



**Avis n° 03-A-05 du 25 avril 2003
relatif à un projet de décret
réformant le code des marchés publics**

Avertissement

Le présent avis porte sur un projet de décret dont le texte final a été par la suite sensiblement modifié, dans un sens qui tient compte, sur plusieurs points, des observations du Conseil de la concurrence (décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, portant code des marchés publics)

Le Conseil de la concurrence (Commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 21 mars 2003 sous le numéro 03/0022 A par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de décret réformant le code des marchés publics ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Vu le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics ;

Vu l'avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 du Conseil de la concurrence relatif aux propositions formulées dans le rapport du 8 mars 1996 établi par M. Alfred Trassy-Paillogues, député, au terme de la mission parlementaire sur la réforme du droit de la commande publique que le Premier ministre lui avait confiée le 25 août 1995 ;

Vu l'avis n° 97-A-11 du 5 mars 1997 du Conseil de la concurrence relatif à un avant-projet de loi portant réforme du code des marchés publics, et notamment à ses articles 20 et 21 ;

Vu l'avis n° 99-A-12 du 15 juin 1999 du Conseil de la concurrence relatif à un projet de réforme du code des marchés publics ;

Vu l'avis n° [00-A-25](#) du 20 novembre 2000 du Conseil de la concurrence relatif à un projet de décret portant code des marchés publics ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. Le projet de décret examiné, de 56 articles, modifie de nombreux articles des six titres du décret susvisé du 7 mars 2001. Il est accompagné d'une "annexe" de deux pages qui synthétise les "*principales dispositions du projet de décret réformant le code des marchés publics*".
2. Ce projet de décret fait suite à d'autres projets de réforme de la commande publique sur lesquels le Conseil de la concurrence, consulté, avait rendu ses avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, 97-A-11 du 5 mars 1997, 99-A-12 du 15 juin 1999 et [00-A-25](#) du 20 novembre 2000. Le présent avis s'inscrit donc dans le prolongement de ces derniers.
3. À titre liminaire, le Conseil souligne qu'il est consulté sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce aux termes duquel il "*donne son avis sur toute question de concurrence*" et que son avis ne peut, dans ce cadre, porter que sur les incidences éventuelles sur l'exercice de la concurrence des dispositions contenues dans le projet de décret réformant le code des marchés publics qui lui est soumis, ce qui exclut toute appréciation sur le bien-fondé ou les modalités des mesures proposées pour atteindre d'autres objectifs.

A. EN CE QUI CONCERNE LES OBJECTIFS GÉNÉRAUX DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

4. On considère généralement que la réglementation de l'achat public poursuit deux objectifs principaux. Le premier est l'encadrement des procédures mises en œuvre par les personnes publiques afin de garantir "*les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures*" visés à l'article premier du code des marchés publics. Le second est l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics pour lesquelles il est admis que la mise en concurrence des entreprises et la vérification de la réalité et de la loyauté de la compétition sont de nature à dégager l'offre économiquement la plus avantageuse.
5. Bien que liés, ces deux objectifs restent néanmoins distincts et le Conseil sait, par les dossiers qu'il a traités au contentieux, que le respect des règles formelles destinées à garantir le premier objectif ne suffit pas, loin s'en faut, à garantir le second. La recherche de l'efficacité économique demande, en effet, une mobilisation constante des personnes publiques pour rechercher les modes d'adjudication les plus efficaces et se prémunir contre les pratiques anticoncurrentielles potentielles dont elles pourraient être victimes.
6. Le Conseil ne peut donc que déplorer le projet de modification de l'article 1 du code qui, s'il était maintenu, ferait disparaître toute mention de concurrence dans les principes généraux de la commande publique et poserait comme principe directeur du code que la satisfaction des règles formelles de passation des marchés garantit, par elle-même, l'efficacité de la commande publique. Ce postulat est en contradiction avec l'expérience des autorités de concurrence qui constatent, au contraire, que cette efficacité ne peut être assurée qu'à la condition que le marché fonctionne selon les règles de la concurrence et que le droit de la commande publique soit un droit de la mise en concurrence effective qui ne comporte pas de dispositions porteuses de distorsions de concurrence ou de nature à faciliter des pratiques anticoncurrentielles, notamment les ententes.
7. La suppression envisagée serait d'autant plus regrettable que les autres dispositions du texte, qui vont dans le sens d'une plus grande responsabilité des acteurs publics et d'une plus grande liberté pour organiser leurs modalités de consultation en dessous de certains seuils, sont précisément de nature à leur permettre, mieux qu'auparavant, de tirer un meilleur parti de la compétition entre offreurs.

