

ANTI-CORRUPTION HELPDESK

PROVIDING ON-DEMAND RESEARCH TO HELP FIGHT CORRUPTION

DROIT DES MARCHES PUBLICS ET CORRUPTION

QUESTION

Pourriez-vous fournir des informations concernant les bonnes pratiques et les normes en matière de législation sur la passation de marchés publics ?

SOMMAIRE

1. Les bonnes pratiques en matière de législation sur la passation de marchés publics
2. Législation sur la passation de marchés et corruption : dispositions générales
3. Législation sur la passation de marchés et corruption : phase de planification
4. Législation sur la passation de marchés : réglementation de la phase d'appel d'offres
5. Législation sur la passation de marchés et phase post-attribution
6. Autres questions à prendre en compte dans la législation sur la passation de marchés publics
7. Bibliographie

//

Auteur(s) :

Maíra Martini, Transparency International
tihelpdesk@transparency.org

Relecteur(s) : Marie Chêne, Transparency International

Date : 12 juin 2015

RÉSUMÉ

L'adoption d'un cadre juridique adéquat est la toute première mesure à prendre pour limiter les possibilités de corruption dans les processus de passation de marchés publics. Bien qu'il faille tenir compte du contexte et de la tradition juridique du pays dans l'élaboration des lois sur la passation de marchés, celles-ci doivent inclure un certain nombre d'éléments généraux. La législation doit notamment inclure des règles claires et objectives concernant les méthodes de passation de marchés disponibles et les critères d'utilisation de chacune d'entre elles ; des règles transparentes sur le processus d'appel d'offres, y compris sur les délais, le dossier d'appel d'offres et la qualification de l'entrepreneur ; et les critères d'évaluation des offres et des soumissionnaires.

En outre, les lois sur la passation de marchés doivent réglementer les mécanismes de traitement des plaintes et des recours ainsi que les sanctions en cas de non-conformité. Elles doivent aussi assurer le suivi efficace des contrats attribués, par le biais notamment de règles de divulgation proactive et de la participation de la société civile en tant que sentinelle. Les lois sur la passation de marchés doivent également inclure des mesures veillant à l'intégrité des responsables des achats et la protection des lanceurs d'alerte.

1 LES BONNES PRATIQUES EN MATIÈRE DE LEGISLATION SUR LA PASSATION DE MARCHÉS PUBLICS

Vue d'ensemble

La passation de marchés publics désigne l'acquisition de biens ou de services par une institution publique. Une grande part de l'argent public est dépensée dans des processus de passation de marchés. Dans le monde, on estime qu'en moyenne 13 à 20 pour cent du produit intérieur brut (PIB) est destiné à l'approvisionnement en biens et en services du secteur public, soit environ 9,5 billions de dollars US par an (Transparency International 2014).

Le processus de passation de marchés publics comprend trois étapes principales : (i) la phase de planification, qui inclut l'évaluation initiale des besoins, les allocations budgétaires et l'ensemble du processus depuis l'étude de marché initiale jusqu'à la préparation du dossier d'appel d'offres ; (ii) la phase d'appel d'offres, qui inclut l'évaluation des offres et l'attribution des contrats ; et (iii) la phase post-attribution, qui inclut la mise en œuvre et l'administration des contrats qui sont généralement régies par des lois et réglementations distinctes ou spécifiques (Transparency International 2014).

La taille, le nombre et la complexité des opérations de passation de marchés, ainsi que le large pouvoir discrétionnaire dont jouissent habituellement les responsables des achats, créent de nombreuses incitations et opportunités de corruption à tous les stades du processus (Morgner et Chêne 2014).

Dans ce contexte, compte tenu de la complexité des procédures en question qui exigent souvent un haut niveau d'expertise technique, il est très difficile de prévenir et de détecter la corruption dans la passation de marchés publics.

L'adoption d'un cadre juridique adéquat est la toute première mesure à prendre pour limiter les possibilités de corruption, mais d'autres mesures sont

indispensables pour lutter efficacement contre la corruption dans les passations de marchés publics. Par exemple, il faut s'assurer que le processus de passation de marchés s'inscrit dans un système efficace de gestion des finances publiques, instaurer des mécanismes de contrôle robustes et des organismes de vérification indépendants dotés de ressources suffisantes, et encourager un contrôle externe par la société civile et les médias.

Normes internationales

Les normes internationales ont mis en évidence l'importance de disposer de systèmes adéquats pour la passation de marchés publics. Par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) encourage la mise en place de systèmes appropriés de passation de marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise de décisions¹. Selon cette convention, les états parties doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer la diffusion adéquate des informations relatives aux passations de marchés publics, et critères prédéfinis d'attribution des marchés publics. L'existence de mécanismes de recours et de mesures garantissant l'intégrité des responsables des achats est également primordiale.

Des organisations internationales, telles que l'OCDE et Transparency International, ont également publié des principes sur l'intégrité dans les processus de passation de marchés publics et plaidé en faveur de l'adoption de systèmes de passation de marchés efficaces.

