

Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (Dispositions relatives au contrôle)

28/08/2001

Abrogée par la **circulaire du 7 janvier 2004** portant manuel d'application du code des marchés publics

TITRE V **DISPOSITIONS RELATIVES AU CONTROLE** **Chapitre unique** **Contrôle des marchés**

Le contrôle des marchés publics

Ainsi que l'expose clairement le nouveau code, la transparence des procédures est un des principes fondamentaux du droit des marchés publics. Cette transparence doit permettre de vérifier le respect des principes fondamentaux de la commande publique tels qu'ils sont rappelés et garantis par ce code.

Afin d'assurer l'effectivité de ces principes, l'un des objectifs de la réforme a été de mettre en oeuvre des procédures de contrôle efficaces. C'est l'objet du titre V du nouveau code, spécifiquement consacré au " contrôle des marchés publics ", et de nombreuses mesures de renforcement des moyens de surveillance et de sanction juridictionnels et administratifs mis en place depuis 1997.

Les moyens de la justice ont été renforcés par la création de procédures particulières permettant de suspendre la signature d'un marché en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (référé précontractuel) qui viennent d'être réformées par la loi du 22 juin 2000. L'efficacité de ce contrôle est encore améliorée par le renforcement de ses moyens (création des pôles financiers) et le développement des relations formelles et informelles avec les institutions jouant un rôle dans le contrôle des marchés publics (chambres régionales des comptes, procureurs). Il s'agit non seulement d'engager des actions de formation et d'information réciproques, mais aussi de parvenir à un dialogue constant permettant le traitement en commun de certains dossiers ou de donner des suites concrètes à des dossiers ayant fait l'objet de saisines. Le maintien d'une vigilance soutenue sur les faits susceptibles de constituer le délit de favoritisme en vue d'une transmission au procureur a été rappelé dans une note de novembre 1998 sur le favoritisme qui a rappelé aux services la nature des contrôles, les moyens et méthodes, le rôle du procureur, du préfet et de la MIEM (mission interministérielle d'enquête des marchés).

Les contrôles administratifs ont également été réorganisés en insistant sur le rôle des services déconcentrés. Il est, en effet, apparu nécessaire à la fin de 1997 de définir des orientations et des priorités claires à l'attention des services déconcentrés qui sont l'un des maillons essentiels du réseau marchés publics. Une note de service sur les missions de la DGCCRF du 17 avril 1998 et une circulaire sur le contrôle de légalité, diffusée par note d'information du 3 avril 2000, ont été communiquées aux services afin :

- 1. De rappeler leur mission fondamentale, à savoir le contrôle du bon fonctionnement de la concurrence ;*
- 2. De préciser son lien avec le contrôle de légalité ;*
- 3. De dégager les principes d'intervention par un meilleur ciblage des actions et une meilleure utilisation des instruments en possession des agents. Concrètement, les orientations et les priorités données se traduisent par un plus grand nombre de participations des services départementaux (DDCCRF) aux commissions d'appel d'offres (+ 22 % de 1996 à 1999) ; le développement des participations de l'administration centrale (DGCCRF) aux commissions des marchés des autres administrations centrales ; un perfectionnement du ciblage des interventions par lesquelles, en liaison avec les brigades régionales d'enquête, les agents " marchés publics " exercent une vigilance particulière sur certains secteurs économiques.*

En matière de moralisation, le texte prévoit la suppression du mécanisme du METP (marché d'entreprise de travaux publics) qui avait fait l'objet de critiques. Il trouve un équilibre entre la nécessaire réévaluation du seuil des marchés sans

formalisme et l'encadrement des anciens marchés négociés à raison de leur montant (moins de 700 000 F TTC) avec la création, au-dessus de 90 000 Euro HT, d'une procédure simplifiée qui exige la délivrance d'un avis de la commission d'appel d'offres là où, dans le code actuel, seul un marché négocié était prévu.

