



**Conférence des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr. générale
27 avril 2012
Français
Original: anglais

Conseil du commerce et du développement

**Commission du commerce et du développement
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence**

Douzième session

Genève, 9-11 juillet 2012

Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire

**Consultations et discussions au sujet des examens
collégiaux du droit et de la politique de la concurrence;
examen de la Loi type; et études relatives aux dispositions
de l'Ensemble de principes et de règles**

Politique de la concurrence et marchés publics

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

L'importante influence des marchés publics sur l'offre et à travers celle-ci sur tout un ensemble de facteurs économiques apparaît de plus en plus manifestement. Mais dans le même temps la concurrence est primordiale pour permettre aux États de dépenser les deniers publics de façon judicieuse et de faire donc un bon usage de ressources publiques limitées.

La présente note met en avant le rôle de la concurrence dans les marchés publics. Les éléments fondamentaux et les aspects institutionnels des systèmes de passation des marchés publics y sont examinés, y compris les stratégies permettant d'élargir le cercle des soumissionnaires potentiels, de favoriser les pratiques concurrentielles et de lutter contre le trucage des offres. On espère aussi grâce à ce document favoriser le débat sur les questions d'application pour la prévention, la détection et la répression du trucage des offres, ainsi que le partage d'expériences concernant les cadres réglementaires et les pratiques de passation des marchés propres à promouvoir véritablement la concurrence dans les marchés publics.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. Établir un système de passation des marchés publics qui favorise la concurrence	4
A. Éléments du cadre réglementaire.....	4
B. Promouvoir la concurrence à travers le cadre institutionnel pour la passation des marchés publics: système centralisé ou système décentralisé.....	8
C. Élargir le cercle des soumissionnaires potentiels	9
D. Trouver le juste équilibre entre l'objectif en matière de concurrence et les autres objectifs des marchés publics	11
II. Prévention, détection et répression du trucage des offres	12
A. Prévention du trucage des offres.....	13
B. Détection du trucage des offres	16
C. Respect des règles – Répression du trucage des offres.....	18
III. Conclusion et questions à approfondir.....	20
A. Établir un système de passation des marchés publics et des procédures d'appel d'offres individuelles qui favorisent la concurrence	20
B. Utiliser des instruments de politique générale pour faire des pratiques concurrentielles le meilleur choix pour les soumissionnaires potentiels, c'est-à-dire trouver le moyen de combattre efficacement le trucage des offres.....	20
C. Questions à approfondir.....	21

Introduction

1. Les États ont besoin de se procurer des biens et des services pour s'acquitter de missions publiques, par exemple du matériel pour les écoles et les hôpitaux publics ou encore des services de construction pour les routes et autres infrastructures. Comme les ressources publiques sont limitées, les pouvoirs publics ont tout intérêt à se procurer les biens et services requis avec le meilleur rapport qualité-prix. Pour atteindre cet objectif, les procédures de passation des marchés publics doivent promouvoir la concurrence afin que l'argent soit dépensé le plus judicieusement possible.

2. Compte tenu de l'importance économique des marchés publics, le principe de la concurrence dans ces marchés non seulement protège les intérêts financiers de l'État adjudicateur, mais aussi ouvre des opportunités économiques aux soumissionnaires. On estime que ces marchés représenteraient même de 25 à 30 % du PIB dans les pays en développement¹ et 15 % environ du PIB dans les pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Grâce à la réglementation encadrant les marchés publics, les soumissionnaires bénéficient de chances égales dans d'importants segments de l'économie.

3. Mais dans la pratique il n'existe pas toujours un degré idéal de concurrence dans les marchés publics, pour des raisons qui peuvent tenir: i) au cadre réglementaire pour les contrats publics; ii) aux caractéristiques du «marché» correspondant; iii) aux pratiques collusoires entre soumissionnaires; et iv) à d'autres facteurs.

4. Mais les marchés publics peuvent aussi avoir d'autres objectifs (par exemple politiques d'achats écologiques ou responsables, objectifs sociaux). Il s'agit alors de voir comment concilier du mieux possible ces objectifs avec le principe de la concurrence dans les marchés publics.

5. La présente note d'information, établie en vue de la douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, examine comment assurer la concurrence désirée dans les marchés publics compte tenu de tous ces aspects. Il convient de souligner à cet égard que s'il incombe aux autorités chargées de la concurrence de détecter et de réprimer le trucage des offres, ces autorités ne sont pas en général compétentes pour l'élaboration et l'application des procédures de passation des marchés publics. Les autorités de la concurrence peuvent néanmoins jouer un rôle essentiel en plaidant pour des règles en matière de marchés publics assurant la concurrence dans ces marchés, et aussi en aidant les entités adjudicatrices à prévenir le trucage des offres. Il paraît donc important que les autorités de la concurrence aient une bonne connaissance de l'ensemble des questions de concurrence intervenant dans les marchés publics, et pas seulement sous l'angle de la répression du trucage des offres.

6. On examinera donc d'abord dans le présent document comment assurer la concurrence dans le cadre réglementaire des marchés publics – un domaine où la sensibilisation au principe de la concurrence est importante. Dans la suite du document on examinera les moyens de prévenir, détecter et réprimer le trucage des offres, considéré comme l'une des plus graves atteintes à la concurrence dans les marchés publics. Les autorités de la concurrence peuvent jouer à cet égard un rôle allant au-delà de la seule sensibilisation aux questions de concurrence, notamment en coopérant avec les autorités chargées des marchés publics et les services de répression.

¹ Sustainable Public Procurement: Briefing Note, document établi par Rita Roos pour le United Nations Procurement Capacity Development Centre et le Programme des Nations Unies pour l'environnement, voir: http://www.unpcdc.org/media/390120/spp_brief_en_2012-02-06.pdf.

7. Les pratiques de corruption et de collusion entre soumissionnaires et fonctionnaires chargés des marchés publics peuvent aussi porter atteinte à la concurrence dans ces marchés, mais cette question complémentaire n'entre pas dans le champ du présent document². Ce dernier ne couvre pas non plus la question des marchés publics et des partenariats public-privé.

I. Établir un système de passation des marchés publics qui favorise la concurrence

A. Éléments du cadre réglementaire

1. La concurrence comme principe directeur pour la législation sur les marchés publics

8. Pour que le système de passation des marchés publics permette la meilleure utilisation possible des deniers publics, il faut partir d'un cadre réglementaire qui repose sur le principe de la concurrence et qui conditionne la dépense publique au respect de la concurrence dans les méthodes de passation des marchés. Si l'argument semble s'imposer d'évidence aujourd'hui, il est le fruit d'un processus continu de modernisation et de réforme profondes des systèmes de passation des marchés publics au cours des dernières décennies, aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement.

La réforme des marchés publics dans la Fédération de Russie depuis 2005³

Les résultats des réformes du système de passation des marchés publics dans la Fédération de Russie montrent bien comment la modernisation du cadre réglementaire peut aider à promouvoir la concurrence, à réduire la corruption et à procurer des économies budgétaires.

En 2005, la Fédération de Russie a adopté la loi n° 94-FZ relative à la passation des marchés de fourniture de biens, d'exécution de travaux et de prestation de services pour les besoins de l'État et des municipalités. Cette loi moderne sur les marchés publics a été amendée par la suite, en 2009 et en 2010. La loi sur les marchés publics est complétée par la loi fédérale n° 135-FZ relative à la protection de la concurrence, qui interdit dans son article 11 le trucage des offres, érigé en infraction a priori. En outre, depuis les amendements apportés à l'article 178 du Code pénal de la Fédération de Russie en 2009, le trucage des offres est sanctionné d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans.

La loi n° 94-FZ a établi un système uniforme de passation des marchés publics pour toutes les entités étatiques et municipales qui passent des marchés dans la Fédération de Russie, et a introduit des procédures universelles pour les appels d'offres et les adjudications de marchés publics dans ce pays. Les amendements de 2009 et de 2010 ont conduit à la mise en place en 2011 d'un guichet Internet unique pour les marchés publics et à l'introduction de procédures dématérialisées obligatoires.