Selon l'OCDE, tout système sain de passation de marchés doit comprendre les éléments suivants : (i) des règles et procédures simples, claires et garantissant l'accès aux opportunités de passation de marchés ; (ii) des institutions efficaces pour mener les procédures de passation de marchés et conclure, gérer et surveiller les contrats publics ; (iii) des outils électroniques appropriés ; (iv) des ressources humaines assez nombreuses et possédant les

¹ Article 9 de la CNUCC
http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf

compétences requises pour planifier et mener à bien les processus de passation de marchés ; et (v) un service de gestion des contrats compétent (OCDE non daté).

Dans ce contexte, l'existence d'un cadre de travail juridique adéquat joue un rôle essentiel pour disposer d'un système efficace de passation de marchés. Certaines normes, telles que la [Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international \(CNUDCI\) sur la passation des marchés publics](#), fournissent des recommandations plus spécifiques sur le cadre juridique de la passation des marchés publics.

La loi type de la CNUDCI est souvent considérée comme un exemple de bonne pratique. Conçue pour aider les États à adopter une législation moderne sur la passation des marchés, elle vise à promouvoir la concurrence, favoriser l'économie et l'efficacité et encourager l'intégrité et la transparence.

Bien qu'il faille tenir compte du contexte et de la tradition juridique du pays dans l'élaboration des lois sur la passation de marchés, celles-ci doivent inclure un certain nombre d'éléments généraux.

En s'inspirant des principes, directives et recommandations en vigueur, le présent document donne un aperçu des principales questions à prendre en considération lors de la rédaction de lois sur la passation de marchés publics, afin de prévenir et de réduire efficacement les possibilités de corruption.

Les sections ci-dessous analysent les principaux éléments que la législation sur la passation de marchés publics doit réguler à chaque étape. Des dispositions plus générales et des dispositions spécifiques au renforcement de l'intégrité et à la lutte contre la corruption sont également abordées.

2 [LEGISLATION SUR LA PASSATION DE MARCHES ET CORRUPTION : DISPOSITIONS GENERALES](#)

Principes

La législation sur la passation de marchés doit inclure les grands principes et objectifs qui guident ses dispositions (CNUDCI 2011 ; ONUDC 2013). Ces

principes comprennent généralement l'intégrité, la transparence, la concurrence, l'équité, l'objectivité, l'efficacité et le professionnalisme (Transparency International 2014 ; ONUDC 2013).

Par exemple, la loi type de la CNUDCI énonce dans son préambule « qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir les objectifs suivants : a) aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés ; b) favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international ; c) promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché ; d) garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs ; e) promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus ; f) assurer la transparence des procédures de passation des marchés ».

Champ d'application

Il est important que le champ d'application de la loi relatif aux catégories de marchés (biens, travaux et services) et aux entités concernées soit clairement énoncé.

Selon les bonnes pratiques, les lois sur la passation de marchés doivent couvrir toutes les catégories de marchés utilisant des ressources publiques, y compris les biens, travaux, services, services consultatifs et concessions (ONUDC 2013 ; OCDE 2010).

La loi doit également indiquer dans quelle mesure la législation sur la passation de marchés s'applique à l'ensemble des organismes publics et des collectivités et entités territoriales lorsque des fonds budgétaires publics sont utilisés. À cet égard, les organismes et les parts des dépenses publiques exclus des dispositions de la loi (par exemple, l'armée, la défense, les entreprises publiques autonomes ou spécialisées) doivent être énumérés de manière exhaustive (ONUDC 2013). Dans la mesure du possible, il est recommandé que les décisions portant sur les exclusions ne soient prises à un niveau administratif que dans des cas exceptionnels, afin d'éviter la manipulation et les possibilités de développement de la corruption (OCDE 2010). Dans l'ensemble, le

caractère uniforme et universel du champ d'application des dispositions est un facteur de prévisibilité et permet des économies dans l'application du système de passation des marchés (OCDE 2010).

Disponibilité des informations

La disponibilité des informations est jugée essentielle pour garantir une concurrence équitable et l'application correcte de la loi. À cet égard, il est primordial que toutes les lois et réglementations relatives à la passation de marchés publics soient publiées et facilement accessibles au public sans frais. Les informations sur les processus de passation de marchés spécifiques, tels que les plans de passation des marchés, les appels d'offres, les annonces d'attribution et les contrats attribués, doivent également être mises à disposition (OCDE non daté ; Transparency International 2014).

Pour cela, il est notamment possible de créer un portail en ligne contenant toutes les informations relatives aux passations de marchés à la disposition des soumissionnaires, de la société civile, des médias et des citoyens en général (OCDE non daté).

En plus des règles sur la divulgation proactive des informations sur les passations de marchés par les gouvernements, la législation sur la passation de marchés peut également contenir des dispositions garantissant les droits des citoyens à demander à tout moment des informations relatives à la passation de marchés.

Méthodes de passation de marchés

La législation sur la passation de marchés doit aussi inclure des dispositions claires sur les méthodes de passation des marchés autorisées et les circonstances dans lesquelles chacune d'elles doit être utilisée (Transparency International 2014).