Par ailleurs, en accompagnement de la réforme, une évolution de l'intervention des commissions spécialisées des marchés (CSM), dont la mission est d'émettre un avis sur la régularité des marchés passés par les services de l'Etat et de ses établissements soumis au code des marchés publics, est entreprise.

Section 1

Les commissions spécialisées des marchés

Article 119

Les marchés de l'Etat sont soumis au contrôle de commissions spécialisées des marchés dans des conditions fixées par décret. Les missions, le nombre, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des commissions spécialisées des marchés sont fixées par décret.

L'application de cet article a nécessité un décret.

Ce décret vise à assouplir le fonctionnement des commissions spécialisées des marchés sans affaiblir pour autant les garanties indispensables que représente l'intervention de ces commissions.

Il introduit en conséquence la possibilité pour la personne responsable du marché de choisir le stade auquel la commission spécialisée des marchés examine son projet d'appel d'offres. En d'autres termes, la personne responsable du marché a le choix suivant :

- soit laisser jouer le dispositif actuel, à savoir une sélection en aval par la commission spécialisée des marchés et un avis émis par elle en cas de sélection ;
- soit choisir de saisir en amont la commission spécialisée des marchés, c'est-à-dire avant le lancement de la mise en concurrence. Dans ce cas, la commission est tenue d'examiner le projet et d'émettre des recommandations. A l'issue de cet examen, la personne responsable du marché n'est plus tenue de présenter son projet en aval aux commissions spécialisées des marchés sauf le cas de marchés négociés. En effet, le caractère dérogatoire du marché négocié et l'importance que prend l'effectivité de la négociation justifient que les commissions conservent la possibilité d'évoquer en aval les marchés négociés, qu'ils soient ou non précédés d'une mise en concurrence, qui leur auraient été soumis en amont.

La même possibilité est ouverte en cas d'appels d'offre sur performances, de marchés de définition ou de conception-réalisation.

L'accent est ainsi mis sur les recommandations émises par les commissions spécialisées des marchés en amont de la procédure d'achat qui pourront guider la personne responsable du marché dans sa démarche de mise en concurrence, mais également les autorités de contrôle lorsqu'elles auront à vérifier la régularité des marchés que l'on soumettra à leur visa.

Afin de faciliter l'examen des dossiers ne présentant pas de difficultés particulières, il est par ailleurs prévu de donner au président des commissions spécialisées des marchés la possibilité de décider que, pour certains dossiers, la commission se prononce sans débat dans le cadre d'une procédure simplifiée.

De même, pour permettre aux commissions spécialisées des marchés de mener à bien l'ensemble des tâches précédemment décrites et compte tenu du nombre important et toujours croissant des marchés qui leur sont soumis, le nombre des commissions passe de 5 à 7 en dédoublant la commission approvisionnements généraux et la commission bâtiment et génie civil.

Enfin, pour remédier à un fonctionnement parfois hétérogène des commissions spécialisées des marchés, un président est choisi parmi ses pairs pour assurer la coordination des interventions des commissions spécialisées des marchés et élaborer un règlement intérieur.

Section 2

Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public

Article 120

Les membres de la mission interministérielle d'enquête, instituée par l'article 1er de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, sont désignés pour une période de quatre ans renouvelable.

Le secrétariat de la mission interministérielle d'enquête est assuré par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Le chef de la mission interministérielle organise et dirige les travaux de la mission. Il désigne à cet effet, parmi les membres de la mission, les enquêteurs chargés des affaires.

Article 121

L'enquête relative à un marché présentant, en tout ou en partie, un caractère secret ressortissant à la défense nationale ne peut être confiée qu'à un enquêteur préalablement habilité à connaître des informations protégées par les textes relatifs aux secrets de défense.

Article 122

Les auditions et visites auxquelles procèdent le ou les membres de la mission chargés d'une enquête en application de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée donnent lieu à un compte rendu énonçant la nature, la date et le lieu des constatations ou contrôles effectués. Le compte rendu est signé de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au compte rendu.