8. Aussi, le Conseil souhaite que, conformément aux textes et aux principes communautaires, le code des marchés publics français continue de faire mention de la "*mise en concurrence*" des entreprises comme moyen central pour atteindre l'efficacité économique de la commande publique.

B. EN CE QUI CONCERNE L'ALIGNEMENT SUR LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES

9. Le Conseil de la concurrence est d'avis que la réforme réglementaire envisagée, en tant qu'elle aligne les règles applicables à l'acheteur public français sur le droit communautaire, en particulier en relevant les seuils des marchés formalisés au niveau de ceux fixés par les directives communautaires et supprime la procédure de "*mise en concurrence simplifiée*" (ex-article 32 du code des marchés publics), n'est pas en soi incompatible avec le principe de la libre concurrence posée par le titre IV du code de commerce.
10. Il estime toutefois, en premier lieu, que le projet de décret examiné est susceptible de conduire à des distorsions de concurrence en encourageant ou facilitant des pratiques anticoncurrentielles en ce qu'il permet que soient passés sans formalités préalables les marchés de fournitures et de services inférieurs à 155.000 € pour l'Etat, 240.000 € pour les collectivités territoriales et 490.000 € pour les opérateurs de réseaux ainsi que les marchés de travaux inférieurs à 6.200.000 € (article 17 du projet de décret sous examen), sans que soit, par ailleurs, rappelée, notamment aux collectivités territoriales qui ne passeront désormais qu'exceptionnellement des appels d'offres formels, la nécessité de maintenir une mise en concurrence effective des offreurs selon des modalités librement déterminées.
11. Il estime également, comme la Commission européenne, que ce même principe de la libre concurrence impliquerait qu'une procédure d'appel d'offres, adaptée aux spécificités du sujet, s'applique aux contrats d'emprunts ou d'engagements financiers. Une telle réforme aurait pu être intégrée au projet de décret examiné, en supprimant, ou en modifiant substantiellement, le 5° de l'article 3 du code des marchés publics.
12. De même, l'instauration d'une procédure de "*dialogue compétitif*", en lieu et place de la procédure d'appels d'offres "*sur performances*" (ex-articles 24, 36, 68 et 69 du code et articles 22, 23, 39 et 40 du projet de décret examiné), apparaît comme neutre au regard du droit de la concurrence, sous réserve que le dialogue instauré entre les prestataires potentiels et l'acheteur public, pour permettre à ce dernier de mieux définir ses besoins, ne conduise pas à des échanges d'informations qui donneraient les moyens aux soumissionnaires de se concerter illicitement entre eux. Cette réserve pourrait être explicitée par une modification de l'article 22 du projet examiné.

C. EN CE QUI CONCERNE CERTAINES MESURES DE SIMPLIFICATION,

13. Apparaissent également neutres au regard du droit de la concurrence les différentes mesures de simplification introduites dans le projet examiné relatives au bon de commande, à la suppression du cautionnement pour les pièces nécessaires à la consultation des candidats, organisation de la publicité.
14. S'agissant de certaines catégories de marchés qui sont dispensés de l'application des règles du titre III du code, le Conseil de la concurrence s'interroge sur la pertinence de l'article 19 du projet de décret examiné, qui fait passer leur nombre de quatre à dix, en y incluant, pour des

raisons non autrement précisées, les "*services d'hôtellerie et de restauration*", les "*services de transports ferroviaires*", les "*services de transports par eau*", les "*services annexes et auxiliaires des transports*" et les "*services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés*". Cette évolution serait d'autant plus inopportune que le Conseil a constaté dans plusieurs de ces secteurs des dysfonctionnements anticoncurrentiels récurrents, et que les principes généraux de mise en concurrence et de recherche de l'efficacité économique, y compris en dehors des règles formelles du titre III, actuellement inscrits dans le code des marchés, y seraient supprimés.

