, des pièces importantes du cahier des charges (plans, études géologiques,...) peuvent ne pas être prêtes au début de la procédure de sélection. Elles sont communiquées plus tard mais, même lorsque le délai de remise des offres est allongé (ce qui n'est pas toujours le cas), le temps manque souvent pour bien prendre connaissance de ces documents et présenter une offre techniquement bien étudiée. Des entreprises qui ont eu connaissance à l'avance du contenu de ces documents peuvent donc seules étudier correctement leur offre et remettre leur prix dans les délais fixés.

Les fuites d'information

Le rédacteur du cahier des charges ou le décideur peuvent communiquer d'avance à certains fournisseurs des informations essentielles sur le contenu de l'appel d'offres (encadré II.2.10). C'est contraire au principe d'égalité de traitement des candidats.

Encadré II.2.10. Les « fuites » d'information

Lors d'une consultation pour la construction d'un bâtiment situé à proximité d'un cours d'eau, les concurrents n'ont pas été tenus informés de la construction d'un barrage situé en amont du futur chantier. Or, cette construction, en abaissant le niveau de la nappe phréatique, rendait inutiles les fondations spéciales prévues par tous les soumissionnaires, à l'exception de l'entreprise locale qui participait à la construction du barrage.

L'appel d'offres restreint

On parle d'appel d'offres « restreint » lorsque seuls les candidats retenus sur une liste de présélection sont autorisés à y répondre par une soumission. En principe, cette procédure est utilisée lorsque la prestation ne peut être assurée que par un nombre limité d'entreprises, ou lorsque le marché est d'un faible montant. Toutefois, il arrive aussi qu'elle soit détournée pour exclure des entreprises qui peuvent être moins bien disposées à l'égard du décideur (par exemple celles qui refuseront toute discrimination) ou qui connaissent mal les « usages » locaux (entreprises étrangères, par exemple).

L'élaboration de la liste des candidats

L'étape essentielle d'un appel d'offres restreint est l'élaboration, à partir de critères techniques exclusivement, de la liste des candidats qui pourront être consultés. L'absence d'avis d'appel à candidatures ou l'absence d'appel à candidatures, infractions les plus couramment observées, visent à éviter que trop de candidats se présentent pour inscription sur la liste des entreprises invitées à faire une offre.

Le décideur (la personne chargée du marché ou la commission d'appel d'offres) choisit des entreprises sur cette liste, sans avoir à préciser les critères de sa sélection. Ces entreprises seront invitées à soumettre. Si elles venaient à ne pas lui donner satisfaction, il pourrait, lors de consultations ultérieures, ne plus les sélectionner ou inviter d'autres candidats à se présenter (concurrence accrue).

En général, tout se déroule « en douceur » et les lots sont répartis entre un nombre restreint de fournisseurs sélectionnés. En réalité, le décideur préfère sélectionner des entreprises qu'il connaît pour les avoir déjà fait travailler (par exemple) et parce qu'elles lui offrent les garanties de qualité, de conformité ou d'approvisionnement qu'il attend. De leur côté, les entreprises qui figurent sur la liste n'ont aucun intérêt à voir de nouveaux concurrents les rejoindre. Aussi s'attachent-elles à conserver la confiance du décideur en lui rendant les services appropriés et en lui offrant parfois aussi quelques « avantages » personnels.

Les ententes

Lorsque le décideur consulte toujours les mêmes entreprises, il obtient des services satisfaisants dans des délais convenables et pense donc faire le meilleur usage des ressources collectives en prenant peu de risques. Souvent d'ailleurs, il justifie cette politique par la sauvegarde de l'emploi local. Toutefois, cette stratégie peut encourager les entreprises favorisées à commettre des malversations qui passent généralement par les étapes suivantes.

Entente de groupe. Les entreprises régulièrement sélectionnées conviennent parfois d'un *modus vivendi* qui leur permet de donner satisfaction au décideur sans, pour autant, se lancer dans une concurrence sauvage. Elles peuvent alors se répartir les marchés en fonction de critères qui leur sont propres (plan de charge, difficulté de la tâche, délais,...) tant que le décideur ne modifie pas le mode de consultation qu'il utilise, ni la liste des candidats sélectionnés. Toute entreprise qui ne joue pas le jeu est écartée de la commande publique alors que celles qui le jouent majorent leurs prix pour tenir compte des contraintes qui leur sont imposées et peuvent ainsi attribuer des « compensations », aussi bien à leurs collègues non retenus (sous-traitance ou dédommagements divers) qu'au décideur (commissions). Finalement, c'est le contribuable qui paie tous ces suppléments.

Stratégie de prise de décision. Cette entente des entreprises (qui s'effectue le plus souvent sans intervention du décideur) peut prendre diverses formes : association officielle ; association occulte pour désigner l'entreprise qui présentera la « meilleure » offre et convenir du montant admissible de cette offre ; ou association occulte pour choisir celui de ses membres qui sera seul en position d'obtenir le contrat tandis que les autres recevront des commissions occultes dans cette opération ou les suivantes. Un certain nombre de membres, responsables de ces opérations, fixent les règles à observer sur les projets en cours ou à venir, consignent les opérations sur un cahier et discutent les offres qui seront présentées. Ces réunions peuvent se tenir à plusieurs niveaux, national, régional et local. Elles regroupent les membres par tables et par corps de métiers pour répondre à la technicité des opérations. Ces groupes sont donc des organisations très corporatistes.

Pour le bon fonctionnement du système, il est nécessaire que les marchés (nature des opérations et coût prévisionnel) soient connus à l'avance. Si les entreprises sont informées à l'avance ou si des informations filtrent sur d'autres offres, l'association dispose, avant l'avis d'appel d'offres, de détails qui favoriseront les discussions internes. Ces discussions permettent de répartir les marchés à l'avance.

Application des décisions. Après le lancement de l'appel d'offres, l'examen des soumissions doit être purement formel. Les « concurrents » (les autres membres du groupe) ont présenté des devis inutilisables ou proposent des prix trop élevés². L'entreprise désignée par le groupe est la seule à présenter une offre satisfaisante et obtient donc le marché. Parfois, le décideur se trouve confronté à une collusion d'entreprises qui présentent toutes des offres beaucoup plus élevées que l'estimation fixée par ses services. Il doit alors déclarer l'appel d'offres infructueux et s'engager dans une procédure négociée (voir la section suivante). Mais, quelle que soit l'entreprise avec laquelle il négociera par la suite, il se trouvera en présence de l'un des membres de l'entente. Il en résultera donc un renchérissement du coût de l'opération qui sera finalement pris en charge par le contribuable.

On remarquera que, si ces comportements peuvent ne pas être qualifiés de corruption, ils constituent pourtant des atteintes très graves à l'égalité des candidats aux marchés publics et ils nuisent à l'intégrité générale de la passation de ces marchés.

Les commissions occultes. Les concurrents qui se sont volontairement exclus du marché recevront des commissions occultes. Par exemple, ils peuvent participer activement à l'opération en qualité de sous-traitant, ils peuvent tirer un profit indirect de cette opération, ou ils peuvent se voir attribuer (par le groupe) un autre marché national ou local. Si aucune compensation ne peut leur être offerte à bref délai sous la forme d'un contrat, ils peuvent recevoir de manière quasi officielle une indemnité, au moyen d'une facture (fausse, bien sûr) pour des prestations ou des travaux.

Manipulations boursières et délits d'initiés. Une entente peut aussi donner lieu, lorsqu'il s'agit de grands travaux, à une manipulation boursière. En effet, si un groupe important, coté en bourse, devient titulaire d'un gros marché, et que ce marché est obtenu après entente, les personnes qui sont au courant peuvent utiliser ces informations à leur profit. Il devient possible, avant la publication du résultat, d'acheter à bon prix des actions de la société lauréate, actions dont la valeur augmentera automatiquement à l'annonce de la bonne nouvelle. Il ne restera plus qu'à revendre ces actions immédiatement pour prendre le bénéfice. De même, la vente d'actions d'une société avant l'annonce de sa mise à l'écart d'un grand contrat permet d'éviter la baisse de l'action qui découlera automatiquement de cette annonce. Si la situation s'y prête, utiliser ces deux leviers permet de gagner deux fois. En outre, dans la mesure où les opérations ne portent que sur un nombre limité d'actions, elles deviennent très difficiles à déceler. Toutefois, on ne saurait négliger ces pratiques, car elles peuvent donner lieu à des gains substantiels et, si les conditions sont réunies, matérialiser un délit d'initié.

La procédure négociée

Tous les marchés négociés (avec les seuls fournisseurs sélectionnés) sont suspects aux yeux des contrôleurs, car la négociation directe entre un décideur et un fournisseur peut donner lieu à toutes sortes de manipulations entraînant fraudes, détournements de fonds publics et corruption. C'est pourquoi le recours à cette procédure n'est autorisé que dans un certain nombre de cas particuliers (énumérés dans les directives de l'Union européenne et diverses réglementations nationales). Il faut être particulièrement vigilant dans les cas suivants parce qu'ils se prêtent aux abus.

Essais, recherche et expérimentations

Pour utiliser cette technique, le décideur doit prouver que les travaux, fournitures ou services commandés, vont servir des objectifs expérimentaux ou la R-D, mais tout grand ouvrage d'art ou bâtiment spécialisé peut facilement entrer dans cette catégorie. Toutefois, si la justification est acceptable pour ce type d'ouvrage, elle ne l'est plus lorsqu'il s'agit de construction courante et habituelle (ouvrages d'art types, construction d'immeubles d'habitation sur un plan donné ou d'ateliers industriels classiques, etc.).

Après un appel d'offres infructueux

C'est le cas le plus fréquent. Il peut aisément se produire, il suffit de fixer des prescriptions techniques rigoureuses et un faible prix de marché pour que l'appel d'offres soit déclaré infructueux. Lors de la « négociation », il est alors facile de réduire les prestations pour les ramener au niveau des normes habituelles ou de majorer l'enveloppe financière initiale pour que l'on puisse, moyennant « compensation », faire obtenir le marché à l'entreprise la plus accommodante. C'est l'un des cas où les détournements sont les plus faciles à réaliser et les contrôleurs devraient s'y intéresser par priorité.

En cas d'urgence ou d'urgence impérieuse

Ce procédé est souvent utilisé même si la jurisprudence nationale et communautaire a contribué à limiter considérablement les cas qui peuvent relever de cette disposition (événements totalement imprévisibles et risques graves si les travaux ou les achats ne sont pas faits immédiatement).

Sécurité nationale ou secret défense

La jurisprudence de la Cour européenne de justice a, dans un certain nombre de cas, contribué à limiter le recours à ce moyen, ce qui a permis de réduire sensiblement son importance, tant au plan national qu'au plan communautaire. On ne devrait donc plus voir des achats de couvertures pour l'armée soumis au secret défense, ni des travaux de peinture dans un consulat pour lesquels est invoqué l'intérêt supérieur de la nation.

Aucune procédure de consultation ne permet d'éviter tous les risques de fraude et de corruption. Des personnes malhonnêtes essaieront toujours d'exploiter les failles des différents types de procédure à des fins frauduleuses passibles de sanctions pénales.

Procédés visant à éviter de lancer un appel d'offres

Tout marché dont la valeur excède un seuil fixé par un État membre doit faire l'objet d'un appel d'offres. Il arrive toutefois que les décideurs aient recours à certaines techniques pour s'affranchir de cette procédure qu'ils jugent « trop aléatoire » lorsqu'il s'agit de choisir une entreprise bien disposée à leur égard. Ils peuvent donc essayer d'organiser la situation, selon les procédés qui suivent, pour que le code des marchés publics ne soit plus applicable.

Fractionnement des marchés

Un procédé courant, pour s'assurer que les règles régissant les marchés publics ne soient plus applicables, consiste à attribuer des marchés dont la valeur est inférieure au seuil prescrit. Il arrive par exemple, que l'on essaie de sous-classer un immeuble ou une opération (encadré II.2.11) ou de fractionner un projet.

Encadré II.2.11. Fractionnement artificiel des contacts

Dans le bâtiment, par exemple, plutôt que de lancer un appel d'offres sur la totalité de l'opération, on procédera par lot : plomberie, vitrerie, peinture, menuiserie, etc. Certes, cette pratique est interdite, mais on peut s'arranger pour qu'elle soit difficile à découvrir en utilisant différentes adresses pour le même bâtiment, tantôt sur une rue, tantôt sur l'autre. En outre, on échelonne les contrats dans le temps et, au besoin, on garantit que le local est utilisable en l'état, que les différents contrats de travaux ne sont pas liés, qu'ils ne conditionnent pas cette utilisation.

