

Lutter contre les ententes dans les marchés publics

Pourquoi les marchés publics ont-ils une telle importance ?

Pourquoi les marchés publics augmentent-ils les risques de collusion ?

Comment réduire ces risques avec efficacité ?

La conception des appels d'offre sert-elle l'efficacité de la passation des marchés ?

Quel rôle doivent jouer les autorités de la concurrence dans les marchés publics ?

Comment déceler la collusion lors des procédures d'appel d'offres ?

Pour plus d'informations

Références

Où nous contacter ?

Introduction

Les autorités consacrent une large part de l'argent des contribuables aux marchés publics (l'achat de biens et services, de la voirie routière aux manuels scolaires). Mais comment peuvent-elles s'assurer qu'elles utilisent ces ressources de façon optimale, et que les entreprises qui cherchent à obtenir un contrat ne se concertent pas pour mettre à mal le principe de l'appel d'offres ?

Une question critique est la collusion par laquelle des entreprises s'entendent illégalement sur le prix d'un service ou d'un contrat, ou conviennent de ne pas répondre à un appel d'offres. Aussi les autorités doivent-elles se consacrer à la lutte contre le trucage des offres dans leurs procédures d'adjudication (les activités des cartels locaux donnent souvent lieu à des manipulations des enchères ou de la passation des marchés). L'autorité chargée des marchés publics est souvent la mieux placée pour déceler des signes d'entente illicite en réponse à un appel d'offres, car elle connaît bien le secteur visé et peut remarquer dans les soumissions des symptômes de collusion contraire à la loi.

En même temps, les autorités de la concurrence doivent étoffer leurs programmes pour sensibiliser les administrations aux dangers des ententes dirigées contre elles, et pour collaborer plus complètement avec les fonctionnaires chargés des marchés publics en vue de lutter plus efficacement contre les soumissions concertées. Les autorités chargées des marchés publics peuvent influencer sur l'organisation des procédures d'appel d'offres pour qu'il soit plus difficile aux entreprises de former des ententes. Or, les programmes de formation systématique des fonctionnaires chargés des marchés publics n'existent que dans quelques pays de l'OCDE. Cela donne à penser que dans de nombreux pays les autorités et les fonctionnaires chargés des marchés publics ne sont pas encore suffisamment conscients du risque d'entente entre les entreprises qui répondent aux appel d'offres et du rôle important qu'ils peuvent jouer pour empêcher et déceler les ententes. ■

Pourquoi les marchés publics ont-ils une telle importance ?

Les marchés publics sont les achats de biens ou services par le secteur public et représentent en général une large part des dépenses publiques d'une économie nationale. Ils constituent une activité économique essentielle des administrations, représentant d'après les estimations 15 % du produit intérieur brut (PIB) en moyenne à l'échelle mondiale. Cette proportion est plus élevée encore dans certains pays de l'OCDE où les marchés publics atteignent 20 % environ du PIB selon les estimations. Par sa politique des marchés publics, le secteur public peut agir sur la structure du marché et l'incitation des entreprises à se faire une concurrence plus ou moins vive à long terme. La politique des marchés publics peut donc servir à fixer les orientations des effets à long terme sur la concurrence dans un secteur de l'activité économique.

Le premier objectif d'une politique efficace des marchés publics est de favoriser l'efficacité, autrement dit, de veiller à ce que le soumissionnaire le « moins disant » ou, plus généralement, le « mieux disant » obtienne le contrat. L'efficacité des marchés publics permet d'éviter des erreurs de gestion et le gaspillage des deniers publics. Il importe donc que la passation des marchés publics ne soit pas affectée par des pratiques telles que la collusion, la manipulation des procédures d'appel d'offres, la fraude et la corruption. Les conduites anticoncurrentielles qui affectent le résultat des adjudications est une violation particulièrement pernicieuse du droit de la concurrence. Du fait de la pratique des soumissions concertées, le prix payé par les administrations publiques pour des biens ou des services est artificiellement augmenté, ce qui oblige le secteur public à les payer plus cher que sur le marché. Ces pratiques ont un effet direct et immédiat sur la dépense publique, donc sur les ressources des contribuables. ■

Pourquoi les marchés publics augmentent-ils les risques de collusion ?

Les ententes sur les prix peuvent naturellement se produire sur les marchés ordinaires aussi bien que lors de la passation des marchés publics. Cependant, les règles qui régissent les marchés publics peuvent faciliter les ententes entre les entreprises concurrentes, ce qui favorise la collusion des soumissionnaires. Si la collusion peut se produire aussi bien sur les marchés ordinaires que sur les marchés publics, la réglementation de ces derniers peut favoriser les mécanismes de collusion.