² Sur la question des marchés publics et de la corruption, voir par exemple *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance*, par Robert Anderson, William Kovacic et Anna Müller, dans *Le régime des marchés publics de l'OMC: Problèmes et réforme* Cambridge University Press, 2011.

³ *Sources*: Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, *Collusion and Corruption in Public Procurement*, communication de la Fédération de Russie, DAF/COMP/GF/WD (2010)43; *Improvement of competition principles in the Public Procurement System in the Russian Federation*, communication datée du 28 octobre 2011 présentée par Andrey V. Yunak, Service fédéral antimonopole de la Fédération de Russie; *Procurement Reform in Russia: Implications for the Fight Against Corruption*, par Dina V. Krylova et Alexander Settles, juin 2011.

On estime que la réforme du système entre 2006 et 2010 a permis des économies budgétaires de plus de 26,5 milliards d'euros. Il a en outre été constaté une forte augmentation du nombre des participants à chaque enchère. Alors qu'au moment de l'introduction des procédures d'appels d'offres pour la passation des marchés on ne comptait guère que neuf participants par enchère, en 2008 26 fournisseurs en moyenne ont participé aux enchères ouvertes. On estime que les nouvelles mesures gouvernementales, qui transforment en enchères concurrentielles beaucoup de marchés publics de l'État et des municipalités autrefois attribués directement offrent de meilleures chances aux entreprises de participer à des enchères transparentes et loyales.

9. Dans les États membres de l'Union européenne (UE), le processus de réforme a été marqué essentiellement par l'adoption d'une législation au niveau européen⁴ qui obligeait les États membres (pour les contrats publics supérieurs à certains seuils) à ouvrir leur «marché», à se conformer à des procédures fondées sur les principes de la transparence, de la concurrence et de la bonne gestion des procédures, et à introduire au niveau national un système de réexamen offrant des voies de recours valables et rapides aux soumissionnaires qui considèrent que des marchés ont été attribués injustement.

10. Compte tenu de l'importance d'avoir des systèmes de passation des marchés publics qui fonctionnent bien pour fournir l'aide au développement, le renforcement des systèmes et des capacités pour les marchés publics⁵ est devenu aussi un élément essentiel de beaucoup de programmes de développement et a conduit à l'adoption de réformes à cet effet dans les pays en développement. En 2003, un partenariat entre le Comité d'aide au développement de l'OCDE et la Banque mondiale a conduit à la mise en place de la Table ronde sur les marchés publics, partenariat auquel se sont rapidement associés des organismes de donateurs bilatéraux intéressés, les banques multilatérales de développement, les organismes des Nations Unies et des hauts représentants de pays bénéficiant de l'action de ces organismes⁶. Selon l'un des documents fondamentaux issus de cette initiative, pour être valable le système de passation des marchés publics doit avoir pour objectifs d'assurer l'utilisation de façon économe et efficace des deniers publics tout en respectant les principes fondamentaux de la non-discrimination et de l'égalité de traitement, d'une procédure régulière, de l'accès à l'information et de la transparence⁷. En ce qui concerne les méthodes de passation des marchés, la préférence pour des procédures ouvertes et concurrentielles doit être clairement exprimée⁸.

11. Dans ce contexte, la Loi type de la CNUDCI de 2011 sur la passation des marchés publics, qui contient des lignes directrices à l'intention des pays pour réformer leur législation en matière de passation des marchés publics, mérite d'être mentionnée aussi⁹. Elle préconise clairement des procédures de passation des marchés publics fondées sur le principe de la concurrence. Selon le préambule de cette loi type «Promouvoir la

⁴ Pour une vue d'ensemble des directives de l'UE actuellement applicables aux marchés publics, voir http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/current/index_fr.htm.

⁵ Le United Nations Procurement Capacity Centre est l'organe du système des Nations Unies compétent dans ce domaine.

⁶ Strengthening Country Procurement Systems: Results and Opportunities, quatrième Forum de haut niveau sur l'efficacité de l'aide, 29 novembre-1^{er} décembre 2011, Busan, République de Corée. Voir <http://www.unpcdc.org/media/352128/strengthening-country-procurement-systems-oecddac-hlf4-2011.pdf>, p. 8.

⁷ DAC Guidelines and Reference Series on Harmonising Donor Practices for Effective Aid Delivery, vol. 3, voir <http://www.oecd.org/dataoecd/12/14/34336126.pdf>, p. 59.

⁸ Ibid., p. 61.

⁹ [http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement 2011/ML_Public_Procurement_A_66_17_F.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement%202011/ML_Public_Procurement_A_66_17_F.pdf).

concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché» fait même partie des grands objectifs recherchés en matière de passation des marchés.

2. L'appel d'offres ouvert comme principale méthode de passation des marchés fondée sur la concurrence

12. La Loi type de la CNUDCI de 2011 sur la passation des marchés publics fournit des lignes directrices pour refléter dans les méthodes de passation de marchés élaborées l'objectif consistant à promouvoir la concurrence. Si dans son article 27 la Loi type énumère différentes méthodes de passation des marchés, elle donne clairement la priorité, au paragraphe 1 de son article 28, à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché:

«Sauf disposition contraire des articles 29 à 31 de la présente loi, l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché.»

13. La procédure d'appel d'offres ouvert est décrite en détail dans le chapitre III de la Loi type de la CNUDCI de 2011. La Directive 2004/18/CE de l'Union européenne relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services¹⁰ privilégie elle aussi les procédures d'appel d'offres public pour la passation des marchés publics. Les méthodes préférées comprennent des «procédures ouvertes» permettant à tout opérateur économique intéressé de présenter une offre, et des «procédures restreintes» auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer mais dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par le pouvoir adjudicateur peuvent soumettre une offre. Une autre méthode de passation de marché, le «dialogue compétitif», n'est admise que dans certaines circonstances (voir l'article 29 de la Directive).

14. Si les appels d'offres publics sont considérés comme la méthode de passation des marchés publics à privilégier pour optimiser l'utilisation des deniers publics, on peut craindre toutefois que certaines caractéristiques du processus, en particulier le degré élevé de transparence qu'il implique, facilitent une collusion entre soumissionnaires qui éliminerait la concurrence et compromettrait ainsi le résultat de l'ensemble de la procédure. Pour sortir de ce dilemme, il est suggéré de veiller, lors de la préparation des appels d'offres publics, à encourager et protéger la concurrence. Cet aspect de la question est développé dans la troisième partie du présent document.

3. Champ d'application de la législation relative aux marchés publics

15. La législation relative aux marchés publics exclut parfois certaines entités publiques, par exemple les entreprises d'État, ou certains types de marchés (par exemple à des fins militaires) de leur champ d'application. Mais il est évident, sous l'angle de la concurrence, qu'un champ d'application étendu et ne prévoyant pas d'exceptions est désirable. En faisant référence explicitement aux entreprises d'État, comme dans la loi ghanéenne sur la passation des marchés publics, on aidera à dissiper tous les doutes à ce sujet. Selon la disposition de loi en question, «la présente loi s'applique aux ... e) entreprises d'État pour autant qu'elles utilisent des fonds publics; ...»¹¹.

4. Une interdiction claire du trucage des offres pour compléter la législation relative aux marchés publics

16. En ce qui concerne le cadre réglementaire pour la passation des marchés publics, il est important aussi de compléter la réglementation applicable par une interdiction claire du

¹⁰ Voir <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:fr:PDF>.

¹¹ Loi de 2003 relative à la passation des marchés publics, art. 14 II e), voir <http://www.ppbghana.org/documents/Public%20Procurement%20Act%202003%20Act%20663.pdf>.

trucage des offres, c'est-à-dire de la collusion entre soumissionnaires (ou soumissionnaires potentiels) dans un appel d'offres public. Dans les pays où il existe une législation sur la concurrence, le trucage des offres tomberait sous le coup de l'interdiction générale des ententes anticoncurrentielles, même s'il n'était pas expressément interdit comme une pratique anticoncurrentielle a priori. En outre, si les ententes anticoncurrentielles ne donnent pas lieu à des sanctions pénales dans la plupart des pays, certains ont opté pour une interdiction pénale du trucage des offres compte tenu des effets délétères de cette pratique sur le budget public¹².