Fractionnement de la facturation

On peut aussi jouer sur le fait que, par suite de la concentration et des rachats, la même entreprise peut avoir de nombreuses raisons sociales différentes. Aussi, lorsque le cumul de plusieurs commandes doit, au cours du même exercice budgétaire, dépasser le seuil – ce qui nécessiterait, au moins, la signature d'un marché de régularisation – on demande au fournisseur de présenter ses factures sous une autre identité. À chaque « entreprise différente » on confie un volume de contrats inférieur au seuil et on peut continuer à travailler dans le cadre de procédures de consultation sommaires.

4. Les risques encourus lors de la gestion des marchés

Le chapitre précédent expose essentiellement des formes « subtiles » de détournement, par exemple de fausses prestations intellectuelles, de faux projets, des commissions illégales et des montages permettant de faciliter les détournements lors de l'exécution du contrat. Le plus souvent, ces dérives se manifestent par des prestations matérielles non réalisées ou mal faites, du travail clandestin (ou non déclaré), la complicité de surveillants et de contrôleurs dans le détournement, ainsi que de multiples pratiques et procédés de métier. Tous ces « trucs » permettront au titulaire du marché de produire les flux financiers nécessaires à la réalisation du pacte corrupteur.

Lorsque le contrat a été attribué, un détournement peut se produire de plusieurs manières lors de l'exécution de travaux, de la prestation d'un service ou de l'achat de fournitures.

La livraison de fournitures

Le détournement lors de la livraison de fournitures est relativement facile à déceler ou à mettre en évidence. Il peut prendre plusieurs formes.

Les remises

Lorsque l'acheteur public obtient des remises promotionnelles, quantitatives ou autres, celles-ci sont en général inscrites dans la facture sous forme de rabais ou de majoration des quantités livrées. Toutefois, il n'en est pas toujours ainsi et il arrive que ces remises soient offertes directement à l'acheteur :

- Le fournisseur ouvre un compte au nom de l'acheteur. Ce compte est crédité des remises qui n'ont pas été inscrites dans les factures. À l'aide de ce compte, l'acheteur acquiert d'autres produits de la société. Il l'utilise parfois pour acheter des matériels pour lesquels il ne dispose pas de crédits ou qui sont soumis à des autorisations administratives difficiles à obtenir. Dans certains cas, il achète pour lui-même, pour des membres de sa famille ou pour ses amis. Ces produits ne figureront dans aucun inventaire car ils n'ont pas d'existence légale.
- La remise est versée par transfert de la somme correspondante à un compte qui n'appartient pas à l'administration de l'acheteur, mais à une association qui est liée à l'acheteur et porte un nom très voisin (encadré II.2.12). Ce procédé permet de doter de moyens financiers ou matériels, des structures parallèles (associations liées à l'acheteur, par exemple). Il a pour principal intérêt de leur donner les moyens d'acheter tout ce dont elles ont besoin et non pas seulement ce qui figure dans le catalogue du fournisseur.

Encadré II.2.12. Offrir des remises à une association

À l'occasion d'une grande manifestation sportive, un organisme public nommé XYZT a passé des contrats avec une société bien connue. En accord avec les dirigeants, les remises quantitatives ont fait l'objet d'une facturation à part, établie au nom de XYZt, association domiciliée à la même adresse et dont un élu était le président.

- Une partie de la proposition faite à l'acheteur (par exemple quatre produits pour le prix de trois) est offerte à une organisation amie. Dans cet exemple, trois produits seraient achetés, livrés et payés par l'acheteur au tarif normal et le quatrième, gratuit, serait livré plus tard à une autre adresse. Ce procédé permet donc aussi de doter une structure amie, ou des particuliers, de matériels ou de moyens de fonctionnement.

Modifications de la commande

Une technique de détournement consiste à modifier la commande. Un produit est commandé et une facture est émise. Juste avant la date de livraison prévue, on demande au fournisseur de modifier la commande pour recevoir un produit moins onéreux, mais c'est la facture initiale qui est adressée à la collectivité locale. Comme le prix payé est supérieur à la valeur des marchandises livrées, le fournisseur remet au client un avis de crédit ou un chèque, en remboursement de la différence. Toutefois, l'avis de crédit ou le chèque sont établis à un ordre voisin mais différent de celui de l'acheteur. Ce procédé suppose que l'acheteur s'entende avec la personne chargée de vérifier la prestation (car la facture et la marchandise livrée ne correspondent pas). Il y aura donc des irrégularités dans les écritures, car le remboursement n'est pas établi au nom du client, encore que l'on utilise parfois des dénominations suffisamment proches pour que l'on puisse facilement se « tromper ».

Un procédé, beaucoup plus simple est de donner au produit acheté une désignation générique qui ne correspond pas exactement à l'objet que l'on veut acquérir (par exemple, on appellera une imprimante « machine à écrire »), mais dont la référence est exactement la même que celle du produit livré, le prix ayant été fixé d'avance par accord entre l'acheteur et le fournisseur. Ce système sert à acquérir du matériel que l'on ne pourrait pas acheter autrement, faute de crédits suffisants à cet effet. Toutefois, il permet aussi de détourner des deniers publics à son profit personnel.

Les reprises de matériels

Lors de l'achat d'un nouvel équipement, l'acheteur doit souvent se débarrasser de l'ancien matériel parce qu'il est usé, cassé, inadapté ou simplement obsolète (bien qu'il reste souvent en état de fonctionnement). En règle générale, l'acheteur se débarrasse des anciens produits en les revendant à très bas prix, soit directement, si son statut le lui permet, soit par l'intermédiaire d'un service spécialisé. Dans ce dernier cas, il ne tire aucun bénéfice de cette vente dont le produit tombe directement dans les caisses de l'État. Cependant, il arrive que l'acheteur puisse s'entendre avec le fournisseur pour que celui-ci lui reprenne les marchandises devenues inutiles. Un prix de reprise, généralement très bas, est convenu, dont il faut parfois déduire les frais de déconnexion, de démontage et de déménagement du matériel. La somme finale, généralement assez faible, vient en déduction du prix du matériel neuf ou sous la forme d'un avoir au profit de l'acheteur du matériel neuf.

Lorsqu'il s'agit d'équipement informatique ou bureautique encore en état de marche, il arrive que l'on trouve des montages un peu plus compliqués qui permettront de mieux valoriser ce transfert de propriété. Le matériel ancien est démonté et transporté dans un entrepôt pour y être détruit, mais en réalité il ne l'est pas. Le prix du démontage et du transport correspond au prix de reprise fixé. La société adjudicataire (qui fournit le matériel neuf) se trouve donc en possession de marchandises qui ont une valeur comptable nulle (prix d'acquisition égal aux frais de démontage et de transport) mais qui sont en parfait état de marche. Elle peut donc s'en débarrasser sans avoir à inscrire ce transfert dans sa comptabilité. Elle revend donc les marchandises à un acheteur spécialisé dans la reprise de stocks (un courtier) qui, suivant son statut, pourra lui-même les revendre, soit comme matériel d'occasion, soit, après démontage, pour les pièces de rechange. Le prix déclaré de cette transaction entre la société et le preneur de stocks sera nul. En revanche, la société se verra remettre une somme en liquide qu'elle pourra, soit conserver pour se constituer une caisse noire, soit, plus vraisemblablement, remettre en partie au propriétaire initial (l'acheteur de matériel neuf) à titre de « remerciement ».

Prestation de services

La prestation de services peut aussi donner lieu à des détournements, mais les mécanismes sont en général plus élaborés que lors des achats de fournitures. L'analyse ne porte ici que sur les pratiques internes du prestataire de services, car elles se manifestent par la fraude fiscale (dissimulation de bénéfices), qui n'est pas nécessairement liée à la corruption, même si, dans certains cas, la nécessité d'accroître les recettes et les bénéfices découle de l'obligation de verser une « indemnité » après l'obtention du marché.

Modification des prestations

Dans un certain nombre de cas, une fois le marché attribué, le décideur et le prestataire conviennent de réviser à la baisse les prestations prévues au cahier des charges. Il s'agit, en effet, de réduire la qualité des services exigée du prestataire pour lui permettre de verser une commission au décideur (encadré II.2.13).

Encadré II.2.13. Modification des prestations

Un contrat a été passé pour le ménage dans les bureaux. Ce contrat prévoyait un nettoyage complet et quotidien du mobilier de chaque bureau. Plus tard, après négociation, il a été convenu que seuls les cendriers et les corbeilles seraient vidés chaque jour, le nettoyage quotidien des bureaux étant remplacé par un nettoyage hebdomadaire. Une partie de l'économie qui en résulte est reversée au décideur, soit sous forme de prestations de service (nettoyage et entretien de son habitation personnelle), soit en espèces, lui assurant un revenu régulier sur plusieurs années puisque le contrat, pluriannuel dès l'origine, est régulièrement reconduit.

Lorsqu'il s'agit d'une prestation intellectuelle, un accord verbal entre le donneur d'ordre et le prestataire de services peut suffire pour que celui-ci limite sa prestation. On peut, de cette manière, réduire sensiblement la charge de travail prévue, limiter les exigences et permettre au prestataire de se libérer d'obligations contractuelles à son avantage, tout en respectant l'obligation des rapports d'étape qui conditionnent généralement le versement des acomptes. Il ne reste plus au prestataire qu'à verser la « contribution » prévue exigée par le décideur.

Doubles (ou multiples) paiements

Un autre procédé consiste à commander une étude qui existe déjà. Il s'agit, après attribution du contrat, de réécrire une étude que le décideur ou le prestataire possède déjà. Cette pratique de « recyclage » permet de partager des gains substantiels car le décideur achète, sous un autre nom, une prestation qu'il a déjà reçue et payée. Ce procédé peut même être pratiqué plusieurs fois de suite. Il est facile à utiliser et difficile à déceler si l'on n'est pas informé de l'existence de la première étude, rédigée sous un autre titre.

Réalisation des travaux

C'est le procédé le plus difficile à déceler, car la réalisation de travaux publics et la construction de bâtiments se font par étape, chacune pouvant être confiée à des entreprises différentes, liées ou non entre elles par des

contrats de groupement ou de sous-traitance. Les détournements proviennent de l'existence de nombreux travaux dits préparatoires qui sont souvent traités indépendamment du marché lui-même ; de travaux supplémentaires, quelle qu'en soit la raison ; et de travaux qui ne seront pas réalisés ou ne seront pas conformes au cahier des charges de la consultation. On notera aussi que les mêmes personnes interviennent dans toutes les opérations : le chef de chantier, les contremaîtres, le représentant du bureau d'études qui dirige l'opération. Toutes ces personnes sont plus ou moins subordonnées au titulaire du marché et trouveront sans doute plus facile de ne pas s'opposer à un détournement dont elles sont témoins ou complices, mais de prélever au passage leur propre bénéfice. Il arrive aussi qu'elles soient les organisatrices du détournement.

Les travaux préparatoires

La construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage de génie civil nécessite souvent l'aménagement préalable du terrain (par exemple, préparation du sol et travaux de démolition) et d'autres interventions liées à la construction (transport des déblais, détournement et rétablissement de la circulation, aménagement paysager, etc.). Le titulaire du marché peut sous-traiter ces opérations qui font habituellement l'objet de contrats de droit privé. Le titulaire du marché choisit les sous-traitants de premier rang et soumet son choix à l'agrément du décideur public. Ensuite, chacun de ces sous-traitants peut en choisir d'autres pour réaliser une partie des travaux. Ces sous-traitances en cascade peuvent servir à dégager les sommes qui seront versées au décideur au moyen de fausses factures ou du travail clandestin.

Toutefois, le décideur peut aussi se charger de ces travaux préparatoires, car ils sont souvent indépendants du contrat principal. Pour obtenir des commissions sur ces marchés, le décideur peut recourir à un certain nombre de pratiques précises. Toutefois, le décideur peut aussi se charger de ces travaux préparatoires, car ils sont souvent indépendants du contrat principal. Pour obtenir des commissions sur ces marchés, le décideur peut recourir à un certain nombre de pratiques précises. Dans le cas des démolitions ou de la préparation du sol (extraction des souches d'arbres), les marchés sont traités au forfait pour un prix unitaire souvent discrétionnaire. Si plusieurs entreprises sont en concurrence, ce qui réduit le prix unitaire, on peut multiplier les unités (par exemple, le nombre d'arbres à abattre) ou invoquer des difficultés imprévisibles (par exemple, nécessité d'utiliser un équipement plus puissant) afin d'obtenir le versement de sommes complémentaires qui permettront à l'entreprise attributaire de ne pas réduire son bénéfice tout en continuant à verser une commission au décideur (encadré II.2.14).

Encadré II.2.14. **Surfacturer**

Dans le cadre de marchés de travaux préparatoires passés sur la base de prix unitaires forfaitaires, étaient prévus l'abattage des arbres, l'extraction des souches et l'enlèvement de la couche de terre végétale sur le tracé de la future route. Des estimations avaient été faites : vingt centimètres de terre végétale en moyenne et 2 000 arbres de plus de trente centimètres de diamètre. Curieusement, les factures envoyées six mois plus tard ont porté sur quarante centimètres de terre et 4 000 arbres.

Le transport des déblais peut, notamment à l'occasion de grands chantiers en milieu urbain, constituer un problème fondamental pour la collectivité locale. Ainsi, dans le cadre des travaux préalables à la construction d'une grande bibliothèque, 900 000 tonnes de gravats ont été extraites et transportées par voie d'eau pour éviter les nuisances et la détérioration de la voirie autour du chantier. De tels marchés, payés à l'unité (m³ ou tonne transportés) peut donner lieu à des détournements, quel que soit le mode de transport utilisé.

Les travaux supplémentaires

Le décideur commande souvent aux entreprises des travaux supplémentaires pendant l'exécution d'un contrat. Ces travaux font l'objet d'avenants au contrat initial ou d'ordres de service. Dans tous les cas, ils doivent se justifier par des raisons techniques.

Travaux supplémentaires commandés par « ordre de service ». Lorsque, du fait d'une estimation erronée, les travaux prévus ne sont pas suffisants (le volume des purges à effectuer est plus important que prévu, la mauvaise qualité du sous-sol impose des fondations plus importantes, des pieux plus longs ou plus nombreux,...), le maître d'œuvre commande les travaux complémentaires par « ordre de service » pour autant que les quantités supplémentaires ne dépassent pas 20 % de l'estimation initiale. Comme il est très difficile, en l'occurrence, de déterminer si l'erreur initiale d'estimation est volontaire ou accidentelle, on voit aisément en quoi les travaux qui font l'objet de ce type d'ordre de service se prêtent à toutes les formes de détournement.

Travaux supplémentaires faisant l'objet d'un avenant. Lorsque le volume des travaux supplémentaires dépasse l'estimation initiale, soit que cette estimation ait été mal faite, soit que des événements imprévisibles interviennent ou se révèlent en cours de chantier, un avenant au contrat doit être passé. Par exemple, lors de la construction d'un stade, le terrain s'est avéré

pollué par des hydrocarbures plus profondément que prévu, ce qui a conduit à rédiger un avenant pour prescrire des travaux de décontamination plus poussés.

Toutefois, la justification des avenants n'est pas toujours aussi indiscutable qu'on pourrait le penser à première vue ; il arrive que ce procédé soit utilisé pour permettre à l'entreprise de verser des commissions conséquentes au décideur. Par exemple, la conclusion d'un avenant peut être la conséquence d'une sous-estimation délibérée de certains postes de travaux ou de l'omission volontaire d'un ouvrage ou d'un bâtiment sur le site (absence de garage, de route d'accès,...). Dans ce type de travaux, il s'agit, soit d'une difficulté technique vraiment imprévisible, soit d'une étude où certains éléments ont été volontairement mal calculés ou omis pour que le titulaire du marché ait une possibilité technique de constituer ou reconstituer des marges suffisantes dont une partie servira à verser des commissions au décideur.

Dans les deux cas, les travaux se poursuivent sans nouvel appel d'offres, au prix unitaire fixé par l'adjudicataire dans sa soumission. Comme l'entrepreneur a été informé que les quantités ont été délibérément sous-estimées, il a prévu des prix unitaires élevés pour les travaux et il a pu faire une offre intéressante pour obtenir le marché. Bien que son offre ait été globalement moins chère que celle de ses concurrents, il est assuré de pouvoir reconstituer ses marges et de faire des profits sans grand risque. Il en irait de même si les documents avaient délibérément surestimé certaines tâches difficiles. Informé de ces « errements », il a pu calculer son offre au plus juste et obtenir le marché sans perdre la possibilité de réaliser des bénéfices. Comme il est toujours difficile de distinguer une erreur volontaire et un événement imprévisible, il peut facilement dégager les moyens financiers qui lui permettront de manifester sa reconnaissance au décideur.

Les « prolongations » du contrat initial sont un autre moyen fréquemment utilisé pour commander des travaux supplémentaires. Dans ce cas, le décideur, satisfait de la qualité de la prestation fournie par l'entreprise, décide de proroger sa mission : au lieu de refaire le revêtement de la route sur deux kilomètres, il le fera sur trois, par exemple. Cette pratique, habituelle chez certains décideurs, fausse les règles de la concurrence et elle est de plus en plus souvent condamnée par les autorités compétentes, lorsqu'elles arrivent à la détecter.

Beaucoup plus graves sont les travaux supplémentaires sans lien avec le marché, mais exigés par les décideurs (encadré II.2.15). Ces travaux peuvent être réalisés au bénéfice de la collectivité (le revêtement d'une place, par exemple), mais ils peuvent aussi l'être au bénéfice personnel du décideur, comme la construction d'une piscine privée, la restauration d'un bâtiment. Dans les deux cas, s'il y a corruption, de faux documents figureront dans la comptabilité de l'entreprise.

Encadré II.2.15. **Des travaux supplémentaires sans lien avec le marché**

Après la construction d'une autoroute, une inspection générale des finances a fermement dénoncé les détournements financiers, le désaveu de responsabilité et l'irréalisme auxquels donnent souvent lieu les grands travaux d'aménagement. Elle a notamment dénoncé la construction d'un luxueux centre d'exploitation dans lequel chaque agent (travaillant en principe sur la route) dispose de plus de 17 m² de bureau, l'existence de cinq échangeurs complets dans une vallée où vivent 41 000 habitants seulement, le financement d'un club sportif par la société... En revanche, les manuels techniques présentent cette autoroute comme « un projet exemplaire, réalisé dans les délais prévus et selon des normes très rigoureuses du point de vue de la qualité architecturale et de l'intégration dans l'environnement ».

Les travaux modifiés ou non faits

Par la rédaction « biaisée » des prescriptions techniques utilisées seulement lors de l'exécution des travaux, deux autres types de détournement sont possibles, qui ont été mentionnés plus haut à la section sur la planification du contrat. Les travaux prévus avec des normes précises et parfois rigoureuses sont, soit non réalisés, soit réalisés selon des normes conventionnelles seulement. Cela permet à l'entreprise de dégager des marges importantes qu'elle pourra s'approprier ou reverser au décideur. La connivence des services chargés du contrôle des travaux et de la certification du service fait est indispensable, puisque les travaux réalisés sont différents de ceux prévus au contrat. Dans la pratique, l'entreprise ne réalisant pas un certain nombre de prestations voit son bénéfice s'accroître sans qu'elle ait besoin de recourir au système des fausses factures. C'est chez le décideur que tout se passe puisque c'est lui qui s'est chargé de faire certifier, par un organisme de contrôle « ami », que les travaux réalisés sont conformes à la documentation remise à l'entreprise.

Notes

1. En principe, l'utilisation de tels critères est interdite, mais il est parfois difficile de discerner, parmi les critères retenus, ceux qui sont objectifs de ceux qui sont subjectifs.
2. Ces devis peuvent avoir été « fabriqués » pour eux par le soumissionnaire qui doit obtenir le marché, notamment à l'aide de logiciels spécialisés.

PARTIE II

Chapitre 3

Une application pilote des Principes au Maroc

Introduction

Les marchés publics sont un enjeu économique important au Maroc. En nombre de transactions, 11 614 marchés ont été passés au niveau de l'État en 2007 et 10 143 marchés en 2005 – dont respectivement 88.8 %¹ et 88.9 % par appel d'offres ouvert.

Les marchés publics ont une importance stratégique pour soutenir la croissance à travers des projets d'investissement, qui sont lancés et financés par l'administration, et réalisés par les acteurs du marché. Les entreprises marocaines et étrangères constituent les soumissionnaires potentiels pour les marchés à passer. Selon les statistiques récentes, des entreprises du bâtiment et des travaux publics (BTP) réalisent 70 % de leur chiffre d'affaires dans le cadre des marchés publics au Maroc. En outre, le secteur de l'ingénierie réalise 80 % de son chiffre d'affaires par les marchés publics.

Compte tenu de l'enjeu financier, la passation des marchés publics est une activité de l'administration exposée au risque de corruption, tant dans les pays de l'OCDE qu'au Maroc. Ainsi, une enquête de perception réalisée par *Transparency Maroc* en 2002 révèle que 60 % des entreprises interrogées considéraient que les marchés publics au Maroc ne sont pas systématiquement transparents et que les versements illicites sont fréquents.

Les réformes récentes

Le gouvernement a pris conscience progressivement de l'ampleur du problème et de ses enjeux. Si les marchés publics ont été un chantier peu prioritaire par le passé, avec une absence de réformes entre 1976 et 1998, les réformes de 1998 et 2007 démontrent la volonté croissante de l'État d'entreprendre des réformes dans ce domaine.

La réforme actuelle des marchés publics au Maroc est basée sur une série de textes législatifs et réglementaires pour la modernisation de l'administration, notamment :

- Décret n° 2-06-388 du 5 février 2007 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'État ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle (le rapport y fait référence comme « Décret de 2007 ») ;
- Dahir² n° 1-02-25 du 3 avril 2002 portant promulgation de la loi n° 61-99 relative à la responsabilité des ordonnateurs, des contrôleurs et des comptables publics ;

- Décret n° 2-01-2332 du 4 juin 2002 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de services portant sur les prestations d'études et de maîtrise d'œuvre passées pour le compte de l'État ;
- Dahir n° 1-03-195 du 11 novembre 2003 portant promulgation de la loi n° 69-00 relative au contrôle financier de l'État sur les entreprises publiques et autres organismes ;
- Décret n° 2-99-1087 du 4 mai 2000 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'État ; et
- Décret n° 2-98-884 du 22 mars 1999 relatif au système d'agrément pour des prestations d'étude et de maîtrise d'œuvre.

Objectifs de l'étude

L'étude vise à analyser les progrès réalisés par le Maroc dans sa démarche de modernisation des marchés publics, en mettant un accent particulier sur la lutte contre la corruption et la promotion de l'intégrité. L'objectif recherché est de réduire les risques de corruption tout en s'assurant que les procédures en place permettent de faire le meilleur choix en matière d'achat public. Il s'agit d'améliorer l'intégrité dans les marchés publics afin d'optimiser l'utilisation des ressources publiques pour la production de biens et de services.

L'étude couvre l'ensemble du cycle de la passation des marchés publics, de l'évaluation des besoins à l'exécution du contrat en passant par l'attribution. Elle vise à identifier les points forts et les points faibles du système et de son fonctionnement, et à formuler des recommandations de politique pour son amélioration.

La lutte contre la corruption et la promotion de l'intégrité dans les marchés publics consiste non seulement à l'élaboration d'un cadre juridique solide pour la passation des marchés, mais aussi à sa mise en œuvre, et à l'application de sanctions en cas de non-conformité. Cette étude cherche donc à analyser les éléments législatifs, institutionnels et pratiques de la passation et du contrôle des marchés publics au Maroc dans le cadre plus général de la moralisation de la vie publique³.

Cadre analytique

Les *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics* ont fourni le cadre analytique de l'étude. Ils guident les administrations dans l'élaboration et la mise en œuvre d'un cadre qui leur permet de renforcer l'intégrité dans les marchés publics.

L'intégrité y est définie comme une utilisation des fonds, des ressources, des actifs et des pouvoirs conformes à leur destination officielle et à l'intérêt public. L'offre et l'acceptation des pots-de-vin, les conflits d'intérêts, le népotisme, la manipulation et l'usage abusif d'informations, les traitements discriminatoires, le gaspillage et l'usage abusif des ressources de l'administration sont des situations susceptibles de compromettre l'intégrité dans la passation des marchés publics.

Méthodologie

Le projet d'Étude d'apprentissage mutuel, qui représente un projet pilote pour la région, a été élaboré en plusieurs étapes :

- La première étape a consisté en une phase de recherche préliminaire par le Secrétariat de l'OCDE et la préparation d'un cadre de questions pour guider les entretiens.
- Une mission sur le terrain a été menée en octobre 2007 par des experts afin d'accomplir un premier exercice d'évaluation du système et des progrès réalisés. L'originalité de l'approche tient à l'implication durant la mission des experts de gouvernement de pays de l'OCDE (Canada et France) et de la région (Dubai, Émirats arabes unis) afin d'apporter une richesse des points de vue pour l'analyse. Les entretiens ont été menés avec des responsables de différentes institutions marocaines concernées ainsi que des représentants du secteur privé, de la société civile et d'organisations internationales.
- La préparation du projet d'étude en collaboration étroite avec les experts qui ont participé à la mission sur le terrain.
- La validation du projet d'étude par les représentants des institutions du secteur privé et de la société civile rencontrés durant la mission⁴.
- Suite à ce projet pilote au Maroc, une conférence régionale a été organisée en avril 2008 au Maroc sur le thème de l'intégrité dans les marchés publics afin de discuter des résultats de l'étude avec les parties prenantes et de permettre des échanges entre les experts de la région. À cette occasion, les participants ont accueilli favorablement la méthodologie de l'étude d'apprentissage mutuel et certains pays de la région ont exprimé un intérêt pour mener une activité similaire dans leur contexte national.

1. Panorama de la nouvelle réglementation sur les marchés publics de 2007

Le Décret sur les marchés publics de 2007

Le pourquoi de la réforme

Le Décret fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'État ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2007, cherche à répondre :

- aux insuffisances et aux lacunes du Décret de 1998 (par exemple : absence de moyens de recours pour le règlement des litiges, publicité limitée, manque de clarté en ce qui concerne les critères de sélection, etc.) ;
- à la nécessité de mettre à niveau et de moderniser les outils de gestion de la dépense publique ;
- à l'évolution des normes internationales et aux engagements de l'État (par exemple : Union européenne, Banque mondiale et Association de libre échange) ; et
- aux demandes et aux exigences du secteur privé et des citoyens pour une meilleure qualité de service.

Les principes

Les principes du Décret de 2007 sont conformes aux principes qui guident les réformes au niveau international comme l'Accord sur les Marchés publics de l'Organisation Mondiale du Commerce ou les Directives Européennes sur les marchés publics, notamment le renforcement de la transparence, la promotion de la concurrence et l'égalité de traitement des concurrents. Par ailleurs, la simplification des procédures et la moralisation de la vie publique sont aussi des objectifs affichés dans le Décret de 2007.

Principales avancées

Les principales avancées du Décret de 2007 sont les suivantes :

- renforcement de la transparence vis-à-vis des fournisseurs potentiels et au sein de l'administration (par exemple : prolongation de la publication des avis d'appel d'offres, avertissement automatique des candidats non-retenus, des raisons de leur élimination, et archivage systématique des documents relatifs aux marchés passés pour une période minimale de 5 ans) ;
- introduction de dispositions spécifiques contre la corruption, à la fois pour les soumissionnaires et pour le maître d'ouvrage ;
- un meilleur encadrement de certaines pratiques à risque, notamment le recours à la sous-traitance et l'utilisation des marchés négociés ; et

- amélioration de la coopération avec le secteur privé au travers de la simplification des procédures administratives et de l'institution de voies de recours.

Champ d'application du Décret de 2007

Le Décret de 2007 présente un cadre détaillé pour réglementer la procédure de passation des marchés publics au Maroc tant au niveau central qu'au niveau régional et provincial. Il s'applique également pour les collectivités locales en vertu de l'article 48 du Décret 2-78-576 du 30 septembre 1976 portant règlement de la comptabilité des collectivités locales et leur groupement. Concernant les établissements publics sous contrôle du ministère de l'Économie et des Finances, chaque établissement est tenu d'élaborer sa propre réglementation relative aux marchés publics, dans le respect des règles fondamentales de transparence, de concurrence et d'égalité de traitement. Faute d'une réglementation qui leur est propre, certaines entreprises publiques ont décidé d'appliquer le Décret de 2007. Certaines entreprises qui disposaient déjà d'une réglementation comme l'Office National de l'Électricité et l'Office National des Eaux Potables envisagent une harmonisation de leurs réglementations avec celle de l'État, à la lumière des dernières évolutions.

Il a été indiqué durant les entretiens, que les collectivités locales risquent de faire face à certaines difficultés pour la mise en œuvre des dispositions du Décret de 2007. Afin de surmonter ces difficultés, une nouvelle réflexion a été initiée pour mettre en place des réglementations complémentaires pour les marchés publics des collectivités locales. Cette réflexion s'inscrit dans le cadre plus large de la modernisation et de la mise à niveau des collectivités locales au plan organisationnel, financier et humain. En effet, bien que la passation des marchés publics soit décentralisée en ce qui concerne la gestion technique, les décisions financières pour l'engagement des fonds se font au niveau central. La situation de la ville de Rabat est encore plus complexe et unique car le processus de passation est découpé en deux par les responsabilités respectives du maire et du Wali (préfet).

Le champ de dérogations du Décret de 2007 est élargi par rapport au Décret de 1998. Ainsi, le Décret de 2007 ne couvre pas :

- les conventions et contrats que l'État passe selon les règles du droit commun ;
- les contrats de gestion délégués pour les services et ouvrage publics ;
- les cessions de biens et de prestations effectués entre services de l'État régies par la réglementation en vigueur ; et
- les concessions et la gestion déléguée sont réglementées par la loi relative à la gestion déléguée des services publics de février 2006.

REMARQUE : Un effort d'harmonisation des dispositions du Décret de 2007 avec les réglementations des établissements et entreprises publics est nécessaire afin de renforcer la cohérence des réglementations sur la commande publique. Le rôle du Secrétariat général du gouvernement pourrait être valorisé dans ce cadre afin d'assurer une coordination intergouvernementale pour faciliter l'harmonisation des textes, voire leur uniformisation lorsque cela est possible. En effet, dans certains pays de l'OCDE, un texte unique est applicable à l'État, aux collectivités locales, et aux établissements publics. Par ailleurs, il sera essentiel de se donner les moyens de la mise en œuvre du Décret de 2007. Pour cela des moyens humains et financiers adaptés devront être fournis tant au niveau central, régional et local.

Acteurs de la réforme et mesures d'accompagnement

Les acteurs

Plusieurs acteurs publics sont impliqués dans la procédure de planification, de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics. Les ordonnateurs – les ministres au niveau national, les présidents des conseils territoriaux et les gouverneurs au niveau local – sont les seuls à avoir la responsabilité de l'engagement de la dépense. Les ordonnateurs confient la procédure de la passation à des maîtres d'ouvrage. Ceux-ci rédigent, gèrent et suivent les dossiers de marchés, de la préparation du cahier des charges et l'attribution du marché, jusqu'au suivi et au contrôle de l'exécution du marché. Les services du contrôle sont chargés de s'assurer de la régularité des procédures sur le plan budgétaire et réglementaire. Les services du comptable payeur sont chargés du règlement des dépenses correspondantes et de la libération des créances de l'entité publique. Il existe donc une séparation des fonctions entre l'engagement budgétaire, l'ordonnancement et le paiement des dépenses.

Textes d'accompagnement

En vue de compléter les dispositions spécifiques du Décret de 2007 et les autres réglementations en matière de marchés publics, certains textes d'accompagnement sont en cours d'actualisation, au travers notamment de :

- l'adaptation du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés de travaux et d'ingénierie (2000 et 2004) ; et
- la normalisation et la standardisation des autres cahiers des charges, tels que les cahiers des prescriptions communes (CPC) et les cahiers des prescriptions spéciales (CPS).

Il a aussi été indiqué que plusieurs projets sont en cours de préparation à cet égard, tels que la mise en conformité des cahiers des clauses administratives générales avec les dispositions du Décret de 2007, un guide sur les marchés publics élaboré par la Trésorerie générale et la nomenclature commune des pièces justificatives des engagements et des paiements.

REMARQUE : Cet effort d'accompagnement du Décret de 2007 par des notes explicatives, manuels et documents standardisés pour les marchés de travaux, fournitures et services doit être poursuivi. Ceux-ci seront essentiels pour définir les modalités d'application du Décret de 2007, préciser les dispositions du texte réglementaire, et assurer une interprétation commune pour la mise en œuvre.

Sensibilisation

Afin de diffuser les dispositions de la nouvelle réforme sur les marchés publics, la Trésorerie générale du Royaume organise des journées de formation au profit des services concernés par la réforme. Les experts ainsi formés participeront à l'animation de journées de sensibilisation organisées sur le plan local par les autorités territoriales dans plusieurs régions du Maroc. Ces ateliers, animés par des experts et des praticiens, visent à expliciter la nouvelle réglementation et à mieux former les fonctionnaires en charge des marchés publics au niveau des administrations centrale et territoriale. Ces formations sont essentielles afin de faciliter une interprétation et une mise en œuvre harmonisées du Décret de 2007.

2. Forces et faiblesses du système de marchés publics

Les points suivants résument les forces et faiblesses qui ont été identifiées dans le système de passation des marchés publics au Maroc.

Réglementation de 2007 : Un cadre détaillé définissant la passation des marchés publics

Le Décret de 2007 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'État, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2007 au Maroc, cherche à répondre à des lacunes identifiées dans l'ancien Décret de 1998. Il donne un cadre détaillé pour la passation des marchés publics, qui est conforme aux principes de bonne gouvernance qui guident les efforts au niveau international.

Le Décret de 2007 s'applique au niveau central ainsi qu'aux collectivités locales. Les entreprises et établissements publics peuvent adopter une réglementation qui leur est spécifique sous réserve de respecter les règles de la concurrence et de la transparence. Celles qui ne disposent pas d'une réglementation doivent appliquer le Décret de 2007. Il sera important, à l'avenir, d'harmoniser les réglementations existantes de l'ensemble des entreprises et établissements publics avec le Décret de 2007.

Le Décret de 2007 couvre partiellement les phases d'évaluation des besoins (article 4) et d'exécution du contrat (articles 91 et 92). Afin de prévenir les risques menaçant l'intégrité dans les phases en amont et en aval de la soumission et de l'attribution, il serait souhaitable que des réglementations et lignes directrices supplémentaires, comme le cahier des clauses administratives générales, précisent davantage les garde-fous qui s'appliquent dans ces « zones grises ».

Enfin, il conviendra de veiller à l'application effective de ce texte au niveau central, régional et local. En particulier, des moyens humains et financiers adaptés devront être fournis au niveau régional et local afin de permettre la mise en œuvre du Décret de 2007.

Renforcement de la transparence dans la procédure de passation des marchés publics

Le renforcement de la transparence dans la passation des marchés publics est un principe déjà présent dans le Décret de 1998. Par ailleurs, le Décret de 2007 introduit des innovations comme par exemple l'augmentation des possibilités d'information des entreprises sur les appels d'offres, l'introduction de transparence pour les marchés négociés, l'information automatique des candidats non-retenus et un archivage plus systématique des documents sur les marchés passés pour favoriser les recherches ultérieures éventuelles.

Si l'objectif est de faire le meilleur achat possible (travaux, fournitures ou services), l'un des défis de la mise en œuvre consiste à trouver un bon équilibre entre le renforcement de la transparence et l'efficacité de la procédure. Il faut

veiller à ce que la mise en œuvre des dispositions sur la transparence ne soit pas une source de lenteur dans la passation des marchés et de surcoût pour l'administration.

Dématérialisation des procédures : Création du portail national des marchés de l'État

La création du portail électronique a des objectifs particulièrement ambitieux, notamment la publication sur le portail des programmes prévisionnels d'achats, des appels d'offres, des résultats des appels d'offres, des extraits des procès verbaux des séances d'examen des offres et des rapports d'achèvement de l'exécution des marchés.

La réflexion doit être poursuivie sur la manière de faciliter le passage d'un système papier à un système combinant support papier et électronique, notamment en termes d'amélioration des capacités de gestion des services adjudicateurs et des entreprises à utiliser le portail électronique.

Introduction de mesures contre la corruption dans le Décret de 2007

Le Décret de 2007 introduit, pour la première fois, des mesures de lutte contre la corruption à la fois pour le soumissionnaire (déclaration sur l'honneur, engagement à ne pas recourir à des pratiques de fraude ou de corruption) et pour le maître d'ouvrage (abstention de toute relation ou tout acte qui puisse compromettre son indépendance).

Il serait important que ces mesures s'inscrivent dans un cadre juridique qui réglemente les conflits d'intérêts des acteurs impliqués dans la passation des marchés publics afin de renforcer l'intégrité de l'ensemble du système. Certaines entreprises publiques telles que l'Office National de l'Électricité au Maroc ont pris l'initiative de développer des règles et des procédures garantissant le respect de l'éthique (voir encadré II.3.1).