15. S'agissant des marchés inférieurs aux seuils communautaires, le Conseil de la concurrence s'interroge, de même, sur la pertinence de l'article 44 du projet de décret examiné, qui ne leur impose plus d'être "*notifiés avant tout commencement d'exécution*". Cette disposition serait de nature à encourager les personnes publiques à s'abstraire plus encore de toute obligation de mise en concurrence, même a minima, et d'engager des achats ou des travaux avant même de s'être mises en mesure d'effectuer un choix éclairé.
16. S'agissant des marchés de défense, pour lesquels interviennent d'autres considérations que celles d'ordre économique, le renvoi à un décret spécifique (article 4, 5° du I de l'article 18, ex-IV de l'article 35 du code, et article 18 du projet de décret examiné) peut sembler justifié. L'avis du Conseil de la concurrence pourrait toutefois être demandé sur les aspects concurrentiels et économiques des dispositions de ce projet de décret à venir.

D. EN CE QUI CONCERNE LES PRIX DES MARCHÉS PUBLICS,

17. Le Conseil de la concurrence ne peut que reprendre ce qu'il indiquait dans ses avis précédents, et notamment dans celui du 20 novembre 2000. S'agissant, d'une part, de l'objectif d'"*efficacité de la commande publique*" que s'assigne le code des marchés publics, il observait qu'il "*rejoint l'objectif d'efficience économique poursuivi par le droit de la concurrence*" pour autant "*que le marché fonctionne selon les règles de la concurrence*". S'agissant, d'autre part, des prix auxquels sont conclus les marchés publics, il rappelait que "*le prix proposé ne peut être qu'un des critères de choix parmi les plus déterminants (... car...) l'acheteur public doit être en mesure de retenir l'offre qui permet de satisfaire complètement sa demande au meilleur rapport qualité-prix*".
18. Le projet de décret examiné supprime quasiment toute référence aux prix des marchés, sauf aux articles 16 à 18 du code relatifs aux prix unitaires ou non, fermes et définitifs ou non, et continue de placer les prix à la dernière place parmi les exemples donnés de critères de choix (article 53-II du code).
19. Au total, le projet semble exonérer l'acheteur public d'une réalité essentielle pour les acheteurs privés et pour l'analyse économique : le prix. Ainsi, si la suppression du code de la notion d'"*offre économiquement la plus avantageuse*" (articles 1^{er}, 20-I, 31-I, 34-I et 38-I du projet de décret examiné) va dans le sens de la simplification et de la responsabilisation de l'acheteur public, c'est aussi la dernière référence concrète à la recherche de l'"*efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics*", dont le principe est posé au premier article du code des marchés publics, qui est supprimée.
20. Il faut, à cet égard, rappeler, que si la considération de prix n'est pas une panacée pour déterminer l'offre économiquement la meilleure, celui-ci reste néanmoins un élément déterminant de la rationalité de la commande publique, notamment pour l'achat de biens non

différenciés et substituables entre fournisseurs, pour lesquels il reste le critère essentiel, voire le seul économiquement pertinent.

21. Dans ces conditions, le maintien, inchangé dans le projet examiné, de l'article 55 du code, qui concerne les "*offres anormalement basses*" sur lesquelles le Conseil de la concurrence s'est exprimé dans ses avis précédents, n'est pas cohérent avec l'économie d'ensemble du texte. En quoi une offre pourrait-elle être "*anormalement basse*" pour des critères de choix autres que le prix ?