5. Réexamen des décisions prises en matière de passation des marchés publics

17. Pour garantir la concurrence dans la passation des marchés publics il faut aussi permettre aux soumissionnaires déçus de recourir contre les décisions prises et contre les irrégularités de procédure correspondantes. Les entités adjudicatrices sont incitées à respecter la procédure et à choisir la «meilleure» offre afin d'éviter une contestation de leurs décisions par des soumissionnaires déçus, ainsi que des retards dans la procédure de passation du marché en raison de la formation d'un recours. Si par exemple le défaut de notification d'un appel d'offres public selon les formes prescrites par la loi peut conduire à l'annulation de la décision prise pour le marché en question, l'entité adjudicatrice sera fortement incitée à respecter les règles de publication légale. Comme ces règles visent à assurer la concurrence dans la passation des marchés publics, les procédures de contestation et de réexamen prévues non seulement s'appliquent au bénéfice des soumissionnaires déçus, mais aussi visent à faire en sorte que les entités adjudicatrices respectent le cadre juridique pour la passation des marchés et contribuent ainsi à protéger et promouvoir la concurrence. Il apparaît donc logique qu'à ce titre la Loi type de la CNUDCI de 2011 sur la passation des marchés publics inclue, par exemple, un chapitre sur les recours (Chapitre VIII. Procédures de contestation).

18. Dans certains pays, c'était en fait aux autorités de la concurrence qu'il appartenait de réexaminer les décisions prises en matière de passation des marchés. En Allemagne par exemple, au niveau fédéral trois tribunaux spécialisés dans les marchés publics ont été intégrés dans l'Office fédéral des cartels. Mais ils conservent une totale autonomie de décision. En outre, les marchés attribuables aux Länder sont soumis à réexamen par les tribunaux du Land concerné chargés des marchés publics. En Suède, il existe un service spécifiquement chargé de faire respecter la législation sur les marchés publics, comprenant plusieurs sections, au sein de l'organisme chargé de la concurrence. Si à l'usage cette formule s'est révélée satisfaisante en Allemagne et en Suède, les résultats ont été plus mitigés en Mongolie. Après l'adoption dans ce pays en 2010 d'une nouvelle loi relative à la concurrence, il a été décidé que l'autorité chargée de la concurrence et de la protection des consommateurs serait habilitée en outre à réexaminer les décisions prises en matière de marchés publics. Mais alors que la nouvelle loi donnait compétence à l'autorité dans des domaines multiples et qui se recoupaient elle ne lui a pas ouvert accès à des ressources humaines et financières supplémentaires, ce qui nuit à son action et à son efficacité¹³.

¹² Pour une vue d'ensemble des sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence, voir la note d'information de la CNUCED intitulée «Sanctions et mesures correctives appropriées», TD/RBP/CONF.7/5, p. 4 à 7, http://www.unctad.org/fr/docs/tdrbpconf7d5_fr.pdf.

¹³ CNUCED, 2012. Examen collégial volontaire du droit et de la politique de la concurrence de la Mongolie (à paraître).

B. Promouvoir la concurrence à travers le cadre institutionnel pour la passation des marchés publics: système centralisé ou système décentralisé

19. Si pour faire le meilleur usage des deniers publics il faut d'abord pour les marchés publics un cadre juridique solide fondé sur le principe de la concurrence, il faut aussi que ce cadre soit administré de manière efficace et intègre pour parvenir aux résultats souhaités. C'est dans ce contexte que sont examinés les mérites d'un système centralisé par rapport à un système décentralisé pour les marchés publics.

Dans son guide pratique pour les marchés publics l'OCDE met en avant les arguments suivants pour l'une et l'autre formule¹⁴:

Arguments essentiels en faveur d'un système centralisé:

- Meilleur usage des deniers publics en termes tant de prix que de qualité pour les fournitures, les services et les travaux faisant l'objet du marché du fait que l'organisme centralisé dispose d'un pouvoir d'achat plus grand, grâce notamment à des frais généraux réduits;
- Concentration accrue des compétences en matière de marchés publics, meilleure formation, et suivi plus précis du comportement professionnel des fonctionnaires chargés des marchés publics; et
- Harmonisation meilleure des prescriptions techniques, des contrats et des transactions concernant les marchés publics ainsi que des contrôles de gestion et des informations correspondantes, d'où une plus grande transparence de l'action publique.

Arguments essentiels en faveur d'un système décentralisé:

- Risque moindre de corruption à grande échelle et d'erreurs que dans le cadre d'achats importants entraînant des dépenses excessives;
- Meilleure adéquation entre les fournitures, les services et les travaux obtenus et les besoins des utilisateurs finals (entités publiques et citoyens); et
- Possibilité accrue pour les petites et moyennes entreprises de remporter des appels d'offres publics.

20. En plus des arguments ci-dessus, les systèmes centralisés de passation des marchés publics permettent à l'autorité chargée des marchés publics de mieux comprendre et connaître certains marchés spécifiques et, par conséquent, de mieux détecter et combattre les pratiques collusoires. Un cas qui s'est produit récemment en Allemagne illustre très bien cet aspect¹⁵. En 2011, l'autorité allemande chargée de la concurrence a engagé avec succès des poursuites contre une entente sur les marchés et sur les prix de fabricants de véhicules anti-incendie, qui s'étaient répartis plus d'un millier d'appels d'offres pour ce genre de véhicules. Cette entente a été mise au jour grâce à une dénonciation anonyme et aux informations additionnelles communiquées par des centrales d'achats de véhicules anti-

¹⁴ Voir http://www.oecd.org/documents/40/0,3746,en_21571361_44258691_44978216_1_1_1_1,00.html.

¹⁵ Communiqué de presse de l'Office fédéral allemand des cartels du 10 février 2011, voir: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Presse/2011/110211_PM_Feuerwehrfahrzeug_enhersteller-E2.pdf.

incendie du nord de l'Allemagne¹⁶. En effet, alors que dans le sud de l'Allemagne c'est aux municipalités qu'il appartient individuellement de se procurer des véhicules anti-incendie, dans l'une des régions du nord du pays il existe un système centralisé d'achats. Compte tenu de l'importante quantité de véhicules anti-incendie achetés par l'intermédiaire de cet organisme central, les fonctionnaires chargés de ces contrats publics avaient une bonne vue d'ensemble du marché. Ils ont commencé à avoir des soupçons en constatant qu'il y avait des hausses de prix systématiques chaque fois que les fabricants de véhicules anti-incendie avaient eu l'occasion de se rencontrer dans le cadre des foires commerciales de la branche. Il avait aussi été observé des échanges suspects de personnel entre fabricants concurrents de véhicules anti-incendie. L'information anonyme reçue initialement par l'autorité allemande de la concurrence et les soupçons correspondants ont abouti à l'ouverture d'une enquête qui a permis de confirmer, notamment après des perquisitions inopinées, l'existence et l'ampleur du trucage d'offres soupçonné.

C. Élargir le cercle des soumissionnaires potentiels

21. Comme vu plus haut, le résultat des procédures de passation des marchés publics dépend beaucoup du degré de concurrence sur ces marchés. Cette concurrence est indispensable pour assurer le meilleur usage des deniers publics. On voit donc tout l'intérêt de stratégies permettant d'élargir le cercle des soumissionnaires potentiels et de promouvoir ainsi la concurrence pour les marchés publics. Ces stratégies consistent notamment à faciliter la participation à l'échelle nationale des soumissionnaires aux procédures de passation des marchés ainsi que la participation des petites et moyennes entreprises (PME) et à libéraliser le secteur des marchés publics.

