

**Commission économique pour l'Europe**Comité de l'innovation, de la compétitivité
et des partenariats public-privé**Groupe de travail des partenariats public-privé****Septième session**Genève, 30 novembre-1^{er} décembre 2023

Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**Examen des travaux menés depuis la sixième session
du Groupe de travail des partenariats public-privé,
tenue les 1^{er} et 2 décembre 2022****Norme pour une tolérance zéro à l'égard de la corruption
dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des PPP****Exécution du Programme de développement durable des Nations Unies
à l'aide de partenariats efficaces entre les secteurs public et privé****Note révisée du secrétariat***Contexte*

La première version du présent document, établie par une équipe de projet dirigée par Marc Frilet (France), a été publiée le 12 septembre 2017 sous la cote ECE/CECI/WP/PPP/2017/4. La Norme a été approuvée par le Groupe de travail des PPP à sa première session, tenue les 21 et 22 novembre 2017, et adoptée par le Comité de l'innovation, de la compétitivité et des partenariats public-privé (le Comité) à sa douzième session, qui a eu lieu du 26 au 28 mars 2018.

Ce document est réédité en application d'une décision prise par le Comité à sa quinzième session, tenue du 25 au 27 mai 2022¹.

¹ Décision 2022 – 4b.2 (ECE/CECI/2022/2) : Concernant la poursuite de l'utilisation du terme « People-first PPPs for the SDGs » (PPP axés sur les intérêts de la population à l'appui des ODD), le Comité a pris note des résultats des consultations informelles menées sur cette question avec les délégations intéressées depuis la cinquième session du Groupe de travail en novembre 2021, et a décidé :

- i. De remplacer ce terme par « PPP for the SDGs » (PPP axés sur la réalisation des ODD) ;
- ii. De rééditer progressivement les documents sur les PPP précédemment approuvés et adoptés par le Comité et le Groupe de travail afin qu'ils reflètent la nouvelle terminologie, sans toutefois dépasser le quota de documents alloué au sous-programme Coopération et intégration économiques ni occasionner de dépenses supplémentaires.

Le Comité a demandé au secrétariat de rééditer trois documents de base dans un délai de douze mois, et le reste des documents dans les trois ans. Il a demandé au Bureau du Groupe de travail des



Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
A. Les économies que la lutte contre la corruption peut apporter	3
B. Objectifs de la Norme et questions touchant sa rédaction	5
II. Risque de corruption dans la passation de marchés publics fondés sur des PPP	6
III. Tolérance zéro à l'égard de la corruption dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des PPP	10
A. Respect des lois et d'un code de déontologie	10
B. Prévention des conflits d'intérêts	10
C. Communication d'informations	11
D. Unités, comités et conseils consacrés aux PPP et autorités de surveillance	12
E. Consultants et experts	13
F. Dénonciation d'abus	14
IV. Méthodes d'appels d'offres	14
A. Propositions spontanées	14
B. Avis d'adjudication et dossiers d'appel d'offres	15
C. Procédure de présélection	16
D. Passation de marchés fondés sur des PPP privilégiant le dialogue	17
E. Confidentialité et gestion de l'information	18
F. Comité d'évaluation des soumissions	18
G. Mécanismes d'intégrité et d'équité	19

partenariats public-privé de décider quels documents autres que les documents de base devraient être prioritaires au cours de cette période.

I. Introduction

1. La réalisation des objectifs de développement durable (ODD) des Nations Unies représente un énorme coût. Selon des rapports récemment publiés, il faudra investir, à l'échelle mondiale, 3 300 milliards de dollars des États-Unis par an dans les infrastructures, et ce, uniquement pour suivre le rythme de la croissance prévue². Cette somme colossale devra être sollicitée auprès de nombreuses sources, notamment le secteur privé. Les pays qui s'attachent à accroître leurs investissements et à développer leurs infrastructures dans de telles proportions devront fermement s'engager à appliquer les principes de transparence et d'intégrité et, en particulier, à prendre des mesures pour lutter contre la corruption afin d'attirer les investissements voulus, de collaborer efficacement avec le secteur privé et d'accélérer la mise en œuvre d'initiatives permettant de réaliser les ODD.
2. Bien que les partenariats public-privé (PPP) offrent de grandes possibilités pour ce qui est de combler les écarts de développement et que la réalisation des ODD exige que les pouvoirs publics et les responsables relèvent ce défi, la corruption continue d'affaiblir l'autorité publique.
3. Dans les pays développés et les pays en développement du monde entier, des procédures publiques sont entachées de corruption, des pots-de-vin sont versés pour des services publics de base, des fonctionnaires confient des contrats à leurs amis et à leurs proches et l'autorité publique est mise à profit à des fins personnelles.
4. Le préjudice n'est pas seulement d'ordre financier. La corruption ralentit la fourniture de services publics, entrave l'activité économique et la croissance³ et compromet l'action, en termes de temps, d'énergie et de ressources, de ceux qui tentent d'assurer une bonne gouvernance et la qualité des services publics.
5. Cela étant, les États qui se sont engagés à réaliser les ODD, en particulier ceux qui veulent faire fond sur des programmes de développement ambitieux qui incluent des PPP, ne devraient pas mesurer la corruption simplement au regard de ses conséquences néfastes ni en fonction de la manière dont elle compromet leurs efforts. Ils devraient plutôt la mesurer au regard de ce qu'ils pourraient gagner en luttant efficacement contre elle et en mettant en œuvre une politique de tolérance zéro. Combien pourraient-ils économiser ? Combien de personnes de plus pourraient être desservies ? À quoi ressemblerait le monde si la corruption était fortement réduite ?

A. Les économies que la lutte contre la corruption peut apporter

Réaliser des économies

« Nous nous appliquerons à renforcer la réglementation à tous les niveaux pour améliorer encore la transparence et la responsabilisation des institutions financières et du secteur des entreprises ainsi que des administrations publiques ». Programme d'action d'Addis-Abeba de 2015.

6. La lutte contre la corruption dans la passation des marchés publics pourrait permettre de réaliser des économies considérables :
 - a) Selon le Rapport de 2014 sur la corruption transnationale de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), à l'échelle mondiale, la corruption fait perdre aux pouvoirs publics 10,9 % de la valeur totale des transactions dans la passation des marchés ;
 - b) La Banque mondiale estime qu'environ 1 000 milliards de dollars de pots-de-vin sont versés chaque année dans le monde⁴.

² Analyse de McKinsey ; McKinsey Global Institute Analysis, 2016.

³ Études du FMI et de la Banque mondiale.

⁴ Banque mondiale, Governance Brief: Anti-Corruption, mai 2016.

7. Puisque la corruption est présente dans pratiquement tous les secteurs et implique des acteurs tant du secteur public que du secteur privé, les économies qui pourraient être réalisées uniquement dans le cadre des projets de travaux publics (qui constituent souvent une part notable des PPP) sont importantes :

- Transparency International a estimé que la corruption dans le secteur du bâtiment pouvait majorer de 50 % le coût d'un projet. Elle a en outre évalué que de 10 à 30 % des investissements dans un projet de travaux publics pouvaient être perdus du fait d'une mauvaise gestion ou d'actes de corruption⁵.

8. L'Initiative pour la transparence dans le secteur de la construction estime que d'ici à 2030, à moins que des mesures ne soient prises pour vraiment améliorer la situation, près de 6 000 milliards de dollars pourraient être perdus chaque année en raison d'actes de corruption, d'une mauvaise gestion ou d'un manque d'efficacité⁶. Cela étant, l'importance des mesures de lutte contre la corruption ressortira peut-être plus clairement non pas à l'aune des économies réalisées, mais au regard des bienfaits accrus que les programmes et les projets pourront engendrer dans un environnement exempt de corruption.