Le choix de la procédure de passation de marchés est considéré comme un facteur important dans le processus de passation des marchés, car il peut avoir un impact significatif sur la corruption (ONU DC 2013). Certaines méthodes offrent des niveaux plus élevés de transparence et favorisent l'examen public ou externe. D'autres, cependant, laissent une plus

grande place à la négociation entre les soumissionnaires et l'organisme adjudicateur, et peuvent donc offrir de plus grandes possibilités de corruption.

Il est important que la législation sur la passation de marchés répertorie (de manière exhaustive) toutes les méthodes possibles et explique quand et comment elles doivent être utilisées. La législation doit donc interdire toute combinaison de méthodes ou l'utilisation de méthodes qui n'y figurent pas. La décision portant sur la méthode à appliquer dépend généralement de facteurs très divers, notamment la valeur du contrat, le nombre de soumissionnaires et la complexité du bien, du service ou des travaux concernés. Dans tous les cas, la loi doit clairement indiquer quelle méthode est la méthode par défaut (c'est-à-dire, celle qui doit toujours être utilisée à moins que le recours à une autre méthode soit justifié), ainsi que les conditions dans lesquelles d'autres méthodes moins concurrentielles peuvent être utilisées (ONU DC 2013).

La documentation en la matière propose une classification générale des types de méthodes de passation de marchés existantes (Transparency International 2014 ; ONU DC 2013), notamment les suivantes :

- (i) Procédure ouverte : grâce à cette méthode, toutes les parties intéressées peuvent soumettre une offre et concourir en fonction de critères prédéfinis qui doivent également figurer dans la législation sur la passation de marchés. Le marché est généralement attribué au soumissionnaire proposant le prix le plus bas. Cette méthode est considérée comme la plus transparente et la plus concurrentielle et doit donc être appliquée dans la grande majorité des contrats.
- (ii) Procédure restreinte : dans cette méthode, seules les entreprises qualifiées présélectionnées sont autorisées à soumettre une offre. Dans ce cas, en plus d'expliquer quand la procédure peut être utilisée, la loi doit définir les critères de préqualification et préciser si le processus doit faire suite à l'annonce publique de la présélection.

- (iii) Procédure négociée : dans cette méthode, les entités adjudicatrices et les entrepreneurs potentiels négocient les conditions contractuelles. Cette méthode est souvent utilisée lorsqu'il est impossible de formuler des spécifications techniques exhaustives au préalable ou lorsque le processus d'appel d'offres a échoué (par exemple, si aucune offre n'a été soumise). Les procédures négociées peuvent également être utilisées en cas d'urgence ou d'événement catastrophique. Dans tous les cas, la loi doit indiquer dans quelles circonstances cette méthode peut être utilisée.
- (iv) En source unique (attribution directe) : cette méthode permet généralement à l'organisme adjudicateur de sélectionner le partenaire contractuel sans suivre de processus concurrentiel. Il s'agit souvent d'un processus très opaque, laissant le champ libre à la corruption. De ce fait, son utilisation doit être limitée et la loi doit énumérer toutes les circonstances exceptionnelles qui permettent l'attribution directe des contrats publics. La justification d'une attribution directe repose généralement sur les critères suivants : faible valeur du contrat, urgence des besoins, événement catastrophique, achat de biens ou de services disponibles uniquement auprès d'un fournisseur particulier, questions relatives à la sécurité nationale, entre autres.

Dans le but de prévenir la corruption et d'accroître la concurrence, les bonnes pratiques recommandent que la procédure ouverte devienne la méthode de passation des marchés par défaut (Transparency International 2014 ; OCDE 2010, ONUDC 2014 ; CNUDCI 2011).

Dans le cas des procédures restreintes et négociées, et plus encore de l'attribution directe, les bonnes pratiques recommandent également, outre la spécification de leurs critères d'utilisation, que la loi sur la passation de marchés contienne des exigences d'approbation spécifiques (par exemple, la décision d'utiliser une méthode non concurrentielle particulière doit être approuvée par un deuxième fonctionnaire ou un groupe de fonctionnaires, et être justifiée)

(OCDE 2010). La loi doit également interdire spécifiquement le fractionnement des contrats afin d'éviter une concurrence ouverte (OCDE 2010 ; Heggstad et Frøystad 2010).

3 **LEGISLATION SUR LA PASSATION DE MARCHES ET CORRUPTION : PHASE DE PLANIFICATION**

La phase de planification (c'est-à-dire, la phase préalable à l'appel d'offres) comprend plusieurs décisions importantes. C'est au cours de cette phase que le gouvernement décide quels biens, services et travaux doivent être achetés, généralement à travers une évaluation des besoins, et prépare un budget pour les achats prévus. En outre, cette phase comprend également la préparation du dossier d'appels d'offres et la définition des exigences qui s'appliqueront à un processus de passation de marchés spécifique (Heggstad et Frøystad 2010).