1. Faciliter la participation à l'échelle nationale des soumissionnaires

22. Pour faciliter la participation à l'échelle nationale des soumissionnaires aux appels d'offres publics il faut d'abord et avant tout que les invitations à soumissionner respectives soient publiées dans des médias accessibles sur tout le territoire. On avait pu obtenir à cet égard de bons résultats en mettant en place un guichet central pour la publication des invitations à soumissionner, qui permettait aux utilisateurs de connaître les possibilités de marchés offertes en consultant un site unique, au lieu de se reporter aux instruments de notification individuels des différents organismes chargés des contrats publics aux niveaux municipal et régional. La Fédération de Russie a établi par exemple en 2011 un site Web officiel pour les marchés publics (www.zakupki.gov.ru) qui permet à chacun de se renseigner sur les appels d'offres au niveau national, ainsi que sur les marchés publics des régions et des municipalités (les autorités locales et municipales avaient déjà été autorisées à publier les informations correspondantes sur leurs propres sites Web)¹⁷. Il a été indiqué dans ce contexte que de nombreux acteurs intéressés des régions de l'Extrême-Orient, de Sibérie, de l'Oural et du Nord-Caucase pouvaient participer désormais aux marchés publics régionaux pour Moscou et Saint-Pétersbourg¹⁸.

23. Au Chili il a également été mis en place en août 2003 un service centralisé pour les achats¹⁹. Ce service gère, entre autres, un guichet en ligne pour les appels d'offres publics

¹⁶ Voir «Bid rigging – Outreach, Awareness, Cooperation with Procurement Authorities, A German Perspective», communication de Katharina Krauss, 11 octobre 2011, dans le cadre de l'atelier sur les cartels organisé par le Réseau international de la concurrence.

¹⁷ Voir le chapitre sur la Fédération de Russie de Kamil Karibov et Olga Chaykovskaya dans *Getting the Deal Through – Public Procurement 2011*, p. 194.

¹⁸ *Procurement Reform in Russia: Implications for the Fight Against Corruption*, par Dina V. Krylova et Alexander Settles, juin 2011, voir <http://www.cipe.org/publications/fs/pdf/063011.pdf>.

¹⁹ Dirección Chilecompra, www.chilecompra.cl.

(www.mercadopublico.cl) qui est actuellement utilisé par environ 900 institutions publiques et 100 000 entreprises. L'expérience montre que le système a notamment permis d'ouvrir des possibilités aux petites et moyennes entreprises, en particulier celles qui ne sont pas établies dans la zone métropolitaine²⁰.

24. Il apparaît aussi que des procédures de passation de marchés normalisées et en ligne facilitent la préparation des soumissions et favorisent donc une plus large participation des soumissionnaires. Dans le cas de la Fédération de Russie, l'introduction d'un système obligatoire d'enchères en ligne a notablement accru la participation aux appels d'offres publics (voir l'encadré sur la réforme du système de passation des marchés publics dans la Fédération de Russie depuis 2005). Selon une étude récente effectuée dans l'UE, 23 % des petites et moyennes entreprises et des grandes sociétés considèrent même que la concurrence accrue induite par l'introduction de solutions en ligne pour la passation des marchés devient pour elles un important problème, mais les pouvoirs adjudicateurs et les contribuables devraient bénéficier de cette évolution²¹.

25. Si les procédures dématérialisées de passation de marchés publics et la publication centralisée sur Internet des appels d'offres publics semblent très utiles pour accroître la participation aux marchés publics, il faut néanmoins bien voir que l'argument n'est valable que si les soumissionnaires potentiels disposent effectivement de l'infrastructure et des capacités informatiques requises. Si des nouveaux outils pour la passation des marchés publics comme les procédures dématérialisées étaient introduits sans tenir compte de la capacité des fournisseurs locaux pour absorber les innovations nécessaires, les possibilités d'accès aux marchés publics seraient réservées à un nombre relativement réduit d'entreprises et la concurrence serait donc limitée²².

2. Faciliter la participation des PME

26. Il arrive que les petites entreprises et même parfois aussi les entreprises de taille moyenne n'aient pas des capacités suffisantes pour participer aux appels d'offres publics importants. Il ressortait d'une étude effectuée en 2010 dans l'Union européenne que le montant élevé de certains contrats était très probablement le principal obstacle auquel se heurtaient les PME pour accéder aux marchés publics²³. C'est pourquoi les stratégies visant à faciliter la participation de ces entreprises aux appels d'offres publics visent aussi à élargir le nombre des soumissionnaires potentiels et à promouvoir ainsi la concurrence. Dans ce contexte, le fractionnement des appels d'offres importants en lots est considéré comme un des meilleurs moyens d'aider les PME²⁴. En outre, lorsque des PME n'ont pas les capacités requises pour présenter individuellement des soumissions, on pourrait leur ouvrir davantage de possibilités en les autorisant à former un consortium de soumissionnaires. Mais il ne faudrait pas autoriser les entreprises capables de participer

²⁰ Informe MIPE Chilecompra 2006-2007 (en espagnol), voir : http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=37%3AInforme-mipe-chilecompra-2006-2007&id=9%3Ainvestigacin-y-estudios&Itemid=154&lang=es.

²¹ Évaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'UE, DG Entreprises et Industrie, Synthèse, septembre 2010, p. 10, voir http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes_access_to_public_procurement_final_report_executive_summary_2010_fr.pdf.

²² Public procurement in developing countries: market opportunities through electronic commerce, par Wayne A. Witting, voir [http://www.unpcdc.org/media/2382/public%20procurement%20in%20developing%20countries%20\(copy\).pdf](http://www.unpcdc.org/media/2382/public%20procurement%20in%20developing%20countries%20(copy).pdf).

²³ Évaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'UE, DG Entreprises et Industrie, Synthèse, septembre 2010, p. 6, voir : http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes_access_to_public_procurement_final_report_executive_summary_2010_fr.pdf.

²⁴ Ibid.

individuellement à un appel d'offres public à présenter des soumissions conjointes, car cela réduirait significativement le degré de concurrence. D'autres stratégies encore sont possibles pour faciliter la participation des PME aux marchés publics, par exemple en simplifiant les procédures d'appel d'offres, en allégeant les formalités administratives, et en améliorant l'accès à l'information sur les opportunités de marchés publics et la qualité des informations en question.

3. Libéraliser le secteur des marchés publics

27. L'ouverture des marchés publics, ou de certains d'entre eux, aux soumissionnaires étrangers est une autre stratégie permettant d'élargir le cercle des soumissionnaires potentiels. Il est possible d'autoriser et d'inciter des soumissionnaires étrangers à participer à ces marchés soit sur une base bilatérale quand un État souhaite conserver un certain pouvoir discrétionnaire à cet égard, soit au niveau plurilatéral en accédant à l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP)²⁵. Les parties à l'AMP doivent ouvrir aux autres parties à l'Accord leurs marchés publics pour les contrats d'une valeur dépassant certains seuils, en respectant les principes du traitement national et de la non-discrimination consacrés à l'article III de l'Accord. Si la participation à l'Accord de l'OMC sur les marchés publics signifie une concurrence étrangère accrue pour les marchés publics nationaux, elle offre aussi aux entreprises nationales la possibilité de participer aux marchés publics des autres parties à l'Accord²⁶.

D. Trouver le juste équilibre entre l'objectif en matière de concurrence et les autres objectifs des marchés publics²⁷

28. Comme l'importante influence des marchés publics sur l'offre et à travers celle-ci sur tout un ensemble de facteurs économiques apparaît de plus en plus manifestement, on en vient à considérer ces marchés davantage comme un instrument de politique générale que comme un simple moyen de se procurer des biens et des services. Encourager l'innovation, contribuer à une économie et à une société plus vertes et promouvoir le développement économique et social font partie des objectifs recherchés plus récemment à travers la passation des marchés publics, outre le meilleur usage possible des deniers publics. Pour citer quelques exemples, l'Union européenne s'attache à promouvoir les «marchés publics écologiques» pour un environnement meilleur, marchés définis comme suit: «un processus de passation de marchés dans le cadre duquel les pouvoirs publics cherchent à obtenir des biens, des services et des travaux dont l'incidence sur l'environnement sur toute leur durée de vie sera moindre que dans le cas de biens, services et travaux à vocation identique mais ayant fait l'objet de procédures de passation de marchés différentes»²⁸. Avec l'aide du Gouvernement suisse, le Ghana a créé une équipe spéciale chargée de mettre en place des procédures de passation de marchés publics

²⁵ Quarante-deux pays ont volontairement accédé à l'AMP. La portée de cet accord a été notablement étendue en décembre 2011.

