

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 97-A-11 du 5 mars 1997
relatif à un avant-projet de loi portant réforme du code des marchés publics

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 21 février 1997 sous le numéro A 210 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^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi portant réforme du code des marchés publics, et notamment sur ses articles 20 et 21 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} 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 ;

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 ;

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 en premier lieu que son avis ne peut porter que sur les incidences éventuelles sur l'exercice de la concurrence des propositions contenues dans l'avant-projet de loi qui lui est soumis. Il est en effet

saisi sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} 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 atteindre d'autres objectifs.

En second lieu, l'avant-projet de loi soumis à son examen (version « *consolidée* » datée du 17 février 1997) est l'aboutissement des consultations auxquelles le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a procédé à la suite du 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, rapport sur lequel le Conseil de la concurrence, consulté, avait rendu son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996. Le présent avis s'inscrit donc dans le prolongement de ce dernier, que le Conseil avait conclu en « *émet(tant) 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.* »

Cet avant-projet de loi est divisé en trente et un articles et cinq chapitres, respectivement intitulés « *Principes, champ d'application, caractéristiques des marchés publics* » (articles 1 à 6), « *Objet et contenu des marchés* » (articles 7 à 9), « *Accès aux marchés et procédures de passation* » (articles 10 à 22), « *Exécution des marchés* » (articles 23 à 27) et « *Dispositions diverses* » (articles 28 à 31). Il serait applicable à compter du 1^{er} janvier 1998, compte tenu de dispositions transitoires (article 31).

En ce qui concerne les procédures de passation des marchés (articles 13 à 22).

Le dispositif prévu au II de l'article 17 de l'avant-projet de loi aboutit, par rapport à la situation actuelle, à supprimer la procédure d'adjudication. La procédure de l'appel d'offres est obligatoire au-delà d'un seuil fixé par décret. En deçà, les marchés peuvent être passés « *sans formalisme* » pour les moins importants d'entre eux, dans des limites fixées par décret, et selon une procédure de consultation négociée pour les autres. Cette procédure négociée peut également être employée pour des marchés d'un montant supérieur au seuil, « *dans des cas limitativement énumérés par décret en Conseil d'État* ».

Les mêmes règles sont applicables que l'acheteur public soit l'État, les collectivités territoriales ou leurs établissements ou regroupements (article 1^{er}).

Le Conseil ne peut que renvoyer à son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, où il concluait que cette modification dans les modes de passation des marchés était 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 particulier, il avait émis l'avis que devrait être explicitement interdit à l'acheteur public de communiquer à tout soumissionnaire les offres reçues.

L'avant-projet de loi a en partie tenu compte de cet avis du Conseil. Il n'a pas été jugé opportun de rappeler à l'acheteur public que ses comportements ne devaient pas aboutir à ce que les offres des différents candidats ne soient pas totalement indépendantes les unes des autres, cette indépendance fondant et légitimant l'appel à la concurrence dans les marchés publics, et donc l'efficacité dans leur dévolution. Par contre, les modalités de l'appel public à la concurrence et le rôle de la commission de marchés ont été précisés comme suit.

En ce qui concerne l'appel public à la concurrence (articles 11 et 17).

Alors que « l'avant-projet de réforme » annexé au rapport de M. Alfred Trassy-Paillogues prévoyait seulement que « *toute entreprise peut librement se porter candidate aux marchés publics* » (article 14) et que « *la procédure de recueil et d'examen des offres assure l'égalité de traitement des candidats* » (article 20, 1^{er} alinéa), l'avant-projet de loi a précisé, d'une part, que « *toute entreprise peut librement se porter candidate aux marchés publics dans des conditions qui assurent l'égalité d'accès aux entreprises établies en France, dans un autre État de l'Union européenne ou dans un État ayant signé avec l'Union européenne un accord de réciprocité dans ce domaine (...)* » (I de l'article 11) et, d'autre part, que « *la procédure de recueil et d'examen des offres repose sur la mise en concurrence de plusieurs entreprises, sauf exceptions justifiées par les caractéristiques de la prestation ou les conditions de son exécution, en assurant l'égalité de traitement des candidats* » (I de l'article 17).

Malgré leur généralité, ces précisions, qui vont dans le sens de l'avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 du Conseil de la concurrence, ne peuvent qu'être approuvées.

En ce qui concerne le rôle de la commission de marchés (article 21).

L'article 21 de l'avant-projet de loi prévoit que, s'agissant des marchés passés par les établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements, cette commission « *décide du choix de l'attributaire* » pour les marchés passés selon la procédure d'appel d'offres et « *décide du choix du titulaire* » pour les marchés passés selon la procédure négociée. Pour ceux de ces derniers dont le montant sera inférieur à un seuil qui sera fixé par décret, « *la Commission donne un simple avis, selon des modalités fixées par l'assemblée délibérante.* »

Aucune autre disposition de l'avant-projet de loi ne concerne la commission de marchés, si ce n'est l'article 5, qui en prévoit la constitution, la composition et le mode de désignation, et l'article 27 relatif à l'exécution des marchés et qui dispose que, pour les marchés mentionnés à l'article 21, « *la personne responsable du*

marché informe les membres de la commission de marchés de l'exécution de chaque marché dans les trois mois de la demande de paiement définitif. Cette information (...) est également adressée directement aux personnes mentionnées au IV de l'article 5...». Ces dernières sont le représentant du ministre chargé de la concurrence et le comptable public, qui assistent aux commissions de marchés avec voix consultative.

Le Conseil observe que la nouvelle rédaction (article 21) lève les possibles ambiguïtés que contenaient les articles 25 et 26 de l' « *avant-projet de réforme* » annexé au rapport de M. Alfred Trassy-Paillogues. Selon ces articles, c'était la personne responsable du marché qui en choisissait le titulaire, après avoir recueilli l'avis de la commission de marchés. Pour les marchés des collectivités territoriales, des établissements de coopération communale et des syndicats mixtes, la personne responsable du marché devait toutefois se conformer à cet avis.

Le rôle dévolu à la commission de marchés a donc, d'une certaine façon, été renforcé, puisque de simple donneuse d'avis à la personne responsable du marché (laquelle devait, dans certains cas, se conformer à cet avis), elle est devenue organe décisionnel, sauf pour les marchés les moins importants (sur factures ou mémoires) dont les titulaires sont choisis, sans appel à la concurrence, par la personne responsable du marché sur l'avis, auquel elle n'est pas tenue de se conformer, de la commission de marchés. Par ailleurs, il est expressément prévu que les représentants de l'État (le comptable public et le représentant du ministre chargé de la concurrence) non seulement assistent aux commissions de marché, avec voix consultative, mais encore sont directement informés de l'exécution de chaque marché.

En ce qui concerne les offres « particulièrement » et « anormalement » basses (article 20).

Dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, le Conseil avait conclu, en se fondant sur son analyse du jeu de la concurrence dans les marchés publics, de ses propres constatations et de celles de la Commission de la concurrence à la suite de l'examen de nombreuses affaires contentieuses et de la jurisprudence nationale et communautaire en la matière, que les dispositions qui lui étaient soumises faisant obligation à l'acheteur public de rejeter les offres « *anormalement basses* » ne devraient pas être retenues. En revanche, il indiquait que ne serait pas incompatible avec le principe de la libre concurrence posé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 la disposition 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. Il ajoutait que pourrait être élargie la possibilité pour l'acheteur public de demander à ces entreprises de présenter une garantie de bonne fin et qu'il se montrait favorable aux propositions qui visaient 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 lui semblait de nature à apporter des garanties à l'acheteur public contre les risques de défaillance de l'entreprise attributaire, d'interruption des travaux, de livraison non conforme et d'avenants répétitifs venant gonfler le coût total.