La phase de planification comporte plusieurs risques de corruption. Par exemple, l'évaluation des besoins peut être manipulée, gonflée ou provoquée artificiellement pour sélectionner des projets avec une valeur de contrat plus élevée ou acheter des biens ou des services qui sont inutiles, trop luxueux ou de faible qualité. Les projets peuvent également être identifiés de façon à servir les intérêts de soumissionnaires particuliers ou les intérêts privés des responsables des achats (Morgner et Chêne 2014). Le dossier d'appel d'offres peut être adapté à une entreprise en particulier, pour limiter la concurrence, ou inutilement complexe, pour faciliter la corruption et entraver la surveillance. Les entreprises peuvent être présélectionnées ou préqualifiées, par favoritisme, après versement de paiements illégaux ou pour d'autres raisons (Heggstad et Frøystad 2010).

Dans ce contexte, les éléments suivants doivent être réglementés par les lois sur la passation de marchés afin de prévenir la corruption au cours de la phase de planification :

Évaluation des besoins

Comme indiqué précédemment, l'évaluation des besoins désigne les décisions du gouvernement concernant les besoins d'achat, y compris la quantité, les exigences techniques et le calendrier.

Compte tenu des risques de corruption décrits ci-dessus, et afin de veiller au respect des principes d'efficacité et d'intégrité, la législation sur la passation de marchés publics doit exiger qu'une évaluation des besoins soit réalisée avant de prendre la décision d'acheter des biens ou des services. Les bonnes pratiques recommandent que l'évaluation soit réalisée par plusieurs membres de l'équipe d'achat, en particulier pour les projets à forte valeur (ONUDC 2013).

Transparency International recommande également que la loi comporte des dispositions imposant aux autorités adjudicatrices de diffuser les évaluations des besoins afin que le public puisse faire des observations (par exemple, par écrit ou lors d'audiences publiques) (Transparency International 2014).

La loi doit également comprendre des dispositions relatives à la participation de consultants (techniques) externes lors de l'évaluation des besoins et de l'élaboration du dossier d'appel d'offres. Ces consultants doivent être choisis en fonction de la législation sur la passation de marchés publics. Ils doivent être indépendants et exempts de tout conflit d'intérêts (ONUDC 2013).

Budget

La législation sur la passation de marchés doit également contenir des exigences relatives à la préparation des propositions de budget sur les travaux de construction prévus et les autres achats importants (ONUDC 2013). Le processus de passation de marchés publics ne doit être initié que s'il est certain que des fonds publics sont disponibles pour payer les biens et les services dans les délais impartis (Transparency International 2014).

Structure du processus d'appel d'offres

Le dossier d'appel d'offres

A ce stade, les organismes adjudicateurs définissent la méthode de passation de marchés qui sera employée (tel que susmentionné) et montent le

dossier d'appel d'offres contenant les conditions générales de la passation de marchés. Il s'agit notamment de déterminer toutes les exigences que les offres doivent satisfaire pour être étudiées, ainsi que les critères d'évaluation de ces offres.

Bien que le contenu spécifique du dossier d'appel d'offres varie au cas par cas, il est recommandé que la législation sur la passation de marchés précise son contenu minimum. Cette mesure permet d'accroître la transparence et de réduire considérablement la possibilité de manipulation par les responsables des achats (ONUDC 2013).

Le contenu minimum généralement prévu par les dispositions relatives au dossier d'appel d'offres des lois sur la passation de marchés comprend, entre autres, les échéances de présentation des soumissions, les communications au cours de la passation de marchés, les informations concernant la qualification des fournisseurs et des entrepreneurs, les critères de sélection et d'attribution, les critères de rejet des offres et de disqualification d'un soumissionnaire et les modalités juridiques (CNUDCI 2011).

On s'attend en général à ce que le dossier d'appel d'offres contienne suffisamment d'informations pour que les soumissionnaires soient en mesure de présenter des soumissions adéquates. Le dossier doit aussi permettre l'évaluation transparente des offres et un processus d'attribution équitable (OCDE 2010).

Méthodes et procédures de passation de marchés

Comme mentionné précédemment, afin de garantir concurrence et transparence et de réduire les possibilités de corruption, la législation sur la passation de marchés doit faire de la procédure ouverte la règle. Toutes les autres méthodes de passation de marchés doivent être utilisées dans des circonstances strictement réglementées. La législation doit encourager la transparence et la qualité du dossier, en particulier lorsque les procédures les moins concurrentielles sont utilisées (CNUDCI 2010 ; Transparency International 2014).

En outre, la législation sur la passation de marchés doit déterminer les procédures à utiliser lors de l'achat de biens et de services. Il s'agit par exemple de déterminer si les offres doivent être soumises par écrit ou par voie électronique à l'entité adjudicatrice ou si les procédures doivent se dérouler en ligne par le biais d'une plateforme électronique de passation de marchés.