²⁶ Il faut aussi tenir compte, dans les initiatives pour faciliter l'intégration internationale, de l'effet des obstacles et mesures non tarifaires imposant parfois des coûts élevés aux soumissionnaires potentiels des autres pays.

²⁷ Sur la question connexe de la cohérence entre les politiques, voir «Importance de la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques», note du secrétariat de la CNUCED, http://www.unctad.org/en/docs/ciclpd9_fr.pdf.

²⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM (2008) 400 final, voir: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:FR:PDF>.

durables pour tous les achats publics²⁹. En Afrique du Sud, à travers la loi-cadre relative aux procédures préférentielles pour la passation des marchés publics, on a essayé de pallier les séquelles du système d'apartheid (des régimes de propriété injustes liés à la race, par exemple) et d'ouvrir des opportunités économiques à ceux qui étaient auparavant exclus de l'économie. Cette loi-cadre prévoit pour la passation des marchés publics en Afrique du Sud l'application de mesures préférentielles reposant uniquement sur des critères d'adjudication et excluant par là même toutes les autres formes de traitement préférentiel telles que marchés publics réservés, critères de qualification, préférences au stade de la présélection ou contre-offres³⁰, permettant ainsi aux soumissionnaires de concourir de façon équilibrée, avec prise en compte de considérations de prix et d'objectifs sociaux.

29. L'exemple sud-africain montre qu'en matière de marchés publics il peut y avoir parfois une contradiction entre l'objectif en matière de concurrence et d'autres objectifs, et qu'il faut veiller à un équilibre optimal entre tous les différents objectifs. Dans le cas des marchés publics écologiques, les spécifications techniques des biens et services à fournir constituent un outil important pour attirer des offres respectueuses de l'environnement. Pour éviter de restreindre la concurrence, il apparaît impératif de formuler ces spécifications de façon à permettre au plus grand nombre possible d'entreprises de concourir sur la base de paramètres de respect de l'environnement et de prix. D'autres objectifs de politique publique tels que le développement des industries locales, qu'il est possible de promouvoir au moyen de marges de préférences pour les producteurs et les fournisseurs locaux, peuvent paraître moins volontiers compatibles avec le souci de promouvoir la concurrence puisqu'ils sont par nature discriminatoires.

II. Prévention, détection et répression du trucage des offres

30. Pour les raisons évoquées dans la première partie du document, les appels d'offres publics sont couramment utilisés pour la passation des marchés publics. Ce système permet en principe d'adjudger de manière transparente les marchés publics tout en ménageant à l'État la possibilité de faire le meilleur usage possible des deniers publics en profitant d'offres concurrentielles.

31. Malheureusement, le «marché» des contrats publics n'est pas toujours concurrentiel par défaut. Trop souvent, les habitudes culturelles et les usages traditionnels en matière de commerce favorisent des pratiques collusoires, qui sont parfois même considérées par la société comme la façon normale de faire des affaires. Dans le cas des marchés publics, où l'intérêt ultime de l'autre partie peut apparaître moins évident que lorsqu'il s'agit de clients privés, les pratiques collusoires peuvent être considérées comme un comportement «amical» vis-à-vis des entités partenaires ou des concurrents éventuels. Pour lutter contre le trucage des offres, il faut donc souvent une évolution des mentalités. Si la pratique est tolérée par la société, les entités adjudicatrices risquent d'avoir des difficultés à la réprimer comme une infraction grave.

32. En outre, les entités adjudicatrices doivent tenir compte d'un ensemble complexe de priorités et d'objectifs qui sont en concurrence pour bénéficier de leurs ressources et de leur attention. Quand ces entités détectent des signes de pratiques illicites, elles n'ont pas forcément suffisamment d'éléments d'information ou de moyens pour les contrer. Elles

²⁹ Communiqué de presse de l'Autorité ghanéenne des marchés publics daté du 12 janvier 2010, voir http://www.ppbghana.org/story_detail.asp?story_id=79.

³⁰ South Africa, Country Procurement Assessment Report, Refining the Public Procurement System, vol. 2, février 2003, rapport n° 25751-SA établi par la Banque mondiale, Région Afrique, Services de la qualité opérationnelle et du savoir, p. 39, voir http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/05/13/000094946_03042504054635/Rendered/PDF/multi0page.pdf.

peuvent aussi juger difficile ou contreproductif de protester contre ces pratiques de manière formelle, surtout si elles considèrent qu'en agissant ainsi elles risquent de ne pas pouvoir se procurer des biens ou des services spécifiques.

33. Mais comme les conséquences pour la société de la pratique du trucage des offres sont aujourd'hui mieux comprises, sa répression est devenue une priorité absolue pour les instances chargées de faire respecter les règles de la concurrence dans le monde. Les expériences à cet effet sont toutefois très diverses, sous l'angle aussi bien des solutions mises en œuvre que des résultats obtenus.

34. Les facteurs permettant de détecter le trucage d'offres ont été mis en relief dans diverses communications s'inscrivant dans le cadre de forums sur la concurrence ou bien venant des autorités de la concurrence dans le monde entier³¹. Compte tenu des informations disponibles et des expériences très diverses des États membres, on voit tout l'intérêt de débattre concrètement de ces questions et de partager les expériences et les leçons apprises sur les actions effectivement menées pour combattre le trucage des offres. Pour structurer le débat nous examinerons d'abord les questions de la prévention, de la détection et de la répression du trucage des offres, pour dégager ensuite un certain nombre d'éléments concernant le rôle des politiques et de la coordination institutionnelle, sur la base des données d'expérience venant des États membres.

A. Prévention du trucage des offres

35. Trois éléments essentiels concourent à la formation d'une entente collusoire. Premièrement, les entreprises doivent connaître les autres soumissionnaires potentiels. Deuxièmement, elles doivent communiquer les unes avec les autres. Troisièmement, elles doivent arriver à une entente qui soit considérée par tous les participants comme leur meilleure option. C'est sur cette base que nous examinerons comment une entente collusoire peut être évitée.

Élément 1

Information sur les autres soumissionnaires potentiels

36. Pour qu'il puisse y avoir entente collusoire, la première condition est que les concurrents connaissent les entreprises susceptibles de participer à un appel d'offres spécifique (ou un ensemble d'appels d'offres sur un marché spécifique). Il y aura donc moins de risque de formation d'une entente s'il est pris des mesures pour maintenir chez chaque soumissionnaire une «saine» incertitude quant aux autres participants possibles à l'appel d'offres. En poussant le raisonnement à l'extrême, si les soumissionnaires ne se connaissent pas ils n'auront aucune possibilité d'entrer en communication, et le risque de trucage des offres sera écarté.

37. En revanche, l'incertitude concernant les participants effectifs est moindre quand il y a peu de soumissionnaires potentiels, que l'appel d'offres porte sur des produits impliquant un degré de spécialisation poussé, quand l'appel d'offres est répété plusieurs fois et que l'identité des soumissionnaires effectifs est divulguée, et quand les prestataires sont restreints à un domaine particulier.

38. Il faudrait donc essayer, dans le cadre de la politique de passation des marchés publics, de réduire les chances des soumissionnaires de connaître les autres soumissionnaires potentiels en facilitant l'accès au plus grand nombre de soumissionnaires

³¹ Voir la liste des documents pertinents sur le site Web du Réseau international de la concurrence, à l'adresse: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/awareness/procurement.aspx>.

potentiels possible, en n'imposant pas des conditions inutilement restrictives et en simplifiant autant que possible les procédures de préparation des offres. Il faudrait expressément éviter que les soumissionnaires intéressés aient l'occasion de se rencontrer et de se connaître durant le processus d'appel d'offres.

Élément 2

Communication entre les soumissionnaires potentiels

39. Pour former une entente collusoire, les concurrents potentiels doivent communiquer entre eux spécifiquement à cet effet. Comme les communications entre concurrents ne sont pas en elles-mêmes illicites, il est difficile de les prévenir. Les associations professionnelles sont ainsi des instances permettant normalement les rencontres et la coordination sur un certain nombre de questions légitimes en relation avec les activités et les intérêts communs des entreprises.