Article 123

Le représentant légal de la collectivité territoriale, de l'établissement public ou de la société d'économie mixte locale concerné par l'enquête dispose d'un délai de quinze jours à compter de la notification du rapport établi par la mission interministérielle pour faire connaître ses observations éventuelles. Passé ce délai, le rapport peut être transmis au préfet et, le cas échéant, à l'autorité qui a demandé l'enquête.

Le rapport d'enquête est adressé aux autorités administratives ayant demandé l'enquête ainsi qu'au Premier ministre et, le cas échéant, au procureur de la République, conformément aux dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale.

La mission interministérielle d'enquête peut, même après l'envoi de son rapport, être consultée par les diverses autorités administratives compétentes sur les suites à lui donner sur toutes les questions se rapportant à l'exploitation éventuelle des informations figurant dans le rapport d'enquête et le dossier qui y est joint.

Article 124

L'enquête diligentée par la mission d'enquête instituée par l'article 1er de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée s'effectue sans préjudice des contrôles existants et ne peut empiéter sur les fonctions de direction ou d'exécution des services.

Article 125

Le chef de mission établit annuellement un rapport d'activité dans lequel il expose les résultats obtenus, les difficultés rencontrées au cours des enquêtes et les points sur lesquels ont été constatées les irrégularités les plus fréquentes ou les plus graves. Il propose les mesures qui seraient de nature à y remédier ou à les atténuer. Il effectue un bilan de la situation par rapport à l'année antérieure. Ce rapport est adressé au Premier ministre, au garde des sceaux, ministre de la justice, et au ministre chargé de l'économie.

Créée par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, la mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public (MIEM), instance administrative indépendante, a succédé à la brigade interministérielle d'enquêteurs.

La circulaire du 29 juillet 1992 relative à l'application du titre Ier de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 et du décret n° 91-1232 du 6 décembre 1991 relatif à la transparence et à la régularité des procédures de marchés détaille les dispositions des articles 120 à 125 relatifs à la MIEM.

125.1. Composition et rôle de la mission.

125.1.1. Composition.

La MIEM est dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire. Il dirige les missions d'enquête et veille au respect du principe du contradictoire et à la garantie d'une enquête loyale et équitable.

Les membres de la mission sont désignés parmi les " magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les officiers par arrêté conjoint du Premier ministre, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre chargé de l'économie et des finances et, le cas échéant, du ministre dont l'intéressé relève statutairement ".

Elle est composée de membres permanents actuellement au nombre de 6 qui exercent leur fonction au siège de la mission en position de détachement, d'affectation ou de mise à disposition : deux magistrats de l'ordre judiciaire, un magistrat de l'ordre administratif, un administrateur civil, un receveur-percepteur et un attaché principal d'administration.

Des membres non permanents ayant les mêmes prérogatives que les membres permanents sont désignés pour des missions ponctuelles. Ils sont au nombre de 12 et sont pour la plupart membres des corps de contrôle et d'inspection de l'administration centrale.

125.1.2. Le rôle de la mission.

La mission interministérielle est au centre d'un dispositif mis en place pour garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés et aux conventions de délégation de service public. Elle doit veiller au bon emploi des deniers publics et s'opposer aux pratiques délictueuses que peut générer la commande publique.

Sa fonction est de vérifier les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales.

L'objet de la mission d'enquête est de relever tout manquement commis à cette occasion par un acheteur public (élus, fonctionnaires ou leurs représentants), à la réglementation de la commande publique (code des marchés publics, lois et dispositions soumettant certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence), à la loi pénale (délit de favoritisme, innovation de la loi du 3 janvier 1991 qui conduit à sanctionner outre les fonctionnaires, les élus pour des fautes de gestion commises dans l'exercice de leur fonction, prise illégale d'intérêts, abus de biens sociaux, faux, etc.), au droit budgétaire (loi du 25 septembre 1948 modifiée, instituant la cour de discipline budgétaire et financière), au droit de la concurrence (art. 7 et art. 8 de l'ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence), au statut de la fonction publique.