Les problèmes de concurrence que soulèvent les marchés publics sont souvent les mêmes que ceux qui peuvent se produire sur les marchés ordinaires : des ententes entre soumissionnaires lors d'une ou de plusieurs adjudications. Toutefois, par rapport à un acheteur privé, les administrations ne disposent que d'un nombre limité de stratégies face au risque de collusion. Alors qu'un acheteur privé peut choisir sa stratégie avec beaucoup de souplesse, le secteur public est soumis à des obligations de transparence et le plus souvent aux contraintes de la législation et d'une réglementation administrative détaillée sur les marchés publics. Ces règles ont été fixées pour éviter tout abus de pouvoir du secteur public. Or, la pleine transparence de la passation des marchés publics et de son issue peut favoriser la collusion. Révéler par exemple l'identité des soumissionnaires ou les modalités et conditions de chaque soumission permet aux concurrents de déceler tout écart par rapport aux dispositions prises dans le cadre d'une entente, de punir les entreprises qui ne les ont pas observées et de resserrer la coordination des appels d'offres suivants.

La rigidité que peut entraîner une réglementation étroite de la passation des marchés publics limite les stratégies qui s'offrent à l'acheteur public pour faire face à la coopération illicite des soumissionnaires potentiels qui cherchent à maximiser leur profit. Il importe donc que l'environnement législatif et réglementaire des marchés publics soit conçu pour laisser suffisamment de souplesse à l'acheteur. Des progrès sont possibles par application de procédures nouvelles et différentes à la passation des marchés publics, par exemple les enchères inversées ou les marchés de gré à gré, ou en permettant à l'administration chargée d'un appel d'offres d'adapter les procédures ordinaires aux caractéristiques du marché sur lequel elle doit intervenir. ■

Comment réduire ces risques avec efficacité ?

On peut réduire les risques de collusion lors de la passation des marchés publics en étudiant de près les diverses caractéristiques des mécanismes d'enchères et leur lien éventuel avec la collusion. Concevoir les appels d'offres et les mises en adjudication des marchés publics en pensant à l'impératif d'empêcher la collusion peut grandement contribuer à la lutte contre les comportements anticoncurrentiels, car cela permet de créer un environnement où l'aptitude et l'incitation des soumissionnaires à parvenir à des ententes sont considérablement réduites, voire éliminées.

De multiples formes d'appels d'offres sont applicables aux marchés publics, mais toutes ne sont pas équivalentes du point de vue de la concurrence. Lorsque les entreprises sont suffisamment nombreuses sur le marché visé par l'appel d'offres pour que la concurrence y soit satisfaisante, la passation des marchés publics peut être assurée avec efficacité au moyen d'enchères ou d'un appel d'offres simples (ouverts ou sous pli fermé). Lorsqu'elles ne sont pas assez nombreuses pour que la concurrence y soit soutenue, des dispositions plus élaborées peuvent être nécessaires afin de parvenir à un résultat efficace. Le choix de la procédure d'appel d'offres la mieux adaptée à tel ou tel marché public est donc le point de départ de toute tentative visant à empêcher la collusion lors de la passation des marchés publics.

Les appels d'offres ouverts, par exemple, sont plus exposés à la collusion que les appels d'offres sous pli fermé. Ils permettent aux membres d'un cartel de communiquer au cours de la procédure d'appel d'offres, ce qui facilite leur entente lors des enchères (d'où l'expression « collusion en cours d'enchères »). Dans un appel d'offres sous pli fermé, où chaque soumissionnaire fait en même temps que les autres sa « seule et meilleure » offre, la collusion est beaucoup plus difficile, notamment parce qu'elle suppose que les intéressés communiquent à l'avance, ce qui n'est pas nécessaire lors d'un appel d'offres ouvert. Dans l'optique d'encourager les entreprises à répondre aux appels d'offres, les appels d'offres sous pli fermé ont le mérite de rendre la sélection beaucoup plus aléatoire que les appels d'offres ouverts. Ils favorisent la participation d'entreprises plus « faibles » ou plus petites car elles ont une chance de gagner si le soumissionnaire le mieux-disant recherche un profit et ne formule pas sa meilleure offre, celle qu'il aurait faite lors d'un appel d'offres ouvert. ■

La conception des appels d'offre sert-elle l'efficacité de la passation des marchés ?

L'efficacité de la passation des marchés publics ne dépend pas seulement du type d'appels d'offres adopté, mais aussi de la conception et de la mise en œuvre de la procédure d'appels d'offres. La conception des caractéristiques précises de l'appel à la concurrence peut, elle aussi, exercer une influence profonde sur l'efficacité du résultat.