Sauver des vies

9. La Banque mondiale a indiqué que la corruption avait non seulement pour effet d'entraver la croissance et de menacer la prospérité, mais qu'elle frappait de façon disproportionnée les pauvres, en raison du détournement de ressources nécessaires et de l'aggravation des effets à long terme de l'absence de fourniture de services⁷.

10. Par exemple, dans le secteur de la santé, la corruption porte préjudice à la population de façon très concrète. Elle représente en effet un détournement des ressources, de l'attention et du temps qui devraient être consacrés aux soins à dispenser, ce qui nuit à la santé de la population cible. S'ensuivent, entre autres choses, un accroissement de la mortalité infantile, une réduction de l'offre de médicaments essentiels et une incapacité de prévenir des maladies qui auraient pu être évitées.

11. La corruption représente donc une menace non seulement pour les finances des pouvoirs publics, mais aussi pour les services et avantages qu'un projet public est censé fournir à la population.

Placer l'intérêt de la population au cœur des programmes et politiques de PPP

12. La CEE étudie les particularités des initiatives engagées sous la forme de PPP et demande aux pouvoirs publics de placer l'intérêt de la population au cœur de leurs programmes de PPP et de développer des PPP axés sur la réalisation des ODD permettant :

- a) D'améliorer l'accès aux services essentiels et de réduire les inégalités sociales et l'injustice ;
- b) D'accroître la résilience et d'accorder une plus grande attention à l'environnement ;
- c) D'améliorer l'efficacité économique ;
- d) De promouvoir la reproductibilité et l'élaboration de nouveaux projets ;
- e) D'associer pleinement toutes les parties prenantes.

13. Les PPP axés sur la réalisation des ODD permettraient aux pouvoirs publics non seulement d'assurer plus efficacement les services de base, mais aussi d'améliorer la vie des populations. Ces PPP et, en fait, les ODD eux-mêmes, nécessitent par conséquent que les

⁵ https://www.transparency.org/whatwedo/publication/global_corruption_report_2005_corruption_in_construction_and_post_conflict.

⁶ <https://www.weforum.org/agenda/2016/02/why-is-the-construction-industry-so-corrupt-and-what-can-we-do-about-it>, Forum économique mondial, Petter Matthews, Directeur exécutif du Secrétariat international de l'Initiative pour la transparence dans le secteur de la Construction (CoST).

⁷ Le Président du Groupe de la Banque mondiale, Jim Yong Kim, Sommet contre la corruption, 2016, Londres (Royaume-Uni).

États combattent véritablement la corruption s'ils veulent tirer pleinement parti des possibilités d'améliorer les services publics qu'offrent les PPP. Cela est d'autant plus important pour les programmes et les projets qui visent à améliorer les conditions de vie dans les pays à faible revenu et à revenu intermédiaire, où les pressions pesant sur les ressources budgétaires et les capacités sont particulièrement lourdes.

14. Consciente que la corruption peut à elle seule saper la réalisation des ODD, l'ONU s'emploie à mettre à profit les ressources existantes en matière de lutte contre la corruption et la pratique des pots-de-vin et à élaborer des outils qui : a) soient universels par nature ; b) contiennent des principes et des recommandations en matière de lutte contre la corruption ciblés sur les PPP ; c) puissent être facilement intégrés par les pays et les gouvernements dans leurs systèmes de lutte contre la corruption ; d) renforcent l'ensemble des efforts de lutte contre la corruption que déploient les autorités publiques.

15. Ainsi, il sera possible d'offrir à toutes les parties prenantes des projets PPP un niveau de protection global et sensiblement accru contre la corruption, de tirer pleinement parti des projets en attente dans les pays et de privilégier l'intérêt de la population tout en réalisant des économies et en sauvant des vies.

16. La présente Norme de la CEE pour une tolérance zéro à l'égard de la corruption dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des PPP (la « Norme ») a pour objectif de contribuer à la mise en place des institutions solides et exemptes de corruption préconisées dans les ODD suivants :

a) L'objectif 16 (promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous), et notamment les cibles 16.5 (réduire nettement la corruption et la pratique des pots-de-vin sous toutes leurs formes) et 16.6 (mettre en place des institutions efficaces, responsables et transparentes à tous les niveaux) ;

b) L'objectif 17 (renforcer les moyens de mettre en œuvre le Partenariat mondial pour le développement durable et à le revitaliser), et notamment la cible 17.17 (encourager et promouvoir les partenariats publics, les partenariats public-privé et les partenariats avec la société civile, en faisant fond sur l'expérience acquise et les stratégies de financement appliquées en la matière).

17. Dans le Programme d'Action d'Addis-Abeba, cadre global de financement du développement pour l'après-2015, les États sont aussi invités à lutter contre la corruption à tous les niveaux et sous toutes ses formes et à mettre en place des institutions démocratiques efficaces, responsables et ouvertes à tous⁸.

B. Objectifs de la Norme et questions touchant sa rédaction

1. Objectifs

18. Les objectifs de la Norme sont les suivants :

a) Énoncer un ensemble de principes et de conditions que les gouvernements pourraient, à titre volontaire, intégrer dans leurs règlements ou politiques lorsqu'ils passent des marchés fondés sur des PPP, conformément aux ODD ;

b) Aider les pouvoirs publics souhaitant améliorer la mise en œuvre des PPP à mobiliser leur potentiel et à réduire les risques et la complexité du processus tout en améliorant les mesures réglementaires de lutte contre la corruption dans les PPP ;

c) Informer toutes les parties, notamment les acteurs de la société civile, de la manière dont les PPP peuvent être conclus et mis en œuvre pour assurer leur qualité et faire en sorte qu'ils ne soient pas compromis par des comportements répréhensibles et des irrégularités causées par un manque d'intégrité ou des actes de corruption.

⁸ Programme d'action d'Addis-Abeba sur le financement du développement, sect. II. B. 48 ; objectifs de développement durable, cible 17.17.

2. Questions touchant la rédaction de la Norme

19. Pour réaliser les objectifs susmentionnés, les auteurs du présent document se sont appuyés sur :

a) Un recensement – effectué par une équipe pluridisciplinaire d’experts des PPP des secteurs public et privé représentant divers organismes et pays – des principaux facteurs de risque dans les passations de marchés fondés sur des PPP ;

b) Un processus de rédaction intégré visant à élaborer une norme de nature universelle rédigée dans un langage clair, facile à comprendre et simple à appliquer, de laquelle découlent de façon évidente des moyens de mise en œuvre efficaces.

3. Application effective de la Norme

20. Les États souhaitant appliquer cette norme devront l’adopter et, en l’absence de mécanismes internes compatibles, intégrer les recommandations qui y sont formulées dans leur système juridique et administratif. Ainsi, ils pourront rendre ces recommandations contraignantes, charger une autorité judiciaire ou administrative de contrôler si elles sont bien appliquées et infliger des sanctions en cas d’infraction.

21. Pour contribuer à l’application de la Norme, la CEE entend la compléter par un outil de mise en œuvre qui aidera les pouvoirs publics à procéder avec efficacité. Elle publiera éventuellement aussi des documents supplémentaires et élaborera des lignes directrices, recommandations et règles connexes pour étoffer la teneur de la Norme. Les gouvernements sont donc invités à coopérer et à échanger avec la CEE à l’appui des efforts qu’ils déploieront pour mettre en œuvre la Norme et s’y conformer.