E. EN CE QUI CONCERNE LE RÔLE DE L'ADMINISTRATION DANS LES COMMISSIONS D'APPEL D'OFFRES ET LES JURYS DE CONCOURS,

22. Si, pour l'Etat et ses établissements publics, la présence d'un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes continue d'être requise à la commission d'appel d'offres avec voix consultative (article 21 du code), la convocation de ce représentant n'est, en revanche, plus exigée pour les collectivités locales (article 11-II et III du projet examiné pour ce qui concerne les commissions d'appel d'offres, article 14-II pour ce qui concerne les jurys de concours).
23. Le Conseil de la concurrence ne peut que marquer les plus extrêmes réserves sur une telle suppression. La présence d'un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à un certain nombre de commissions d'appel d'offres des collectivités territoriales permet, en effet, à l'administration d'assurer une veille concurrentielle sur les marchés concernés, veille qui a permis de déceler de nombreux comportements anticoncurrentiels, notamment d'ententes, puis d'en saisir le Conseil aux fins de sanctions. Affaiblir cette veille concurrentielle, reviendrait à rendre moins décelables de tels comportements, et irait à l'encontre du principe posé de "*l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics*".
24. Au surplus, la parcellisation des procédures d'achat public entre toutes les collectivités publiques ne doit pas masquer le fait que ces acheteurs font face à des offreurs souvent beaucoup plus concentrés. Seuls, les services de la direction générale de la concurrence disposent, par leur implantation déconcentrée sur l'ensemble du territoire et leur compétence, de la capacité à recueillir une information suffisante sur la situation et les conditions des marchés faisant l'objet de nombreuses commandes publiques, pour atténuer les dissymétries d'information entre les entreprises privées et les acheteurs publics. Non seulement cette fonction transversale ne devrait pas être affaiblie, mais il y aurait grand avantage, pour la détection et la prévention des pratiques anti-concurrentielles, qu'elle soit renforcée.
25. Le Conseil est donc d'avis que les dispositions en cause devraient être supprimées, ou en tout cas amendées dans le sens d'une convocation obligatoire du représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes aux commissions d'appels d'offres et aux jurys de concours des collectivités territoriales. Si ce représentant y répond, il devrait lui être reconnu une voix consultative se matérialisant par la signature qu'il apposerait sur le procès-verbal sur lequel il aurait, par ailleurs, la possibilité de consigner ses observations.

F. EN CE QUI CONCERNE CERTAINES DISPOSITIONS TECHNIQUES DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS,

26. Le Conseil de la concurrence rappelle sa position, exprimée dans ses avis précédents, notamment celui du 20 novembre 2000, sur :
- les dangers d'un allotissement utilisé à mauvais escient ou sans considération de la structure de l'offre, notamment le caractère plus ou moins concentré et collusif des marchés ;
 - l'attention portée aux conditions de constitution des groupements d'entreprises et du recours à la sous-traitance ;
 - le caractère néfaste de la communication à tout soumissionnaire, par l'acheteur public, des offres reçues, même après l'ouverture des plis, cette pratique ayant pour effet d'accroître la possibilité de rétorsion des entreprises en cas d'entente et donc de favoriser leur mise en place ;
 - et la publicité donnée a priori aux critères de choix et à leur hiérarchisation, également de nature à faciliter les comportements collusifs.

G. EN CE QUI CONCERNE LES MODALITÉS DE CHOIX DE L'ATTRIBUTAIRE,

27. Au-delà des dispositions du code des marchés publics visant à ce que le soumissionnaire qui répond le mieux aux besoins exprimés soit désigné attributaire, le Conseil de la concurrence observe que le texte actuel ne prévoit aucune disposition de nature à encourager et faciliter le choix du meilleur mode d'adjudication. En effet, le code des marchés publics ne prévoit pour les appels d'offres, restreints ou ouverts, utilisés au-dessus des seuils de déclenchement d'une procédure formalisée qu'un mode d'enchères qui est à un seul tour sous pli fermé.
28. Or, l'analyse économique montre que les résultats d'une consultation peuvent être très différents selon le mode d'enchères choisi, et que donc la demande (ou l'offre, lorsque la collectivité publique vend ou concède au secteur privé), peut être satisfaite ou non au meilleur prix selon le choix de la procédure. Le mode d'enchères optimum dépend, notamment, de la nature même du bien ou du service demandé (ou offert) et de la structure de l'offre (ou de la demande) : bien rare ou facilité essentielle, ou, au contraire bien banal, oligopole ou oligopsonne ou, au contraire, marché atomistique, etc...
29. Le fait que le mode d'enchères soit systématiquement à un seul tour, sous pli fermé, facilite l'anticipation des entreprises soumissionnaires vis à vis du mode d'attribution du marché et peut ainsi favoriser ainsi les concertations anticoncurrentielles.
30. Le Conseil de la concurrence est donc d'avis que le projet de décret devrait comporter des dispositions générales qui rappelleraient l'existence d'une multiplicité de modes d'enchères adaptés aux différents cas de figure parmi lesquels l'acheteur public pourrait choisir selon des critères prédéfinis et qui pourraient être détaillées dans un texte d'application.
31. Cette disposition serait d'autant plus nécessaire que la très grande majorité des collectivités publiques ne dispose pas, à l'heure actuelle, des compétences techniques, pour produire leurs propres règlements de consultation et que la liberté de choix de procédure qui leur est offerte pour la passation des marchés, en-dessous des seuils ou échappant au titre III du code, liberté que le Conseil approuve dans son principe, risque, dès lors, de se traduire, soit par la reprise à

l'identique des procédures aujourd'hui obligatoires et déjà connues des services administratifs de ces collectivités, soit par le renoncement à toute mise en concurrence, la liberté de choix étant interprétée comme la liberté de s'abstraire des obligations de recherche de l'efficacité de la commande publique et du bon usage des deniers publics.