Certaines lois récentes sur la passation de marchés ont intégré la passation de marchés électronique comme l'une des modalités d'approvisionnement ou exigé que tous les appels d'offres ouverts dans le pays soient effectués par voie électronique. La passation de marchés électronique est considérée comme un mécanisme efficace pour garantir la transparence et l'accès aux appels d'offres publics, car elle renforce la concurrence et simplifie l'attribution des contrats et leur gestion. Néanmoins, avant de faire de la passation de marchés électronique le processus par défaut, une évaluation de la situation du pays doit être réalisée pour veiller à ce que l'utilisation d'un système électronique n'entraîne pas de risques ni de difficultés de mise en œuvre pour les petites et moyennes entreprises (Martini 2014).

Délais

En général, la législation sur la passation de marchés régit aussi le délai imparti entre la date de publication des appels d'offres par l'autorité adjudicatrice et la date de soumission des offres, en tenant compte de la méthode de passation de marchés choisie et de la complexité de l'appel d'offres.

Selon les bonnes pratiques, la loi doit stipuler la durée minimale que l'autorité adjudicatrice doit accorder pour la soumission des offres, en obligeant l'organisme adjudicateur à inclure cette information dans le dossier d'appel d'offres. La loi doit également définir des règles concernant les possibilités de réduction ou de prolongation du délai prescrit (par exemple, lorsque des changements importants sont apportés au dossier d'appel d'offres) (ONUDC 2013).

L'existence d'un délai minimum et de règles strictes concernant la réduction ou l'extension de ce délai peut empêcher la manipulation des appels d'offres par les fonctionnaires.

Qualification des entrepreneurs

La législation sur la passation de marchés stipule généralement une liste exhaustive de critères que l'organisme adjudicateur doit utiliser pour évaluer la qualification des fournisseurs (ONUDC 2013). Pour assurer la concurrence et éviter le favoritisme et la discrimination, la législation sur la passation de marchés impose souvent à l'organisme adjudicateur de respecter la liste prévue par la loi. La loi peut aussi interdire l'adoption de critères supplémentaires concernant la qualification des entrepreneurs (CNUDCI 2011).

En principe, aucune entreprise, y compris une entreprise étrangère, ne doit être empêchée de participer à un processus d'appel d'offres pour des motifs autres que le manque de qualifications (OCDE 2010).

Les critères de qualification généralement inclus dans les lois sur la passation de marchés et conformes aux bonnes pratiques comprennent notamment ce qui suit (CNUDCI 2011) :

- les qualifications professionnelles, techniques et environnementales, les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements, l'expérience, les compétences de gestion ;
- la capacité juridique ;
- les normes éthiques ;
- la conformité aux obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales ;
- l'absence de condamnation de l'entreprise soumissionnaire, de ses dirigeants ou de ses responsables pour une infraction pénale, y compris la corruption, liée à leur conduite professionnelle sur une certaine durée ;
- l'absence de disqualification ou d'exclusion d'une procédure de passation de marchés avec l'administration publique ;
- l'obligation de soumettre une déclaration d'intégrité ou tout document justificatif.

Transparency International estime également que le cadre juridique de passation des marchés publics doit inclure des dispositions selon lesquelles les entreprises ne doivent être autorisées à soumissionner que si leur structure de propriété est

claire et accessible au public (Transparency International 2014).

4 **LEGISLATION SUR LA PASSATION DE MARCHES : REGLEMENTATION DE LA PHASE D'APPEL D'OFFRES**

La phase d'appel d'offres comprend la publication de l'avis de marché, puis la publication du dossier d'appel d'offres, la soumission de propositions par les soumissionnaires intéressés, leur évaluation par l'organisme adjudicateur et l'attribution du contrat (Heggstad et Frøystad 2010).

Pendant la phase d'appel d'offres, les possibilités de corruption sont nombreuses. Par exemple, les soumissionnaires peuvent se concerter pour fixer le résultat d'une offre et gonfler les prix des contrats, et les responsables des achats peuvent accepter un pot-de-vin en échange duquel ils ne dénonceront pas ce type de pratiques. Les responsables des achats peuvent aussi être soudoyés pour influencer la décision d'attribution ou fournir des renseignements confidentiels. La soumission et l'évaluation des offres peuvent être manipulées ou les critères peuvent faire l'objet d'une interprétation subjective pour avantager un soumissionnaire en particulier (Morgner et Chêne 2014).

Avis public

La législation sur la passation des marchés doit exiger des entités adjudicatrices qu'elles publient un avis public de leur intention d'acheter des biens et des services. Selon les bonnes pratiques, l'avis d'intention doit au moins contenir des informations sur l'objet de l'acquisition, la date d'échéance pour les soumissions, l'endroit où le dossier d'appel d'offres est consultable, ainsi que les coordonnées de la personne à contacter en cas de question (ONUDC 2013).

Il est également essentiel que la législation stipule l'endroit où les informations sur les marchés publics doivent être publiées, de manière à veiller à ce que tous les soumissionnaires potentiels aient accès au même niveau d'information et au même moment. Dans ce cadre, la législation doit exiger la publication des avis et des appels d'offres ouverts dans le journal officiel du pays, dans un journal de grande diffusion nationale ou sur un site Internet unique (OCDE non daté).