40. Mais les communications entre les concurrents devraient être limitées autant que faire se peut. On peut prévoir dans les politiques de passation des marchés publics des mesures qui découragent beaucoup les communications inappropriées. Pour cela on demandera par exemple une attestation formelle de détermination indépendante des offres et une déclaration des communications ayant pu avoir lieu. Cette méthode est dissuasive et elle facilite la répression des infractions éventuelles, puisque si la déclaration se révèle mensongère on disposera d'éléments juridiques additionnels. Si les autorités de la concurrence apportent la preuve qu'il y a eu des communications inappropriées entre des entreprises, celles-ci peuvent même s'exposer à de graves conséquences légales (en particulier si elles ont signé l'attestation de détermination indépendante des offres). Cet exemple montre bien comment diverses mesures peuvent se combiner de manière à décourager beaucoup les communications. Les communications inappropriées seront encore plus découragées si les sanctions prévues sont importantes et si les autorités chargées de la concurrence font clairement connaître l'action qu'elles mènent pour détecter ces pratiques.

Élément 3

Formation d'ententes collusoires

41. Si les soumissionnaires potentiels se connaissent et qu'ils parviennent à communiquer de manière inappropriée, ils auront dès lors la possibilité de former une entente collusoire. Mais auront-ils intérêt à agir ainsi?

42. Il y a longtemps déjà que les économistes industriels s'intéressent aux facteurs pouvant intervenir dans la formation d'ententes collusoires. Or il existe un principe simple: pour qu'il y ait formation et maintien dans le temps d'une entente, tous les membres doivent considérer qu'ils n'ont pas de meilleure option que de former une entente et de la maintenir.

43. Pour les politiques qu'il s'agit d'élaborer, la question consiste donc à trouver des mesures incitatives de nature telle que les entreprises individuelles ne jugeront plus que la meilleure option pour elles est de former des ententes collusoires ou de respecter les ententes existantes.

44. Compte tenu de ces éléments, les autorités chargées des marchés publics pourraient s'inspirer de certaines expériences pour l'organisation du processus d'appel d'offres prévoyant un type de distribution des contrats qui rend difficile leur partage de manière égale dans le cadre d'une éventuelle entente. On en a eu un exemple intéressant en 2004 au Chili, avec un appel d'offres public pour la fourniture d'oxygène pour les établissements de santé publique. Comme il n'y avait que quatre fournisseurs possibles, l'appel d'offres a été

organisé de telle façon que trois seulement des fournisseurs puissent obtenir un contrat³². En outre, les trois contrats étaient distribués de façon inégale, l'un des contrats étant beaucoup plus important que les deux autres. Cet appel d'offres a permis au système de santé publique de faire des économies considérables. Le comportement des quatre entreprises en question durant la procédure d'appel d'offres a laissé penser qu'il y avait entente préalable. Les autorités de la concurrence ont donc engagé des poursuites, mais elles ont été déboutées par la Cour suprême pour preuves tangibles insuffisantes d'une entente explicite et pour absence de préjudice causé (compte tenu du résultat satisfaisant de l'appel d'offres)³³.

45. En réalité il y a beaucoup de choses qui peuvent être faites par les autorités chargées des marchés publics, et dans le cadre des politiques correspondantes, pour prévenir le trucage des offres dans les appels d'offres publics. Les Lignes directrices de l'OCDE de 2009 pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics³⁴ ont établi une norme nouvelle dans ce domaine. Elles incluent deux listes de vérification, l'une pour la réduction des risques de soumissions concertées et l'autre pour la détection des soumissions concertées dans les marchés publics. Les principes correspondants ont été appliqués par un certain nombre d'autorités chargées des marchés publics et de la concurrence dans le monde, en vue de promouvoir et de mettre en place des politiques spécifiques à cet égard. La première liste de vérification énumère les points à prendre en compte pour concevoir la procédure de passation des marchés publics:

S'informer, avant de concevoir la procédure de passation des marchés, des caractéristiques du marché en question, des produits disponibles et de leur prix. Déterminer s'il existe un risque de collusion pour le marché en question;

- a) Concevoir la procédure d'appel d'offres de façon à encourager la participation des soumissionnaires potentiels;
- b) Fixer clairement les conditions et éviter toute prévisibilité de marchés futurs;
- c) Réduire les risques de communication entre les soumissionnaires;
- d) Réfléchir à l'impact des critères de sélection sur la concurrence actuelle et future; et
- e) Sensibiliser le personnel au risque de soumissions concertées³⁵.

46. L'application de ces lignes directrices devrait améliorer les chances d'attirer un «nombre suffisant» de soumissionnaires pour un appel d'offres ou une série d'appels d'offres spécifiques dans un domaine ou pour un marché spécifiques. En se conformant à ce qui est prévu au point a), les autorités chargées des marchés publics pourront plus facilement concevoir des procédures d'appels d'offres correspondant aux conditions effectives du marché; le point b) rappelle clairement qu'il convient de fixer les conditions des appels d'offres de manière à réunir le maximum de soumissions crédibles; et le point e) met l'accent sur le défi important consistant à s'assurer les moyens de promouvoir et préserver la concurrence dans l'avenir.

³² La concurrence dans l'avenir n'a pas été compromise parce qu'il existait d'autres gros clients sur le marché de l'oxygène, comme les sociétés minières par exemple.

³³ Les décisions de justice peuvent être consultées (en espagnol) sur le site: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=780&GUID=>.

³⁴ OCDE (2009). Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics: Pour une dépense optimisée des fonds publics par les gouvernements.

³⁵ Ce point renforce les points qui le précèdent. Mais il sera important aussi pour les capacités institutionnelles en matière de détection.

47. Les points c) et d) se rapportent davantage au comportement des soumissionnaires, et visent à faire en sorte que les soumissions soient indépendantes les unes des autres (concurrentielles). En ce qui concerne les trois éléments passés en revue plus haut (information sur les autres soumissionnaires potentiels, communication entre les soumissionnaires potentiels, formation d'ententes collusoires), le point c) de la liste de vérification de l'OCDE aide à introduire une saine incertitude concernant les participants à un appel d'offres (élément 1); le point d) se rapporte directement à la question de la communication (élément 2); et on peut considérer que pris ensemble les points a) et c) sont en rapport avec les dispositions à prévoir pour dissuader les entreprises de former dans des ententes collusoires (élément 3)³⁶.

48. La lutte contre le trucage des offres est coûteuse et implique de disposer des compétences institutionnelles voulues et d'agir en coordination avec les autorités de la concurrence. Ces dernières doivent elles aussi disposer des capacités et des ressources nécessaires et être prêtes à jouer leur rôle d'appui. Il est possible aussi de dissuader les entreprises de former des ententes collusoires en mettant en place, dans le cadre de la politique de la concurrence, un ensemble approprié et équilibré d'instruments permettant de réprimer les ententes (voir ci-dessous).

B. Détection du trucage des offres

49. Comme on l'a vu dans la sous-section précédente, un risque élevé de détection dissuade d'établir des communications et de former une entente collusoire. La prévention et la détection sont donc des domaines d'action qui se renforcent mutuellement.

50. Les lignes directrices de l'OCDE déjà mentionnées contiennent une deuxième liste de vérification, pour la détection des soumissions concertées dans les marchés publics³⁷. Cette liste de vérification vise à aider les responsables de la passation des marchés à détecter les signes indiquant qu'il y a trucage des offres, en appelant l'attention sur les points spécifiques suivants³⁸:

- a) Signaux d'alerte et schémas révélateurs lors des soumissions;
- b) Signaux d'alerte dans tous les documents soumis;
- c) Signaux d'alerte et schémas révélateurs concernant les prix;
- d) Déclarations suspectes;
- e) Comportements suspects.

