



Avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996  
relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur  
la réforme du droit de la commande publique

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 5 avril 1996 sous le numéro A 185 par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, d'une demande d'avis sur 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'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu le 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 :

À titre liminaire, le Conseil souligne que son avis ne peut porter que sur les incidences éventuelles sur l'exercice de la concurrence des propositions contenues dans le rapport qui lui est soumis. Il est en effet saisi sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, aux termes duquel il « *donne son avis sur toute question de concurrence* », ce qui exclut toute appréciation sur le bien-fondé ou les modalités des mesures proposées pour répondre à d'autres objectifs.

Le droit de la commande publique et le droit de la concurrence sont complémentaires. Le premier a pour objet principal d'assurer le meilleur usage des deniers publics, ce qui implique notamment l'exercice effectif de la concurrence entre offreurs, lequel exercice relève du droit de la concurrence.

Comme l'avaient fait avant lui la Commission technique des ententes, la Commission technique des ententes et des positions dominantes puis la Commission de la concurrence, le Conseil a été amené à constater, à une cinquantaine de reprises entre la promulgation de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et le 2 juillet 1996, des dysfonctionnements du libre jeu de la concurrence dans les marchés publics. La plupart des affaires dont il a eu à connaître concernaient le bâtiment et les travaux publics, certaines d'entre elles concernant d'importants secteurs d'activité comme les travaux routiers, les installations électriques ou les grands ouvrages d'art. Plusieurs des rapports annuels d'activité que le Conseil a adressés au ministre chargé de l'économie en application des dispositions de l'article 7 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 ont

d'ailleurs fait état de cette constatation. C'est au regard, notamment, de l'expérience acquise lors de l'examen de ces affaires, et des réflexions qu'elle lui a inspirées, que le Conseil émet le présent avis.

Le rapport du 8 mars 1996 de la *Mission parlementaire sur la réforme des marchés publics* est divisé en cinq chapitres proposant chacun des règles « *plus simples* », « *plus pédagogiques* », « *plus sûres* », « *accompagnées* » et « *acceptées* ». Y sont annexés la lettre de mission du 25 août 1995 du Premier ministre et le rapport d'étape du 31 octobre 1995. Ce dernier pose tout d'abord un « *diagnostic* » en quatre points puis propose les trois « *orientations* » principales d'une réforme et le calendrier législatif et réglementaire correspondant. À ce rapport d'étape sont joints une note sur l'accès des P.M.E. à la commande publique, un avant-projet de loi (« *avant-projet de réforme des marchés publics* ») ainsi qu'un canevas de la partie réglementaire correspondante, la liste des organismes et des personnes consultés par la mission et, enfin, les documents ayant servi de base à la deuxième phase de la concertation poursuivie par cette dernière.

Sur l'ensemble de ces documents soumis à l'appréciation du Conseil de la concurrence, seules quelques-unes des propositions qui y sont formulées relèvent de sa compétence. Pour le reste, le Conseil de la concurrence ne peut que se montrer favorable à une simplification et à une unification de la réglementation de la commande publique, tenant compte de la réglementation communautaire.

## I - PROPOSITIONS CONTENUES DANS LE RAPPORT SUSCEPTIBLES D'AFPECTER LE JEU DE LA CONCURRENCE ENTRE ENTREPRISES

### *Sur les procédures de passation des marchés*

Le dispositif prévu à l'article 20 de l'« *avant-projet de réforme* » aboutirait, par rapport à la situation actuelle, à supprimer la procédure d'adjudication qui, dans les faits, est très rarement employée. (En 1991, l'État et les collectivités locales ont eu recours à cette procédure respectivement pour 0,4 % et 2,7 % de l'ensemble des marchés qu'ils ont passés). Au cas où l'acheteur public désirerait toutefois lancer un appel à la concurrence dont le seul critère de choix serait le prix, il disposerait de l'« *appel d'offres prix* ». Celui-ci, et l'« *appel d'offres multicritères* », seraient obligatoires au-delà d'un seuil fixé par décret, qui pourrait être le seuil au-delà duquel l'appel à la concurrence communautaire est obligatoire (1.300.000 F pour les marchés de fourniture). En deçà, les marchés seraient effectués sur mémoire ou facture, sans formalisme, pour les moins importants d'entre eux (moins de 300.000 F actuellement), et selon une procédure de consultation négociée pour les autres. Enfin, les mêmes règles seraient applicables que l'acheteur public soit l'État, les collectivités territoriales ou leurs établissements.