Ouverture des soumissions

La législation sur la passation de marchés doit aussi établir les règles régissant l'ouverture des soumissions. En général, les bonnes pratiques exigent un maximum de transparence lors de l'ouverture des soumissions. En outre, la législation doit comprendre des réglementations sur le moment de l'ouverture des soumissions et indiquer si les soumissionnaires sont autorisés à y assister.

Selon les bonnes pratiques, les soumissions doivent être ouvertes dès le délai écoulé, afin d'empêcher la perte (intentionnelle) ou l'altération des propositions. L'ouverture doit avoir lieu lors d'une séance publique à laquelle les soumissionnaires, la société civile et les autres parties intéressées sont autorisés à participer (ONUDC 2013 ; OCDE 2010).

L'OCDE recommande également que, dans le cas d'appels d'offres ouverts, la législation ou les réglementations exigent que les noms et adresses des soumissionnaires, ainsi que les prix des offres, soient divulgués et enregistrés. Ces documents doivent être mis à disposition le cas échéant, y compris pour les besoins de consultation ou de vérification (OCDE 2010).

Évaluation des offres et des soumissionnaires

Il est essentiel que la législation sur la passation de marchés établisse les dispositions minimales liées au processus d'évaluation, de manière à garantir que les critères utilisés sont objectifs, transparents et connus de l'ensemble des concurrents (ONUDC 2013). Selon l'OCDE, des critères d'évaluation objectifs sont, autant que possible, des critères quantifiables ou d'acceptation/de rejet.

La législation sur la passation de marchés doit également interdire l'utilisation de critères d'évaluation différents de ceux énoncés dans le dossier d'appel d'offres (OCDE 2010).

Les critères d'évaluation peuvent comprendre, entre autres, le prix, le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens, les modalités de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du

marché, une préférence pour des fournisseurs nationaux ou des biens produits dans le pays, ou une préférence pour des entreprises publiques (CNUDCI, cf. article 11).

Outre l'établissement de critères d'évaluation prédéfinis et objectifs, la législation sur la passation de marchés précise également qui est responsable de l'évaluation des soumissions. Selon les bonnes pratiques, l'évaluation doit être réalisée par un groupe de personnes plutôt que par un seul fonctionnaire (Transparency International 2014).

La législation doit également établir des règles sur la confidentialité afin de garantir une concurrence équitable et d'éviter une influence indue tout au long du processus (OCDE 2010).

Attribution des contrats

Concernant la décision d'attribution, la législation sur la passation de marchés doit stipuler les règles relatives à la publication de la décision et au délai entre la décision d'attribution et la signature du contrat, en permettant aux concurrents de demander un examen du processus d'attribution (CNUDCI 2011). Les réglementations de l'UE exigent par exemple une « période moratoire » minimale de 15 jours (10 jours pour les appels d'offres électroniques) entre la sélection de la soumission retenue et la signature du contrat (Agator 2013).

Plaintes et recours

La législation sur la passation des marchés doit clairement définir les mécanismes de dépôt de plainte et d'examen à la disposition des concurrents, ainsi que le délai de dépôt des plaintes, l'organisme chargé de recevoir les demandes d'examen et les possibilités de recours auprès d'un organisme indépendant. La législation doit également contenir des dispositions claires quant aux éléments soumis à examen (OCDE 2010).

Les bonnes pratiques requièrent l'existence d'un mécanisme indépendant pour traiter les plaintes de manière équitable, opportune et transparente. Un processus d'appel solide, efficace et capable de suspendre le processus de passation de marchés jusqu'à la prise de la décision finale doit également être mis en place (Transparency International 2014).

Pour de plus amples informations sur les mécanismes de contestation des processus de passation de marchés publics, veuillez consulter [cette réponse précédente du Helpdesk](#).

5 LEGISLATION SUR LA PASSATION DE MARCHES ET PHASE POST-ATTRIBUTION

La phase post-attribution comprend la gestion du contrat, le suivi de la livraison des biens et la supervision des paiements. Cette phase comporte également plusieurs risques de corruption. Par exemple, il peut arriver que les biens et les travaux ne soient pas livrés ou qu'ils soient d'une qualité inférieure à celle spécifiée dans le contrat ; des modifications inutiles sont aussi parfois apportées au contrat, ce qui suscite des frais supplémentaires pour l'administration publique.

Néanmoins, dans de nombreux pays, cette phase n'est pas réglementée par le droit des marchés publics, mais couverte par le droit civil et le droit des contrats, souvent moins axés sur la transparence et la redevabilité que les lois sur la passation des marchés (OCDE 2007). Les bonnes pratiques dans ce domaine recommandent la mise en place d'un système de suivi efficace concernant la vérification de l'exécution conforme du contrat, à la fois pour ses clauses et ses spécifications. L'apport de modifications au contrat ne doit être autorisé que si cette possibilité est prévue dans le contrat ou la loi (ONUDC 2013).

En outre, les ordres de modification du contrat qui concernent le prix ou la description du travail au-delà d'un seuil cumulé doivent être contrôlés et approuvés à un niveau élevé (Transparency International 2014).