51. Les ressources étant forcément limitées, il est conseillé, pour détecter ces signaux d'alerte et ces schémas révélateurs, de faire porter les efforts sur les trois domaines d'action suivants:

³⁶ C'est le cas, par exemple, quand l'appel d'offres a été conçu de telle sorte qu'il est plus difficile pour les acteurs du marché de s'en répartir les avantages, ou bien qu'il introduit un autre élément rendant la formation et le maintien d'une entente plus difficiles.

³⁷ OCDE (2009). Op. cit.

³⁸ La liste de vérification de l'OCDE inclut deux points (auxquels il n'est pas fait référence ici) conseillant d'interpréter les indications et éléments de preuve possibles avec prudence et de ne pas les considérer comme une preuve systématique d'infractions, et recommandant aux responsables de la passation des marchés les mesures à prendre en cas de suspicion de soumissions concertées.

Domaine d'action 1**Comprendre les comportements effectifs**

Sur la base de l'information disponible et de la connaissance des marchés concernés, il faut focaliser l'attention sur les marchés pour lesquels les autorités ont déterminé qu'il existait une possibilité de pratiques collusoires. Il est donc important de développer cette compétence de manière systématique et de l'améliorer continuellement. Il existe des méthodes de ciblage qui peuvent aider à procéder à une sélection objective des marchés en cause³⁹.

Domaine d'action 2**Analyser les incitations**

Il convient d'analyser attentivement les incitations que peuvent avoir les entreprises à s'engager dans des pratiques collusoires dans le cadre d'un processus ou d'un appel d'offres donné. À cet égard, les caractéristiques du marché jouent un important rôle.

Domaine d'action 3**Examiner comment l'information a été gérée**

Il est nécessaire d'analyser comment a été gérée l'information avant, durant et après l'appel d'offres, et dans quelle mesure cela a influencé le comportement des soumissionnaires.

52. Les autorités chargées de la passation des marchés ont un accès privilégié à l'information nécessaire pour analyser ces trois éléments. Les responsables concernés doivent donc acquérir les compétences spécialisées requises pour réaliser cette analyse préliminaire, ou bien solliciter l'avis d'experts à cette fin. Les autorités de la concurrence doivent analyser de façon plus approfondie les cas pour lesquels il existe des indices sérieux de collusion. Les cas détectés par les responsables de la passation des marchés publics devraient donc être discutés avec l'autorité pertinente chargée de la concurrence, ou transmis à celle-ci dès lors que l'autorité des marchés publics conclut qu'il existe des indices sérieux et que les informations requises ont été réunies. Cette étape fondamentale pour détecter avec efficacité les cas montre toute l'importance de la coopération entre les autorités chargées de la passation des marchés publics et celles chargées de la concurrence.

53. Pour que la relation de collaboration entre les autorités chargées des marchés publics et les autorités de défense de la concurrence soit fructueuse, il faut une vision commune claire des signaux à prendre en compte, des éléments à fournir en cas de présomption de trucage des offres, et de la collaboration et du retour d'information nécessaires une fois l'affaire transmise à l'autorité de la concurrence. Comme il faut des efforts considérables de la part des autorités chargées des marchés publics pour mettre au jour les cas, tout malentendu avec les autorités de la concurrence peut faire naître un sentiment de déception et de découragement vis-à-vis des nouveaux cas à préparer et à présenter. Par ailleurs, la charge de travail additionnelle qu'impliquent les enquêtes sur les cas de trucage des offres et la perturbation possible du processus de passation des marchés peuvent elles aussi décourager la détection et la présentation de cas, dans la mesure où les responsables des marchés publics ont d'autres urgences et d'autres priorités. Une fois de plus, vu la nature concrète du problème il conviendrait d'examiner les mesures appliquées avec succès dans d'autres pays pour surmonter les problèmes de coordination.

³⁹ Voir par exemple Harrington (2009) dans: http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/Harrington_SACC_9.09.pdf.

C. Respect des règles – Répression du trucage des offres

54. Pour que les règles prévues soient appliquées effectivement, il faut que les autorités chargées de la concurrence, les autorités qui s'occupent des marchés publics et d'autres organes judiciaires mettent en commun leurs compétences et leurs ressources. Par exemple, l'autorité chargée de la concurrence en Arménie a noué au fil du temps une relation de coopération solide avec les services chargés des marchés publics du Ministère des finances, avec notamment la formation d'un groupe de travail conjoint sur la politique d'achats publics⁴⁰. Au Japon, la Commission des pratiques commerciales loyales a associé diverses entités passant des marchés publics aux enquêtes et réunions de travail visant à promouvoir la concurrence dans la passation des marchés publics. En Indonésie, l'autorité chargée de défendre la concurrence a noué des liens de coopération étroits avec un tribunal spécialisé dans les affaires de corruption⁴¹. Dans d'autres pays encore, comme le Canada et le Brésil, les autorités de la concurrence travaillent en étroite coopération avec les procureurs publics, mais dans certains pays cette formule soulève d'importants problèmes de coordination.

55. Le cadre juridique et le cadre institutionnel ont l'un et l'autre un rôle à jouer. Les questions concernant les marchés publics exigent en particulier une entente et une coordination solides entre les autorités de la concurrence et celles qui s'occupent des marchés publics, et il faut parfois pour cela des années de travail commun, de collaboration mutuelle et de formation réciproque. Dans beaucoup de pays, les autorités chargées de la concurrence et des marchés publics travaillent à cette coordination nécessaire et font des efforts accrus pour promouvoir la concurrence dans les procédures de passation des marchés. On mentionnera notamment à cet égard la signature récente d'un mémorandum d'accord entre l'OCDE et l'Institut mexicain de la sécurité sociale (IMSS) en vue de la mise en œuvre des «Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics», grâce à l'étroite coopération entre l'IMSS et la Commission fédérale de la concurrence du Mexique⁴².

Alliance contre le trucage des offres dans le système de santé mexicain

L'Institut mexicain de la sécurité sociale (IMSS) est le troisième plus gros acheteur de biens et de services au Mexique, avec 9 % des dépenses dans le cadre de marchés publics, et le principal acheteur de produits pharmaceutiques et autres fournitures médicales.

En 2002, le service d'audit de l'IMSS a informé la Commission fédérale de la concurrence du Mexique d'une entente collusoire possible pour la fourniture de sutures chirurgicales et de matériels et produits chimiques pour la radiographie. La Commission fédérale de la concurrence a donc ouvert une enquête pour manipulation de soumissions visant trois entreprises, qui ont été condamnées à une amende de 1,3 million de dollars É.-U.

En 2006, à la suite d'une communication de la Commission fédérale de la concurrence sur le trucage des offres, l'IMSS a sollicité des recommandations pour améliorer les procédures de passation des marchés et il a autorisé la Commission fédérale de la concurrence à accéder à ses bases de données. C'est ainsi que la Commission a pu engager des poursuites, en 2010, pour entente pour la fourniture d'insuline et de solutions électrolytiques à l'encontre de six compagnies pharmaceutiques, qui ont été condamnées à une amende de 12,5 millions de dollars É.-U.

⁴⁰ Voir l'examen collégial concernant l'Arménie à l'adresse <http://www.unctad.org/Templates/Download.asp?docid=14078&lang=1&intltem1D=4163>.

⁴¹ Voir l'examen collégial concernant l'Indonésie à l'adresse <http://www.unctad.org/Templates/Download.asp?docid=11641&lang=1&intltem1D=4163>.

⁴² Communication du Mexique.

L'étroite coopération entre la Commission fédérale de la concurrence et l'IMSS a abouti dernièrement à la signature d'un mémorandum d'accord entre l'OCDE et l'IMSS en vue de la mise en œuvre des «Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics», avec l'aide de la Commission fédérale de la concurrence. Il s'agit de la première initiative de ce type. Compte tenu de l'importance des services que procure l'IMSS à la population, les économies et autres gains attendus devraient avoir un impact social considérable.

Source: Communication du Mexique.

