

Non classifié

DAF/COMP/WP2/M(2015)1/ANN6/FINAL

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

13-Sep-2017

Français - Or. Anglais

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation

AUDITION CONSACRÉE AUX ADJUDICATIONS ET AUX APPELS D'OFFRES

Compte rendu de la discussion

19 juin 2015

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé de la discussion tenue lors de la Session V de la 59ème réunion Groupe de Travail no. 2 sur la concurrence et la réglementation de l'OCDE tenue le 19 juin 2015.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur www.oecd.org/daf/competition/tenders-and-auctions.htm

JT03418681

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

DAF/COMP/WP2/M(2015)1/ANN6/FINAL
Non classifié

Français - Or. Anglais

AUDITION CONSACRÉE AUX ADJUDICATIONS ET AUX APPELS D'OFFRES

Compte rendu de la discussion

Le présent document présente une synthèse des exposés et discussions qui ont eu lieu lors de l'audition consacrée aux marchés publics, tenue à Paris le 19 juin 2015 sous l'égide du Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation du Comité de la concurrence de l'OCDE, **présidé par M. Alberto Heimler**, Président du Groupe de travail.

Cette audition est la deuxième qui a été consacrée à la thématique générale des problèmes de concurrence liés au recours aux adjudications et aux appels d'offres, après celle qui s'est tenue le 15 décembre 2014. Elle a pour objet d'examiner principalement deux questions particulières qui se posent dans le cadre des systèmes de passation des marchés publics, à savoir i) l'identification et le traitement des offres anormalement basses et ii) l'allotissement.

Des tables rondes précédentes l'OCDE et des documents de réflexion¹ de l'OCDE ont déjà largement traité du problème des soumissions concertées dans les marchés publics, qui n'a donc pas été au centre des discussions cette fois-ci.

L'audition s'est appuyée sur une Note de réflexion rédigée par les membres du Secrétariat² faisant état des conclusions d'une enquête sur les pratiques à l'œuvre dans les pays de l'OCDE s'agissant de ces deux problématiques et y associant un examen des travaux existants à ce sujets afin d'en tirer d'éventuels enseignements.

Les pratiques de passation des marchés publics sont très variables non seulement d'un pays à l'autre mais aussi au sein même des différents pays en raison du nombre important d'organismes publics passant des marchés publics de différentes sortes et du grand pouvoir discrétionnaire qui leur est laissé à cet égard.

Les personnes suivantes sont intervenues :

- Mme Ana Rodrigues (OCDE), auteur de la Note de réflexion,
- M. János Bertók (Chef de la division Intégrité dans le secteur public, OCDE),
- M. Robert Anderson (Conseiller et Responsable de l'équipe chargée des marchés publics et de la politique de la concurrence, OMC),

¹ Voir la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics (2012) et les Lignes directrices de l'OCDE pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics (2009).

² DAF/COMP/WP2(2015)1, disponible en suivant le lien [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2015\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2015)1/en/pdf).

- M. Graeme Clark (Conseiller principal, Département des politiques en matière de marchés publics, BERD),
- M. Gian Luigi Albano (Chef des études, Consip S.p.A., organisme chargé de dispenser des conseils sur les marchés publics en Italie).

1. Offres anormalement basses

Les offres anormalement basses désignent les offres jugées si basses qu'elles peuvent donner à craindre la survenue de problèmes tenant à la capacité de l'adjudicataire à mener le contrat à bonne fin. **Mme Rodrigues** fait savoir que cette notion existe (sous diverses dénominations différentes) dans la législation relative aux marchés publics de 24 des 27 pays ayant répondu à l'enquête.

Les intervenants s'accordent à dire que les raisons motivant ces offres et les conséquences qu'elles sont susceptibles d'avoir peuvent être très diverses. Une telle offre peut indiquer que le soumissionnaire a sous-estimé les coûts de bonne fin du contrat (ou en a surestimé la valeur), ce qui peut se solder par une défaillance, des dépassements de coûts ou une exécution de mauvaise qualité si le marché lui est attribué. Ce type d'offre peut constituer une forme de sous-estimation stratégique : le soumissionnaire fait une offre artificiellement basse afin de remporter un marché en attendant de pouvoir renégocier ex post les conditions du contrat en se livrant à des pratiques de hold-up ou de corruption caractérisée. Dans un cas comme dans l'autre, l'attribution du marché à un soumissionnaire ayant fait une offre anormalement basse peut avoir des retombées négatives sur le coût final, la qualité et le respect du délai d'exécution du contrat, ce qui entraîne des pertes de bien-être social.

Dans d'autres cas toutefois, une offre anormalement basse peut résulter de facteurs favorables à la concurrence. Les soumissionnaires peuvent être dotés de certaines efficiences découlant, par exemple, de complémentarités entre les missions prévues par le contrat et leurs autres activités, qu'ils répercutent sur le public en faisant une offre à bas prix. Une offre concurrentielle déposée par un nouvel entrant dans un domaine dans lequel des pratiques de collusion ont maintenu, dans le passé, les prix à un niveau élevé peut ainsi également paraître « anormalement » basse.

En raison de ces conséquences très diverses pour l'exécution du contrat, la question de savoir comment repérer ces offres et faire face à cette problématique est très importante. Même si les avis étaient partagés sur la manière la plus appropriée d'identifier ces offres, les participants sont tous tombés d'accord sur le fait qu'une offre répertoriée comme étant anormalement basse, quelle que soit la méthode d'identification utilisée, ne devrait pas aboutir à l'exclusion automatique de cette offre sans une enquête plus approfondie, car un tel dispositif pourrait entraîner le rejet de certaines soumissions véritablement concurrentielles. Ce principe est également pris en compte dans le système de passation de marchés publics de la plupart des pays ayant répondu à l'enquête de l'OCDE, qui procure aux soumissionnaires la possibilité de justifier leur offre auprès de l'autorité adjudicatrice.

Mme Rodrigues indique que plus de la moitié des pays consultés déclarent avoir recours à des analyses reposant sur données de référence préalablement spécifiées pour repérer les offres anormalement basses dans les marchés publics. Il existe deux grandes approches pour identifier ces offres au moyen de analyses. L'une d'elles est relative et permet de déterminer qu'une offre est aberrante par rapport aux autres offres déposées pour le même marché. L'autre est absolue et identifie ces offres comme étant des soumissions à bas prix par comparaison avec les estimations de prix antérieures de l'organisme public organisant l'appel d'offres. Il est également possible de combiner plusieurs facteurs servant de référence.

Les méthodes relatives reposent sur des seuils d'écart d'une offre par rapport à une statistique ou une autre (comme une moyenne ou une médiane) couvrant l'éventail des offres reçues. **M. Clark** fait savoir

que son département a mis au point une formule pour identifier les offres anormalement basses grâce à laquelle on peut prévoir quelles offres poseront un problème en utilisant les données relatives à des marchés publics déjà passés.

Dans certains cas, les méthodes relatives ne sont pas seulement utilisées pour repérer les offres anormalement basses mais pour déterminer l'offre à retenir. C'est le cas avec les méthodes reposant sur l'offre moyenne, inspirées de travaux techniques. Mme Rodrigues cite en exemple le Canada où ces méthodes sont largement utilisées par les autorités adjudicatrices, en particulier lorsque les services professionnels de passation des marchés publics (qui ne prennent en compte que les offres se situant dans une certaine fourchette par rapport à la médiane) et pour les marchés de la défense et les grands marchés (pour lesquels une pénalité pour sous-estimation de l'offre est appliquée aux offres inférieures à l'offre moyenne). Dans sa Note de réflexion, elle précise que des publications universitaires remettent en question la méthode de l'offre moyenne mais aussi qu'il existe un petit nombre d'études empiriques permettant d'évaluer son efficacité.

Avec les méthodes absolues d'identification des offres anormalement basse, l'estimation de coût de l'autorité adjudicatrice ou le budget alloué au contrat sert de donnée de référence et non les autres offres. **M. Albano** estime que l'utilisation d'estimations de coûts est contestable puisque l'intérêt que présente un mécanisme concurrentiel est de déterminer, pour le marché public, un prix de marché fondé sur les informations, meilleures par définition, que peuvent fournir les soumissionnaires sur leurs propres coûts. M. Clark déclare que son groupe a recommandé de ne recourir aux méthodes absolues que lorsque le nombre d'offres est inférieur à cinq, un chiffre trop faible pour pouvoir appliquer la formule statistique reposant sur les offres relatives.

Les intervenants s'accordent sur le fait que la procédure de passation de marchés publics doit permettre d'éliminer les problèmes d'éventuelle sous-estimation des coûts ou d'offre stratégique à bas prix, en préparant avec soin la documentation relative à l'appel d'offres et l'élaboration du contrat. Selon Mme Rodrigues, il s'agit là d'une solution permettant de résoudre le problème « à la source ».

Afin d'atténuer les incertitudes liées aux coûts et d'aider les nouveaux entrants à formuler leurs offres, les entités contractantes devraient être tenues de publier toutes les informations nécessaires et de ménager aux soumissionnaires suffisamment de temps pour préparer leur offre. Il est toutefois plus problématique de décider si les entités contractantes doivent rendre publiques leurs propres estimations de coûts. D'un côté, si cette publication a une visée informative et peut aider les soumissionnaires à formuler leurs propres estimations, elle peut, de l'autre, entraîner une convergence des prix vers le niveau des coûts qui ont été rendus publics, ce qui favoriserait la collusion. Cet argument est avancé par un délégué de l'Inde où les estimations de coûts internes ne sont généralement pas communiquées aux soumissionnaires. M. Anderson répond qu'à son avis, il ne faudrait pas rendre publiques les estimations de coûts mais qu'un certain nombre de pays procèdent pourtant ainsi.

La discussion porte sur différentes mesures visant à réduire les incitations à déposer des offres stratégiques à bas prix en limitant le nombre de soumissionnaires susceptibles d'invoquer ultérieurement des dépassements de coûts. Si l'appel d'offres et les contrats sont minutieusement préparés, les soumissionnaires seront tenus de respecter des spécifications auxquelles ils ne pourront déroger et de faire preuve de leur aptitude à assumer le projet. M. Clark a donné l'exemple de soumissionnaires déposant des offres à bas prix dans le but de remporter des projets de construction routière tout en sachant pertinemment qu'il pourrait faire valoir par la suite leurs exigences du fait que les coûts des terrains à acquérir sont bien plus élevés que cela n'avait été annoncé.

Des procédures de renégociation doivent exister pour parer à des circonstances imprévisibles mais elles doivent être précisément définies par avance. **M Bertók** indique qu'une moins grande attention est

accordée à la gestion des contrats, comme des modifications contractuelles, qu'au recours à des innovations technologiques comme les solutions de passation de marchés en ligne. Les participants sont convenus qu'une marge de renégociation est particulièrement nécessaire dans le cas de projets exceptionnels soumis à une incertitude considérable. M. Albano laisse entendre que certains projets sont de fait si complexes et incertains que la négociation avec des soumissionnaires de bonne réputation peut être préférable aux appels d'offres, comme semble l'indiquer les travaux universitaires consacrés à ce sujet. Il estime qu'une trop grande importance est parfois accordée aux mécanismes concurrentiels d'attribution des marchés et de contrats à prix fixe. Cela tient sans doute au fait que les pouvoirs publics souhaitent donner aux contribuables l'impression qu'ils ont une bonne notion des coûts. Il indique que, dans la pratique, de nombreux contrats de ce type finissent par être renégociés et donnent des exemples de projets d'infrastructure hors norme qui sont devenus sérieusement incontrôlables.

Il est également possible d'exiger des garanties de bonne exécution et des garanties financières, comme des garanties bancaires et des cautionnements, afin de dissuader les soumissionnaires de présenter des offres abusivement basses en espérant renégocier ultérieurement le prix ou ne pas mener le projet à bonne fin, car ces garanties les exposent à assumer le risque de devoir exécuter le projet aux conditions définies dès le départ dans l'appel d'offres ou, en cas de manquement de leur part, de subir une sanction. Mme Rodrigues nomme plusieurs pays où ces garanties sont utilisées. Cela étant, M. Clark déclare que les clients des BMD ne pensent pas qu'une utilisation accrue des garanties de bonne exécution (qui sont actuellement leur dernier recours lorsqu'ils sont confrontés à des offres anormalement basses) est une solution efficace car la mise en jeu de la garantie suppose de mettre fin au contrat ce qu'ils ne font qu'en tout dernier ressort. Il souligne qu'il importe plutôt de suivre les meilleures pratiques en matière d'élaboration des appels d'offres et des contrats (et renvoie, par exemple, à l'initiative intitulée *Well-Prepared Project*).