Le Conseil de la concurrence observe en premier lieu que la procédure de négociation encadrée qui est ainsi prévue deviendrait la plus employée : en 1991, l'État et les collectivités locales ont eu recours à la procédure d'appel d'offres respectivement pour 45,2 % et 64,1 % de l'ensemble des marchés qu'ils ont passés et aux marchés négociés pour 54,4 % et 33,2 %). Elle n'est pas différente dans son principe de la phase de négociation qui, actuellement, suit un appel d'offres déclaré infructueux : à la différence des procédures d'appels d'offres dans lesquelles les soumissions demeurent intangibles dès lors qu'elles auraient été déposées et ouvertes, les offres des entreprises dans le cadre d'une consultation négociée pourraient être discutées et modifiées après leur dépôt, une entreprise n'ayant pas déposé d'offre pourrait être consultée, etc.

Il observe en deuxième lieu que l'extension du recours à la procédure négociée, telle qu'elle est envisagée, accroîtrait la flexibilité dans les rapports entre les acheteurs publics et leurs fournisseurs de biens, produits ou services, mais comporterait le risque de faciliter la pratique du favoritisme par l'acheteur public au bénéfice d'une ou plusieurs entreprises.

En dernier lieu, si les procédures de négociation, et la possibilité envisagée d'ouvrir la consultation à une entreprise qui n'avait tout d'abord pas déposé d'offres, peuvent contribuer à mettre en échec les concertations anticoncurrentielles entre entreprises soumissionnaires, elles ne sont pas de nature à les interdire complètement. En particulier, le Conseil de la concurrence a pu constater dans de nombreux cas (par exemple dans sa décision n° 95-D-76 du 29 novembre 1995), que la concertation qui avait présidé à l'élaboration et au dépôt des offres d'entreprises prétendument concurrentes lors d'un appel d'offres s'était poursuivie après que celui-ci avait été déclaré infructueux et qu'une négociation avait été engagée, vidant celle-ci de tout sens. De plus, il est apparu dans quelques cas que l'entente entre soumissionnaires avait été facilitée par le fait que l'acheteur public avait communiqué aux uns les offres remises par les autres (*cf.* par exemple la décision n° 96-D-25 du 16 avril 1996). Une telle pratique, outre le fait qu'elle facilite la concertation anticoncurrentielle des soumissionnaires, permet également aux membres de l'entente d'avoir connaissance des offres de « dissidents » et d'évincer ou de tenter d'évincer ceux-ci.

Le Conseil de la concurrence est donc d'avis que cette modification dans les modes de passation des marchés est susceptible d'améliorer l'exercice de la concurrence, sous réserve que soit renforcé le rôle dévolu à la commission des marchés dans le choix de l'attributaire dans chacune des procédures et que soient précisées les modalités de l'appel public à la concurrence, tant pour les appels d'offres que pour les procédures de négociation encadrée, à intervenir par décret en Conseil d'État (articles 20 et 21). En particulier, il devrait être explicitement interdit à l'acheteur public de communiquer à tout soumissionnaire les offres reçues.

### ***Sur les « offres anormalement basses »***

Le rapport d'étape (p. 6, *in fine*) distingue deux catégories d'« offres anormalement basses » : celles déposées par des « entreprise(s) à bout de souffle (... qui) ne fer(ont) finalement pas le travail, ou le fer(ont) très mal » et celles déposées par des entreprises aux « reins solides (...) prête(s) à des sacrifices pour pénétrer sur un marché ou pour évincer des concurrents plus faibles ». La fiche n° 3 qui lui est jointe traite des « offres abusivement basses ».

Le Conseil de la concurrence observe en premier lieu que l'exercice de la libre concurrence, et donc le progrès économique, supposent que l'accès aux marchés ne soit pas limité par des barrières artificielles. Le droit de la concurrence n'interdit pas que, pour pénétrer des marchés nouveaux, des entreprises consentent des efforts, parfois importants, en matière de prix et de services, éventuellement jusqu'à une marge nulle, voire négative, et répartissent les pertes et les profits qu'elles retirent de leur activité entre les différents marchés qu'elles obtiennent. Vont par contre au-delà du souci légitime de conquérir de nouveaux marchés dans un environnement préservant l'exercice de la concurrence les stratégies de prix prédatrices. De telles stratégies consistent, pour l'entreprise soumissionnaire, à viser à l'élimination de ses concurrents en proposant les fournitures ou prestations considérées à des prix inférieurs à ses coûts moyens variables, ou encore des prix entraînant obligatoirement une perte substantielle, et en compensant ultérieurement les pertes résultant de son offre sous-évaluée soit par la conclusion d'avenants plus avantageux, soit à l'occasion d'autres marchés. La pratique de prix de prédation a déjà été examinée par le Conseil de la concurrence (décisions n<sup>os</sup> 94-D-30 et 94-MC-10 des 24

mai et 14 septembre 1994) et condamnée par le Tribunal de première instance des communautés européennes (arrêt *Tetra Pak International* du 6 octobre 1994) et la Cour de justice des communautés européennes (arrêt *Akzo* du 3 juillet 1991). Ces prix peuvent être qualifiés d'« *anormalement* » ou « *abusivement* » bas. Du reste, la prohibition des prix de vente aux consommateurs « *abusivement bas* » que le projet de loi adopté par le Parlement le 21 juin 1996 [1] introduit dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 définit ces prix comme ceux qui « *ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits* »”

En deuxième lieu cependant, comme l'a constaté à plusieurs reprises le Conseil de la concurrence et, avant lui, la Commission de la concurrence, une offre peut paraître particulièrement basse par rapport à celles des autres soumissionnaires lorsqu'elle émane d'un « *dissident* » réellement concurrentiel et que les autres entreprises avaient noué une entente les ayant conduit à déposer des offres anormalement élevées. À cet égard, le Conseil de la concurrence constate qu'aucune étude statistique n'a pu lui être présentée qui établirait que la défaillance des entreprises attributaires, les interruptions de travaux, les livraisons non conformes, les avenants répétitifs, *etc.* seraient plus fréquents lorsque les attributaires ont proposé des offres sensiblement inférieures à celles des autres soumissionnaires ou à l'estimation du maître d'ouvrage.

En troisième lieu, par voie de conséquence, une offre ne saurait être qualifiée d'« *anormalement basse* » par seule référence aux autres offres, que ce soit leur moyenne générale, la moyenne des plus basses, la moyenne des trois suivant les deux plus basses, ou tout autre mode de calcul de cette nature qui a pu être imaginé, car une telle référence n'aurait aucun lien avec la compétitivité réelle de l'entreprise soumissionnaire qui dépend notamment de la structure de ses coûts, de sa productivité, de sa compétence technique et de sa santé financière. Par ailleurs, l'estimation des maîtres d'oeuvre et d'ouvrage reflète avec une bonne approximation les prix unitaires réellement payés par les acheteurs publics lors de marchés similaires ou comparables, mais passés et qui ont pu être conclus dans un contexte d'entente entre les soumissionnaires. Ces modes de détermination des « *offres anormalement basses* » pourraient conduire à éliminer la ou les seules offres réellement concurrentielles dans le cas, que le Conseil de la concurrence a de bonnes raisons de considérer comme n'étant ni théorique ni rare, où une entente aurait été nouée entre la plus grande partie des offreurs lors du marché considéré ou pour l'ensemble des marchés ayant servi de références à l'établissement de l'estimation du maître d'ouvrage.

En résumé, l'appréciation du niveau d'une offre ne pourrait résulter que de l'analyse du rapport entre le bordereau des prix unitaires déposé et la structure des coûts de l'entreprise concernée. Pour les marchés de travaux, devrait être considérée comme « *anormalement basse* », par assimilation aux prix de prédation, une offre de prix inférieure au coût moyen variable prévisionnel du chantier considéré. Pourrait également être considérée comme « *anormalement basse* » une offre de prix supérieure à ce coût moyen variable mais inférieure au coût moyen total s'il était établi que cette offre avait été faite avec pour objectif, une fois le marché attribué, de faire artificiellement remonter le prix effectivement payé par l'acheteur public au moyen d'avenants. En revanche, ne saurait être retenue la solution consistant à poser que seraient « *anormalement basses* » par nature les offres de prix inférieures à la somme des coûts moyens variables et d'un pourcentage forfaitaire des coûts indirects, déterminé *a priori* et sans

---

<sup>1</sup> Loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, publiée au Journal officiel du 3 juillet 1996.

considération des conditions effectives d'exploitation de l'entreprise concernée. Une telle solution reviendrait en effet à rendre suspectes les offres des entreprises qui sont parvenues à la meilleure maîtrise de leurs coûts indirects.