H. EN CE QUI CONCERNE L'INFORMATION GÉNÉRALE DES POUVOIRS PUBLICS

32. Comme indiqué ci-avant, le critère du prix, bien que ne figurant plus que de façon marginale dans la nouvelle rédaction du code des marchés publics, reste un critère de choix objectif, mesurable et essentiel. Il a été rappelé, plus haut, que l'asymétrie de l'information entre, d'une part, l'acheteur public, souvent isolé et ne disposant pas de connaissances sur les prix généralement pratiqués dans les secteurs concernés et, d'autre part, des entreprises nationales, ou filiales d'entreprises nationales, dont les services et/ou bureaux d'études intégrés ont une connaissance précise et exhaustive de ces prix, pose un réel problème d'efficacité dans la prévention des comportements anti-concurrentiels.
33. Ainsi, un même bien ou service peut faire l'objet de marchés publics distincts émanant d'acheteurs publics différents, bien que situés sur une même aire géographique. Chacun de ceux-ci examinera les offres reçues et les comparera entre elles, sans rien savoir de celles présentées aux autres acheteurs publics, par les mêmes entreprises qui, n'ignorent rien, en revanche, des prix pratiqués sur les autres marchés.
34. Le Conseil de la concurrence est donc d'avis, outre les fonctions de veille de la direction générale de la concurrence qu'il convient de maintenir, que devrait être confiée à l'Observatoire économique de l'achat public, prévu à l'article 13 du code des marchés publics, une mission particulière de recueil et d'exploitation des données des marchés publics passés en France, à charge pour lui de diffuser régulièrement ces données aux acheteurs publics.

En conclusion, le Conseil de la concurrence est d'avis que la rédaction définitive du projet de décret soumis à son examen devrait :

- réintroduire dans l'article 1^{er} du code la mise en concurrence comme moyen d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ;
- donner plus de moyens aux collectivités locales pour passer de manière éclairée des marchés inférieurs aux seuils communautaires dans le respect des principes de mise en concurrence ;
- reconnaître l'applicabilité d'une procédure d'appel d'offres adaptée aux contrats d'emprunts ou d'engagements financiers, en supprimant, ou en modifiant substantiellement, le 5^o de l'article 3 du code ;
- encadrer les modalités du "*dialogue compétitif*", de sorte qu'il ne conduise pas à des échanges d'informations entre soumissionnaire, en modifiant l'article 22 du projet examiné ;
- réviser la liste des catégories de marchés qui sont dispensés de l'application des règles du titre III du code des marchés publics ou, à tout le moins prévoir explicitement qu'ils restent soumis au principe de mise en concurrence préalable ;
- réexaminer la pertinence des dispositions de l'article 44 du projet de décret examiné ;

- supprimer ou modifier substantiellement l'article 55 du code, qui concerne les "*offres anormalement basses*" ;
- supprimer ou amender les dispositions nouvellement introduites quant à la présence d'un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes aux commissions d'appels d'offres et aux jurys de concours des collectivités territoriales, dans le sens d'une convocation obligatoire de ce représentant, d'une reconnaissance de sa voix consultative par la signature du procès-verbal, sur lequel il aurait la possibilité de consigner ses observations ;
- comporter des dispositions incitant les acheteurs publics à recourir à des modalités d'enchères adaptées à la nature de leur commande et à la structure des marchés concernés, le cas échéant en les recensant dans un texte d'application.
- confier à l'Observatoire économique de l'achat public la mission de recueil et d'exploitation des données des marchés publics passés en France, à charge pour lui de diffuser régulièrement ces données aux acheteurs publics.

Enfin, le Conseil de la concurrence ne peut que renouveler l'ensemble de ses propositions et suggestions figurant dans ses avis précédents et émettre le vœu d'être à nouveau consulté lorsque les textes législatifs et réglementaires qui compléteront la réforme, auront reçu une rédaction définitive, en particulier, mais pas seulement, à propos des marchés de défense.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Facchin, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen