

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

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

**SYNTHÈSE DES DEUX AUDITIONS CONSACRÉES AUX ADJUDICATIONS ET APPELS D'OFFRES**

**15 décembre 2014 & 19 juin 2015**

*Cette synthèse par le Secrétariat de l'OCDE contient les principales conclusions de deux auditions sur les adjudications et les appels d'offres tenues lors des 58ème et 59ème réunions Groupe de travail N°2 sur la concurrence et la réglementation (les 15 décembre 2014 et 19 juin 2015).*

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur la page internet:  
[www.oecd.org/daf/competition/tenders-and-auctions.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/tenders-and-auctions.htm)*

Contactez Mme. Cristiana Vitale si vous avez des questions concernant ce document [E-mail:  
[cristiana.vitale@oecd.org](mailto:cristiana.vitale@oecd.org)].

**JT03399549**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

*Ce document et toute carte 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.*

## SYNTHÈSE

*Par le Secrétariat\**

Les points suivants sont ressortis des discussions qui ont eu lieu lors des deux auditions organisées respectivement par le Groupe de travail n° 2 en décembre 2014 et en juin 2015, des notes de réflexion, des contributions des délégués et des présentations orales et écrites sollicitées :

- (1) ***La concurrence est indispensable au bon fonctionnement du système d'attribution des marchés publics et les activités de promotion de la concurrence sont importantes pour concevoir et assurer le bon déroulement des procédures de passation des marchés publics et d'octroi de concessions.***

Les marchés publics et les concessions qui ont pour objet de procurer des infrastructures, des biens ou des services au public, ou pour son compte, représentent une part non négligeable du PIB et ont d'importants effets directs et indirects sur le bien-être social. La concurrence est indispensable au bon fonctionnement du système d'attribution de ces contrats. La discipline concurrentielle d'un appel d'offres peut contribuer à assurer que l'entité contractante parvient à obtenir le meilleur prix ou la valeur optimale pour l'argent public dépensé. Dans le cas des marchés publics qui sont régulièrement réattribués par voie d'appels d'offres, les pouvoirs publics peuvent être désireux de promouvoir la mise en concurrence lors des procédures ultérieures. La passation de marchés publics et la délivrance d'autorisations sont également un moyen d'action stratégique pour promouvoir la concurrence « sur le marché ». Enfin, les pouvoirs publics recourent de plus en plus aux procédures de passation des marchés publics pour atteindre d'autres objectifs stratégiques, comme la promotion des PME.

Ce secteur pâtit cependant de plusieurs maux que sont l'inefficience et la collusion entre soumissionnaires (ainsi que la corruption caractérisée). Les entités contractantes sont nombreuses à être en contact avec les soumissionnaires, fonctionnent avec des délais très serrés et n'ont pas toujours une expérience suffisante de l'économie de la concurrence. Le recours à des mécanismes concurrentiels au stade de l'attribution des marchés ne garantit pas, à lui seul, des retombées efficaces. La piètre qualité des informations et de la conception des contrats, la collusion entre soumissionnaires et le manque de contrôle et de répression peuvent empêcher la matérialisation des bienfaits de la concurrence.

Les économistes spécialistes de la concurrence ont donc un important rôle à jouer pour permettre aux activités d'attribution de marchés publics et de concessions d'atteindre leur but. Il y a inévitablement des arbitrages à trouver lors de la conception des mécanismes des appels d'offres et il est difficile de définir des règles strictes en raison de la diversité considérable des types de biens et services achetés par voie d'appels d'offres et des différences de structure des marchés

---

\* Ce résumé ne représente pas nécessairement le point de vue unanime du Comité de la concurrence. Il présente néanmoins les principaux points soulevés lors des débats de l'audition, dans les contributions écrites des délégués ainsi que dans la note de référence du Secrétariat.

sur lesquels les fournisseurs exercent leur activité. Néanmoins, étant donné la taille du secteur des marchés publics et son importance pour le bien-être social, d'important gains pourraient être réalisés en promouvant une meilleure connaissance des grands principes de concurrence.

- (2) ***S'il faut tenir compte des aspects non monétaires pour évaluer les offres, le recours à des adjudications avec notation peut permettre de déterminer la meilleure offre, à condition que l'ampleur et les pondérations attribuées à chacun des aspects non monétaires reflètent avec précision la disposition de l'autorité adjudicatrice à payer plus cher en contrepartie d'une meilleure qualité. Dans le cas de l'octroi de concessions, le souci d'assurer la qualité et de maintenir le niveau des investissements a souvent une grande importance pour les autorités adjudicatrices et pose des problèmes particuliers.***

Pour certains appels d'offres, le prix est le seul aspect auquel les pouvoirs publics attachent une importance. Cela étant, les aspects non monétaires (« la qualité ») sont souvent également pris en compte lors de l'attribution de concessions et de l'achat, par voie de marchés publics, de biens et services qui ne sont pas normalisés. Le cas échéant, les autorités adjudicatrices sont confrontées à la difficulté de concevoir des procédures d'adjudication et d'appels d'offres permettant de déterminer la meilleure offre, ce qui suppose généralement de trouver un compromis entre le prix et la qualité.

Pour surmonter ce problème, l'une des approches consiste à recourir à une adjudication avec notation, dans le cadre de laquelle les autorités décident de retenir l'offre qui présente la meilleure combinaison de plusieurs éléments pondérés, à savoir le prix d'une part et d'autre part les notes attribuées à une ou plusieurs composantes de l'offre. Ces mécanismes sont en théorie plébiscités, à condition que l'ampleur et le poids des aspects non monétaires reflètent avec précision la disposition de l'autorité adjudicatrice à payer plus cher en contrepartie d'une meilleure qualité. Dans la récente Directive de l'UE sur la passation des marchés publics<sup>1</sup>, l'« offre économiquement la plus avantageuse » peut être considérée comme celle présentant le « meilleur rapport qualité-prix », ce qui suppose qu'une règle de notation de ce type est appliquée. Au nombre des autres mécanismes, on peut citer les adjudications uniquement fondées sur le prix assorties de seuils minimum de qualité, mais ces procédures n'exploitent pas pleinement les possibilités d'arbitrage entre le prix et les critères non monétaires.

Les adjudications avec notation s'accompagnent d'une plus grande subjectivité que celles uniquement fondées sur le prix et la spécification des aspects qualitatifs et la pondération à attribuer à chacun d'eux découlent immanquablement d'une certaine latitude d'appréciation. Elles sont donc davantage exposées à un risque de favoritisme et de corruption que les adjudications uniquement fondées sur le prix. En outre, pour assurer la bonne exécution des contrats ainsi attribués, il faut contrôler que les résultats obtenus correspondent aux engagements qualitatifs qui ont été pris. Le recours à un régime de sanctions/de récompenses applicables en cas de mauvaise/bonne exécution tout au long de la durée du contrat, qui rendrait nécessaire l'exercice de contrôles adéquats est donc la toute première disposition contractuelle permettant de promouvoir la qualité.

Les mêmes préoccupations existent s'agissant des concessions, dans le cadre desquelles les investissements qui seront réalisés dans des actifs à long terme sont généralement un aspect essentiel de la préférence accordée par les pouvoirs publics. L'attribution de pondérations aux aspects qualitatifs et aux investissements, la définition d'objectifs de résultats, l'instauration de mécanismes d'incitation/de dissuasion et de contrôle peuvent contribuer à faire coïncider

---

<sup>1</sup> Directive 2014/24/UE.

les incitations du concessionnaire avec celles des pouvoirs publics. La durée de la concession est également à prendre en considération. Les concessions adjudgées pour une longue durée peuvent donner le temps au concessionnaire de recouvrer ses coûts et l'inciter davantage à investir mais cette formule peut aussi avoir des retombées moins favorables sur la concurrence. Sans sous-estimer l'effet sur la concurrence d'un renouvellement périodique des contrats par voie d'appel d'offres, le fait que les concessionnaires ne puissent être assurés de recouvrer leurs coûts peut avoir pour effet de moins les inciter à investir. Il existe des moyens d'action permettant de restaurer cette incitation, comme l'octroi à l'opérateur en place d'un avantage, sous une forme ou sous une autre, au moment du renouvellement du contrat, ce qui limite néanmoins, du moins dans une certaine mesure, la concurrence lors de la procédure d'appel d'offres. L'application de telles dispositions dans le but de récompenser la réalisation des objectifs de résultats prédéfinis peut contribuer à minimiser ces effets et à promouvoir davantage les incitations à investir.

- (3) *Si les négociations sont la norme dans le secteur privé, le besoin de transparence (notamment) crée un fort présupposé en faveur d'un recours aux appels d'offres plutôt qu'à la négociation directe avec des fournisseurs éventuels pour attribuer les marchés publics. Cela étant, dans le cas de projets techniquement complexes ou innovants, des consultations et des négociations aux stades de la définition des spécifications et de l'évaluation des offres peuvent permettre d'arrêter la solution la plus adaptée et la plus économique par rapport aux besoins de l'autorité adjudicatrice.*

L'exigence croissante en faveur de plus de transparence et de moins de subjectivité appliquées au secteur des marchés publics et des concessions a créé un fort présupposé en faveur d'un recours aux appels d'offres plutôt qu'à la négociation directe avec des fournisseurs éventuels. Cela étant, lorsque les aspects qualitatifs ne sont pas tous connus au stade du dépôt des offres ou lorsque le projet est innovant et s'accompagne d'une grande incertitude technique, les négociations directes peuvent être utiles pour favoriser les échanges d'informations et assurer que les pouvoirs publics définissent la meilleure spécification de leurs besoins et obtiennent le meilleur résultat.

Des études empiriques montrent que le secteur privé recourt bien plus aux négociations qu'aux mécanismes formels de mise en concurrence, comme les appels d'offres et les adjudications. L'un des experts qui est intervenu lors de l'audition a laissé entendre qu'une importance trop grande était parfois accordée aux mécanismes concurrentiels d'attribution des marchés et de contrats à prix fixe lorsqu'il s'agit d'investissements risqués dans les infrastructures. Cela tient sans doute au fait que les pouvoirs publics souhaitent donner aux contribuables l'impression qu'ils ont une bonne notion des coûts même si, dans la pratique, l'incertitude à cet égard étant inévitable, de nombreux contrats de ce type donnent lieu à des dépassements de coûts et finissent par être renégociés en faveur de l'adjudicataire.

La Directive de 2014 de l'Union européenne sur la passation de marchés publics étend les possibilités de consultation et de négociation précontractuelles entre les autorités adjudicatrices et les fournisseurs éventuels, au stade de la spécification comme de l'évaluation, par le biais de procédures concurrentielles avec négociation, du dialogue compétitif ou des partenariats d'innovation. Il s'agit en tout état de cause de procédures concurrentielles, garanties par des exigences de transparence et de non-discrimination.

- (4) *Les dispositions relatives aux offres anormalement basses dans les systèmes de marchés publics visent à repérer et à exclure 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. Cela étant, les raisons motivant le dépôt d'une offre à bas prix peuvent être très diverses et ne sont pas toujours négatives. La notion même d'offre anormalement basse est très*

*souvent définie au coup par coup et les méthodes variées qui permettent de différencier celles qui sont justifiées de celles qui ne le sont pas sont, elles aussi, largement appliquées au cas par cas, non sans problèmes. Le recours à ces méthodes fait courir le risque de rejeter des offres véritablement concurrentielles, en particulier si le soumissionnaire ne peut justifier son offre avant que la décision d'attribution du marché ne soit prise. Dans la mesure du possible, les entités contractantes devraient plutôt s'efforcer, pour commencer, d'éliminer les possibilités de soumettre des offres déraisonnables ou de déposer des offres abusivement basses à des fins stratégiques en communiquant des informations sur les coûts et des spécifications contractuelles précises et contraignantes (en particulier concernant les renégociations), et en étant en mesure de s'appuyer sur des sanctions crédibles si l'exécution du contrat ne répond pas aux engagements.*

La notion d'offre anormalement basse (qui apparaît sous une variété de dénominations différentes) existe dans le droit des marchés publics de la plupart des pays de l'OCDE comme le montrent les résultats d'une enquête menée par l'Organisation pour l'audit de juin 2015.

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 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. Dans les domaines des marchés publics dans lesquels des pratiques de collusion ont maintenu, dans le passé, les prix à un niveau élevé, l'offre véritablement concurrentielle d'un nouvel entrant peut également paraître « anormalement » basse.

En raison des conséquences très diverses que peuvent avoir les offres anormalement basses sur l'exécution d'un contrat, cette notion et les méthodes élaborées pour repérer cette pratique (qui peuvent être nombreuses et très variées, selon l'enquête de l'OCDE) soulèvent toutes un certain nombre de questions. Il est ressorti de la discussion et des présentations orales des experts qu'aucune méthode d'identification ne devrait aboutir à l'exclusion automatique de ces offres sans une enquête plus approfondie, car un tel dispositif pourrait entraîner le rejet de certaines soumissions véritablement concurrentielles.

Selon l'enquête de l'OCDE, les autorités recourent largement à des analyses reposant sur des données de référence préalablement spécifiées pour repérer les offres anormalement basses dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, même si celles-ci doivent nécessairement être réalisées au cas par cas. Ces analyses relèvent de deux grandes approches distinctes, qui peuvent aussi être combinées.