La menace de sanction comme l'interdiction faite aux entreprises défaillantes ou n'ayant pas suffisamment bien exécuté un contrat de participer à de futurs appels d'offres est un autre moyen éventuel de dissuasion. M. Albano fait observer que les procédures de passation des marchés publics relevant d'un grand nombre d'entités contractantes, aucune d'entre elles n'est incitée, isolément, à mettre en place un système efficace de suivi post-exécution du contrat, car les avantages de mesures comme l'interdiction de participer à de futurs appels d'offres bénéficieraient aux autres entités contractantes auxquelles l'entreprise ainsi sanctionnée est susceptible de soumettre une offre pour un marché. Cette interdiction doit donc être appliquée par une instance centrale exerçant une surveillance du secteur des marchés publics dans son ensemble. Selon M. Albano, il s'agit là d'un exemple supplémentaire du fait que les marchés publics revêtent une dimension de bien public.

2. Allotissement des marchés

La Note de réflexion indique que dans de nombreux pays l'allotissement des marchés publics est encouragée et que dans certains cas (par exemple en Allemagne), cette pratique est obligatoire. Elle est utilisée pour servir des objectifs divers et notamment pour promouvoir la concurrence lors des appels d'offres, stimuler la concurrence sur le marché et favoriser la participation des PME. Néanmoins, la conception de ces lots est généralement laissée à l'appréciation de l'entité contractante qui ne dispose que de lignes directrices limitées dans ce domaine.

Les intervenants sont convenus qu'il n'existe pas de recette générale pour procéder à l'allotissement approprié d'un marché compte tenu des spécificités de chaque projet et de la grande diversité des objectifs (parfois antagonistes) visés. Cela étant, ils soulignent un certain nombre de questions.

Il existe souvent une tension entre concurrence et efficacité lors de l'allotissement. Si la division en petits lots a pour but d'augmenter le nombre de participants et de favoriser l'entrée de petites et moyennes

entreprises (en plafonnant parfois le nombre de lots pour lesquels les soumissionnaires peuvent faire une offre ou en réservant des lots aux nouveaux entrants), il peut se produire des pertes d'efficacité du fait de l'absence de certaines économies d'échelle ou d'envergure entre les lots qui ont été attribués à différents fournisseurs. (La dissociation de lots complémentaires peut également confronter les soumissionnaires à un « risque d'exposition » ; le regroupement de lots est une solution à ce problème même s'il n'est pas simple à gérer pour les professionnels des marchés publics, comme le fait observer M. Albano dans le document d'accompagnement. Mme Rodrigues relève qu'un certain nombre de réponses à l'enquête font état de plaintes portant sur le fait que le regroupement de lots, lorsqu'il n'est pas nécessaire, crée un obstacle à l'entrée et émet l'avis qu'il ne faut y recourir que lorsque l'existence de complémentarités entre plusieurs lots le justifie.

La discussion porte également sur un autre sujet : le lien entre le nombre de lots et la possibilité de collusion. Il ressort de la Note de réflexion qu'il importe que le nombre de lots soit supérieur à celui des soumissionnaires pour intensifier la concurrence et réduire le risque de collusion. Cela étant, M. Albano est d'avis que les lots sont parfois trop fragmentés, de sorte que cela favorise un partage coordonné du marché entre les entreprises soumissionnaires qui sont membres d'une entente. Il estime qu'il est très difficile de mettre en balance, d'une part, l'objectif proconcurrentiel qui est d'accroître le nombre de participants aux appels d'offres (et de promouvoir l'entrée de PME) et d'autre part de limiter la collusion. Selon lui, l'un des manières de faire échec à la collusion lorsque l'on recourt à l'allotissement consiste à structurer les lots de telle sorte qu'ils ne recoupent pas la répartition des parts de marchés des soumissionnaires. Comme les entreprises formant une entente se répartissent généralement le marché en proportion du pouvoir de négociation détenu par chacune d'elles, les soumissionnaires auraient plus de mal, si l'on procède ainsi, à mettre en place un dispositif stable de partage de marché. Il prône également d'attribuer les lots simultanément et non les uns à la suite des autres pour que les entreprises membres d'une entente aient plus de mal à se répartir les lots entre elles.

M. Albano estime en outre qu'en raison du morcellement du secteur des marchés publics, les entreprises membres d'une entente peuvent plus facilement se livrer à un partage de marché et recourir à des systèmes de rotation. Il précise que l'Italie compte à elle seule 32 000 organismes adjudicateurs. M. Bertók souligne qu'il importe de regrouper les demandes par le biais d'une entité contractante et fait observer que les pays de l'OCDE ont de plus en plus tendance à procéder de cette manière.

3. L'Accord de l'OMC sur les marchés publics : un texte favorable à la concurrence

M. Anderson fait le point lors de l'audition sur l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) et souligne le rôle de ce texte comme étant un texte favorable à la concurrence. Pour commencer, il souligne que les marchés publics représentent en règle générale 15 % du PIB et appuient des fonctions essentielles exercées par les pouvoirs publics qui sont vitales pour servir des objectifs relatifs aux politiques sociales et de développement, comme le transport, la santé et l'éducation. Ils sont également de plus en plus importants en tant que composante des échanges internationaux. Toutefois, il est largement reconnu que les marchés publics se prêtent à la collusion entre les fournisseurs ainsi qu'à la corruption – des questions que M. Anderson juge être plus étroitement liées entre elles que cela n'est généralement admis.

Outre les moyens ayant fait leur preuve comme la mise en œuvre du droit de la concurrence et l'éducation des fournisseurs et des responsables des marchés publics, M. Anderson estime que la libération des échanges, les activités de promotion de la concurrence et une meilleure conception des marchés publics sont importants pour accroître le vivier des soumissionnaires se livrant concurrence. L'AMP est, explique-t-il, un accord plurilatéral liant actuellement 43 pays membres de l'OMC qui promet un accès mutuel aux marchés publics, un meilleur rapport qualité-prix au sein du système de passation de marchés publics de chaque pays membre et une bonne gouvernance (reposant notamment sur des principes de transparence, d'impartialité et d'absence de corruption).

Un AMP révisé est entré en vigueur en 2014 après avoir été renégocié entre 2002 et 2012. Les révisions apportées ont visé à mettre à jour l'Accord afin de tenir compte des outils de passation de marchés publics électroniques et de conférer une plus grande flexibilité comme un raccourcissement des délais de publication des avis de marché lorsque des moyens électroniques sont utilisés ou pour l'achat de biens vendus ou offerts à la vente sur le marché commercial. L'importance de l'AMP en matière de bonne gouvernance est plus expressément reconnue par les nouvelles dispositions qui imposent aux États qui y sont parties de mener à bien leurs procédures de passation de marchés publics de manière à éviter les conflits d'intérêts et à prévenir les pratiques de corruption.

M. Anderson précise que l'importance du secteur des marchés publics n'a cessé de croître dans le monde entier eu égard aux conséquences de la crise économique mondiale, aux besoins d'infrastructure des économies émergentes et à l'intérêt grandissant porté aux marchés publics et à la bonne gouvernance à l'appui du développement.

Pour terminer, il émet l'idée que dans la pratique, la corruption (généralement considérée comme un problème d'agence) et la collusion (considérée comme un problème de concurrence) sont souvent liées, par exemple lorsque des agents publics conçoivent des procédures de marchés publics perverties et communiquent indûment des informations pour favoriser certains soumissionnaires se livrant à la collusion. Si la transparence peut limiter la corruption, elle peut aussi favoriser la collusion. Selon M. Anderson, il importe donc d'adapter les mesures en faveur de la transparence à l'équilibre entre les diverses préoccupations propres à chaque pays, tout en veillant à renforcer la concurrence par des activités de promotion et la libération des échanges.