La conception des appels d'offres n'est pas universelle, mais le risque de collusion peut être réduit lorsque l'administration des achats s'assure que la passation des marchés publics est conçue et mise en œuvre pour atteindre trois grands objectifs : 1) réduire les barrières à l'entrée et accroître la participation des soumissionnaires ; 2) réduire la transparence de la passation des marchés publics et la circulation des informations sensibles du point de vue de la concurrence ; et 3) réduire la fréquence des ouvertures de marchés publics.

Élargir les appels d'offres à un plus grand nombre d'entreprises qui pourraient y répondre permet de renforcer l'efficacité des opérations et de réduire le risque de collusion. Cela tient notamment à ce que si quelques soumissionnaires seulement peuvent prendre part à un appel d'offres, il leur est plus facile et moins coûteux d'organiser une entente durable. Dans le domaine des marchés publics, les barrières à l'entrée d'un marché visé par les achats des administrations peuvent être réduites si l'on s'assure que les critères d'admission à un appel d'offres ne sont pas inutilement restrictifs et si l'on réduit le coût d'élaboration d'une soumission, par exemple par le recours à l'appel d'offres électronique.

La collusion peut s'établir et se poursuivre si les entreprises ont une information complète sur les principaux paramètres de la concurrence. En fait, un haut degré de transparence de la passation des marchés publics peut favoriser la collusion, car il est alors plus facile aux coalisés de déceler et de punir les ententes à l'entente. Le trucage des offres peut être plus difficile si les soumissionnaires sont difficilement identifiables, et c'est pourquoi les fonctionnaires chargés des marchés publics doivent envisager de préserver l'anonymat des soumissionnaires, en ne mentionnant par exemple qu'un numéro d'identification ou en autorisant les soumissions téléphonées, adressées par courrier ou par courriel, au lieu d'exiger des soumissionnaires qu'ils se présentent physiquement pour faire enregistrer leur offre, à une date donnée et en un lieu où ils peuvent tous voir les concurrents présents.

La collusion ne peut-être durable que si les mêmes entreprises se rencontrent régulièrement sur le marché et y communiquent. C'est à cette condition seulement que les entreprises peuvent adapter leur stratégie en agissant et réagissant aux stratégies respectives de leurs concurrents. La collusion est donc plus facile si les soumissionnaires se rencontrent souvent, à l'occasion de marchés publics répétés. Réduire le nombre de ces occasions peut donc favoriser la concurrence. Organiser des appels d'offres moins fréquents, mais sur des montants plus importants, est un moyen parmi d'autres d'y parvenir. Si les appels d'offres sont suffisamment espacés, chaque entreprise a moins de raisons de craindre des représailles pour avoir cassé le prix de l'entente. Inversement, organiser des appels d'offres fréquemment et régulièrement peut favoriser la collusion.

Lorsqu'ils conçoivent des appels d'offres, les fonctionnaires chargés des marchés publics doivent envisager de limiter les soumissions conjointes et la sous-traitance, tout en imposant un prix de réserve. Selon les circonstances de chaque marché public, cet effort peut favoriser l'efficacité des résultats de l'appel d'offres.

Certaines autorités permettent les offres conjointes d'entreprises lors du même marché seulement si la soumission est coûteuse ou s'il faut que l'entreprise ait une taille minimum pour remplir le contrat. Dans ce cas, les offres conjointes sont un moyen de permettre aux petites entreprises de répondre aux appels d'offres portant sur des montants importants, marchés dont elles seraient sinon exclues. Cependant, un consortium de soumission ne doit pas être autorisé si chaque entreprise membre a par elle-même les moyens techniques, financiers et économiques de satisfaire aux conditions du contrat.

Dans toute la mesure du possible, les soumissions doivent être libres de sous-traitance. Permettre à l'adjudicataire de passer des accords de sous-traitance peut aggraver lourdement le risque de trucage des offres. Les mécanismes de l'entente peuvent en particulier prévoir que les soumissionnaires qui acceptent de faire une offre plus chère que l'adjudicataire désigné d'avance, ou de ne pas soumissionner du tout, obtiendront de l'adjudicataire un contrat de sous-traitance à titre de compensation.

Un prix de réserve (prix au-delà duquel le marché n'est pas attribué) agressif mais raisonnable peut réduire la collusion, car il limite les gains illicites. De plus, il permet de réduire le nombre de tours lors d'enchères ouvertes, limitant ainsi les possibilités de communication entre les membres de l'entente.

L'utilisation de certificats d'offre indépendants lors de la passation des marchés publics peut, elle aussi, s'avérer efficace. ■

Quel rôle doivent jouer les autorités de la concurrence dans les marchés publics ?

Pour faire reculer la collusion lors de la passation des marchés publics, il faut veiller à la stricte application du droit de la concurrence et sensibiliser les administrations chargées des marchés publics, à tous les niveaux, afin de les aider à concevoir des procédures efficaces pour la passation des marchés publics et à déceler la collusion.

On peut réduire la collusion dans les marchés publics par l'application stricte, efficace, du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence édicté par de nombreuses autorités interdit formellement le trucage des offres ou le considère comme une violation a priori des règles de la concurrence. D'autres pays fondent simplement leur pratique de la lutte contre le trucage des offres sur la législation générale antitrust qui interdit les accords anticoncurrentiels.

De nombreuses autorités de la concurrence participent aussi à des campagnes de sensibilisation aux risques de manipulation des procédures d'appels d'offres qui sont organisés en vue de passer des marchés publics. On pourrait citer de nombreux exemples de programmes de formation dans ce domaine. Certaines autorités dispensent aux administrations chargées des marchés publics des programmes permanents de formation contre le trucage des offres ; d'autres organisent des séminaires et des sessions de formation occasionnels. Cet

effort de formation passe par une documentation qui explique la collusion et le trucage des offres, les formes qu'ils peuvent prendre et comment les déceler (voir l'encadré 1). ■

Comment déceler la collusion lors des procédures d'appel d'offres ?

Un certain nombre de signes peuvent aider à déceler le trucage des offres. Les autorités de la concurrence peuvent aider les administrations des marchés publics à repérer ces signes dès le début de la passation des marchés publics, ce qui renforce l'efficacité de l'application du droit de la concurrence.

On a constaté que diverses caractéristiques sectorielles ou de produit favorisaient la collusion sur les marchés visés par les achats des administrations : une concentration sectorielle du marché en quelques entreprises seulement ; un marché si transparent qu'il est facile de voir ce que font les concurrents ; de fortes barrières à l'entrée qui entravent les entreprises nouvelles ou petites souhaitant soumettre une offre ; une faible concurrence résiduelle entre quelques soumissionnaires potentiels ; des produits ou services simples ou identiques ; un pouvoir limité de l'acheteur ; la stabilité de l'offre et de la demande ; des possibilités de contacts répétés entre soumissionnaires et la similarité des entreprises ; et le dynamisme des organisations professionnelles. Ces facteurs peuvent favoriser le trucage des offres, mais il n'est pas nécessaire que tous soient présents pour qu'il y ait risque de collusion.

Cependant, le trucage des offres, les ententes sur les prix et autres formes de collusion peuvent être très difficile à déceler ; comme ces pratiques sont illicites, ceux qui s'y livrent font le maximum pour les tenir secrètes. Les soupçons peuvent naître d'une tournure inhabituelle des soumissions ou de la formation des prix, ou encore de quelque acte ou propos d'un soumissionnaire. Un certain nombre de pays, par exemple le Canada, la Suisse, la Suède et les États-Unis, ont

Encadré 1. SENSIBILISER AU RISQUE DE TRUCAGE DES OFFRES

Les Programmes d'ouverture organisés par les autorités de la concurrence pour contribuer à la sensibilisation au risque de trucage des offres se sont avérés extrêmement utiles pour un certain nombre de raisons :

- ils aident les inspecteurs de la concurrence et les fonctionnaires chargés des marchés publics à resserrer leurs relations de travail ;
- ils contribuent à la formation des fonctionnaires chargés des marchés publics en leur apprenant ce qu'ils doivent chercher pour déceler le trucage des offres, au moyen d'exemples réels de configurations des offres et de comportements qui peuvent indiquer l'occurrence de soumissions concertées ;
- ils apprennent aux fonctionnaires chargés des marchés publics à recueillir des preuves qui peuvent servir à poursuivre plus efficacement le trucage des offres ;
- ils contribuent à la formation des fonctionnaires chargés des marchés publics et des inspecteurs en leur apprenant le coût du trucage des offres pour l'administration et, au bout du compte, aux contribuables ; et enfin,
- ils mettent en garde les fonctionnaires chargés des marchés publics contre toute participation au trucage des offres et autre conduite illicite qui nuit à la concurrence dans les appels d'offres organisés en vue de passer un marché public.

L'ouverture en direction des secteurs qui répondent fréquemment à des appels d'offres peut, elle aussi, être un instrument efficace de sensibilisation.