56. Les autorités de la concurrence parviennent mieux aujourd'hui à réprimer les cas de trucage des offres, grâce à des mesures juridiques et institutionnelles permettant une action plus efficace. C'est ainsi qu'en novembre 2007, la Commission suisse de la concurrence (COMCO)⁴³ a démantelé un cartel pour l'asphaltage des routes au Tessin impliquant 17 entreprises, qui se réunissaient chaque semaine pour se répartir les adjudications et s'entendre sur les prix. Ce cartel portait tort aux clients privés, aux autorités publiques et aux contribuables, mais comme il a été dissous avant la fin de la période de moratoire envisagée par le législateur les entreprises qui y participaient ont échappé aux sanctions prévues dans la loi révisée. Un peu plus tard, en juillet 2009, la COMCO a imposé à des entreprises d'installations électriques de Berne des amendes d'un montant total de 1,24 million de francs suisses pour manipulation de soumissions. L'affaire avait été signalée par un dénonciateur, c'est-à-dire par une tierce partie non impliquée dans le cartel. Dès l'ouverture de l'enquête il a été effectué des perquisitions inopinées et toutes les parties ont collaboré dans le cadre du programme de clémence, ce qui a permis de mettre au jour plusieurs ententes pour des marchés de grands projets d'installations électriques dans la région de Berne entre 2006 et 2008. Par la suite, la COMCO a mené avec succès des enquêtes sur plusieurs autres affaires, en particulier dans le secteur de la construction et activités connexes, et cet organisme en a fait l'une de ses priorités d'action.

57. Plusieurs affaires récentes montrent aussi que, de plus en plus souvent, les cas de trucage d'offres sont portés devant la justice. En juillet 2011, l'autorité italienne de la concurrence a condamné quatre fournisseurs d'équipements de résonance magnétique à des amendes de 5,5 millions d'euros au total pour entente collusoire dans la région de la Campanie, considérant que l'échange d'informations de nature sensible et la conclusion d'un accord entre les entreprises impliquées ne permettaient plus aux soumissionnaires d'avoir des stratégies commerciales indépendantes⁴⁴. En Espagne, l'autorité nationale de la concurrence a imposé en octobre 2011 une amende de 47 millions d'euros à 46 entreprises du bâtiment⁴⁵. En Australie, l'autorité nationale pour la défense de la concurrence et la protection des consommateurs a imposé en novembre 2011 des amendes d'un montant de 1,3 million de dollars australiens à trois entreprises du bâtiment coupables d'une pratique appelée dans la branche «fixation de prix de couverture». Deux directeurs exécutifs ont également été condamnés à une amende et tenus responsables des frais de procédure pour leurs entreprises⁴⁶. Dans le domaine des marchés privés, la Commission japonaise de la concurrence a rendu en janvier 2012 à l'endroit des participants à une entente pour le

⁴³ Communication de la Suisse.

⁴⁴ Voir communiqué de presse à l'adresse <http://www.agcm.it/en/newsroom/pree-releases/1963-i729-healthcare-antitrust-over-55-million-in-fines-for-competition-distorting-agreement-among-4-suppliers-of-magnetic-resonance-equipment-htm>.

⁴⁵ Voir la décision (en espagnol) à l'adresse suivante: http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=125677&Command=Core_Download&Method=attachment.

⁴⁶ Voir communiqué de presse à l'adresse suivante: <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/1015335/fromItemId/966100>.

trucage des prix des câblages automobiles et produits connexes affectant cinq grands constructeurs automobiles des ordonnances leur faisant obligation de renoncer à cette pratique délictueuse et de rembourser les surcoûts⁴⁷.

III. Conclusion et questions à approfondir

58. En résumé, le présent document met en avant deux domaines d'action importants pour bénéficier dans la passation des marchés publics d'un degré maximum de concurrence.

A. Établir un système de passation des marchés publics et des procédures d'appel d'offres individuelles qui favorisent la concurrence

59. Il faudrait dans l'idéal que les responsables de la passation des marchés publics aient accès à un nombre suffisant d'offres concurrentielles. C'est pourquoi il est important d'établir un système de passation des marchés publics qui soit fondé sur le principe de la concurrence et qui tende à promouvoir celle-ci, et d'organiser les appels d'offres de manière à attirer des soumissionnaires représentant un éventail suffisamment large de fournisseurs potentiels. Dans ce contexte, on a examiné les éléments fondamentaux et les aspects institutionnels des systèmes de passation des marchés publics, ainsi que les stratégies pour élargir le cercle des soumissionnaires potentiels. On a mis en exergue l'importance d'élargir les marchés publics en éliminant les conditions inutilement restrictives pour participer aux appels d'offres publics, en facilitant la participation de toutes les entreprises intéressées, y compris les PME, au niveau national, et en libéralisant le secteur des marchés publics. Les procédures de passation de marchés publics dématérialisées, considérées comme un moyen moderne d'organiser la passation des marchés publics, ont été examinées, de même que la question de l'équilibre à trouver entre le souci de promouvoir la concurrence et les autres objectifs des marchés publics, comme les marchés publics écologiques ou les objectifs de développement.

60. Les autorités de la concurrence peuvent jouer un important rôle en conseillant les organes législatifs et les entités chargés de la passation des marchés publics sur les questions de concurrence dans le cadre des marchés publics traitées dans le présent document.

B. Utiliser des instruments de politique générale pour faire des pratiques concurrentielles le meilleur choix pour les soumissionnaires potentiels, c'est-à-dire trouver le moyen de combattre efficacement le trucage des offres

61. Le trucage des offres représente une grave menace pour la concurrence dans la passation des marchés publics. Il importe donc d'utiliser les instruments disponibles pour encourager les pratiques concurrentielles et combattre le trucage des offres. Dans ce contexte, on a souligné qu'il pouvait être très utile pour prévenir le trucage des offres de concevoir des processus de passation tenant compte des caractéristiques du marché, ainsi que du risque de pratiques collusoires. L'avis des autorités de la concurrence sur les moyens de réduire les risques d'entente collusoire est très précieux pour les entités chargées de la passation des marchés.

⁴⁷ Communication du Japon.

62. Les politiques de la concurrence peuvent aussi amoindrir les avantages attendus par les entreprises participant à une entente collusoire, en imposant de lourdes sanctions aux contrevenants et en augmentant la probabilité de détection. L'application par les autorités de la concurrence de mesures énergiques pour garantir la concurrence peut en effet se traduire par des coûts extrêmement élevés pour les entreprises. En plus des amendes et des dommages-intérêts qu'elles encourent, les entreprises accusées de manipulation des soumissions s'exposent à d'autres coûts – pouvant être plus élevés encore – tels que frais de procédure, atteinte à l'image publique, voire conflits internes causés par une procédure judiciaire. Les entreprises doivent donc soigneusement mettre en balance tous ces coûts et ce qui leur en coûterait de se conformer à la loi.

63. Comme on peut penser que chaque entreprise soupèsera les coûts et les avantages qu'implique pour elle la participation à une entente collusoire, l'existence de moyens de détection efficaces est un élément particulièrement important dont elles tiendront compte dans leur évaluation et, il faut le souligner une fois encore, une coordination et une coopération entre les autorités chargées des marchés publics et les autorités de la concurrence sont indispensables. En outre, si les entreprises pensent que les autorités sont capables de détecter les cas de trucage des offres, le rôle des programmes de clémence en sera renforcé, de même que la conviction des entreprises que les cas de manipulation des soumissions ont de grandes chances d'être détectés et réprimés.

C. Questions à approfondir

64. Les questions ci-après mériteraient d'être approfondies lors de la douzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence en 2012:

- a) Quelles mesures les autorités de la concurrence et les autorités chargées des marchés publics ont-elles adoptées pour mieux connaître des marchés publics spécifiques?
- b) L'analyse des incitations à la collusion a-t-elle débouché dans d'autres pays sur des lois ou des modifications des politiques spécifiques?
- c) La transparence des procédures d'appel d'offres porte-t-elle réellement préjudice à la concurrence?
- d) Quelles mesures de sensibilisation appliquées par les autorités de la concurrence se sont révélées les plus efficaces pour promouvoir la concurrence dans la passation des marchés publics?
- e) À quelles mesures a-t-on eu recours après des cas de trucage d'offres pour renforcer la concurrence dans les marchés publics? Le système des listes noires est-il efficace pour décourager les pratiques collusoires?