Par ailleurs, il conviendra aussi de veiller à l'application effective des sanctions pour les fraudeurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, afin d'accroître la confiance dans ce système.

Premier pas vers l'institution d'un mécanisme de recours pour les réclamations sur les marchés publics

Tout concurrent, qui conteste les résultats d'un appel d'offres et qui n'est pas satisfait de la décision prise, a le droit de s'adresser au maître d'ouvrage. S'il n'est pas satisfait de la réponse du maître d'ouvrage, il peut dans un deuxième temps saisir le ministre concerné et, dans un troisième, le Secrétaire général du gouvernement, qui préside la Commission des marchés. La Commission des marchés donne son avis à titre consultatif.

Encadré II.3.1. Renforcer la transparence et l'intégrité dans les marchés publics : L'Office National de l'Électricité (ONE) au Maroc

Avec 10 000 collaborateurs et 3.5 millions de clients, l'Office National de l'Électricité est un établissement public à caractère industriel et commercial, créé en 1963, qui exerce des activités centrées sur les métiers de l'énergie : Production, Transport et Distribution. Il s'agit du premier investisseur après l'État, avec 11.6 milliards de dirhams prévus en 2008 (contre 36.07 milliards de dirhams au titre du budget général de l'État, et 66.6 milliards de dirhams* pour l'ensemble des entreprises et établissements publics). Il est soumis au contrôle de la Cour des Comptes, de l'Inspection Générale des Finances, de la direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation et du Parlement (au travers de commissions parlementaires spécifiques).

Compte tenu des montants financiers en jeu, le secteur de l'électricité est particulièrement vulnérable à la corruption. Afin de mieux prévenir d'éventuels risques de corruption qui pourraient entacher sa réputation, l'Office National de l'Électricité a adopté une démarche proactive pour renforcer l'intégrité dans ses procédures. Un comité d'éthique a été constitué au sein de l'ONE en 2007, qui regroupe des représentants de l'ONE et de la Confédération Générale des Entreprises du Maroc (CGEM). Ce comité est chargé de proposer des règles et des procédures garantissant le respect de l'éthique à la fois pour le personnel et les autres parties prenantes, notamment les fournisseurs.

Sa première mission a consisté en l'élaboration d'un code de déontologie afin d'inciter le personnel à respecter la loi sur le statut du personnel. Le processus de consultation pour l'élaboration du code s'est appuyé sur un échantillon représentatif, incluant non seulement des directeurs mais aussi des opérationnels (environ 40 % de représentants du management contre 60 % sur le terrain). L'adhésion au code se fait sur une base volontaire afin d'encourager cette démarche proactive par l'ensemble du personnel. La prochaine mission consistera en une évaluation des risques de conflit d'intérêt au sein de l'entreprise.

Par ailleurs, l'ONE joue un rôle moteur dans l'utilisation des nouvelles technologies pour renforcer la transparence et l'obligation de rendre compte dans les marchés publics. Ainsi, les appels d'offre ont été publiés sur son site Internet avant même l'obligation faite par le Décret de 2007. Par ailleurs, une base de données est utilisée pour l'archivage des informations, non seulement sur les dossiers d'appel d'offres, mais plus généralement pour garder une trace des décisions prises dans les marchés et ainsi responsabiliser le personnel. Quant à l'information sur les fournisseurs, celle-ci est centralisée et classifiée afin de faciliter l'évaluation des fournisseurs sur la base d'éléments objectifs, comme le prix ou le respect des délais.

La prochaine étape devrait être l'examen de la réglementation actuelle de l'ONE afin de l'harmoniser avec les dispositions du Décret de 2007 et de la faire valider par son conseil d'administration.

* Statistiques de la direction des entreprises publiques et de la privatisation.

Afin d'assurer un traitement équitable des réclamations, il conviendrait de faciliter l'accès des plaignants à la Commission, en supprimant un certain nombre des filtres existants, et de renforcer les pouvoirs et les ressources à la fois budgétaires et humaines de la Commission des marchés.

L'évolution d'un contrôle de la régularité vers un contrôle axé sur la performance

La réforme vise à alléger le contrôle *a priori* axé sur la régularité de la procédure en faveur du contrôle *a posteriori*, qui met l'accent sur le contrôle du résultat et de la matérialité de la prestation. Malgré des contrôles lourds et nombreux, effectués par des institutions aussi prestigieuses que la Trésorerie générale, l'Inspection générale des finances et la Cour des comptes, ils n'ont pas permis d'apporter les preuves matérielles suffisantes pour permettre au juge d'instruire des cas de corruption dans les marchés publics.

Afin de renforcer le contrôle *a posteriori* un changement de culture est nécessaire, ce qui requiert une restructuration organisationnelle pour permettre une meilleure efficacité ainsi que la professionnalisation et l'accompagnement du personnel concerné. Dans le cadre de cette professionnalisation, les formations jouent un rôle clef pour tenir informé les acteurs des réformes, les familiariser aux nouvelles procédures à suivre ainsi que les aider à prévenir d'éventuels risques de corruption.

3. Recommandations : Comment améliorer le système ?

Il a été identifié tout au long de l'analyse de la passation des marchés publics au Maroc certains points d'ajustement possibles pour renforcer l'intégrité du système. Afin d'aider le gouvernement dans son effort de réforme des marchés publics, cinq axes sont prioritaires :

- renforcer le professionnalisme dans les marchés publics afin de donner aux ordonnateurs une capacité de gestion suffisante compte tenu de l'allègement du contrôle *a priori* ;
- renforcer l'indépendance du mécanisme de recours ;
- poursuivre la démarche de responsabilisation et d'audit ;
- assurer une interprétation et une mise en œuvre harmonisées du Décret de 2007 ; et
- instaurer des mesures spécifiques pour lutter contre la corruption dans les marchés publics.

Renforcer le professionnalisme dans les marchés publics

La réforme en cours visant à l'allègement du contrôle *a priori* est souhaitable car elle va permettre d'accélérer les procédures de passation des marchés publics en évitant un formalisme excessif de vérification de la régularité de la procédure. Il est prévu dans ce cadre d'organiser un transfert progressif du contrôle *a priori* vers les ordonnateurs les plus « matures ». Si cela paraît envisageable auprès des ministères disposant d'une longue tradition de marchés publics comme le ministère de l'Équipement, ce transfert risque d'être plus difficile pour d'autres ministères qui ne disposent pas des mêmes profils de compétence. Cette question est encore plus délicate pour les collectivités locales, où les capacités disponibles sont encore plus réduites.

Dans ce contexte, il serait souhaitable de renforcer le professionnalisme dans les marchés publics au travers du développement d'un « corpus » commun de connaissances et de compétences. Une possibilité serait le développement d'une fonction d'acheteurs publics qui soit entièrement dédiée à la planification des achats, la passation et l'exécution, et qui puisse assister les ordonnateurs dans un contexte où ceux-ci sont responsabilisés pour le contrôle interne. Cette fonction devrait bénéficier d'un statut et d'une reconnaissance adaptés dans la hiérarchie des emplois de la fonction publique. Par ailleurs, des formations spécifiques aux achats pourraient être organisées afin d'assurer une mise à jour régulière du profil de compétences des acheteurs en fonction des dernières évolutions réglementaire et technologique, notamment dans le cadre de la mise en œuvre du portail électronique. Il pourrait être envisagé à long terme de développer un système de certification pour les achats, notamment en s'appuyant sur des partenariats au niveau international.

Ces mesures permettraient de reconnaître la fonction achat comme une profession à part entière et d'assurer aux ordonnateurs une capacité de gestion adéquate des marchés, tant au niveau central que local, ce qui ne pourrait que faciliter l'évolution vers un contrôle *a posteriori*.

Renforcer l'indépendance du mécanisme de recours

La possibilité de saisine de la Commission des marchés pour le règlement amiable des litiges est un pas en avant vers l'institution d'un droit de recours pour les soumissionnaires (article 95 du Décret de 2007). En effet, il existe un climat de défiance des entreprises vis-à-vis de l'administration, qui hésitent à faire des réclamations. Toutefois, le mandat de la Commission est très étroit puisque cette saisine est indirecte, par l'intermédiaire du Secrétaire général du gouvernement, et que son avis est simplement consultatif. Cela se traduit donc par une administration qui est à la fois juge et partie puisque c'est le ministre concerné qui au final tranche sur le litige. En dépit de sa création depuis 1936, la Commission dispose de ressources humaines et financières très insuffisantes pour gérer efficacement les réclamations. Enfin, le droit de contestation ne concerne que l'attribution du marché. Ainsi, ce droit ne s'applique pas au choix de la procédure de passation de marché, aux critères de sélection des candidats, à la décision de la commission d'appels d'offre de rejeter la totalité des offres et à la décision de l'autorité compétente d'annuler l'appel d'offres.

Afin d'assurer un traitement équitable des concurrents, il est nécessaire d'assurer la célérité du mécanisme pour le traitement des réclamations. Pour cela, différentes options sont envisageables :

- Une modification du Décret de 2007 serait souhaitable pour enlever un certain nombre de filtres d'accès à la Commission des marchés, notamment en permettant sa consultation directe.
- Par ailleurs, il pourrait être envisagé d'accélérer la procédure de recours, en utilisant plus systématiquement le droit de référé au Juge administratif, ce qui permettrait de juger les réclamations dans des délais raisonnables.

Par ailleurs, si l'objectif est l'institution d'un véritable mécanisme de recours, il pourrait être envisagé de donner à la Commission des marchés des garanties pour son indépendance en renforçant :

- Ses statuts : Ses avis pourraient être rendus liants, afin qu'ils ne soient contestables que par les tribunaux administratif et judiciaire. Par ailleurs, les exceptions indiquées dans le Décret de 2007 où la procédure ne peut faire l'objet de contestation pourraient être supprimées afin de lui permettre d'exercer pleinement son rôle en tant que mécanisme de recours.
- Ses capacités humaines et budgétaires : Celles-ci sont trop limitées et ne lui permettent pas de mener à bien ses différentes missions.

Par ailleurs, d'autres considérations doivent être prises en compte afin d'assurer l'indépendance du mécanisme de recours. Pour éviter d'éventuelles influences, notamment au niveau politique, certaines garanties d'intégrité pourraient être introduites, par exemple au travers de critères professionnels et d'éthique précis pour la nomination de ses membres (absence de conflits d'intérêts, réputation d'intégrité et de neutralité).

Poursuivre la démarche de responsabilisation et d'audit

De nombreuses avancées ont eu lieu ces dernières années au niveau des textes afin de responsabiliser les ordonnateurs devant la Cour de discipline budgétaire (loi n° 61-99 promulguée par le Dahir n° 1-02-25 du 3 avril 2002) et de les contrôler (obligation d'audit pour les marchés dont les montants excèdent 5 millions de dirhams depuis 1998). Par ailleurs, l'ambitieuse réforme engagée pour alléger le contrôle *a priori* a abouti à un formalisme excessif et l'axer sur la performance va dans la bonne direction. En dépit de ces efforts substantiels, il a été indiqué par les interlocuteurs que les ministres et hauts fonctionnaires ne sont pas systématiquement tenus responsables de leurs décisions et sont donc rarement mis en cause en cas d'infraction des règles.

Cela s'explique notamment par le fait que lorsque l'ordonnateur se trouve être un ministre, il n'est pas légalement responsable, même s'il est auteur d'un ordre de réquisition (article 52 de la loi 62-99 formant le code des juridictions financières, 13 juin 2002). Plus généralement, il n'existe pas de véritable contrôle de l'opportunité de la dépense, ce qui laisse un pouvoir discrétionnaire important à l'ordonnateur durant la phase de définition des besoins. Quant au contrôle *a posteriori*, il a été indiqué dans les entretiens que l'obligation d'audit pour les marchés importants n'est pas systématiquement appliquée en pratique.

La démarche de responsabilisation et de contrôle *a posteriori* des ordonnateurs doit être poursuivie. Plusieurs actions sont envisageables. Il serait souhaitable d'amender le code des juridictions financières pour renforcer la responsabilisation des ordonnateurs. Par ailleurs, il pourrait être envisagé d'élargir le rôle de l'IGF en amont de la phase d'attribution afin qu'elle vérifie que l'objet du marché correspond à la nature et l'étendue des besoins, ce qui permettrait ainsi de mieux s'assurer de l'opportunité de la dépense. Enfin, il faudrait non seulement réaliser des audits pour les marchés importants, mais aussi les rendre plus systématiques en dessous du seuil des 5 millions de dirhams. Une possibilité serait de stratifier les audits menés par l'Inspection Générale de Finances par rapport aux risques du marché (par exemple : le montant, type de procédure utilisé, etc.) sans avoir de seuil minimum pour conduire ces audits.

Assurer une interprétation et une mise en œuvre harmonisées du Décret de 2007

Le Décret de 2007 constitue un cadre détaillé et moderne pour réglementer la passation des marchés publics au niveau de l'État, tant au niveau central que local. Les principes du Décret de 2007 sont conformes aux principes qui guident les efforts au niveau international, comme l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, notamment le renforcement de la transparence, la promotion de la concurrence et la prévention de la corruption. L'association du secteur privé dans la préparation du Décret de 2007 a renforcé sa pertinence car le texte reflète globalement les attentes des parties prenantes. Il définit clairement les règles qui s'appliquent dans les marchés publics au niveau de l'État. Il couvre l'ensemble du cycle des marchés, de la définition des besoins à l'exécution du contrat, même s'il se concentre plus particulièrement sur la phase d'attribution. Toutefois, le Décret ne s'applique qu'aux établissements et entreprises publics qui ne disposent pas d'une réglementation spécifique.

L'enjeu principal est d'assurer sa mise en œuvre au niveau de l'État afin d'éviter qu'il ne reste lettre morte :

- Des actions de sensibilisation ont été initiées et doivent être renforcées. Des formations sont en cours dans les administrations, à la fois au niveau central et local. Cet effort doit être étendu aux entreprises, notamment pour les familiariser au Portail électronique et les inciter à l'utiliser.
- De la même manière, davantage de notes explicatives, manuels et documents standardisés pour les marchés de travaux, fournitures et services doivent être développés afin d'assurer une interprétation et une mise en œuvre harmonisées du Décret de 2007. Ces notes explicatives seront particulièrement cruciales pour les phases en amont et en aval de l'attribution.
- Afin d'assurer la mise en œuvre du Décret, il pourrait être envisagé d'organiser, dans un an, une revue de l'application de ses dispositions par les administrations concernées, et de rendre les résultats de cette revue publics.

Par ailleurs, il est essentiel qu'il y ait un effort d'harmonisation des dispositions du Décret de 2007 avec les réglementations qui s'appliquent dans les établissements et les entreprises publics afin de renforcer la cohérence des réglementations sur la commande publique. Le rôle du Secrétariat général du gouvernement pourrait être valorisé dans ce cadre afin d'assurer une coordination intergouvernementale pour faciliter l'harmonisation des textes. Par ailleurs, des capacités adéquates doivent être fournies au niveau local afin de permettre la mise en œuvre du Décret.

Instaurer des mesures spécifiques pour lutter contre la corruption dans les marchés publics

Le Décret de 2007 introduit pour la première fois des dispositions visant spécifiquement à lutter contre la corruption dans les marchés publics, à la fois pour les soumissionnaires et le maître d'ouvrage. Toutefois, il n'existe pas de normes d'éthique détaillées au niveau de l'administration définissant les intérêts privés et les situations qui sont susceptibles d'altérer l'impartialité des fonctionnaires. Plus généralement, on observe une absence de connaissance fine du phénomène de la corruption et de ses causes au niveau de l'administration, notamment dans les marchés publics.

Il serait souhaitable que l'Instance Centrale de Prévention de la Corruption engage une réflexion sur les mécanismes spécifiques qui peuvent être mis en place pour lutter contre la corruption dans les marchés publics. Une première étape serait de dresser une « cartographie des risques » dans les différentes administrations pour recenser les postes des agents qui sont exposés, les activités liées à la passation des marchés publics où naissent des risques et les projets à risque du fait de la valeur et de la complexité des marchés en jeu. Pour cela, il faudra obliger les différentes administrations à coopérer avec l'Instance et à lui fournir l'information requise. Sur cette base, la stratégie et les moyens de lutte contre la corruption pourraient être adaptés, notamment dans les marchés publics. Par exemple, des sessions de formation pourraient être organisées pour informer les agents chargés des marchés publics ainsi que les contrôleurs des risques de corruption et des mesures possibles pour mieux prévenir et détecter la corruption.

Afin d'enraciner véritablement les normes d'éthique dans les marchés publics, il est essentiel de développer des réglementations sur les conflits d'intérêts définissant clairement les intérêts privés ou les situations susceptibles de compromettre l'indépendance du fonctionnaire. De plus, les fonctionnaires intervenant dans les marchés pourraient être sensibilisés aux questions d'éthique, avec l'adoption d'un code pour la profession les aidant à gérer certaines situations de conflits d'intérêts potentiels (par exemple : réception de cadeaux et autres avantages) dans leurs rapports avec les fournisseurs.

Notes

1. Ce chiffre de 88.8 % par appel d'offres ouvert en 2007 n'inclue pas les bons de commande. Le reste des marchés a été effectué par appel d'offres restreint (6 %) ou par marché négocié (5.2 %). Source : *Statistiques de la Trésorerie générale du Royaume du Maroc*.
2. Le Dahir est un Décret émis par le Roi du Maroc.
3. La moralisation de la vie publique au Maroc est un dossier prioritaire pour le gouvernement. Un Plan d'action contre la corruption a été formulé en août 2005.
4. La méthodologie du projet est détaillée dans « Terms of Reference for the Pilot Project on the Integrity of Public Procurement in Morocco – Joint Learning Study » (mandat du Projet pilote sur l'intégrité dans les marchés publics au Maroc – Étude d'apprentissage mutuel).

ANNEXE A

Recommandation de l'OCDE sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics

LE CONSEIL,

Vu les articles 1, 2 a), 3 et 5 b) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques en date du 14 décembre 1960 ;

Vu la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée le 21 novembre 1997, la Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales adoptée le 23 mai 1997 et la Recommandation sur les propositions de clauses anti-corruption à intégrer dans les contrats relatifs aux marchés financés par l'aide bilatérale adoptée par le Comité d'aide au développement le 7 mai 1996 ;

Notant que la législation d'un certain nombre de pays membres s'inspire aussi d'autres instruments juridiques internationaux sur les marchés publics et la lutte contre la corruption élaborés dans le cadre des Nations unies, de l'Organisation mondiale du commerce ou de l'Union européenne ;

Reconnaissant que les marchés publics constituent une activité économique fondamentale des pouvoirs publics qui est particulièrement vulnérable aux irrégularités de gestion, à la fraude et à la corruption ;

Reconnaissant que les efforts visant à renforcer la bonne gouvernance et l'intégrité dans les marchés publics contribuent à une gestion efficace et efficiente des ressources publiques et, par là même, de l'argent des contribuables ;

Notant que les efforts internationaux déployés pour appuyer les réformes des marchés publics ont, par le passé, principalement mis l'accent sur des mesures visant à favoriser le caractère concurrentiel des appels d'offres dans le but de garantir des règles du jeu équitables dans la sélection des fournisseurs ;

Reconnaissant que les pays membres partagent le même intérêt pour la prévention des risques pesant sur l'intégrité tout au long du cycle de passation des marchés publics dans son intégralité, de l'évaluation des besoins à la gestion des contrats et à leur paiement ;

Sur la proposition du Comité de la gouvernance publique :

I. RECOMMANDE :

(1) Que les pays membres prennent les mesures appropriées pour élaborer et mettre en œuvre un cadre adéquat destiné à renforcer l'intégrité dans l'ensemble du cycle de passation des marchés publics, de l'évaluation des besoins à la gestion du contrat et au paiement ;

(2) Que, lors de la définition des mesures destinées à renforcer l'intégrité dans les marchés publics, les pays membres prennent en compte les Principes énoncés en Annexe à la présente Recommandation dont elle fait partie intégrante ;

(3) Que les pays membres diffusent également ces Principes auprès du secteur privé, qui joue un rôle important dans la fourniture de biens et de services d'utilité publique.

II. INVITE le Secrétaire général à diffuser ces Principes auprès des économies non-membres et à les encourager à les prendre en compte pour favoriser la gouvernance publique, l'efficacité de l'aide, la lutte contre la corruption internationale et la concurrence.

III. CHARGE le Comité de la gouvernance publique de rendre compte au Conseil des progrès réalisés dans la mise en œuvre de cette Recommandation dans les trois ans suivant son adoption et régulièrement par la suite, en consultation avec les autres Comités concernés.

Appendice

Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics

I. Objectifs et portée

La Recommandation fournit aux responsables de l'action publique des Principes pour renforcer l'intégrité dans l'ensemble du cycle de passation des marchés publics, en tenant compte des instruments internationaux aussi bien que des législations nationales et des structures organisationnelles propres aux pays membres.

Cette Recommandation est principalement conçue à l'intention des responsables de l'action publique des administrations nationales, mais offre également des directives de portée générale à l'intention des administrations infranationales et des entreprises publiques.

II. Définitions

Cycle de passation des marchés publics

Dans le contexte de la présente Recommandation, le cycle de passation des marchés publics s'entend comme la séquence des activités qui s'y rattachent, partant de l'évaluation des besoins au stade de l'attribution, jusqu'à la gestion du contrat et à son paiement final.

Intégrité

La Recommandation est conçue pour être appliquée à tout un éventail de risques menaçant l'intégrité dans le cycle de passation des marchés publics. L'intégrité peut se définir comme une utilisation de fonds, de ressources, d'actifs et de pouvoirs qui soit conforme à son intention officielle et tienne compte de l'intérêt public. Pour définir une stratégie efficace de prévention des violations de l'intégrité dans le domaine des marchés publics, il peut aussi être utile de définir l'intégrité *a contrario*. Les violations de l'intégrité incluent notamment :

- la corruption, notamment les pots-de-vin, les commissions occultes, le népotisme, le copinage ou le clientélisme ;
- la fraude et le détournement de ressources, par exemple au moyen de la substitution de produits pendant la livraison entraînant la fourniture de matériaux de moindre qualité ;
- les conflits d'intérêts dans le service public et durant l'après-mandat public ;
- la collusion ;
- le détournement et la manipulation d'informations ;
- les discriminations dans le processus de passation des marchés publics ; et
- le gaspillage et le détournement des ressources de l'administration.

III. Principes

Les dix Principes qui suivent sont fondés sur l'application d'éléments de bonne gouvernance dans le but de renforcer l'intégrité dans les marchés publics. Il s'agit en particulier d'éléments qui relèvent de la transparence, de la bonne gestion, de la prévention de comportements réprouvés, ainsi que de l'obligation de rendre des comptes et du contrôle. Un aspect important de l'intégrité dans les marchés publics tient à l'obligation fondamentale de traiter les fournisseurs potentiels et contractants de manière équitable.

A. Transparence

1. Les pays membres devraient instaurer un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels.

Les pouvoirs publics devraient fournir aux fournisseurs potentiels et contractants des informations claires et cohérentes, de façon à ce que le processus de passation des marchés publics soit bien compris et mis en œuvre de façon aussi équitable que possible. Les pouvoirs publics devraient favoriser la transparence en direction des fournisseurs potentiels et des autres parties prenantes, par exemple les organismes de surveillance, non seulement en ce qui concerne la conclusion des contrats, mais également à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics. Les pouvoirs publics devraient adapter le degré de transparence en fonction du destinataire de l'information et de l'étape du cycle concernée. En particulier, les pouvoirs publics devraient protéger les informations confidentielles de manière à garantir des règles du jeu équitables aux fournisseurs potentiels et à éviter la collusion. Ils devraient aussi s'assurer que les règles de passation des marchés publics obligent à respecter un degré de transparence propre à renforcer le contrôle de la corruption sans créer de « paperasserie » inutile, de manière à garantir l'efficacité du système.

2. Les pays membres devraient s'efforcer d'assurer une transparence maximale dans les appels d'offres et prendre des mesures de précaution pour renforcer l'intégrité, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence.

Afin de garantir un processus concurrentiel de qualité, les pouvoirs publics devraient communiquer des règles claires et, si possible des orientations, sur le choix de la méthode de passation du marché retenue ainsi que sur les dérogations éventuelles aux règles d'appel à la concurrence. Bien que la méthode de passation du marché puisse être adaptée au type de marché concerné, les pouvoirs publics devraient, dans tous les cas, garantir une transparence maximale dans les appels d'offres. Ils devraient envisager

de mettre en place des procédures destinées à diminuer les risques pesant sur l'intégrité grâce à une transparence accrue, à des orientations plus claires et à des contrôles plus stricts, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence, notamment pour des motifs d'extrême urgence ou de sécurité nationale.

B. Bonne gestion

3. Les pays membres devraient s'assurer, lors de la passation de marchés, que l'usage des deniers publics est conforme à leur intention.

La planification des marchés publics et des dépenses correspondantes est essentielle pour traduire une vision stratégique à long terme des besoins des administrations. Les pouvoirs publics devraient établir un lien entre les marchés publics et les systèmes publics de gestion financière de façon à renforcer la transparence et l'obligation de rendre des comptes, et à optimiser l'utilisation des ressources publiques. Des organismes de surveillance tels que des organes de contrôle interne ou d'audit interne, des cours des comptes ou des comités parlementaires devraient suivre la gestion des fonds publics pour vérifier que les besoins ont été correctement estimés et que l'usage des deniers publics est conforme à leur intention.

4. Les pays membres devraient s'assurer que les fonctionnaires chargés de la passation des marchés publics satisfont à des normes professionnelles élevées en termes de savoir, de compétences et d'intégrité.

Accorder aux fonctionnaires qui travaillent dans le domaine des marchés publics le statut de profession à part entière est essentiel pour mieux résister à la mauvaise gestion, au gaspillage et à la corruption. Les pouvoirs publics devraient investir en conséquence dans les marchés publics et offrir des incitations adéquates pour attirer des fonctionnaires hautement qualifiés. Ils devraient également veiller à une mise à niveau régulière du savoir et des compétences des fonctionnaires concernés pour tenir compte des évolutions en matière de réglementation, de gestion et de technologie. Les fonctionnaires devraient avoir connaissance des normes d'intégrité et être en mesure d'identifier tout conflit potentiel, entre leurs intérêts privés et leurs missions publiques, susceptible d'avoir une influence sur la prise de décision publique.

C. Prévention des comportements répréhensibles, respect des règles et surveillance

5. Les pays membres devraient mettre en place des mécanismes destinés à prévenir les risques pesant sur l'intégrité dans les marchés publics.

Les pouvoirs publics devraient mettre en place des cadres institutionnels ou des procédures pour mettre davantage les fonctionnaires chargés de la

passation des marchés publics à l'abri de toute influence indue exercée par des hommes politiques ou des fonctionnaires de rang plus élevé. Les pouvoirs publics devraient par ailleurs vérifier que les fonctionnaires impliqués dans les marchés publics sont choisis et nommés en fonction de valeurs et de principes, en particulier sur la base de l'intégrité et du mérite. En outre, ils devraient identifier les risques pour l'intégrité pesant sur les postes, les activités ou les projets potentiellement sensibles. Les pouvoirs publics devraient lutter contre ces risques en mettant en place des mécanismes de prévention adéquats, propres à favoriser une culture d'intégrité dans le service public, par exemple en organisant des formations sur le thème de l'intégrité, en instaurant des règles de déclaration des actifs et en divulguant et en gérant les conflits d'intérêts.

6. Les pays membres devraient encourager une coopération étroite entre les pouvoirs publics et le secteur privé pour préserver des normes d'intégrité élevées, en particulier dans la gestion des contrats.

Les pouvoirs publics devraient fixer des normes claires en matière d'intégrité et veiller à ce qu'elles soient respectées à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics, en particulier dans la gestion des contrats. Les pouvoirs publics devraient consigner les informations relatives à l'expérience avec les différents fournisseurs afin d'aider les fonctionnaires à prendre leurs décisions futures. Les fournisseurs potentiels devraient eux aussi être encouragés à prendre des mesures volontaires pour renforcer l'intégrité dans leurs relations avec les administrations. Les pouvoirs publics devraient poursuivre le dialogue avec les organisations professionnelles de fournisseurs pour se tenir au fait des évolutions du marché, réduire les asymétries d'information et optimiser l'utilisation des deniers publics, en particulier pour les marchés de montants élevés.

7. Les pays membres devraient prévoir des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics ainsi que déceler les comportements réprouvés et les sanctionner.

Les pouvoirs publics devraient mettre en place des mécanismes permettant de suivre les décisions et de repérer les irrégularités ou les cas de corruption potentiels dans les marchés publics. Les fonctionnaires chargés du contrôle devraient être au fait des techniques et des acteurs de la corruption afin de faciliter la détection de comportements réprouvés dans les marchés publics. À cette fin, les pouvoirs publics devraient également envisager de mettre en place des procédures permettant de faire état de comportements réprouvés éventuels et de protéger de représailles les fonctionnaires qui donnent l'alerte. Enfin, les pouvoirs publics devraient non seulement définir

des sanctions prévues par la loi, mais également faire en sorte que ces sanctions puissent, en cas de violation, être appliquées de manière efficace, proportionnée et dans les délais voulus.

D. Obligation de rendre des comptes et contrôle

8. Les pays membres devraient définir clairement la chaîne des responsabilités et mettre en place des mécanismes de contrôle efficaces.

Les pouvoirs publics devraient définir clairement la chaîne des responsabilités et pour cela, déterminer à qui appartient le pouvoir d'approbation d'un marché public, en procédant à une séparation adéquate des tâches, et définir les obligations de déclaration interne. En outre, la régularité et l'exhaustivité des contrôles devraient être proportionnelles aux risques encourus. Les contrôles internes et externes devraient être complémentaires et être soigneusement coordonnés de manière à éviter toute lacune ou maillon faible, et à garantir que les informations fournies par les contrôles soient aussi complètes et aussi utiles que possible.

9. Les pays membres devraient traiter les réclamations des fournisseurs potentiels de manière équitable et dans les délais prévus.

Les pouvoirs publics devraient garantir que les fournisseurs potentiels puissent accéder de manière efficace et en temps voulu aux systèmes de réexamen des décisions en matière de marchés publics, et que leurs réclamations soient promptement traitées. Pour garantir l'impartialité de ce réexamen, un organisme ayant le pouvoir de faire appliquer la loi, et indépendant des différentes entités concernées par les marchés publics, devrait rendre un avis sur les décisions en matière de marchés publics, et proposer des moyens de recours. Les pouvoirs publics devraient également envisager de mettre en place d'autres mécanismes de règlement des différends afin de réduire les délais de traitement des plaintes. Ils devraient enfin analyser les recours aux systèmes de réexamen afin d'identifier les risques que des entreprises individuelles puissent utiliser ces systèmes de réexamen pour interrompre ou influencer des appels d'offres de façon induue. Cette analyse des systèmes de réexamen devrait également permettre d'identifier des possibilités d'amélioration de la gestion dans les domaines-clés des marchés publics.

10. Les pays membres devraient permettre aux organisations de la société civile, aux médias et au grand public de suivre de près la passation des marchés publics.

Les pouvoirs publics devraient publier à l'intention des organisations de la société civile, des médias et du grand public des informations sur les principales clauses des grands contrats. Les rapports des organismes de surveillance

devraient eux aussi être mis à la disposition du plus grand nombre afin de renforcer la vigilance du public. En complément de ces mécanismes traditionnels de reddition de comptes, les pouvoirs publics devraient envisager de faire participer des représentants d'organisations de la société civile et du grand public au suivi des marchés de montants élevés ou complexes où les risques de mauvaise gestion et de corruption sont significatifs.

ANNEXE B

L'optique pluridisciplinaire de l'OCDE sur les marchés publics

À la suite du Forum mondial sur la gouvernance en 2004, le Comité de la gouvernance publique (CGP) et le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, en coopération étroite avec le Comité d'aide au développement (CAD), ont poursuivi conjointement les travaux pluridisciplinaires sur la prévention de la corruption dans les marchés publics :

- Le Comité de la gouvernance publique a défini une série de bonnes pratiques propres à renforcer l'intégrité, en favorisant notamment la transparence (par exemple : les marchés publics en ligne), le professionnalisme, la lutte contre la corruption, ainsi que les obligations de rendre compte et les mesures de contrôle. S'appuyant sur l'expérience de spécialistes des marchés publics, ainsi que des questions d'audit, de concurrence et de lutte contre la corruption, le rapport de l'OCDE intitulé *L'intégrité dans les marchés publics : Les bonnes pratiques de A à Z* présente un tableau comparatif des différentes pratiques permettant d'améliorer l'intégrité pour l'ensemble du cycle de passation des marchés publics, depuis l'évaluation des besoins jusqu'à la gestion des contrats et au paiement.
- Le Groupe de travail sur la corruption, chargé de veiller à la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, a élaboré une typologie de la corruption dans les marchés publics. À partir des contributions d'experts des marchés publics et des principes de droit qui s'y rattachent, ce rapport intitulé *Corruption dans les marchés publics : méthodes, acteurs et contre-mesures* explique comment la corruption peut intervenir aux différents stades de la passation des marchés, décrit ses liens avec d'autres formes de délit – comme la fraude et le blanchiment d'argent – et indique comment repérer et sanctionner ces actes.

- En s'appuyant sur son groupe de travail sur l'efficacité de l'aide, le Comité d'aide au développement s'emploie à renforcer les systèmes de passation de marchés dans les pays en développement. Il s'efforce en outre, en coopération avec ses membres, d'intensifier les efforts collectifs de lutte contre la corruption grâce au réseau du CAD sur la gouvernance.
- Le Comité de la concurrence s'est penché sur les problèmes de concurrence qui se posent dans le contexte des marchés publics. Il a récemment élaboré une liste de référence pour aider les agents chargés de ces marchés à déceler les soumissions concertées et à réduire les risques de collusion au moyen d'une organisation rigoureuse de la passation des marchés publics.

Les Principes tiennent compte des textes juridiques, instruments d'action et outils ci-après, relatifs aux marchés publics et à la lutte anti-corruption :

- *La Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et Recommandation révisée sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales. La recommandation révisée préconise :*
 - i) *que les pays membres appuient les efforts menés à l'Organisation mondiale du commerce en vue d'un accord sur la transparence des marchés publics¹ ;*
 - ii) *que les lois et réglementations des pays membres permettent aux autorités de suspendre l'accès aux marchés publics des entreprises qui ont été convaincues de corruption d'agents publics étrangers en violation de leur loi nationale ; et que, dans la mesure où les pays membres appliquent pour les marchés publics des sanctions aux entreprises convaincues de corruption d'agents publics nationaux, ces sanctions soient appliquées de la même manière en cas de corruption d'agents publics étrangers ;*
 - iii) *que, conformément à la recommandation du Comité d'aide au développement, les pays membres exigent des dispositions anti-corruption dans les marchés financés par l'aide bilatérale, encouragent une bonne mise en œuvre des dispositions anti-corruption dans les institutions internationales de développement et collaborent étroitement avec leurs partenaires en développement à la lutte contre la corruption dans tous les efforts de coopération au développement.*

Le commentaire 24 de l'article 3 mentionne expressément « l'interdiction temporaire ou permanente de participer à des marchés publics »².

Ces dix dernières années, les 37 parties à la Convention de l'OCDE contre la corruption ont réalisé de louables progrès dans la détection, l'examen et la poursuite des cas de corruption d'agents étrangers, permettant ainsi que les transactions commerciales internationales se déroulent dans des conditions plus équitables. Au moyen notamment du mécanisme rigoureux de l'examen collégial, les autorités ont fait adopter des lois contre la corruption et ont créé des unités spéciales d'enquête et de poursuite. Les entreprises ont commencé

à modifier leur pratique mondiale des échanges et de l'investissement, du fait d'une plus grande vigilance publique. *L'Engagement commun en matière de lutte contre la corruption transnationale*, adopté en 2007 lors de la conférence ministérielle à Rome, définit un mandat précis pour la suite des travaux. Entre autres engagements, les parties promettent de maintenir le mécanisme énergétique de suivi, et de rester à l'avant-garde de la lutte mondiale contre la corruption internationale en veillant à l'application de normes appropriées et efficaces contre la corruption. Le Groupe de travail sur la corruption passe en revue les instruments de l'OCDE dans ce domaine, ce qui pourrait avoir des conséquences pour les dispositions de ces instruments qui portent sur les marchés publics et sur la suite de leur mise en application.

- Dans la *Recommandation sur les propositions de clauses anti-corruption à intégrer dans les contrats relatifs aux marchés financés par l'aide bilatérale* (1996), le CAD appelait les membres à intégrer ou à exiger l'intégration de clauses anti-corruption dans les contrats de passation de marchés financés par l'aide. La clause anti-corruption de la recommandation a été incorporée dans la version révisée (1997) de la *Recommandation sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales*. Toutefois, cette dernière ne s'appliquait pas aux passations de marchés effectuées par les pays en développement eux-mêmes. Les pays en développement, ainsi que les donneurs bilatéraux et multilatéraux, ont donc travaillé ensemble, ces dernières années, en organisant des *Tables rondes*. À l'issue de ces travaux, le groupe de travail sur l'efficacité de l'aide a mis au point une méthode d'analyse comparative. Au moyen de celle-ci les pays en développement et les donneurs peuvent évaluer la qualité et l'efficacité des systèmes nationaux de passation de marchés publics par le biais de l'Activité conjointe du CAD sur la passation des marchés³. En outre, le Réseau du CAD sur la gouvernance a établi un programme d'action collective pour les donneurs, ainsi que les Principes pour l'action à mener par les donneurs dans le domaine de la lutte contre la corruption⁴, afin d'apporter un soutien cohérent aux efforts déployés par les pays pour faire reculer la corruption.

Des instruments et méthodes pour la gouvernance des entreprises et la concurrence ont aussi été examinés, en particulier la *Recommandation de 1998 du Conseil pour une action efficace contre les ententes injustifiables*, les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* (2000) et l'*Outil de sensibilisation au risque de l'OCDE destiné aux entreprises opérant dans les zones à déficit de gouvernance*.

Notes

1. Le 1^{er} août 2004, le Conseil général de l'OMC a adopté une décision qui portait notamment sur la manière de traiter à l'avenir la question de la transparence des marchés publics, ainsi que celle des liens entre commerce et investissement et de l'interaction du commerce et de la concurrence. Le Conseil est convenu que « ces questions ne feraient pas partie du programme de travail de Doha et que, par conséquent, il n'y aurait pas de travaux en vue de négociations [...] dans le cadre de l'OMC pendant le Cycle de Doha ». Depuis cette décision, le Groupe de travail sur la transparence des marchés publics n'a pas repris ses travaux.
2. L'article 3 de la Convention précise que des sanctions pénales doivent être prises à l'encontre des personnes physiques. Si les pays se sont déclarés convaincus, lors de la négociation des termes de la Convention, qu'il était essentiel de sanctionner les personnes morales coupables de corruption d'agents publics étrangers, ils n'ont pas précisé qu'il devait s'agir de sanctions pénales. Par conséquent, l'article 2 invite les pays à retenir la « responsabilité des personnes morales », tandis que l'article 3(2) accepte également la possibilité de sanctions non pénales à l'encontre d'une société, pour autant qu'elles soient « efficaces, proportionnées et dissuasives ». Voir aussi *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* (Lutter contre la corruption et promouvoir l'intégrité des marchés publics), OCDE, 2005.
3. Pour de plus amples informations sur la méthode de l'analyse comparative et de l'évaluation, se reporter à l'adresse Internet : www.oecd.org/document/40/0,3343,en_2649_19101395_37130152_1_1_1_1,00.html.
4. Voir le document *Note d'orientation et principes relatifs à la lutte contre la corruption : Définir un programme d'action collective*, OCDE, 2007, ainsi que le lien www.oecd.org/dac/governance/corruption.

ANNEXE C

La consultation sur les Principes et la Liste de vérification avec les parties prenantes

Une consultation exhaustive a eu lieu en 2008 sur les Principes et la Liste de vérification. La consultation avec les représentants des organismes de l'OCDE travaillant sur les questions qui portent sur la même problématique a montré la démarche pluridisciplinaire de l'OCDE. Les Principes reflètent la richesse de la démarche pluridisciplinaire de l'OCDE qui analyse la passation des marchés publics sous différents angles : la bonne gouvernance, la lutte contre la corruption, l'aide au développement, la concurrence et les échanges internationaux.

Une conclusion a également eu lieu avec les représentants des pouvoirs, publics d'économies non membres, du secteur privé, de la société civile, des organismes d'aide bilatérale et des organisations internationales comme les Nations Unies, l'organisation mondiale du Commerce et l'Union européenne. La consultation avec les différentes parties prenantes, notamment les organisations internationales et régionales concernées par les questions liées aux marchés publics, s'est avérée essentielle pour s'assurer que la Liste de vérification fournit bien des orientations stratégiques qui soient compatibles avec les instruments juridiques existants au niveau international et qui les complètent utilement. En complément de la *Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* on citera plus particulièrement :

- la *Convention des Nations Unies contre la corruption* (chapitre II sur les mesures préventives, en particulier l'article 9 sur la passation des marchés publics et la gestion des finances publiques) ; (voir note)
- la *loi type de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services* ;
- l'*Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP)* ;

- le paquet législatif des *Directives du Parlement européen et du Conseil sur les marchés publics* ; et
- la *Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur les clauses de travail (contrats publics)*.

De plus, d'autres organisations internationales et régionales, comme les banques multilatérales de développement, ainsi que des organismes d'aide bilatérale, ont été consultés afin de tirer parti de leur expérience en matière de réformes des marchés publics à l'échelle des différents pays. Leurs compétences se sont avérées particulièrement utiles puisqu'ils ont élaboré des directives liées à la corruption dans les marchés publics, même si ces directives sont spécialement adaptées aux conditions spéciales qui s'appliquent dans le contexte des financements qu'ils assurent. Les directives portent, par exemple, sur la lutte anti-corruption et l'évaluation du risque fiduciaire, comme le programme « Dépenses publiques et responsabilité financière ».

Note

L'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se lit comme suit :

1. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes, pour l'application desquels des valeurs-seuils peuvent être prises en compte, prévoient notamment :
 - a) la diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres ;
 - b) l'établissement à l'avance des conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution et les règles d'appels d'offres, et leur publication ;
 - c) l'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics, afin de faciliter la vérification ultérieure de l'application correcte des règles ou procédures ;
 - d) un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au présent paragraphe ; et
 - e) s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation.

2. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures appropriées pour promouvoir la transparence et la reddition des comptes dans la gestion des finances publiques. Ces mesures comprennent notamment :
 - a) des procédures d'adoption du budget national ;
 - b) la communication en temps utile des dépenses et des recettes ;
 - c) un système de normes de comptabilité et d'audit, et de contrôle au second degré ;
 - d) des systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne ; et
 - e) s'il y a lieu, des mesures correctives en cas de manquement aux exigences du présent paragraphe.
3. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification.

Glossaire

Appel d'offres limité ou négocié	Méthode de passation de marché selon laquelle le commettant contacte individuellement une ou plusieurs entreprises.
Appel d'offres ouvert	Méthode de passation de marché selon laquelle toutes les entreprises intéressées peuvent soumissionner.
Appel d'offres restreint ou sélectif	Méthode de passation de marché selon laquelle le commettant n'invite qu'un nombre limité d'entreprises à soumissionner.
Approche fondée sur l'analyse des risques	Cette démarche consiste à recenser les points faibles qui, séparément ou ensemble, pourraient influencer sur l'intégrité d'une opération liée à la passation des marchés publics, et à mettre en place des mécanismes de contrôle pour faire face à ces points faibles.
Contrôle direct par la société civile	Intervention d'acteurs externes – par exemple utilisateurs finaux, représentants de la société civile ou de la population – au contrôle de l'intégrité de la passation des marchés publics.
Cycle de passation d'un marché public	Il s'agit d'une série d'opérations qui vont de l'évaluation des besoins à la gestion des contrats et au paiement final, en passant par l'attribution du marché.
Enchères inversées	Les enchères traditionnelles mettent en présence un seul vendeur et de nombreux acheteurs potentiels, qui sont en concurrence pour le même bien mis en vente. Dans les enchères inversées, utilisées pour les achats électroniques, en général par l'Internet (enchères en ligne), il n'y a au contraire qu'un acheteur et de nombreux vendeurs. Schématiquement, l'acheteur indique ce qu'il veut acheter (fréquemment en spécifiant un prix plafond) et invite des fournisseurs à préparer une offre. Ce type d'achat se prête particulièrement à l'acquisition de biens qui se trouvent en abondance sur le marché et pour lesquels on peut intensifier le recours à la concurrence afin de faire baisser les prix.

Exclusion des marchés publics	Interdiction, temporaire ou indéfinie, faite à une entreprise de soumettre aux marchés publics de l'administration ou d'organismes multilatéraux s'il est établi, après enquête ou examen, qu'elle est impliquée dans une affaire de corruption qui vise ou visait à obtenir un marché public.
Mauvaise gestion	En théorie, la mauvaise gestion peut désigner un ensemble d'actes qui vont de la simple erreur dans l'exécution d'une tâche administrative à la violation délibérée de la législation applicable et des politiques qui y sont associées ¹ .
Pacte d'intégrité	Accord conclu entre une administration publique et l'ensemble des soumissionnaires à un marché public, aux termes duquel chacune des parties s'interdit de verser, d'offrir, de demander ou d'accepter des pots-de-vin ou de s'entendre avec des concurrents, pour obtenir le marché ou le mener à bien. En cas de violation de ce pacte, les termes du contrat prévoient la possibilité d'annuler le marché, avec perte de la caution de soumission et de la garantie de bonne exécution, obligation à dommages et intérêts et exclusion des futurs marchés publics ² .
Piste de vérification	Enregistrement chronologique des activités liées à la passation de marchés publics qui permet de reconstituer, d'examiner et de vérifier leur déroulement à chaque étape de la procédure de passation.
Transparence	Dans le contexte des marchés publics, la transparence s'entend comme l'accès aux informations concernant : ● les lois et règlements, décisions de justice et/ou règles administratives, clauses normalisées applicables à la passation de marchés publics ; et ● le détail des opérations par lesquelles les marchés sont définis, attribués et gérés.

Notes

1. Cette définition est tirée de la Loi sur la gestion des finances publiques, Canada, 1985 (www.laws.justice.gc.ca/fr/showtdm/cs/F-11//20091019).
2. Voir aussi le site Internet de Transparency International, www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/integrity_pacts.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements œuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux que pose la mondialisation. L'OCDE est aussi à l'avant-garde des efforts entrepris pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles font naître. Elle aide les gouvernements à faire face à des situations nouvelles en examinant des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et les défis posés par le vieillissement de la population. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d'identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie. La Commission européenne participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics

De nombreux États ont massivement investi dans la réforme des systèmes de marchés publics, à la fois pour offrir des règles du jeu équitables aux fournisseurs potentiels et pour assurer une utilisation plus efficace des ressources. Même si les marchés publics sont de plus en plus ouverts à la concurrence, la fraude et la corruption dans la passation des marchés continuent d'engloutir chaque année des flux considérables d'argent public, estimés à 400 milliards de dollars. Que peuvent faire les pays pour sortir de cette ornière ?

Les *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics* constituent un instrument novateur, qui favorise la bonne gouvernance à toutes les étapes de la passation des marchés publics, depuis l'évaluation des besoins jusqu'à la gestion des marchés. S'inspirant de bonnes pratiques reconnues dans les pays membres et non membres de l'OCDE, ils représentent un réel progrès. Ils fournissent des orientations sur la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux élaborés dans le cadre de l'OCDE, ainsi que par d'autres organisations comme les Nations Unies, l'Organisation mondiale du commerce et l'Union européenne.

Outre les Principes, cette publication très complète inclut une Liste de vérification pour la mise en œuvre du cadre à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics. Par ailleurs, elle établit une cartographie détaillée des risques, afin d'aider les auditeurs à prévenir et à détecter la fraude et la corruption. Enfin, elle comprend une étude de cas utile sur le Maroc, qui a fait l'objet d'une application pilote des Principes.

« *La Liste de vérification aidera les États et les autorités publiques à élaborer des systèmes de passation de marchés plus transparents et plus efficaces* », Nicolas Raigorodsky, Sous-secrétaire chargé des stratégies de transparence, Bureau de lutte contre la corruption, Argentine

« *Dans le domaine de la gouvernance publique, la passation des marchés publics est une des questions les plus importantes. C'est en s'attaquant aux pots de vin et à la corruption qu'on pourra promouvoir l'intégrité.* » Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE

« *Il faut saluer l'orientation générale et le contenu de ce document. Ils s'inspirent très étroitement de la Convention des Nations Unies contre la corruption et de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* », Stuart Gilman, Chef du Programme mondial de lutte contre la corruption et du Groupe de lutte contre la corruption, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime

Le texte complet de cet ouvrage est disponible en ligne aux adresses suivantes :

www.sourceocde.org/economiesemergentes/9789264055667

www.sourceocde.org/economiestransition/9789264055667

www.sourceocde.org/gouvernance/9789264055667

Les utilisateurs ayant accès à tous les ouvrages en ligne de l'OCDE peuvent également y accéder via : www.sourceocde.org/9789264055667

SourceOCDE est une bibliothèque en ligne qui a reçu plusieurs récompenses. Elle contient les livres, périodiques et bases de données statistiques de l'OCDE. Pour plus d'informations sur ce service ou pour obtenir un accès temporaire gratuit, veuillez contacter votre bibliothécaire ou SourceOECD@oecd.org.