La transparence doit également constituer une condition préalable tout au long de la mise en œuvre du contrat. La législation sur la passation de marchés doit donc exiger la publication des contrats attribués, de préférence en ligne, sous des formats faciles à utiliser et permettant l'examen public (Transparency International 2014, Open Contracting Initiative non daté). Pour de plus amples informations sur les avantages de la passation de marchés ouverte, veuillez consulter [cette réponse précédente du Helpdesk](#).

La législation sur la passation de marchés doit également prévoir des recours efficaces dans les situations où le contrat a déjà été conclu, notamment la possibilité d'annuler les contrats déjà conclus s'ils découlent d'un processus de formation vicié. Si cela est impossible, les organismes adjudicateurs peuvent être forcés de payer des astreintes pour avoir conclu des contrats publics contrevenant à la législation sur la passation de marchés (OCDE 2010).

6 AUTRES QUESTIONS A PRENDRE EN COMPTE DANS LA LEGISLATION SUR LA PASSATION DE MARCHES PUBLICS

Pour lutter efficacement contre la corruption, il est nécessaire de tenir compte d'autres questions lors de l'élaboration et la réforme de la législation sur la passation de marchés publics. Il s'agit notamment d'inclure dans les lois sur la passation de marchés publics des dispositions visant à garantir un contrôle externe par la société civile, de protéger les lanceurs d'alerte, de garantir l'intégrité des responsables des achats et de prévoir des sanctions proportionnées et dissuasives.

Intégrité des responsables des achats

Dans le cas de marchés publics, un conflit d'intérêts peut survenir à diverses étapes du processus de passation de marchés, à savoir dès lors que les décisions ou les actions des fonctionnaires sont influencées par leurs intérêts privés. Pour cette raison, la législation sur la passation de marchés doit également inclure des dispositions visant à prévenir les conflits d'intérêts et à garantir l'intégrité des responsables des achats.

En outre, la réglementation des conflits d'intérêts dans la passation de marchés publics peut comporter des dispositions interdisant ce qui suit aux fonctionnaires et aux membres du comité d'évaluation : détenir des participations dans des entreprises qui font des affaires avec le gouvernement ; accepter un poste dans des entreprises avec lesquelles le gouvernement a fait des affaires (pendant une certaine période après avoir quitté une fonction publique) ; occuper un autre poste dans une branche différente du gouvernement ;

ou occuper un poste dans un organe statutaire d'une entité privée.

De plus, la législation sur la passation de marchés peut ordonner aux responsables des achats ou aux membres du comité d'évaluation de remplir une déclaration d'intérêt lors de leur prise de fonction ou dans d'autres cas spécifiques.

Les lois sur la passation de marchés peuvent également exiger des soumissionnaires qu'ils démontrent l'absence de conflit d'intérêts et de corruption. Quelques pays demandent aux soumissionnaires de faire une déclaration attestant qu'ils remplissent les conditions requises pour participer au processus de passation de marchés, en précisant notamment qu'ils ne sont pas exclus de la procédure d'attribution ou qu'ils jouissent d'un bilan d'intégrité satisfaisant (par exemple, au niveau du respect des lois anti-corruption) (OCDE 2007).

Pour de plus amples informations sur les conflits d'intérêts dans la passation de marchés publics, veuillez consulter [cette réponse précédente du Helpdesk](#).

Contrôle externe par la société civile

Le contrôle externe peut jouer un rôle clé tout au long du processus de passation de marchés en veillant à ce que les appels d'offres soient conçus, planifiés, attribués et mis en œuvre de manière efficace et équitable afin de réduire les possibilités de corruption.

Transparency International recommande donc que la loi sur la passation de marchés comprenne une disposition exigeant que, pour les marchés au-delà d'un certain seuil, les parties conviennent d'un pacte d'intégrité (Transparency International 2014).

Le pacte d'intégrité est un outil visant à prévenir la corruption et les conflits d'intérêts dans la passation de marchés publics. Ce pacte constitue essentiellement un accord entre l'institution publique et la totalité des soumissionnaires à un contrat public. Outre la définition des règles et des obligations pour les deux parties, le pacte prévoit également un système de suivi qui accroît la responsabilité de l'institution publique dans le processus de passation de marchés publics. Dans le

cadre de ce système, un expert ou des membres de la société civile sont nommés pour participer aux différentes phases du processus et les superviser. Leur tâche consiste à veiller à la mise en œuvre du pacte et à ce que les décisions prises reposent sur l'intérêt public (Transparency International 2006).

Sanctions pour non-conformité

Les normes existantes, telles que la CNUCC, et les bonnes pratiques mises en avant par les organisations internationales soulignent la nécessité d'établir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives dans le processus de passation de marchés.

De ce fait, la législation sur la passation de marchés doit comprendre un large éventail de sanctions administratives, civiles et pénales pour les entreprises et les personnes qui violent les règles de passation de marchés.