La première approche consiste à repérer les offres anormalement basses en se fondant sur l'écart d'une offre par rapport à une statistique ou une autre (comme une moyenne ou une médiane)

couvrant l'éventail des offres reçues. Elle fait appel à des méthodes fondées sur l'offre moyenne, ce qui aboutit à l'adjudication du marché au soumissionnaire dont le prix est le plus proche de cette moyenne (des variantes existent mais toutes reposent sur le même concept). Si peu d'études empiriques ont été menées pour évaluer son efficacité, cette méthode (inspirée de travaux techniques) a été remise en question dans des publications universitaires invoquant l'argument selon lequel elle contraint les soumissionnaires à formuler stratégiquement leurs offres au lieu de présenter tout simplement une offre en se fondant sur leur propre évaluation du marché, ce qui peut avoir des retombées inefficaces.

La deuxième approche, couramment utilisée dans les systèmes de passation de marchés publics des pays de l'OCDE, permet de repérer les éventuelles offres anormalement basses en se référant à l'estimation de coût de l'autorité adjudicatrice ou au budget alloué au contrat et non à la valeur des autres offres. Cette méthode pose elle aussi des problèmes puisque l'intérêt d'un mécanisme concurrentiel est de parvenir à un prix de marché en se fondant sur les informations communiquées par les soumissionnaires sur leurs propres coûts, qui sont généralement supérieurs à ceux de l'entité contractante.

Une autre approche dénuée des risques inhérents à celles mentionnées ci-dessus vise à éliminer « à la source » 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.

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 et la procédure d'appel d'offres ne pourrait plus, de ce fait, être un mécanisme efficace dans le cadre duquel les soumissionnaires sont chacun amenés à faire connaître leurs propres informations sur les coûts.

Il existe diverses mesures pour que les soumissionnaires soient moins incités à déposer des offres abusivement basses en limitant toute possibilité d'invoquer par la suite 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. Les procédures de renégociation doivent être précisément définies par avance, mais doivent ne porter que sur les cas de dépassement de coûts attribuables à des circonstances imprévisibles. 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 manquement de leur part, d'encourir une sanction. Cela étant, les autorités adjudicatrices rechignant en général à mettre en œuvre cette menace, sauf en tout dernier ressort, la crédibilité de celle-ci peut s'en trouver atténuée. Les menaces de sanction, comme l'interdiction faite à un adjudicataire n'ayant pas mené un projet à bonne fin de participer à de futurs appels d'offres, peut également dissuader les soumissionnaires de présenter une offre abusivement basse.

- (5) *La spécification de l'objet de l'appel d'offres et une conception adéquate du contrat sont essentiels pour attribuer à bon escient marchés publics et concessions. En outre, l'allotissement des marchés publics doit permettre de mettre en balance, d'une part, les objectifs de promotion de la concurrence et de l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché grâce aux gains susceptibles de découler des économies d'échelle et d'envergure et, d'autre part, la nécessité de décourager la pratique collusoire qu'est le partage de marché.*

L'allotissement d'un marché public est utilisé 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. Cette pratique est encouragée par la législation sur les marchés publics de nombreux pays et elle est obligatoire dans certaines juridictions. Néanmoins, la conception de ces lots est généralement laissée à l'appréciation des entités contractantes qui ne disposent que de lignes directrices limitées dans ce domaine. S'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 par les autorités adjudicatrices, la discussion a fait ressortir un certain nombre d'éléments de réflexion.

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. L'une des réponses à l'enquête de l'OCDE faisait état de plaintes des soumissionnaires portant sur le fait que le regroupement de lots, lorsqu'il n'est pas nécessaire, crée un obstacle à l'entrée. Cela semble indiquer qu'il ne faut y recourir que lorsque l'existence de complémentarités entre plusieurs lots le justifie, puis uniquement lorsque les gains d'efficacité découlant de cette pratique sont jugés plus importants que son impact sur la concurrence à court et moyen terme.

Le regroupement de lots peut aussi avoir une incidence sur les possibilités de collusion. S'il est généralement supposé qu'une séparation des marchés en lots plus petits accroît le nombre de participants aux appels d'offres et donc l'intensité de la concurrence, cette pratique peut également favoriser un partage coordonné du marché entre les entreprises soumissionnaires qui sont membres d'une entente. Pour limiter la collusion, il a été suggéré de structurer les lots de manière à ce que l'agencement arrêté ne recoupe pas la répartition des parts de marché respectivement détenues par les différents 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. Les entreprises membres d'une entente auraient en outre plus de mal à se répartir les lots entre elles si ceux-ci étaient attribués tous en même temps plutôt que les uns à la suite des autres.