De par son caractère interministériel, les enquêtes peuvent être demandées à la mission :

<https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-dispositifs-relatives-au-contrôle/>

- par le Premier ministre ;
- par le ministre chargé de l'économie et des finances ;
- ou par chaque ministre, pour les affaires relevant de son département ou les établissements placés sous sa tutelle (art. 2 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991) ;
- par la Cour des comptes (art. 7 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995).

S'agissant des marchés des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ou des sociétés d'économie mixte locales, les enquêtes peuvent aussi être diligentées à la demande du préfet.

125.2. Pouvoirs.

La mission dispose de pouvoirs étendus. En tout état de cause, toute entrave apportée à leur exercice est constitutive du délit d'opposition à fonction, prévu à l'article 8 de la loi. Cet article sanctionne quiconque aurait fait obstacle de quelque façon que ce soit à l'exercice des pouvoirs attribués aux membres de la mission (Cass. Crim, 8 octobre 1996).

Ces derniers sont, comme les officiers et agents de police judiciaire, habilités à constater le délit de favoritisme.

Dans les services de l'Etat, des établissements publics administratifs, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que des sociétés d'économie mixte locales, les membres de la mission disposent, pour les nécessités de l'enquête, des droits d'investigation les plus larges tant sur pièces que sur place.

Ils peuvent, dans le cadre de leur mission, accéder à tout document ou élément d'information détenu, sans se voir opposer le secret professionnel (art. 3 de la loi).

Ils peuvent de même accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, prendre copie de tout document professionnel et recueillir les renseignements ou justifications (art. 4 de la loi), ce qui implique l'audition des agents concernés. Les auditions et visites ainsi effectuées donnent lieu à un compte rendu (art. 122 du code des marchés publics).

Par ailleurs, l'article 121 du code des marchés publics prévoit l'habilitation des membres de la mission chargés d'effectuer une enquête relative à des marchés ayant en tout ou partie un caractère secret ressortissant à la défense nationale.

Enfin, l'article 5 de la loi prévoit les dispositions de procédure applicables aux fins de constater l'infraction définie à l'article 432-14 du code pénal.

Les membres de la mission peuvent procéder dans ce cas à des visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents.

Ces mesures sont subordonnées à une autorisation et un contrôle judiciaires, autorisation délivrée dans les conditions précisées par ce texte. Cette décision judiciaire, qui est motivée, est susceptible de pourvoi en cassation, ce qui offre des garanties certaines aux parties concernées.

Section 3

Contrôle du coût de revient des marchés publics de l'Etat

Article 126

Conformément à l'article 54 de la loi de finances pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963) dans les cas prévus ci-dessous, les titulaires de marchés fournissent au service contractant, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.

Lesdits titulaires ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude de ces renseignements par les agents de l'administration mentionnés à l'article 129.

Les obligations prévues ci-dessus sont applicables aux marchés de travaux, fournitures ou études pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement.

Les personnes soumises aux dispositions des alinéas précédents peuvent être assujetties à présenter leurs bilans, comptes de pertes et profits et comptes d'exploitation ainsi que leur comptabilité analytique d'exploitation ou, à défaut de celle-ci, tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

Article 127

La référence aux obligations prévues à l'article 126 figure dans les documents contractuels du marché soumis au contrôle.

Le document contractuel faisant référence aux obligations prévues à l'article 126 fixe les sanctions applicables si l'entreprise soumise à ces obligations refuse de communiquer des pièces ou des documents, fournit des renseignements erronés ou met obstacle à la vérification.

Article 128

La décision d'exercer un contrôle de prix de revient en application de l'article 126 est prise par l'autorité qui a signé le marché soumis au contrôle.

Article 129

I. - Les agents ou les catégories d'agents des services de l'Etat habilités à exercer les vérifications sur pièces et sur place en application de l'article 126 sont désignés par arrêté du ministre dont ils dépendent.

Les agents des établissements publics et les entreprises figurant sur la liste prévue au I de l'article 54 de la loi de finances pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963) appelés à effectuer lesdites vérifications sont habilités nommément par arrêté du ministre de tutelle.

Les agents habilités conformément aux dispositions des deux alinéas précédents peuvent être mis à la disposition de tout département ministériel pour effectuer des vérifications au profit de celui-ci.

II. - Tous les fonctionnaires ou agents qui ont connaissance à un titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application de l'article 126 sont astreints au secret professionnel, ainsi que, le cas échéant, aux règles relatives à la protection du secret en matière de défense.

Ces renseignements ne peuvent être utilisés à des fins autres que le contrôle du prix de revient du marché soumis au contrôle ou de tout autre marché analogue.

Les dispositions relatives au contrôle des prix de revient des marchés visé à l'article 54 de la loi de finances pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963) sont commentées dans une instruction du 15 octobre 1964 (JO du 30 octobre 1964) complétée par une instruction du 16 mai 1967 (revue Marchés publics, n° 66, mai 1967).

La coordination des contrôles des prix de revient a été organisée par la lettre circulaire du Premier ministre no 2012 SG du 7 janvier 1964.

Afin de faciliter cette coordination, le décret n° 68-165 du 20 février 1968 a donné la possibilité de nommer un fonctionnaire coordonnateur auprès des entreprises titulaires de marchés de matériels de guerre ou assujetties aux obligations de l'article 54 de la loi de finances pour 1963 qui sont susceptibles d'être soumises à de nombreux contrôles.

Il est souhaitable qu'avant de négocier un marché susceptible de donner lieu à un contrôle avec une entreprise auprès de laquelle a été nommé un fonctionnaire coordonnateur, les services acheteurs prennent contact avec celui-ci.

Une circulaire du 26 juillet 1971 du ministre de l'économie et des finances relative à la pratique des analyses de coûts précise les différentes formes que peuvent prendre ces analyses (textes relatifs aux prix dans les marchés publics : brochure n° 2007, Journal officiel). Cette circulaire, tout en rappelant les principes fondamentaux de la mise en oeuvre du droit de contrôle des prix de revient exposés dans l'instruction du 15 octobre 1964, insiste sur la conduite des analyses de coûts a posteriori qui ne sont pas la conséquence d'obligations légales mais résultent du seul libre accord des parties.

Cette circulaire recommande également les analyses de coûts précontractuelles qui visent à l'examen de tous les éléments d'un devis. Pour l'application des directives du Premier ministre du 10 octobre 1969 sur la négociation des prix et des marges dans les marchés négociés (revue Marchés publics, no 85 bis), de telles analyses de coûts sont des conditions le plus souvent nécessaires pour mener des négociations sérieuses sur le prix du contrat.

Section 4

<https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-dispositi-ns-relatives-au-controle/>

Autres contrôles des marchés publics de l'Etat

Article 130

Les marchés, avenants, bons de commande après remise en compétition et décisions de poursuivre sont soumis, en dehors des contrôles institués par les textes généraux en matière de dépenses de l'Etat et par le présent titre, à des contrôles fixés par chaque ministre.

Les ministres intéressés peuvent mettre en place des procédures de contrôle interne destinées à garantir tant la conformité et la régularité des procédures d'achats aux règles du code des marchés publics que l'efficacité organisationnelle et économique des achats des services placés sous leur autorité.

Ce contrôle pourra notamment comporter une évaluation systématique de l'adéquation des procédures à la satisfaction des besoins des services, à l'occasion des phases d'élaboration, de passation et d'exécution des marchés publics.