II. Risque de corruption dans la passation de marchés publics fondés sur des PPP

Observations préliminaires et marchés publics

22. Les PPP sont des marchés publics. Ainsi, les principes fondamentaux qui sous-tendent la passation de marchés publics « classiques » s’appliquent également à la passation de marchés fondés sur des PPP. Le processus comprend la mise en concurrence et implique que soient respectés les principes de transparence et de non-discrimination tout au long de l’appel d’offres. La loi type sur la passation des marchés publics de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) dispose que des procédures de passation de marché bien conçues : a) permettent de réaliser un maximum d’économie et d’efficacité ; b) favorisent et encouragent la participation au processus ; c) promeuvent la concurrence pour la fourniture de l’objet du marché ; d) garantissent le traitement juste, égal et équitable de toutes les parties concernées ; e) promeuvent l’intégrité et l’équité du processus et la confiance des parties prenantes dans ce processus ; f) assurent la transparence du processus⁹.

23. Si les PPP restent des marchés, ils possèdent certaines caractéristiques qui les distinguent des marchés publics « classiques ». L’une de ces principales distinctions est qu’un PPP regroupe souvent dans un marché mixte le financement, la conception et la construction (ou la rénovation) d’infrastructures publiques, ainsi que la fourniture de tout ou partie des services publics connexes par le partenaire privé. En outre, il faut adapter les PPP à l’évolution des besoins des populations en raison de la longue durée du projet. Les PPP donnent lieu à une situation de partenariat où les partenaires des secteurs public et privé doivent vraiment collaborer pendant de longues périodes et ajuster les services fournis, les clauses financières du contrat et d’autres obligations contractuelles ou modalités d’exécution du projet. Les parties doivent donc définir une approche juste et équitable pour tenir compte des imprévus et des problèmes d’exploitation et d’entretien, dont la fréquence et l’ampleur sont plus faibles dans le cadre d’autres types de marchés publics.

⁹ Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, janvier 2011, consultable à l’adresse <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/2011-model-law-on-public-procurement-f.pdf>.

24. L'un des problèmes que soulève la passation de marchés publics fondés sur des PPP est qu'il faut évaluer et prévoir bien à l'avance les divers problèmes et risques qui peuvent se présenter pendant toute la durée du contrat. Il est également difficile de choisir un partenaire qui puisse : i) prendre des engagements à long terme en matière de financement, de conception, de construction et d'exploitation des infrastructures ; ii) respecter les paramètres de performance rigoureux et les clauses contractuelles ; iii) démontrer qu'il est en mesure de créer un véritable partenariat avec le secteur public ; iv) établir un juste équilibre entre ses propres intérêts et l'intérêt de la population. C'est sans doute ce qui distingue le plus une passation de marchés fondés sur des PPP d'une passation de marché « classique », à savoir la nécessité de trouver le bon partenaire et d'associer les parties publiques et privées dans un partenariat durable qui ne soit pas seulement une opération à court terme, mais un accord présentant les aspects à la fois d'un partenariat et d'un marché public classique.

25. Les effets de ce type de passation de marchés sur les mécanismes habituels applicables aux marchés publics sont multiples. Par exemple, un des critères retenus dans la passation de marchés publics classique est le prix à payer au moment de l'acceptation des travaux ou dès lors que certains critères de performance sont remplis. En revanche, s'agissant des PPP, dans la majorité des cas, le critère du coût des travaux ou de l'infrastructure, s'il est certes important, n'est qu'un critère parmi d'autres, qui comprennent notamment une conception optimale adaptée à l'innovation, à l'amélioration et à l'adaptation du service qui doit être fourni, la capacité globale de limiter les frais de maintenance, l'existence d'un plan ambitieux de remplacement des actifs, et des effets limités en termes de finances publiques. En fait, ce sont des critères de performance transparents et objectifs de ce genre, ainsi que des ratios de pondération appropriés, qui devraient orienter le processus de sélection du partenaire privé dans une passation de marché fondé sur un PPP, plutôt que l'approche consistant à retenir le mieux-disant, qui est traditionnellement utilisée.

26. Pour les pouvoirs publics, les PPP soulèvent donc des difficultés bien particulières. Cependant, en dépit de leurs spécificités, ce sont des marchés publics résultant d'un processus public et visant à répondre aux besoins de la population dans les meilleures conditions d'appel d'offres. Dans ce sens, un PPP bénéficiera de la mise en place de procédures bien conçues de passation de marché et d'un cadre rigoureux de lutte contre la corruption, tout comme n'importe quel marché classique.

Les trois étapes d'une passation de marchés publics fondés sur des PPP

27. La passation de marchés fondés sur des PPP se déroule dans une large mesure comme la passation de marchés publics classique, en ce sens qu'elle comprend trois phases :

La phase 1 correspond aux mesures prises par l'organisme public pour cerner le problème d'ordre public qu'il doit régler ; déterminer ce qu'il doit faire face à ce problème et ce dont il aura besoin, notamment en mettant en regard les ressources dont il dispose et celles dont il aura besoin pour passer le marché ; évaluer et prévoir les options matérielles et financières afférentes au projet ; recenser les ressources et solutions pouvant exister sur le marché ; mesurer les effets, les avantages et les risques de la formule de PPP retenue ; déterminer les capacités budgétaires au regard des engagements de dépenses potentiels liés aux solutions envisagées, compte tenu de la répartition prévue des risques et des droits attachés à une approche-projet ; préciser les modalités de sa proposition d'appel d'offres. Les activités de la phase 1 ont pour principal objectif de sélectionner judicieusement un projet et de faire en sorte que les acteurs des secteurs public et privé soient informés des problèmes et des préférences des uns et des autres.

La phase 2 consiste à soumettre le projet de passation de marché à un appel d'offres l'ouvrant à la concurrence, à évaluer les soumissions et à attribuer le marché. Les PPP peuvent être de grands projets assortis d'éléments opérationnels complexes et interdépendants, et parfois également de modalités de financement compliquées, de sorte que l'établissement d'une offre conforme et l'évaluation des soumissions peuvent être très onéreux et chronophages. En conséquence, la passation de marchés fondés sur des PPP est souvent divisée en deux étapes : la qualification et l'adjudication. À l'étape de la qualification, les soumissionnaires qualifiés sont présélectionnés pour l'étape d'adjudication.

Les soumissionnaires présélectionnés sont alors mis en concurrence et appelés à faire une offre. Enfin, l'organisme public, dans le cadre d'un processus d'évaluation, attribue le marché au soumissionnaire qui a proposé la meilleure solution en termes d'approche, de coûts et de services et qui apportera les avantages annoncés aux citoyens à l'appui des ODD.

La phase 3 intervient après que l'adjudicataire a été sélectionné : le marché est finalisé et attribué et l'exécution du contrat débute. Cette phase est parfois dénommée phase de conception, de construction, d'opérations et d'entretien et englobe des activités essentielles comme l'administration du marché, les rapports d'exécution et le suivi, l'apport de modifications et le règlement des différends, ainsi que la gestion des relations. C'est lors de cette phase que les pouvoirs publics peuvent, par une évaluation a posteriori, examiner et repérer toute variation dans les retombées attendues et annoncées d'un projet sur les citoyens et la réalisation des ODD pertinents (et mettre à jour les outils normalisés, les approches adoptées ou les prévisions de répartition des risques utilisées pour le processus).

Risques pouvant survenir au cours des trois phases

28. La corruption dans la passation de marchés fondés sur des PPP est souvent définie comme le fait qu'un soumissionnaire bénéficie d'un avantage indu dans le cadre du processus de sélection (la phase 2), de sorte qu'il soit sélectionné ou qu'il obtienne un avantage déloyal par rapport à ses concurrents.

29. S'il est certain que cela arrive, il faut cependant avoir, dans la passation de marchés fondés sur des PPP, une vue globale de la corruption axée sur les trois phases du processus et sur leurs liens. Cela est vrai non seulement parce que la corruption peut survenir à n'importe quel stade du processus, mais aussi parce qu'elle se manifeste en général là où le système est faible ou non réglementé, à savoir là où il est le plus facile d'agir impunément, et, dans certains cas, où l'on constate un manque d'attention ou de surveillance.

30. Par exemple, la corruption peut être le fait d'une extorsion, de pots-de-vin ou d'une collusion avec des agents publics en vue d'obtenir un marché au début de la passation, comme elle peut se manifester dans l'exécution à long terme du marché lorsqu'un partenaire privé cherche à renégocier le contrat ou à en modifier les prescriptions en matière de performance, à fausser les procédures réglementaires et l'établissement de rapports, ou à gonfler les factures longtemps après que le marché a été engagé¹⁰.

31. Alors même que les trois phases présentent des risques, de nombreux pays ne disposent pas encore des institutions de base, de l'expérience ou des bonnes pratiques requises pour organiser un appel d'offres dans les règles, en particulier lorsque le PPP porte sur un projet complexe et de grande ampleur. Il en découle un risque élevé de corruption lors de la passation du marché, bien souvent un dévoiement de la procédure d'appel d'offres et une probabilité accrue de l'échec du projet à long terme.

32. Il faut donc améliorer les mécanismes publics tout au long des trois phases, mais la phase 2 demeure essentielle pour assurer le succès des PPP. Pour que les PPP bénéficient à la population, comme requis par les ODD, et pour donner suite aux conclusions du Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement, les pouvoirs publics (et leurs partenaires privés) doivent bien réfléchir à la conception et aux modalités de mise en œuvre de la procédure de passation de marchés fondés sur des PPP pour éviter les écueils du passé et être à la hauteur des ambitions énoncées dans les ODD.

Possibilités de corruption dans la passation de marchés fondés sur des PPP

33. La corruption dans les PPP n'est pas inévitable. De nombreux projets de PPP sont entrepris et exécutés dans un souci d'intégrité et de transparence et donnent de très bons résultats. En fait, à certains égards, les PPP peuvent être moins vulnérables à la corruption

¹⁰ Voir *Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide*, Transparency International, 24 juillet 2014.

que les marchés publics classiques, car un PPP bien conçu fait l'objet d'un processus d'examen très poussé, d'une grande attention et d'une étude très approfondie avant l'appel d'offres ou l'adjudication, et ce, dans une plus grande mesure que de nombreux marchés publics ordinaires ou de moindre ampleur. Les PPP peuvent aussi bénéficier d'accords bien structurés dont les moindres détails sont longuement négociés et être assortis d'un dispositif d'incitations et de répartition des risques adapté aux besoins pour faire en sorte qu'un ouvrage soit, par exemple, réalisé selon des normes élevées et ait une longue durée de vie. Si un tel niveau de contrôle met au jour un grand nombre de facteurs de risque, il peut aussi contribuer à réduire le risque de corruption à certains égards, par exemple en permettant d'éviter que des contrats de sous-traitance inutiles ou d'un coût excessif soient attribués, que des entreprises bâclent leur travail ou que des pots-de-vin influent sur les résultats et les prescriptions en matière de performance.

34. Malgré ces aspects positifs, les PPP peuvent aussi être plus exposés au risque de corruption¹¹, en particulier dans les cas suivants :

- a) L'État ne dispose pas d'institutions fortes et indépendantes et ne supervise pas correctement les projets PPP ;
- b) Le projet PPP fait l'objet d'une étude de marché et pendant le processus d'appel d'offres, l'organisme public a des contacts avec les acteurs du marché ou d'éventuels soumissionnaires et, en particulier, se laisse indûment influencer par eux ;
- c) Un dialogue compétitif ou un accord négocié pendant l'appel d'offres est mal organisé, ce qui donne lieu à d'importantes possibilités d'entretiens ou d'arrangements inappropriés ;
- d) Les pouvoirs publics ne font pas ce qu'il faut pour prévenir les conflits d'intérêts dans le cadre de projets très techniques ou complexes ou de projets concernant des micromarchés, en particulier lorsque les salariés sont susceptibles de changer d'employeur dans un secteur où évoluent un nombre limité d'acteurs publics et privés ;
- e) De grosses sommes d'argent ou un marché public d'importance peu courante sont en jeu, ce qui attise les convoitises et pousse des soumissionnaires à utiliser tous les moyens voulus pour remporter le marché ;
- f) L'État ne dispose pas des moyens techniques nécessaires pour administrer l'appel d'offres pour un PPP et laisse des experts rompus aux transactions et aux questions financières, techniques ou juridiques dont il a sollicité le concours contrôler le processus ou en influencer les résultats ;
- g) L'élaboration du projet et la conception de la mesure des résultats avant l'appel d'offres laissent à désirer, ce qui se traduit par exemple par une incapacité à produire des données de référence annuelles fiables et fait que la performance et les résultats effectifs peuvent paraître concluants, alors qu'en fin de compte le projet est un échec ;
- h) L'État ne possède pas les compétences relatives à un secteur donné et donc n'est pas en mesure de s'opposer à l'intégration de dispositions commerciales inutiles, ni de se prémunir contre la fixation de prix excessifs ou contre des mécanismes de dissimulation des profits ;
- i) L'État n'élabore pas les projets dans le cadre d'un processus ouvert et transparent, de sorte que, par inadvertance ou délibérément, certains soumissionnaires peuvent bénéficier d'un avantage sur leurs concurrents.

¹¹ La plupart des organisations (par exemple, l'ONU, le Groupe de la Banque mondiale et l'OCDE) sont conscientes des risques de corruption et du fait que celle-ci peut prendre différentes formes, par exemple le choix arbitraire de l'adjudicataire, l'attribution du marché à des amis ou des parents de responsables gouvernementaux, ou simplement le dévoiement du fonctionnement de l'institution ou de la concurrence. Ces grands acteurs institutionnels savent que la corruption est un facteur important et qu'il est essentiel de s'y attaquer pour que leurs efforts et ceux des pouvoirs publics donnent les résultats voulus et pour qu'il soit possible de redresser durablement la situation (par exemple, le Groupe de la Banque mondiale a cessé toute collaboration avec plus de 370 entreprises, organisations gouvernementales et particuliers au cours des sept dernières années).

III. Tolérance zéro à l'égard de la corruption dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des PPP

A. Respect des lois et d'un code de déontologie

Enjeux

35. S'agissant de la passation de marchés fondés sur des PPP, le défi pour les pouvoirs publics est de promouvoir la prévisibilité dans un processus de concurrence ouvert et équitable, avec des participants des secteurs public et privé qui respectent des normes déontologiques élevées et adoptent une conduite intègre tout au long du processus.

Recommandations

- i) Les pouvoirs publics doivent fixer des limites, établir des repères et définir des attentes concernant la participation à un PPP, et mettre en place des contrôles juridiques et déontologiques qui renforcent la confiance dans les acteurs des secteurs public et privé et entre eux, ainsi qu'un cadre qui, à terme, consolidera le pacte social sous-jacent entre le gouvernement et les citoyens.
- ii) Les pouvoirs publics devraient adopter des règlements, lois et codes sur les PPP et la lutte contre la corruption, notamment un code de déontologie, qui incorporent des modèles internationaux et des instruments de lutte contre la corruption ou se fondent sur eux.
- iii) Les hauts responsables et tous les acteurs des secteurs public et privé prenant part à une procédure de passation de marchés fondés sur des PPP devraient s'engager à respecter l'ensemble des règlements, lois et codes nationaux et internationaux applicables relatifs à la lutte contre la corruption, notamment un code de déontologie qui fixe les normes de comportement des participants à la procédure de passation de marché.
- iv) Le dossier d'appel d'offres doit mentionner ces règlements, lois et codes applicables et exiger de l'autorité publique et des soumissionnaires qu'ils s'engagent par écrit à s'y conformer.
- v) Les règlements, lois ou codes relatifs à la lutte contre la corruption devraient être appliqués et contenir des dispositions prévoyant des peines ou des sanctions en cas de violation, y compris des réparations sous forme d'amendes ou de sanctions civiles ou pénales, de même que le retrait ou la radiation de la personne ou de l'entité incriminée.
- vi) Les pays devraient être dotés d'un organisme indépendant de lutte contre la corruption chargé des questions relatives à la surveillance, l'encadrement, l'administration et l'application des dispositifs anticorruption.
- vii) Les pouvoirs publics devraient exiger des entreprises du secteur privé qui soumissionnent pour des PPP qu'elles aient leur propre code de déontologie et leurs propres procédures de lutte contre la corruption et qu'elles les aient publiés ; ce code et ces procédures devraient pouvoir faire l'objet d'une vérification indépendante et être appliqués pendant toute la durée du contrat.

B. Prévention des conflits d'intérêts

Enjeux

36. Pour ériger en priorité les intérêts de la population, il importe que les pouvoirs publics veillent à ce que leurs projets PPP soient protégés contre ceux qui cherchent à en tirer un avantage personnel indu. Les conflits d'intérêts sont l'un des principaux indicateurs d'une telle éventualité, et les pouvoirs publics sont donc mis au défi de prendre des mesures concrètes permettant de repérer les conflits d'intérêts et d'y remédier.

Recommandations

Les conflits d'intérêts sont un signal d'alerte indiquant qu'il existe un risque de corruption et une menace générale pour l'intégrité du processus. Étant donné que les conflits peuvent être repérés, ils jouent un rôle important dans un système de lutte contre la corruption, qui vise à mettre au jour des comportements qui sont souvent délibérément dissimulés ou cachés.

- i) Dans le cadre de leurs efforts de lutte contre la corruption et de leur mécanisme de déontologie, les États doivent éviter, dans les PPP, les conflits d'intérêts qui surgissent lorsque les intérêts économiques, financiers ou personnels directs ou indirects d'un particulier ou d'une entité sont susceptibles de compromettre leur impartialité ou leur indépendance, ou qui découlent des obligations incombant à ce particulier ou à cette entité dans le contexte de leurs fonctions publiques officielles et du PPP.
- ii) Les pouvoirs publics devraient donner une définition exhaustive de la corruption.
- iii) Les pouvoirs publics devraient être tout particulièrement au fait des conflits d'intérêts pouvant surgir en raison d'un intérêt économique, d'affinités d'ordre politique ou national, de liens familiaux ou affectifs, ou de tout autre lien pertinent ou intérêt commun.
- iv) Les pouvoirs publics devraient prendre des mesures préventives ou correctives, même lorsque le conflit d'intérêts n'est qu'apparent.
- v) Une détection précoce, la divulgation rapide d'informations et des mesures d'atténuation appropriées sont des caractéristiques essentielles d'un système efficace de traitement des conflits d'intérêts.
- vi) Les pouvoirs publics sont particulièrement exposés au risque de conflits d'intérêts à l'occasion d'échanges avec des soumissionnaires ou dans le cadre d'un processus d'évaluation ou d'optimisation des offres.

C. Communication d'informations

Enjeux

37. Les pouvoirs publics sont mis au défi de donner accès aux faits et informations essentiels sur lesquels les agents de l'État se fondent pour prendre des décisions et s'acquitter de leurs responsabilités officielles.

Recommandations

Un échange déséquilibré d'informations peut donner lieu à des possibilités de corruption. La corruption étant souvent dissimulée, l'accès des parties prenantes aux informations relatives à la passation du marché est essentiel pour rendre les participants des secteurs public et privé responsables de leurs actes.

- i) La divulgation publique d'informations est indispensable pour promouvoir la transparence et l'intégrité dans le processus de PPP. Les pouvoirs publics devraient mettre en œuvre des méthodes efficaces de diffusion de l'information dès le début d'un programme ou projet PPP et poursuivre dans ce sens moyennant des mesures générales de sensibilisation et le recours à des outils tels que la communication électronique, des lois, règlements et systèmes applicables à l'accès à l'information publique, et d'autres méthodes de diffusion de l'information adaptées au projet.
- ii) Les pouvoirs publics devraient mettre en place des programmes de formation et de sensibilisation pour faire en sorte que les obligations en matière de communication d'informations au public soient respectées.

- iii) Dans le prolongement des règles relatives à la communication d'informations au public, les pouvoirs publics devraient mettre en place un cadre de communication d'informations pour les PPP qui englobe l'ensemble du projet et fournisse, de préférence en ligne, un accès gratuit, sans restriction, uniforme et direct à la documentation relative aux PPP, aux études de faisabilité, aux résumés et rapports concernant les projets et aux dispositions contractuelles proposées, sous une forme facilement accessible et avec des mises à jour régulières.
- iv) S'il convient d'accorder une attention particulière à la mise en place de règles et d'un cadre solides pour la communication d'informations, les soumissionnaires au titre d'un PPP sont souvent invités à proposer des solutions novatrices qui peuvent comporter des techniques qui leur sont propres ou des secrets d'affaires, et les pouvoirs publics devraient donc adopter des mécanismes pour protéger ces éléments sensibles contre toute divulgation et utilisation non autorisées par des parties publiques et privées.
- v) Les règles et le cadre en question devraient prévoir des procédures relatives, par exemple, aux délais à respecter et à la manière de traiter les violations des dispositions du cadre à la suite de la non-divulgation d'informations ou à d'autres formes de rétention abusive d'informations qui auraient dû être divulguées.
- vi) Les règles et le cadre régissant la divulgation d'informations devraient être portés à l'attention du public et énoncer clairement, pour les participants et les parties prenantes des secteurs public et privé, les raisons de la mise en place du PPP et le processus à venir.
- vii) Les règles et le cadre régissant la divulgation d'informations devraient tenir compte du fait que de nombreux projets de PPP sont complexes et que le processus d'appel d'offres peut être beaucoup plus long que dans le cas des méthodes classiques de passation de marchés ; par conséquent, les informations sur les projets et les prescriptions y relatives devraient être annoncées au public dès le début du processus d'appel d'offres de manière à assurer une véritable concurrence.
- viii) Les règles et le cadre régissant la divulgation d'informations devraient être maintenus à l'issue de l'appel d'offres et de l'adjudication et prévoir la diffusion régulière d'informations sur l'état d'avancement du projet et sur toutes les modifications qui pourraient être apportées aux principales caractéristiques de ce dernier (de manière à ce qu'elles soient soumises à une procédure de concurrence loyale).

D. Unités, comités et conseils consacrés aux PPP et autorités de surveillance

Enjeux

38. Une répartition claire et transparente des attributions et des responsabilités au sein des pouvoirs publics ainsi que la désignation ou l'existence d'un organe de coordination et de prise de décisions de haut niveau sont des facteurs clés du succès.

Recommandations

La répartition des responsabilités et la séparation des pouvoirs dans le cadre d'une procédure de passation de marchés fondés sur des PPP constituent à la fois : i) un facteur de dissuasion de la corruption, car un acteur ne peut contrôler à lui seul les résultats du processus ; ii) une fonction de contrôle, car les entités en présence peuvent suivre réciproquement leurs activités.

- i) Dans le cadre d'une passation de marchés fondés sur des PPP, les pouvoirs publics devraient isoler certaines activités de préparation, d'évaluation, d'attribution et de prise de décisions, y compris les fonctions d'audit, et faire en sorte que certaines activités soient administrées de façon cloisonnée par des entités (unités, comités ou

conseils consacrés aux PPP et autorités de surveillance) qui soient indépendantes les unes des autres, assurent une fonction de surveillance ou d’approbation indépendante et soient établies de manière à servir de garde-fous dans la prise de décisions et le processus des PPP.

- ii) Les pouvoirs publics devraient établir des unités, comités et conseils consacrés aux PPP ainsi que des autorités de surveillance aux niveaux appropriés de l’administration publique de manière à ce que les pouvoirs, les compétences et la portée des mécanismes de prise de décisions ou de règlement des différends soient clairement définis et que les projets passent par une procédure d’approbation claire.
- iii) Dans le dossier d’appel d’offres, les pouvoirs publics devraient mentionner les unités, comités et conseils consacrés aux PPP ainsi que les autorités de surveillance qui seront associés aux PPP, présenter leurs fonctions, responsabilités et rôles respectifs et désigner l’autorité chargée de prendre les décisions.

E. Consultants et experts

Enjeux

39. En raison de l’influence que les consultants et les experts peuvent exercer sur les processus de prise de décisions des pouvoirs publics, y compris les décisions de base concernant l’opportunité de créer un PPP, ou sur les critères à retenir pour attribuer un contrat de PPP, les États sont mis au défi de préciser et de contrôler soigneusement les critères sur lesquels ils s’appuient pour recruter des consultants et des experts et définir les résultats qui sont attendus d’eux.

Recommandations

- i) Les pouvoirs publics devraient appliquer des lignes directrices pour déterminer si des consultants et des experts peuvent être recrutés pour un projet de PPP et dans l’affirmative, à quel moment et dans quelles conditions ; pour s’assurer les services de ces consultants et experts, ils devraient notamment adresser des invitations ouvertes, claires et cohérentes, élaborer des mandats en conséquence et mettre en place des systèmes d’évaluation.
- ii) Les consultants et les experts devraient avoir un niveau élevé d’intégrité et d’indépendance et avoir les compétences requises pour gérer chaque étape de l’appel d’offres ou du projet pour lesquels ils ont été engagés, de l’évaluation des besoins du partenaire public à l’adjudication finale du contrat, en passant par la supervision de la prestation des services.
- iii) Les pouvoirs publics devraient recruter des consultants et des experts qui soient indépendants et impartiaux, qui n’aient pas de conflits d’intérêts et qui soient capables de travailler au sein d’une équipe de fonctionnaires et de gérer les compétences spécialisées mais diverses requises dans le cadre d’un PPP.
- iv) Les pouvoirs publics devraient envisager d’utiliser une méthode de sélection fondée sur la valeur ou la qualité pour évaluer les consultants et les experts et les rémunérer de façon cohérente au regard du budget dont ils disposent, compte tenu de la taille, de la complexité et du coût du projet, notamment en prévoyant un mécanisme de maîtrise des dépenses et en s’octroyant la possibilité d’accroître, de réduire ou d’éliminer certains services confiés aux intéressés.
- v) Les pouvoirs publics devraient examiner les résultats obtenus par les consultants et les experts dans le passé et prendre en compte aussi bien les résultats positifs que négatifs, notamment ceux obtenus au cours des phases d’exécution d’un projet ou d’exploitation et d’entretien d’un ouvrage.

F. Dénonciation d'abus

Enjeux

40. Les États sont mis au défi d'établir un cadre régissant la dénonciation d'abus qui puisse servir à prévenir les comportements répréhensibles qu'il est souvent difficile de repérer et qui sont sciemment dissimulés.

Recommandations

- i) Un lanceur d'alerte est un acteur du secteur public, ou éventuellement du secteur privé, qui dénonce, en toute impartialité, un conflit d'intérêts, des manœuvres de corruption ou d'autres pratiques frauduleuses portant préjudice à l'intérêt général, et qui décide d'en faire état, conformément à un cadre recommandé pour la dénonciation d'abus.
- ii) Les pouvoirs publics devraient mettre en place des politiques, des règles et des cadres procéduraux régissant la dénonciation d'abus qui soient faciles à appliquer par un lanceur d'alerte, qui protègent les lanceurs d'alerte aux affirmations dûment étayées et qui permettent et favorisent la divulgation en amont des conflits, des manœuvres de corruption et d'autres pratiques frauduleuses.
- iii) Les pouvoirs publics devraient adopter des règles et des cadres appropriés pour les lanceurs d'alerte qui permettent de vérifier l'identité de ce dernier, mais qui en même temps assurent la confidentialité des informations en cause et protègent l'identité de l'intéressé contre toute divulgation.
- iv) Les pouvoirs publics devraient protéger contre les représailles d'ordre personnel et professionnel et contre des poursuites pénales et civiles tout lanceur d'alerte aux affirmations dûment étayées et témoignant de bonne foi.
- v) Les pouvoirs publics ne devraient pas protéger un lanceur d'alerte lorsqu'une divulgation ne satisfait pas à l'exigence de bonne foi et, dans ce cas, ils devraient pouvoir faire en sorte que le lanceur d'alerte soit passible de sanctions.

IV. Méthodes d'appels d'offres

A. Propositions spontanées

Enjeux

41. Les États sont mis au défi d'innover dans la fourniture de services publics. Ils doivent toutefois le faire de manière responsable et avec un bon rapport coût-efficacité, et il leur faut donc faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de propositions spontanées qui peuvent avoir pour but d'éviter la procédure d'appel d'offres ouverte et concurrentielle.

Recommandations

Par leur nature même, les propositions spontanées n'émanent pas du processus public de planification. Si elles ne sont pas correctement gérées, elles peuvent prendre du temps et capter l'attention et des ressources du secteur public au détriment de l'exécution de ses propres plans stratégiques et projets prioritaires.

- i) Les pouvoirs publics devraient être prudents face aux propositions spontanées de PPP et, s'ils choisissent de les autoriser, ils devraient mettre en place des contrôles stricts visant la réception, l'examen et l'approbation de ces propositions.
- ii) Les pouvoirs publics devraient planifier leurs besoins et services en matière d'infrastructures et accorder la priorité aux projets créés et mis en œuvre par le secteur public. Une proposition spontanée ne devrait être étudiée qu'à titre exceptionnel, et uniquement si elle apporte des capacités techniques ou financières dont l'État ne dispose pas ou une innovation dans la prestation de services publics.

- iii) La majorité des propositions spontanées peuvent faire l'objet d'une procédure concurrentielle en tout ou en partie, et les pouvoirs publics devraient donc s'efforcer d'organiser un appel d'offres ouvert à tous les soumissionnaires, solliciter des propositions concurrentes et, en particulier, donner suffisamment de temps à d'autres soumissionnaires pour qu'ils puissent élaborer leur proposition.
- iv) Dans le cas exceptionnel où aucune autre proposition n'était soumise dans le cadre d'une procédure concurrentielle consécutive à une proposition spontanée et où celle-ci donnait lieu à des négociations directes avec l'initiateur, les pouvoirs publics devraient mettre en place des procédures de négociation rigoureuses qui prévoient des normes de rentabilité, un projet qui satisfasse aux critères du secteur public ou les dépasse, et des coûts fixés au taux du marché, assortis de contraintes budgétaires prudentes. Les pouvoirs devraient également se demander s'il serait possible de faire jouer la concurrence dans différentes composantes du projet, comme la construction ou le financement.
- v) Si les entités privées savent que la confidentialité des informations exclusives et de la propriété intellectuelle sera respectée, elles seront plus enclines à soumettre des propositions spontanées novatrices, mais les pouvoirs publics ne devraient pas permettre aux initiateurs de propositions spontanées de faire usage de ce droit au seul motif qu'il s'agit d'informations exclusives ou d'éléments de propriété intellectuelle sans preuve suffisante pour étayer cette affirmation.
- vi) Afin de prévenir les actes de corruption réels ou perçus, les pouvoirs publics devraient prévoir de divulguer largement toutes les informations et données pertinentes sur les projets, notamment l'existence d'une proposition spontanée.
- vii) Les gouvernements devraient rendre publique et facilement accessible l'information selon laquelle une proposition spontanée a été reçue et est à l'étude.
- viii) Les pouvoirs publics devraient harmoniser les PPP et les politiques et processus relatifs aux propositions spontanées afin d'accroître le soutien des parties prenantes, de renforcer l'intérêt du marché et d'assurer la cohérence du processus de prise de décisions. Ils devraient notamment prévoir un mécanisme d'examen et d'approbation en plusieurs étapes aux moments clés de la procédure de proposition spontanée.

B. Avis d'adjudication et dossiers d'appel d'offres

Enjeux

42. La procédure de passation de marchés est plus efficace lorsque les soumissionnaires sont mis en concurrence. Les États sont donc mis au défi de veiller à ce que leur procédure de passation de marchés fondés sur des PPP prévoient un mécanisme de communication avec tous les soumissionnaires qui soit équitable et transparent, de manière à obtenir un niveau de participation et de concurrence approprié.

Recommandations

Les avis d'adjudication et les dossiers d'appel d'offres qui sont libellés en termes vagues, laissent trop peu de temps pour répondre, fixent des critères qui favorisent un soumissionnaire, sont intentionnellement incohérents ou ne font pas l'objet d'une très large publicité peuvent être utilisés pour fausser la concurrence dans un PPP.

- i) Les pouvoirs publics devraient appliquer les dispositions sous-jacentes relatives à la transparence contenues dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011, qui donnent effet à la Convention des Nations Unies contre la corruption.
- ii) Pendant la phase préparatoire, les pouvoirs publics devraient organiser des séances d'information et diffuser des annonces avant l'appel d'offres pour fournir aux soumissionnaires potentiels des informations générales sur la possibilité qui leur est offerte.

- iii) Les pouvoirs publics devraient élaborer des avis d'adjudication et des dossiers d'appel d'offres pour rechercher des candidats intéressés et rendre un maximum d'informations publiques en fonction du but, de la nature, de l'objet et de la valeur du projet PPP.
- iv) Les pouvoirs publics devraient utiliser des avis d'adjudication et des dossiers d'appel d'offres qui soient simples et précis, qui contiennent les principales informations relatives à l'appel d'offres et qui permettent à tout soumissionnaire intéressé de comprendre les spécifications fonctionnelles exigées par le projet, ainsi que toutes les informations pertinentes sur la procédure, les conditions requises et les critères de sélection.
- v) Les pouvoirs publics devraient veiller à ce que tous les candidats puissent avoir accès en même temps aux mêmes informations et aux mêmes documents pour pouvoir préparer leur réponse et participer à la procédure d'appel d'offres.
- vi) S'agissant des capacités techniques, professionnelles ou financières, les pouvoirs publics ne devraient pas inclure de prescriptions disproportionnées ou excessives par rapport aux exigences et à la faisabilité du projet, ni de critères conçus pour favoriser l'un quelconque des candidats.
- vii) Les pouvoirs publics devraient prévoir, dans les avis d'adjudication et les dossiers d'appel d'offres, la possibilité de récuser un soumissionnaire lorsqu'un conflit d'intérêts ou un autre comportement inapproprié est mis au jour.
- viii) Les pouvoirs publics devraient interdire aux soumissionnaires d'influer sur le processus d'adjudication et leur donner des instructions dans les avis et dossiers d'appel d'offres pour qu'ils évitent tout contact, direct ou indirect, avec l'autorité adjudicatrice ou contractante et ses agents, à moins qu'un tel contact ne soit expressément autorisé et fasse l'objet d'un contrôle.

C. Procédure de présélection

Enjeux

43. La procédure de passation de marchés fondés sur des PPP est conçue pour attirer des soumissionnaires intéressés, responsables et capables de proposer des offres concurrentielles, sans pour autant être lourde au point de ralentir l'exécution de la passation ou de la rendre trop coûteuse. Les États sont donc mis au défi d'établir un processus de présélection qui soit juste et équitable, qui permette aux soumissionnaires qualifiés de concourir et qui contribue à simplifier et à accélérer la gestion de la procédure de passation.

Recommandations

La présélection peut favoriser la corruption, car elle peut être utilisée pour exclure des soumissionnaires pourtant qualifiés.

- i) Le but de la présélection est de faire connaître le projet au plus grand nombre de soumissionnaires potentiels, de fournir à ces derniers les informations dont ils ont besoin pour évaluer la fiabilité et la qualité du dossier de projet, de définir les critères de présélection et de permettre auxdits soumissionnaires, s'ils le souhaitent, de présenter avant l'appel d'offres les documents qui leur permettront éventuellement d'être présélectionnés.
- ii) Les pouvoirs publics devraient faire en sorte que la présélection soit ouverte et que le nombre de places ne soit pas limité. Toutefois, dans certains cas (passation en deux étapes, dialogues compétitifs ou projets ayant des caractéristiques exceptionnelles ou présentant des spécifications fonctionnelles très complexes ou coûteuses par nature), ils pourraient limiter le nombre de candidats présélectionnés en tenant compte du coût de l'élaboration du projet et de l'appel d'offres, du nombre de prestataires disponibles sur le marché et de la nécessité de préserver la concurrence.

- iii) Les pouvoirs publics devraient exiger des soumissionnaires qu'ils conservent leur statut de candidats présélectionnés tout au long de la procédure de passation et pourraient effectuer en temps opportun un contrôle du soumissionnaire retenu à l'issue du processus de sélection.
- iv) Les pouvoirs publics devraient disqualifier un soumissionnaire qui a fourni des informations inexactes ou fausses relatives à la présélection et, en fonction de l'objectif et de la nature des informations trompeuses communiquées, pouvoir demander que lui soient infligées des peines ou sanctions, pouvant comprendre l'annulation d'un marché octroyé.
- v) Les pouvoirs publics devraient vérifier en temps voulu l'exactitude des informations concernant la présélection fournies par l'adjudicataire.

D. Passation de marchés fondés sur des PPP privilégiant le dialogue

Enjeux

44. Les États sont mis au défi de tirer le meilleur parti des possibilités qu'offre la procédure de passation de marché fondée sur le dialogue, l'objectif étant d'aider les organismes publics à définir, pour leur projet, des spécifications qui soient adaptées à la finalité et permettent d'atteindre les objectifs visés tout en limitant les possibilités d'interactions inappropriées ou d'octroi d'un avantage concurrentiel déloyal à un ou plusieurs soumissionnaires.

Recommandations

La passation de marchés fondée sur le dialogue qui ne fait pas l'objet de contrôles stricts peut entraîner des interactions directes et des actes de collusion ou de corruption entre l'organisme public (ou les organismes publics) et les soumissionnaires privés.

- i) Les pouvoirs publics devraient privilégier le dialogue dans la procédure de passation de marchés fondés sur des PPP quand, après avoir établi les spécifications fonctionnelles préliminaires et les principaux critères de performance, ils ne sont pas en mesure de définir ou de synthétiser, à partir d'un certain nombre de solutions possibles, la solution technique qu'ils désirent soumettre à la concurrence.
- ii) La passation de marché fondée sur le dialogue peut se faire en deux étapes : l'autorité publique examine d'abord avec les soumissionnaires présélectionnés les spécifications techniques, les exigences fonctionnelles et les caractéristiques du service requis, puis les soumissionnaires présélectionnés qui ont réussi l'épreuve d'évaluation technique sont autorisés à présenter une offre financière. L'adjudicataire est celui qui a obtenu le meilleur résultat composite regroupant l'évaluation technique et l'évaluation financière.
- iii) En raison du risque élevé de corruption et d'abus dans le cadre d'un dialogue ouvert, les pouvoirs publics devraient délimiter et contrôler étroitement les interactions entre les organismes publics et le(s) soumissionnaire(s) sélectionné(s) et faire porter le dialogue uniquement sur les aspects techniques du PPP (qui peuvent inclure certaines exigences financières) et sur les questions pour lesquelles la contribution des soumissionnaires est attendue.
- iv) Les pouvoirs publics devraient veiller à ce que le dialogue ne puisse pas donner lieu à un réexamen des spécifications fonctionnelles, des paramètres de performance ou des règles ou normes qui sont clairement précisés dans les dossiers d'appel d'offres ou sont essentiels au projet comme en a décidé l'autorité adjudicatrice.
- v) Les pouvoirs publics devraient établir un comité d'évaluation des offres qui dispose des moyens nécessaires pour évaluer les propositions techniques et prendre des décisions rapides et solidement étayées pendant l'une quelconque des phases de dialogue technique.

- vi) Les pouvoirs publics devraient assurer la confidentialité des informations relatives aux soumissionnaires dans tout dialogue au cours duquel sont échangées des données sur la propriété intellectuelle et le savoir-faire, notamment sur l'innovation financière et contractuelle exclusive.

E. Confidentialité et gestion de l'information

Enjeux

45. Dans un environnement concurrentiel de passation de marchés fondés sur des PPP, les informations sont essentielles. Les informations que les pouvoirs publics fournissent au secteur privé constituent la base de la concurrence qui s'exerce dans le cadre d'un PPP et les informations que les acteurs privés peuvent partager avec les pouvoirs publics constituent la base de leur compétitivité. Les États sont donc mis au défi de préserver la confidentialité des informations publiques et privées tout au long du processus dès lors que la divulgation de ces informations pourrait avoir une incidence sur les objectifs du PPP et sur la compétitivité des marchés, ou pourrait influencer de façon défavorable sur la prise de décisions des pouvoirs publics ou sur la volonté des participants de participer au processus.

Recommandations

Il arrive souvent que des informations fournies par des soumissionnaires soient fuitées pour donner un avantage compétitif à un soumissionnaire privilégié. C'est le cas notamment dans les passations de marchés reposant sur un dialogue au cours duquel des précisions et des modifications peuvent être fréquentes et les organismes ébauchent leurs solutions compétitives et exposent leurs propositions de valeur en temps réel.

- i) Les pouvoirs publics devraient protéger et préserver la confidentialité, l'intégrité et la sécurité des informations et des documents qui sont partagés pendant la procédure d'appel d'offres.
- ii) Les pouvoirs publics devraient établir une chaîne de responsabilités claire et la faire connaître et préciser quand et dans quelles conditions les informations peuvent être divulguées ou si elles doivent rester confidentielles, conformément au cadre régissant la divulgation de l'information.
- iii) Les pouvoirs publics devraient utiliser au maximum le système informatisé de gestion des documents et de la passation des marchés.

F. Comité d'évaluation des soumissions

Enjeux

46. Les États sont mis au défi de créer un mécanisme d'examen et d'évaluation des soumissionnaires et de leurs offres qui soit transparent et uniforme, qui tienne compte uniquement de l'intérêt des propositions soumises et qui attribue le marché à l'entité qui est jugée avoir présenté la meilleure offre.

Recommandations

Les critères d'évaluation peuvent être adaptés pour favoriser un soumissionnaire, infléchir la prise de décisions au détriment d'un soumissionnaire ou simplement faire en sorte qu'une offre bien fondée soit jugée non conforme. En outre, certaines offres peuvent être rejetées en raison de critères trop contraignants ou excessifs.

- i) Les pouvoirs publics devraient désigner les membres des comités d'évaluation des soumissions après avoir dûment examiné les caractéristiques du projet, la méthode de passation, la nature et le calendrier de l'évaluation, ainsi que les ressources en compétences et les capacités dont le comité devrait être doté pour mener à bien une évaluation équitable, indépendante et professionnelle.
- ii) Les pouvoirs publics devraient engager chaque membre du comité d'évaluation des soumissions à respecter un code de déontologie et exiger qu'il n'ait aucun conflit d'intérêts.
- iii) Le comité d'évaluation des soumissions devrait consigner par écrit toutes ses délibérations et décisions.
- iv) Le comité d'évaluation des soumissions devrait se fixer un seuil clair pour la prise de décisions (par exemple, majorité simple, majorité absolue, etc.) et prendre toutes les décisions en fonction de critères objectifs et uniquement sur la base des informations découlant de la documentation de l'appel d'offres et des réponses des soumissionnaires communiquées pendant la procédure de passation des marchés fondés sur des PPP.

G. Mécanismes d'intégrité et d'équité

Enjeux

47. Les États devraient prendre acte du fait que les projets impliquant des actifs de valeur particulièrement élevée, d'une grande complexité ou politiquement sensibles peuvent nécessiter des mécanismes supplémentaires pour assurer la protection contre les pratiques de corruption.

Recommandations

Responsable de l'intégrité

Les enquêtes de probité et d'équité offrent un mécanisme de contrôle et de régulation applicable aux pratiques de passation de marchés et à l'exercice des pouvoirs s'y rapportant. Ce mécanisme doit être fortement centralisé au sein de l'autorité publique. Les enquêtes en question sont également un bon facteur de dissuasion de la corruption, puisqu'elles font planer la menace qu'un audit ou un autre type de vérification vienne braquer un projecteur sur des agissements cachés.

- i) Si un État ne dispose pas d'un mécanisme, d'une juridiction ou d'une autorité chargée d'examiner ou de contrôler l'intégrité ou l'équité d'une procédure de passation de marchés, il doit envisager de recourir à des vérifications de l'intégrité et de l'équité, notamment en faisant appel à des responsables de ces questions pour garantir et contrôler l'intégrité et l'équité de la passation.
- ii) Les vérifications de l'intégrité devraient permettre de certifier que les procédures de passation de marché sont conformes aux lois et règlements en vigueur, aux dossiers et aux procédures d'appel d'offres, ainsi qu'à d'autres normes telles que les codes de déontologie ou les règles régissant la divulgation et la confidentialité des informations.
- iii) Les vérifications de l'équité devraient permettre de contrôler le contenu de la procédure, notamment les délibérations du comité d'évaluation et d'autres débats menés par les entités adjudicatrices, l'objectif étant de garantir qu'une évaluation équitable et neutre a été effectuée.
- iv) Les vérifications de l'intégrité et de l'équité devraient être menées par des personnes possédant des capacités et des compétences professionnelles avérées, ainsi que par des personnes et des entités qui sont indépendantes de toutes les parties associées au PPP.

- v) Les vérifications de l'intégrité devraient servir non pas à énoncer un avis mais à certifier des faits et donner lieu à un rapport détaillé destiné à l'organisme ou aux organismes chargés d'approuver la sélection de l'adjudicataire ; ce rapport devrait faire état de toutes les activités et communications pertinentes compte tenu des exigences de la procédure.
- vi) Les vérifications de l'équité devraient avoir pour but de contrôler l'ensemble du processus de passation de marchés et donner lieu à un rapport confirmant le respect ou le non-respect des procédures de passation et des règles applicables et indiquant, le cas échéant, les réserves concernant le processus relevées au cours de la vérification.
- vii) Les pouvoirs publics devraient faire en sorte que le rapport du vérificateur de l'équité fasse partie intégrante des documents examinés par l'organe chargé d'approuver le choix de l'adjudicataire ou par l'organe chargé de traiter les réclamations en cas de passation de marché non conforme.