Dans l'avant-projet de loi soumis à son examen, l'article 20 prévoit que, dans le cadre de la procédure d'appels d'offres, la commission de marchés (ou la personne responsable du marché pour l'État) élimine les offres non conformes, puis « *doit mettre en oeuvre un mécanisme de détection des offres qui apparaissent particulièrement basses, notamment au regard de l'ensemble des autres offres, selon des modalités arrêtées par décret en Conseil d'État. Lorsque cette détection a mis en évidence une ou plusieurs offres particulièrement basses, les candidats concernés doivent être invités par écrit à justifier leurs prix. Au vu des réponses des candidats, (elle) est fondée à éliminer toute offre qui apparaîtrait anormalement basse. Lorsqu'à l'issue de l'examen de l'ensemble des offres reconnues conformes, (elle) choisit une offre identifiée comme particulièrement basse, elle doit expliciter les raisons de son choix.* »

Cet article 20 remplace l'article 24 de l'« avant-projet de réforme » qui disposait que « *la collectivité publique doit mettre en place une procédure lui permettant d'identifier les offres qui ne sont manifestement pas susceptibles de couvrir les coûts du marché. Aucun marché ne peut être attribué à une entreprise dont il est manifeste, après avoir entendu ses explications, que le prix qu'elle a proposé ne lui permet pas de couvrir les coûts [directs] du marché. Il en va de même lorsque le prix indiqué pour une partie sous-traitée du marché ne permet manifestement pas au sous-traitant de couvrir les coûts [directs] de l'exécution de cette partie.* »

Le Conseil de la concurrence observe en premier lieu que le maître d'ouvrage n'est plus tenu de rejeter de telles offres. Il n'est plus que « *fondé* » à le faire. S'il ne le fait pas, toutefois, il doit motiver sa décision, « *expliquer les raisons de son choix* ». En deuxième lieu, en revanche, la « *procédure* » de détection de telles offres est devenue un « *mécanisme* », et si la première devait être « *mise en place* » par la collectivité publique, le second doit être « *mis en oeuvre* » par la commission de marchés. Cette modification semble vouloir d'une part marquer le souci de renforcer les pouvoirs de la commission de marchés déjà mentionné ci-avant mais, d'autre part, conférer à la détection d'offres « *particulièrement* » basses un caractère mécanique. En dernier lieu, les offres « *particulièrement* » (ou « *abusivement* ») basses ne sont plus définies par rapport aux coûts, directs ou totaux du soumissionnaire, mais par rapport aux autres offres.

S'il considère favorablement l'abandon des dispositions faisant obligation au maître d'ouvrage de rejeter les offres « *anormalement* » basses, le Conseil de la concurrence est d'avis que le dispositif mis en place de détection des offres « *particulièrement* » basses présente des risques pour le libre jeu de la concurrence, risques qui seraient accrus si cette détection résultait d'un « *mécanisme* » rigide.

En premier lieu, en effet, pourraient être également considérées comme « *particulièrement basses* », et donc détectées et susceptibles d'être rejetées, les offres économiquement aberrantes, mais aussi les offres réellement concurrentielles. Le Conseil de la concurrence a en effet pu constater dans plusieurs affaires contentieuses que des offres plus basses que les autres avaient été présentées par des entreprises « dissidentes », c'est-à-dire ne faisant pas partie de l'entente nouée entre les autres soumissionnaires qui avaient présenté des offres établies en concertation et « anormalement » élevées. Ainsi, les offres des entreprises ayant respecté la liberté de la concurrence apparaîtraient comme « *particulièrement basses* » par rapport aux offres des entreprises en entente et pourraient donc être, selon le nouveau dispositif, détectées puis rejetées.

En deuxième lieu, ce dispositif conduirait à renverser la charge de la preuve : c'est l'entreprise qui aurait joué le jeu de la concurrence qui devrait s'en justifier, et la commission de marchés, ou la personne responsable du marché, devrait également motiver sa décision de désigner cette entreprise pour attributaire, alors qu'elle ne serait pas tenue de motiver sa décision d'attribuer le marché à une entreprise ayant participé à une entente anticoncurrentielle et dont l'offre, pour cette raison même, n'était pas apparue comme « *particulièrement* » basse.

En dernier lieu, si une détection obligatoire des offres « particulière-ment » basses devait néanmoins être instaurée, le Conseil souligne que l'appréciation du niveau d'une offre ne pourrait résulter que de l'analyse du rapport entre le bordereau de prix unitaires déposé et la structure des coûts de l'entreprise concernée. En tout état de cause, une offre ne saurait être considérée comme « *particulièrement* » basse pour le simple fait qu'elle serait inférieure aux offres des autres soumissionnaires. À titre d'exemple, qui n'est pas unique, le Conseil croit devoir rappeler que, dans sa décision n° 95-D-51 du 11 juillet 1995, il a constaté qu'un marché de rénovation d'une installation électrique avait été attribué à une entreprise « dissidente » pour un prix inférieur de 19 % à l'estimation du maître d'ouvrage et de 56 % à l'offre la plus basse des soumissionnaires qui ont été sanctionnés pour entente, ce qui ne l'a pas empêché de mener les travaux à bonne fin. À cet égard, le Conseil de la concurrence rappelle 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.

Enfin, le Conseil de la concurrence est d'avis que les dispositions de l'article 23 de l'avant-projet de loi qui soumettent à l'avis préalable de la commission de marchés « *tout projet d'avenant portant le montant global du marché à une somme excédant de plus de 5 % son montant initial* » sont conformes aux principes de la liberté de la concurrence de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Il rappelle également que devrait être souligné, auprès des acheteurs publics, la possibilité qu'ils

ont d'exiger une garantie de bonne fin dans tous les cas, et notamment dans celui où les prix du titulaire du marché sont particulièrement attractifs.

En ce qui concerne l'attribution des marchés aux « mieux-disants » (articles 7 et 19).

Dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, le Conseil observait, en premier lieu, qu'il y a lieu de distinguer entre, d'une part, la spécification précise de la demande de l'acheteur public et, d'autre part, la publicité *a priori* de critères de choix qui peut avoir des effets anticoncurrentiels ; en deuxième lieu, que le prix proposé ne peut être qu'un des critères de choix parmi les plus déterminants ; en dernier lieu, que le code des marchés publics actuellement en vigueur permet à l'acheteur public d'attribuer le marché, hormis lors des procédures d'adjudication 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 celle qui répond le mieux à l'objectif poursuivi.

Il émettait donc l'avis que la réforme législative et réglementaire envisagée n'était pas incompatible avec le principe de la libre concurrence posée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en tant qu'elle imposait à l'acheteur public de définir ses besoins par écrit, préalablement à toute négociation ou appel à la concurrence, mais que cette réforme ne devrait pas obliger l'acheteur public à porter à la connaissance des entreprises soumissionnaires ses critères de choix définis *a priori*.

Le II de l'article 19 de l'avant-projet de loi soumis à son examen prévoit qu' « *au seul regard des critères définis au règlement de la consultation, est désigné comme attributaire le candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés* » ; le 2^{ème} alinéa de l'article 23 de l' « avant-projet de réforme » disposait qu' « *au seul regard des critères définis au règlement de la consultation tenu à la disposition des candidats dès l'appel public à la concurrence ou le début de la négociation, la personne responsable du marché attribue le marché au candidat dont l'offre est la plus intéressante pour répondre aux besoins qu'elle a exprimés.* »

De même, le II de l'article 7 de l'avant-projet de loi dispose que « (...) *la personne publique établit un dossier de consultation qui comprend au moins : 1° le règlement de la consultation, qui en fixe les conditions de déroulement et en particulier les critères d'attribution du marché. Ces critères sont objectifs, vérifiables et établis au seul regard de l'objet du marché et de ses conditions d'exécution. Un décret fixe la liste limitative des critères pouvant être retenus.* » L'article 8 de l' « avant-projet de réforme » disposait quant à lui que « (...) *la collectivité établit un dossier de consultation qui comprend au moins : 1° le règlement de la consultation, qui en fixe les conditions de déroulement et en particulier les critères de choix de l'attributaire du marché. Ces critères sont établis au seul regard de l'objet du marché et de ses conditions d'exécution. Ils doivent permettre de comparer, outre les prix demandés par les candidats et la valeur*

technique des offres, et lorsque cet objet et ces conditions d'exécution le justifient, les risques, appréciés sur des bases objectives, relatifs à la bonne exécution de leurs engagements par les candidats ainsi que l'ensemble des contraintes et des coûts qu'aura à supporter la collectivité publique du fait du marché.»

La seule modification sensible apportée par l'avant-projet de loi est qu'il précise que les critères d'attribution du marché sont « *objectifs et vérifiables* ».

Le Conseil de la concurrence est d'avis que le bon fonctionnement de la concurrence dans les marchés publics implique, d'une part, que le maître d'ouvrage détermine précisément sa demande et, d'autre part, que les organismes chargés du contrôle des procédures d'attribution des marchés puissent s'assurer que cette attribution est exclusivement fondée sur les mérites respectifs des offres au regard de la demande exprimée. Il estime que vont dans ce sens les dispositions de l'avant-projet de loi qui visent à ce que l'acheteur public spécifie précisément sa demande, en permettant aux entreprises candidates de présenter leur offre en toute connaissance de cause. Il en va de même de celles qui visent à ce que l'acheteur public définisse *a priori* les critères qu'il utilisera pour évaluer les offres reçues et répondant à la demande exprimée, et puisse les communiquer, sur leur demande, aux organismes chargés du contrôle, limitant ainsi les risques de comportements anormaux ou illégaux de la part des acheteurs publics.

Au contraire, le fait de communiquer les critères de choix de l'attributaire aux soumissionnaires avec le règlement de la consultation est de nature à faciliter les ententes anticoncurrentielles. Le Conseil de la concurrence a ainsi pu constater à de nombreuses reprises que des entreprises qui refusaient les aléas propres au jeu concurrentiel cherchaient à se procurer l'estimation faite par le maître d'ouvrage des travaux envisagés et ses critères de choix afin de pouvoir adapter leurs offres, de sorte que l'entreprise au profit de laquelle l'entente avait été conclue fût désignée attributaire. Dès lors, les dispositions visant à communiquer aux entreprises soumissionnaires les critères, et leur quantification respective, sur la base desquels sera désigné l'attributaire, est susceptible de rendre plus simple, et moins facilement détectable, la conclusion d'ententes anticoncurrentielles. En effet, pour s'assurer que les offres de couverture ne seront pas retenues, il suffira que chacune d'elles ne satisfasse pas, ou satisfasse moins, à l'un ou l'autre de ces critères annoncés. Ainsi, sans même qu'une entente sur les prix ait été nécessaire, ces offres apparemment compétitives du point de vue des prix seront éliminées.

En ce qui concerne les attributaires préférentiels (article 19).

Dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, le Conseil observait d'une part que le projet qui lui était soumis maintenait la préférence accordée 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 » (3^{ème} et 4^{ème} alinéas de l'article 23) et instituait, pour les marchés de fourniture, une préférence au bénéfice des entreprises de la Communauté européenne et, d'autre part, comme le rédacteur du rapport soumis à son examen, que les « vraies solutions au problème posé » par les P.M.E. consistent à éliminer les obstacles dressés par les textes ou les comportements.

L'avant-projet de loi soumis à son examen ne diffère quasiment pas de l'« avant-projet de réforme » : le III de son article 19 prévoit qu'« un décret en Conseil d'État fixe les limites et les conditions dans lesquelles (...) les marchés doivent être, en cas d'offres équivalentes, préférentiellement attribués aux sociétés coopératives ouvrières de production, aux groupements de production agricole, aux artisans et aux sociétés coopératives d'artisans et d'artistes, ou partiellement réservés à ces mêmes entreprises » ;

Le Conseil de la concurrence observe que la seule modification sensible de l'avant-projet de loi est que ce dernier ajoute des « limites » aux attributions préférentielles.

En ce qui concerne la sous-traitance et la cotraitance (articles 12, 13 et 15).

Dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, le Conseil observait que les concertations entre entreprises en vue d'établir des liens de sous-traitance ou de cotraitance ne sont pas prohibées et peuvent contribuer à l'efficacité économique, et donc être recherchées par le maître d'ouvrage. Mais il indiquait que les concertations et échanges d'informations entre entreprises qui se prévalaient de projets de sous-traitance ou de cotraitance non aboutis avaient parfois, en réalité, une fin anticoncurrentielle et que cotraitance et sous-traitance, en cascade ou non, déclarées ou occultes, peuvent constituer des moyens de mettre en oeuvre une entente préalable de répartition d'ensembles de marchés dans un secteur donné. Il émettait donc un avis favorable aux propositions visant à encadrer les conditions de la sous-traitance 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.

L'avant-projet de loi soumis à son examen marque un recul par rapport à l'« avant-projet de réforme » sur lequel il avait émis cet avis. Il prévoit en effet à son article 15 que *« I - le donneur d'ordre peut faire de la sous-traitance un critère de sélection de candidature ou de choix de l'offre. Dans ce cas, le dossier de consultation (...) doit préciser, à cette fin, les engagements ou les informations attendus des candidats par le donneur d'ordre, lesquels pourront porter sur la nature des prestations sous-traitées, leur étendue, la qualification, l'identification des sous-traitants ainsi que les conditions dans lesquelles il sera rendu compte de la sous-traitance. Seules peuvent être acceptées les modifications de ces engagements qui n'affectent pas substantiellement les conditions d'exécution du contrat et font l'objet de justificatifs produits par l'entreprise. II - La sous-traitance totale d'un marché est interdite. (III - ...) »*.

Alors que les dispositions initialement envisagées obligeaient les entreprises soumissionnaires à indiquer par avance, dans leur offre même, quelles parties du marché seraient sous-traitées, à qui et à quels prix, les nouvelles dispositions autorisent seulement le donneur d'ordre à demander, s'il le souhaite, ces divers renseignements, sauf les prix de sous-traitance. Au surplus, à la différence de l'« avant-projet de réforme » qui rendait la sous-traitance « en cascade » et la sous-traitance occulte plus difficiles, et à tout le moins plus transparentes, les nouvelles dispositions ne prévoient plus explicitement les obligations du sous-traitant qui envisage de sous-traiter à son tour.

À ce sujet, le Conseil de la concurrence est d'avis que, dans leur rédaction actuelle, les dispositions relatives à la sous-traitance sont de nature à faciliter certains comportements anticoncurrentiels.

En ce qui concerne l'allotissement (article 17).

Dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, le Conseil observait 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, avait pu être utilisée en vue de soustraire à l'appel public à la concurrence des fournitures, prestations ou travaux.

Le rapprochement des dispositions de l'article 12 et du 7^{ème} alinéa de l'article 20 de l'« avant-projet de réforme » pouvant prêter à confusion, il proposait donc qu'elles fussent rédigées de sorte que la pratique de l'allotissement fût 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.

Rejoignant cette préoccupation, l'avant-projet de loi soumis à son examen marque la disparition de l'ex-article 12. Le VI de l'article 17 prévoit 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* » et il est suivi immédiatement par le VII qui dispose 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.* »

Enfin, le Conseil de la concurrence ne peut que renouveler l'ensemble de ses propositions et suggestions figurant au II de son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Jean-Claude Facchin, par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mme Boutard-Labarde et M. Rocca, membres.

Le rapporteur général,
Marie Picard

Le président,
Charles Barbeau

© Conseil de la concurrence