Outre les sanctions pénales et administratives habituelles appliquées aux fonctionnaires, aux entreprises et aux dirigeants coupables de corruption, les sanctions pour non-respect des règles de passation de marchés publics incluent ce qui suit :

- Exclusion des fournisseurs ou entrepreneurs impliqués dans la corruption : Par exemple, l'article 21 de la loi type de la CNUDCI souligne qu'un fournisseur ou un entrepreneur doit être exclus de la procédure de passation de marchés dans les cas suivants : « (a) S'il propose, fournit ou convient de fournir directement ou indirectement à tout administrateur ou employé actuel ou ancien de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique, un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice liés à la procédure de passation de marché ; ou b) S'il a un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts en violation des dispositions de la législation du présent État. »
- Confiscation des gains obtenus par le biais de la corruption : les entreprises qui ont remporté un marché public au moyen d'un pot-de-vin ou

d'autres formes de corruption doivent être tenues de restituer non seulement le montant obtenu illégalement, mais la totalité du paiement du contrat (Transparency International 2006).

- Responsabilité pour les dommages : ceux qui sont touchés par l'attribution illégale d'un contrat de passation de marchés doivent avoir une possibilité de recours (Transparency International 2006).
- Annulation des contrats : la résiliation des contrats en cas de découverte de corruption doit être possible (Transparencia Mexicana 2013).
- Exclusion/liste noire : la législation peut prévoir des procédures qui excluent les entreprises et les personnes impliquées dans des actes répréhensibles de participer à des projets d'appels d'offres à l'avenir (Martini 2013)².

Protection des lanceurs d'alerte

Les lanceurs d'alerte jouent généralement un rôle essentiel dans la détection des cas de corruption au sein de leurs entreprises et organisations. Il est donc fondamental que la législation prévoit des mécanismes efficaces pour assurer leur protection. Bien que le sujet soit généralement réglementé par l'adoption de lois et règlements spécifiques, du fait des risques spécifiques de corruption dans la passation de marchés publics, la législation de passation de marchés doit également contenir des dispositions garantissant des mécanismes anonymes et sûrs pour les lanceurs d'alerte (Transparency International 2014).

Il faut notamment prévoir des canaux accessibles et fiables pour signaler les actes répréhensibles, et une solide protection contre toute forme de représailles (Transparency International 2014).

7 BIBLIOGRAPHIE

Agator, M. 2013. *Overview of Principles for Monitoring and Challenging Public Procurement Contracts*. Anti-Corruption Helpdesk Transparency International.
http://www.transparency.org/whatwedo/answer/overview_of_principles_for_monitoring_and_challenging_public_procurement_co

Heggstad et Frøysta. 2011. *Les fondements de l'intégrité dans la passation des marchés*.

² De plus amples informations sur l'exclusion sont disponibles dans une précédente réponse du Helpdesk anti-corruption sur le

placement sur liste noire dans le cadre d'une passation de marchés publics.

http://www.u4.no/publications-2-fr-FR/les-fondements-de-l-integrite-dans-la-passation-des-marches/?locale=fr_FR

Luijken, T et Martini, M. 2014. *Le rôle de la passation de marchés publics en ligne dans la lutte contre la corruption*. Réponse, Anti-Corruption Helpdesk, Transparency International.

Martini, 2013. *Blacklisting in Public Procurement*. Réponse, Anti-Corruption Helpdesk, Transparency International

Morgner et Chêne. 2014. *Topic Guide on Public Financial Management*. Anti-Corruption Helpdesk, Transparency International.

OCDE. 2007. *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*.
<http://www.oecd.org/gov/ethics/integrityinpublicprocurementgoodpracticefromatoz.htm>

OCDE. 2009. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*.
<http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>

OCDE. 2010. *Méthodologie d'évaluation des systèmes nationaux de passation des marchés*.
<http://www.oecd.org/fr/cad/efficacite/37628927.pdf>

OCDE. Non daté. *Recommendation on Public Procurement*
<http://www.oecd.org/gov/ethics/Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>

Open Contracting, non daté. *Open Contracting Global Principles*. http://www.open-contracting.org/global_principles

Transparencia Mexicana. 2012. *A New Role for Citizens in Public Procurement*.
<http://www.tm.org.mx/a-new-role-for-citizens-in-public-procurement-2/>

Transparency International. 2006. *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*.
http://www.transparency.org/whatwedo/pub/handbook_for_curbing_corruption_in_public_procurement

Transparency International. 2014. *Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide*.

CNUDCI. 2011. *Loi type sur la passation des marchés publics*.
<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-f.pdf>

Nations Unies. 2004. *Convention des Nations Unies contre la corruption*.
http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf

ONUDC. 2013. *Good Practice in Ensuring Compliance with Article 9 of the UNCAC: Guidebook on Anti-corruption in Public Procurement and the Management of Public Finances*.

« Les réponses du Helpdesk anti-corruption proposent sur demande aux praticiens du monde entier des notes de synthèse en rapport avec la corruption. Ces réponses sont basées sur des informations publiquement disponibles. Elles fournissent une vue d'ensemble sur un sujet précis et ne reflètent pas nécessairement la position officielle de Transparency International. »