En dernier lieu, la Cour de justice des communautés européennes a estimé, dans son arrêt *Fratelli Costanzo SpA contre Commune de Milan* du 22 juin 1989, que l'exclusion d'office d'une offre jugée anormalement basse sur la base d'un critère mathématique n'était pas conforme aux dispositions de l'article 29, paragraphe 5 de la directive 71/305 du 26 juillet 1971 du Conseil, alors en vigueur.

Le Conseil de la concurrence est donc d'avis que les dispositions de l'article 24 de l' « *avant-projet de réforme* » faisant obligation à l'acheteur public de rejeter les offres « *anormalement basses* » ne devraient pas être retenues. Une telle obligation impliquerait en effet que fussent définis *a priori* et avec précision les critères permettant de qualifier une offre « *anormalement basse* ». Or, à l'exception du cas, vraisemblablement rare, où une offre est présentée à un prix inférieur au coût moyen variable de la fourniture ou de la prestation considérée, il n'existe aucun critère économiquement pertinent et juridiquement acceptable au regard du droit communautaire permettant de distinguer une offre « *anormalement basse* » d'une offre concurrentielle. Seule une étude détaillée de l'ensemble des offres et des circonstances dans lesquelles elles ont été présentées pourrait permettre de détecter le caractère "anormal" d'une ou de plusieurs offres. En revanche, ne serait pas incompatible avec le principe de la libre concurrence posé par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 la disposition du nouveau code des marchés publics dont s'agit qui maintiendrait les dispositions actuelles (articles 95 *bis*, 97 *ter*, 297 *bis* et 300 du code des marchés publics) qui permettent à l'acheteur public de rejeter de telles offres sous réserve d'un examen contradictoire : demande écrite de précisions aux entreprises concernées sur la composition de l'offre et vérification de cette composition en tenant compte des justifications fournies. En outre, pourrait être élargie la possibilité pour l'acheteur public de demander à ces entreprises de présenter une garantie de bonne fin. Enfin, le Conseil de la concurrence est favorable aux propositions contenues dans le rapport examiné (article 27 de l' « *avant-projet de réforme* » en particulier), en ce qu'elles visent à ce que soit soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres tout projet d'avenant d'une certaine importance.

Le recours à ces moyens semble de nature à apporter des garanties suffisantes à l'acheteur public contre tout risque de défaillance de l'entreprise attributaire, d'interruption des travaux, de livraison non conforme et d'avenants répétitifs venant gonfler le coût total.

#### ***Sur l'attribution des marchés aux « mieux-disants »***

D'une façon générale, le Conseil de la concurrence partage l'opinion exprimée dans le rapport du 8 mars 1996 soumis à son examen (p. 15) selon laquelle « *l'opposition souvent énoncée entre mieux-disant et moins-disant est une opposition fallacieuse* ».

En effet, il y a lieu de distinguer la spécification précise de la demande de l'acheteur public de la définition *a priori* de critères de choix.

La première, la définition détaillée des besoins de l'acheteur public dans un cahier des charges prenant en compte tous les paramètres de la fourniture ou de l'ouvrage en cause, constitue un préalable à l'exercice de la concurrence, même lorsque cette spécification précise conduit à réduire le nombre des offreurs potentiels.

La définition *a priori* de critères de choix peut, en revanche, avoir des effets anticoncurrentiels. Le fait de porter à la connaissance des entreprises soumissionnaires les critères de choix, qu'ils demeurent comme actuellement inscrits dans le code des marchés publics ou qu'ils en soient exclus et laissés à l'appréciation de l'acheteur public, est susceptible de favoriser les ententes. Une « règle du jeu » rigide et connue à l'avance par les soumissionnaires rend prédictible par eux les conditions d'attribution du marché. Que l'attributaire soit désigné systématiquement au moins-disant ou à l'entreprise répondant aux critères précisément définis, une entente permettrait à ses membres de désigner entre eux, en concertation et à l'insu de l'acheteur public, celui qui déposera l'offre moins-disante ou répondant aux critères, et ceux qui déposeront des offres « de couverture », plus élevées ou s'écartant des critères d'attribution.

Par ailleurs, le prix proposé ne peut être qu'un des critères de choix parmi les plus déterminants. Qu'il ait lui-même spécifié avec précision les biens, produits ou services permettant de satisfaire sa demande, ou qu'il ait laissé aux entreprises consultées une certaine latitude pour présenter des solutions alternatives, des « variantes », l'acheteur public retiendra l'offre qui permet de satisfaire complètement sa demande au meilleur rapport qualité-prix. Dès lors, la distinction, dans le décret qui compléterait l' « *avant-projet de réforme* » et préciserait les procédures de consultation négociée et d'appels d'offres, ouverts et restreints, entre les « *appels d'offres prix* » et les « *appels d'offres multicritères* » peut ne pas sembler opératoire.

Le Conseil observe que le code des marchés publics actuellement en vigueur permet à l'acheteur public d'attribuer le marché, hormis lors des procédures d'adjudications d'ailleurs presque jamais employées, non pas au moins-disant, mais au soumissionnaire « mieux-disant », c'est-à-dire dont l'offre apparaît comme étant la mieux appropriée à l'objectif poursuivi. Il a certes pu constater que cette possibilité était rarement utilisée. Il ne méconnaît pas les raisons invoquées dans le rapport soumis à son examen : « *risque politique, contentieux, pénal..* » de l'acheteur public de ne pas retenir l'offre moins-disante, difficultés, s'il le fait néanmoins, de motiver son choix par des critères objectifs, quantifiables ou non, *etc.*, mais il constate que cette problématique s'inscrit dans le cadre du contrôle de légalité de la décision de l'acheteur public, plus que dans celui de l'efficacité de son choix et du libre jeu de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence est donc d'avis que la réforme législative et réglementaire envisagée (articles 8 et 21 de l' « *avant-projet de réforme* », *etc.*) n'est pas incompatible avec le principe de la libre concurrence posée par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 en tant qu'elle impose à l'acheteur public de définir ses besoins par écrit, préalablement à toute négociation ou appel à la concurrence. Il est d'avis, au contraire, que la réforme envisagée ne devrait pas obliger l'acheteur public à définir *a priori* ses critères de choix, et les porter à la connaissance des entreprises soumissionnaires.

Au surplus, le « *guide pratique et méthodologique du « mieux-disant »* » qui serait mis à la disposition des acheteurs publics (pp. 37 et 38 du rapport du 8 mars 1996, pp. 8 et 9 et fiche n° 4 du rapport d'étape du 31 octobre 1995) serait certes très utile. Pour autant, le Conseil de la concurrence estime que s'il devait comporter des « *monographies* » comportant des « *véritables exemples concrets, c'est-à-dire chiffrés* », ceux-ci devraient être suffisamment généraux pour ne pas pouvoir être utilisés pour éliminer des offres présentant des innovations technologiques ou des prix particulièrement compétitifs.

#### ***Sur les attributaires préférentiels***

Le rapport d'étape du 31 octobre 1995 (annexe) estimait que la volonté de maintenir « *un tissu suffisamment dense de P.M.E. dans l'économie française* » obéissait à un souci économique,

mais aussi « *d'équilibre social* ». Il combattait l'idée, souvent avancée, d'attribuer aux P.M.E., quelle que soit la définition qu'il convienne de donner de ces entités économiques, soit une part réservataire soit un système préférentiel, et il avançait que les « *vraies solutions au problème posé* » par les P.M.E. consistent à « *éliminer les obstacles dressés par les textes ou les comportements actuels à l'accès des P.M.E. à la commande publique* ».

Le rapport définitif du 8 mars 1996 ne consacre aucun développement, si ce n'est un paragraphe, en conclusion (p. 44), aux problèmes éventuels que poseraient plus particulièrement les P.M.E. : « *les conditions d'une compétition équitable entre les P.M.E. et les grandes entreprises pour l'obtention des marchés publics* » seraient restaurées par les autres mesures envisagées.

L'article 23 de l' « *avant-projet de réforme* », par contre, maintient la préférence qui doit être accordée en tout ou partie, en cas d'offres équivalentes, aux « *sociétés coopératives ouvrières de production, aux groupements de production agricole, aux artisans et aux sociétés coopératives d'artisans et d'artistes* » (articles 62, 66, 70, 261, 265 et 267 du code des marchés publics actuel) et institue, pour les marchés de fourniture, une préférence au bénéfice des entreprises de l'Union européenne.

Le Conseil de la concurrence partage l'opinion du rédacteur du rapport soumis à son examen selon laquelle les « *vraies solutions au problème posé* » par les P.M.E. consistent à éliminer les obstacles dressés par les textes ou les comportements. Du strict point de vue du fonctionnement de la concurrence, il ne peut que souligner en premier lieu que l'intensité de la compétition ne peut qu'être renforcée par un accroissement du nombre des offreurs, et donc en facilitant l'accès aux marchés publics des P.M.E. mais, en second lieu, que le libre jeu de la concurrence suppose le libre accès de tous les offreurs aux marchés, quelle que soit leur nationalité et qu'il s'agisse ou non de P.M.E. ou des formes particulières d'entreprises citées ci-avant.

### ***Sur la sous-traitance et la co-traitance***

Introduites dans le code des marchés publics par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, les dispositions relatives à la sous-traitance créaient un véritable statut de cette forme de coopération économique dans les marchés publics, avec pour objectifs principaux d'une part de créer les bases d'une égalité contractuelle réelle entre donneur d'ordre et sous-traitant et, d'autre part, de faire en sorte que la défaillance financière du premier n'entraîne celle du second. De même, les articles 44 et 46-1 du code des marchés publics ont été introduits par le décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 pour consacrer la pratique, qui se développait depuis 1945, de la co-traitance, après qu'une proposition de loi sur les groupements momentanés d'entreprises n'avait pas abouti en 1977, et pour interdire à une entreprise d'être mandataire de plusieurs groupements soumissionnaires à un même marché.

Les concertations entre entreprises en vue d'établir des liens de sous-traitance ou de co-traitance ne sont prohibées en elles-mêmes ni en droit communautaire (*cf.* par exemple la communication de la Commission des communautés européennes du 18 décembre 1978) ni en droit interne (*cf.* par exemple l'avis de la Commission technique des ententes et des positions dominantes du 16 novembre 1973, la décision du Conseil de la concurrence n° 95-D-76 du 29 novembre 1995 et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 juillet 1994). Il n'est pas contestable que sous-traitance et co-traitance peuvent contribuer à l'efficacité économique, et donc être recherchées par le maître d'ouvrage (*cf.* par exemple l'avis de la Commission de la concurrence du 13 octobre 1983).

Toutefois, le Conseil de la concurrence et, avant lui, la Commission de la concurrence, ont été amenés à constater :

- en premier lieu que les concertations et échanges d'informations entre entreprises qui se prévalaient devant eux de projets de sous-traitance ou de co-traitance non aboutis avaient parfois, en réalité, une fin anticoncurrentielle : *cf.* par exemple les décisions n<sup>os</sup> 89-D-34, 89-D-42, 94-D-39 et 94-D-56 des 24 octobre et 12 décembre 1989 et 28 juin et 2 novembre 1994 ;

- en second lieu que la co-traitance et la sous-traitance, en cascade ou non, déclarée ou occulte, peuvent constituer des moyens de mettre en oeuvre une entente préalable de répartition d'ensembles de marchés dans un secteur donné : *cf.* par exemple l'avis de la Commission du 10 juin 1977 et les décisions n<sup>os</sup> 89-D-07, 92-D-08 et 95-D-76 des 21 mars 1989, 4 février 1992 et 29 novembre 1995.

Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence est favorable aux propositions contenues dans le rapport soumis à son examen (articles 18 et 28 de l' « *avant-projet de réforme* » en particulier), notamment en ce qu'elles visent à limiter la sous-traitance en cascade (les « *sous-traitants téléphone* ») et à imposer à l'entreprise soumissionnaire et à son ou ses sous-traitants de porter à la connaissance du maître d'ouvrage les conditions auxquelles elles envisagent de sous-traiter, dans son offre pour l'entreprise soumissionnaire, dans leur demande d'agrément par le responsable du marché pour les seconds.

### ***Sur l'allotissement***

Le Conseil de la concurrence a pu constater que la pratique consistant à diviser un marché en plusieurs marchés d'un montant moins élevé, et inférieur aux seuils prévus par le code des marchés publics, a pu être utilisée en vue de soustraire à l'appel public à la concurrence des fournitures, prestations ou travaux. Le 7<sup>ème</sup> alinéa de l'article 20 de l' « *avant-projet de* » soumis à son examen dispose d'ailleurs qu' « *aucune prestation ni aucun ouvrage ne peut être scindé en vue d'être soustrait aux procédures mises en oeuvre pour l'application de la présente loi. La collectivité publique peut toutefois, par une décision motivée, recourir à la procédure applicable aux marchés d'un montant plus élevé* ».

Toutefois, l'article 12 stipule que « *les prestations peuvent être réparties en lots homogènes donnant lieu chacun à un marché distinct, selon des modalités fixées par le règlement de la consultation.* »

Le Conseil de la concurrence propose que la pratique de l'allotissement soit autorisée lorsque le permettent les circonstances, la nature des travaux, *etc.*, mais que soient interdits les procédés visant à éviter les appels à la concurrence en divisant artificiellement un marché de sorte que le seuil ne soit pas atteint. Pour ce faire, les dispositions du 7<sup>ème</sup> alinéa de l'article 20 pourraient être intégrées à l'article 12.

## **II - PROPOSITIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE VISANT À INSÉRER DANS LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS DES DISPOSITIONS DESTINÉES À RENFORCER LA LIBRE CONCURRENCE ENTRE ENTREPRISES**

### ***Sur l'affirmation du principe de la libre concurrence***

Le Conseil de la concurrence propose de rappeler à l'ensemble des acteurs qui concourent à l'achat public le principe de la liberté de la concurrence posé par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 par l'insertion dans le nouveau code des marchés publics d'une disposition qui, ajoutant à l'article 3 de l' « *avant-projet de réforme* », affirmerait que « *les marchés publics sont passés selon des procédures qui assurent la transparence des choix et l'efficacité de la dépense publique et qui favorisent l'exercice de la concurrence entre entreprises.* »

### ***Sur l'indépendance des offres***

Le Conseil de la concurrence a constaté à de nombreuses reprises que des sociétés liées entre elles par des liens juridiques, commerciaux ou financiers présentaient des offres apparemment concurrentes, mais en réalité établies en concertation, dans l'optique d'une stratégie de groupe. De même, il a constaté que les concertations et échanges d'informations entre entreprises indépendantes qui se prévalaient devant lui de projets de sous-traitance ou de co-traitance non aboutis avaient souvent, en réalité, une fin anticoncurrentielle.

Il propose donc que soit insérée dans le nouveau code des marchés publics (par exemple dans l'article 15 de l' « *avant-projet de réforme* ») une disposition qui imposerait à toute entreprise soumissionnaire à un marché public de produire :

- l'organigramme du groupe auquel elle appartient, mentionnant notamment toutes les sociétés du groupe oeuvrant dans le secteur et dans la zone géographique concernés ;
- et la liste de toutes les entreprises qu'elle a consultées ou avec lesquelles elle s'est concertée ou a échangé des informations avant la remise des plis.

### ***Sur la réitération des pratiques anticoncurrentielles***

Le Conseil de la concurrence ne peut que constater le caractère généralisé et répétitif des pratiques anticoncurrentielles qui sont survenues à l'occasion de la passation de nombreux marchés publics.

Une disposition de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 (article 37 - 4°, dernier alinéa), abrogée et remplacée par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, excluait de toute participation aux marchés publics les entreprises dont les dirigeants ou exploitants avaient été condamnés pour entente. Cette disposition n'avait pas reçu d'application, son caractère général et absolu étant tel que ces entreprises avaient été relevées de cette déchéance par décision interministérielle.

Cette disposition n'ayant pas été reprise dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, toute entreprise sanctionnée peut se présenter aux marchés publics. Le Conseil de la concurrence propose donc que soient réalisées les études qui permettraient l'insertion dans le nouveau code des marchés publics ou dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 d'une disposition qui s'appliquerait aux entreprises et organismes déjà définitivement sanctionnés pour leur participation à une pratique prohibée par les articles 7 ou 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 :

- soit en les excluant temporairement, et pour un secteur géographique donné, de toute délégation de service public et de toute participation aux marchés publics ;

- soit relèverait de façon très sensible le seuil des sanctions pécuniaires qui leur seraient applicables.

### III - CONCLUSION

Le Conseil de la concurrence est d'avis que la réforme envisagée du droit de la commande publique contribue au renforcement de la liberté de la concurrence dont le principe a été posé dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, dès lors notamment :

- s'agissant des modes de passation des marchés, que serait renforcé le rôle dévolu à la commission des marchés dans le choix de l'attributaire dans chacune des procédures et que seraient précisées les modalités de l'appel public à la concurrence, tant pour les appels d'offres que pour les procédures de négociation encadrée, notamment en prohibant explicitement à l'acheteur public de porter les offres reçues à la connaissance de tout soumissionnaire ;

- que l'acheteur public ne serait pas obligé de rejeter les offres « *anormalement basses* » mais que seraient maintenues les dispositions actuelles, assorties de la possibilité de demander aux entreprises ayant présenté de telles offres qu'elles apportent une garantie de bonne fin ;

- que serait soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres tout projet d'avenant d'une certaine importance ;

- que serait imposé à l'acheteur public de définir ses besoins par écrit, préalablement à toute négociation ou appel à la concurrence, mais que ne lui serait pas imposé de définir *a priori* ses critères de choix et de les porter à la connaissance des entreprises soumissionnaires ;

- que le « *guide pratique et méthodologique du "mieux-disant"* » qui serait mis à la disposition des acheteurs publics ne comporterait de « *monographie* » que suffisamment générales ;

- que serait limitée la sous-traitance en cascade et imposé à l'entreprise soumissionnaire et à son ou ses sous-traitants de porter à la connaissance du maître d'ouvrage les conditions auxquelles elles envisagent de sous-traiter ;

- que soit modifiée la rédaction de l'article 12 de sorte que soient limitées les possibilités d'éviter les appels publics à la concurrence.

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence émet des réserves sur l'utilité de distinguer les « *appels d'offres prix* » des « *appels d'offres multicritères* » et d'accorder une préférence aux P.M.E., aux sociétés coopératives ouvrières de production, aux groupements de production agricole, aux artisans, aux sociétés coopératives d'artisans et d'artistes et aux entreprises de l'Union européenne.

En outre, le Conseil de la concurrence propose que soient ajoutées au projet de modification législative et réglementaire qui lui est soumis des dispositions :

- qui rappelleraient à l'ensemble des acteurs qui concourent à l'achat public le principe de la liberté de la concurrence posé par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ;

- et qui imposeraient à toute entreprise soumissionnaire de faire connaître le groupe auquel elle appartient et les sociétés du groupe oeuvrant dans le secteur et la zone géographique concernés

ainsi que la liste de toutes les entreprises qu'elle a consultées ou avec lesquelles elle s'est concertée ou a échangé des informations avant la remise des plis.

Des études devraient par ailleurs être engagées en vue d'introduire les modifications législatives qui soit excluraient temporairement, et pour un secteur géographique donné, de toute délégation de service public et de toute participation aux marchés publics les entreprises ou organismes définitivement sanctionnés pour des pratiques prohibées par les articles 7 ou 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, soit relèverait de façon très sensible le seuil des sanctions pécuniaires qui leur seraient applicables.

Enfin, le Conseil de la concurrence qui ne peut donner son avis que sur les tendances générales exposées dans le rapport et l'avant-projet de réforme législative et réglementaire dont il est saisi, émet le vœu d'être à nouveau consulté lorsque les textes législatifs et réglementaires dont s'agit auront reçu une rédaction définitive, afin de pouvoir formuler un avis plus complet et détaillé.

Délibéré sur le rapport oral de M. Jean-Claude Facchin, par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, et MM. Bon, Callu, Gicquel, Marleix, Robin, Rocca, Sloan, Tholon et Urbain, membres.

Le rapporteur général,  
Marie Picard

Le président,  
Charles Barbeau

---

© Conseil de la concurrence