élaboré une liste de contrôle pour aider les administrations chargées des marchés publics à repérer les éventualités de collusion. Ces listes de contrôle comprennent des indications sur les comportements qui peuvent correspondre à la collusion, mais elles ne sont pas normatives. Par exemple, le fait que le niveau des soumissions est trop élevé par rapport aux estimations ne doit pas être considéré en lui-même comme une preuve de collusion, car il peut s'agir de l'inexactitude des estimations. Ces indicateurs ont donc pour seul but d'appeler l'attention des administrations compétentes sur la nécessité d'approfondir l'enquête afin de déterminer s'il y a collusion ou si d'autres facteurs peuvent raisonnablement expliquer les constatations.

Autre moyen de déceler et d'empêcher le trucage des offres lors de la passation des marchés publics : surveiller les opérations et procéder à une analyse quantitative des données relatives aux soumissions. Cela peut aider les administrations des marchés publics, avec le concours des autorités de la concurrence, à repérer au départ les secteurs où des infractions aux règles antitrust sont les plus probables. À cet effet, il est toutefois essentiel d'examiner les offres soumises dans le passé pour vérifier que leur profil traduit bien les mécanismes de la pleine concurrence. Ces analyses permettraient aux administrations chargées de la concurrence et des marchés publics de tirer le meilleur parti de leurs efforts, optimisant la conception des appels d'offres dans les secteurs exposés au risque et affectant les moyens de faire respecter la loi à la mise en évidence de la collusion dans ces secteurs sensibles. ■

Pour plus d'informations

Pour de plus amples informations au sujet de cette Synthèse et du rapport de l'OCDE sur « Le rôle des autorités de concurrence en matière de marchés publics » prendre contact avec Antonio Capobianco, tél. : +33 1 45 24 98 08, courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org.

Pour de plus amples informations sur les travaux que l'OCDE consacre à la politique de la concurrence, consulter le site www.oecd.org/competition ou adresser un message à dafcomp.contact@oecd.org.



Références

OCDE (2007), **Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence**, ISSN 1560-7798, Abonnement (3 numéros par an), 152 €.

OCDE (2003), **Les ententes injustifiables : Progrès récents et défis futurs**, ISBN 978-92-64-10184-5, 72 pages, 25 €.

OCDE (2002), **Lutte contre les ententes injustifiables : Effets dommageables, sanctions efficaces et programmes de clémence**, ISBN 978-92-64-29735-9, 124 pages, 36 €.

Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998).

Les documents qui suivent peuvent être téléchargés gratuitement à l'adresse : www.oecd.org/competition.

OCDE (2005), **Pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquêtes sur les ententes injustifiables**.

OCDE (2005), **Les ententes injustifiables : Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998**.

Les publications de l'OCDE sont en vente sur notre librairie en ligne :
www.oecd.org/librairie

Les publications et les bases de données statistiques de l'OCDE sont aussi disponibles sur notre bibliothèque en ligne : www.SourceOCDE.org

Où nous contacter ?

SIÈGE DE L'OCDE DE PARIS

2, rue André-Pascal
75775 PARIS Cedex 16
Tél. : (33) 01 45 24 81 67
Fax : (33) 01 45 24 19 50
E-mail : sales@oecd.org
Internet : www.oecd.org

ALLEMAGNE

Centre de l'OCDE de Berlin
Schumannstrasse 10
D-10117 BERLIN
Tél. : (49-30) 288 8353
Fax : (49-30) 288 83545
E-mail : berlin.centre@oecd.org
Internet : www.oecd.org/berlin

ÉTATS-UNIS

Centre de l'OCDE
de Washington
2001 L Street N.W., Suite 650
WASHINGTON DC 20036-4922
Tél. : (1-202) 785 6323
Fax : (1-202) 785 0350
E-mail : washington.contact@oecd.org
Internet : www.oecdwash.org
Toll free : (1-800) 456 6323

JAPON

Centre de l'OCDE de Tokyo
Nippon Press Center Bldg
2-2-1 Uchisaiwaicho,
Chiyoda-ku
TOKYO 100-0011
Tél. : (81-3) 5532 0021
Fax : (81-3) 5532 0035
E-mail : center@oecdtokyo.org
Internet : www.oecdtokyo.org

MEXIQUE

Centre de l'OCDE du Mexique
Av. Presidente Mazaryk 526
Colonia: Polanco
C.P. 11560 MEXICO, D.F.
Tél. : (00 52 55) 9138 6233
Fax : (00 52 55) 5280 0480
E-mail : mexico.contact@oecd.org
Internet : www.oecd.org/centrodemexico

Les Synthèses de l'OCDE sont préparées par la Division des relations publiques de la Direction des relations publiques et de la communication. Elles sont publiées sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.