

Lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics

Rapport sur l'implémentation
de la Recommandation de l'OCDE

2016

Lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics

**Rapport sur l'implémentation
de la Recommandation de l'OCDE**

2016



Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues des pays membres de l'OCDE ou de l'Union Européenne.

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.

Merci de citer cet ouvrage comme suit:

OCDE (2016), *Lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics: Rapport sur l'implémentation de la Recommandation de l'OCDE*.

Avant-propos

La Recommandation du Conseil sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics de 2012 recommande aux gouvernements de mettre en œuvre des procédures de passation des marchés qui visent à promouvoir la concurrence et à réduire les risques de soumissions concertées. Les soumissions concertées, c'est-à-dire les ententes entre fournisseurs pour éliminer la concurrence dans la procédure de passation des marchés, avec pour conséquences une augmentation des prix, une baisse de la qualité des biens et/ou une restriction de l'offre, sont un facteur de risques important pour l'efficacité et l'intégrité des marchés publics. En outre, elles privent le secteur public de véritables possibilités d'optimiser ses dépenses. C'est la raison pour laquelle la lutte contre les soumissions concertées est devenue, dans le monde entier, l'une des priorités des autorités de la concurrence. L'OCDE, par le biais de son Comité de la concurrence, a développé la Recommandation dans l'optique de consolider les bonnes pratiques de l'OCDE et de préconiser des mesures spécifiques destinées à rendre les procédures de passation des marchés compétitives et exemptes de toute collusion.

Le rapport montre que la Recommandation est largement utilisée et appliquée et qu'elle est toujours pertinente tant pour les autorités de la concurrence que pour celles en charge des marchés publics. Les expériences témoignent de la manière dont la Recommandation a, d'une part, joué un rôle clé en encourageant les autorités de la concurrence à lancer des programmes de sensibilisation aux risques de soumissions concertées, et d'autre part, en aidant les autorités responsables des marchés publics à détecter des cas de soumissions concertées. La Recommandation sert souvent de base aux initiatives et aux lignes directrices nationales en matière de lutte contre les soumissions concertées, encourageant les pays à rédiger des appels d'offres, afin de promouvoir une concurrence efficace et de mettre au point des outils pour détecter les soumissions concertées. La Recommandation a également fourni le cadre d'analyse nécessaire aux projets nationaux menés par le Secrétariat en collaboration avec les entités nationales des pays Membres et non-Membres de l'OCDE. Ces projets ont fourni l'occasion de tester l'impact de l'application de la Recommandation dans la pratique : des marchés plus compétitifs ont engendrés des économies très importantes. Le rapport conclut que la Recommandation a toujours lieu d'être et continue d'être une base solide pour une meilleure concurrence sur les marchés publics.

Table de matières

Avant-propos	3
1. Contexte	7
2. Mesures de prévention des soumissions concertées	13
2.1 Mesures de prévention de la convergence des soumissions concertées.....	13
2.2 La mise en œuvre de certaines recommandations ne se fera pas sans mal	19
3. Mesures de détection des soumissions concertées	21
3.1 Détecter les soumissions concertées grâce à l'analyse des données	21
3.2 Recours aux responsables des marchés publics pour détecter les soumissions concertées.....	23
4. Sensibilisation des responsables des marchés publics	27
4.1 Supports de sensibilisation et programmes de formation	27
4.2 Relations entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics	30
5. Futurs travaux	33
5.1 Mettre au point et ensuite valider les canaux de communication entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics	33
5.2 Renforcer les modes de coopération entre les autorités de la concurrence et les autorités anti-corruption	34
5.3 Développement de mécanismes pour mesurer et contrôler dans le temps l'impact sur la concurrence de la législation et des pratiques relatives aux marchés publics.....	36
6. Principales constatations	39
7. Futurs travaux	40
Annexe I. Recommandation du conseil de l'OCDE	41
Annexe II. Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics	47
II. A. Liste de vérification pour la conception de la procédure de passation des marchés dans l'optique de la réduction des risques de soumissions concertées.....	51
II.B. Liste de vérification pour la détection des soumissions concertées dans les marchés publics ..	59

Graphiques

Graphique 1. Fonctionnalités des systèmes de soumission électronique	14
Graphique 2. Principaux défis à l'utilisation des systèmes de soumission électronique d'après les soumissionnaires/ fournisseurs potentiels.....	14
Graphique 3. Mesure des résultats des politiques/stratégies en faveur des PME.....	16
Graphique 4. Reconnaissance de la fonction d'acheteur public comme une profession spécifique (2010)	25
Graphique 5. Facteurs qui ont motivé la mise sur pied de centrales d'achat.....	26

Encadrés

Encadré 1. Exigences fonctionnelles et soutien aux PME dans les marchés publics de l'Union européenne	17
Encadré 2. Consultation auprès de fournisseurs par la centrale d'achats chilienne, ChileCompra.....	20
Encadré 3. Système coréen d'analyse basé sur des indicateurs qui mesurent la probabilité d'une soumission concertée (BRIAS)	22
Encadré 4. Exemples de lignes directrices et de formation sur la prévention et la détection des soumissions concertées dans les marchés publics	28
Encadré 5. Campagnes de sensibilisation.....	30
Encadré 6. Exemples d'accords et d'actions communes entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics.....	31
Encadré 7. Initiatives conjointes de lutte contre la corruption et contre les soumissions concertées dans les marchés publics.....	35

1. Contexte

Le 17 juillet 2012, le Conseil a adopté la Recommandation du Conseil sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics (la « Recommandation ») [voir l'Annexe I], qui appelle les gouvernements à mettre en œuvre des procédures de passation des marchés qui visent promouvoir la concurrence et réduire les risques de soumissions concertées. Dans la Recommandation, le Conseil a demandé au Comité de la concurrence «...d'assurer un suivi de la mise en œuvre de la présente Recommandation et de faire rapport au Conseil au plus tard trois ans après son adoption et, s'il y a lieu, ultérieurement. » Le groupe de travail n°3 (GT3) du Comité de la concurrence sur la mise en œuvre et la coopération internationale a contribué à la préparation du rapport en initiant une discussion sur la mise en œuvre de la Recommandation lors de sa réunion du 16 décembre 2014¹. En 2015, le GT3 a lancé une brève enquête sur la mise en œuvre de la Recommandation ainsi que sur les défis et les priorités connexes, qui s'adressait à l'ensemble des Membres et Partenaires du Comité de la concurrence. Les réponses à l'enquête ainsi que les travaux précédents du Comité de la concurrence (présentés ci-dessous) ont contribué à l'élaboration du présent rapport qui a été examiné une première fois lors de la réunion du GT3 du 15 juin 2015². Le GT3 a approuvé le rapport par une procédure écrite le 9 octobre 2015. Le Comité de la concurrence a examiné et approuvé le rapport lors de sa 124^e réunion, qui s'est déroulée le 28 octobre 2015. Le Conseil de l'OCDE l'a approuvé le 23 février 2016.

On se trouve en présence de soumissions concertées lorsque des soumissionnaires s'entendent pour éliminer la concurrence dans la procédure de passation des marchés, avec pour conséquences une augmentation des prix, une baisse de la qualité des biens et/ou une restriction de l'offre. Depuis 1998, la lutte contre les soumissions concertées a été identifiée par le Conseil comme l'une des priorités en matière de concurrence, tel qu'indiqué dans la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (la « Recommandation de 1998 »). La Recommandation de 1998 définit une entente injustifiable, à laquelle les législations nationales en matière de concurrence doivent mettre fin, comme « un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, **procéder à des soumissions concertées (ou offres collusoires)**, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou scinder des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de secteurs d'activité » (gras ajouté pour insister sur l'importance). En se basant sur les pratiques mises en œuvre dans plus de 30 pays³, le Comité de la concurrence a élaboré en 2009 des Lignes directrices sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics (*les « Lignes directrices »* - voir l'Annexe II)

¹ OCDE (2014) Compte-rendu succinct de la 120^e réunion du groupe de travail n°3.

² OCDE (2015) Compte-rendu succinct de la 121^e réunion du groupe de travail n°3.

³ OCDE (2014), Détecter les soumissions concertées dans les marchés publics, www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf.

destinées à aider les Membres et les Partenaires à prévenir, détecter et sanctionner les soumissions concertées dans les marchés publics. Les Lignes directrices fournissent des conseils pratiques et des listes de vérification⁴ afin d'élaborer des procédures de passation des marchés de manière à réduire le risque de collusion entre les soumissionnaires, à détecter les pratiques collusoires quand elles ont lieu au cours de la procédure d'adjudication, et à élaborer des mesures pour maintenir les capacités des autorités responsables des marchés publics à lutter contre la collusion.

La Recommandation, qui se base sur les expériences nationales par rapport aux Lignes directrices ainsi que sur les outils mis en place par les pays pour identifier et combattre les soumissions concertées, a été élaborée dans l'optique de refléter et consolider les bonnes pratiques de l'OCDE. L'élaboration de la Recommandation s'est appuyée sur les discussions dans le cadre du Comité de la concurrence ainsi que sur les projets de l'OCDE relatifs à la concurrence et aux marchés publics mis en œuvre dans les pays. Elle recommande des mesures spécifiques destinées à rendre les procédures de passation des marchés compétitives et exemptes de toute collusion. Elle identifie ainsi quatre domaines d'action principaux pour les pays Membres et non Membres ayant adhéré à la Recommandation (désignés ci-après les « Adhérents ») :

1. Évaluer les législations et les pratiques en matière de marchés publics, ainsi que leur impact sur la probabilité de collusion entre soumissionnaires. Mais également, prendre des mesures destinées à prévenir les soumissions concertées dès l'entame des procédures d'adjudication, élaborer des cadres pour ces procédures et concevoir différents appels d'offres qui favorisent la concurrence et réduisent le risque de collusion.
2. Veiller à ce que les responsables des marchés publics aient connaissance des structures de marché, des schémas concernant les offres de prix ou les pratiques de soumissionnaires qui peuvent indiquer la présence d'une forme de collusion, afin que les activités suspectes puissent être détectées et analysées.
3. Encourager les responsables des marchés publics à suivre les Lignes directrices qui sont définies dans l'annexe de la Recommandation, dont elles forment partie intégrante.
4. Élaborer des outils de mesure pour suivre au fil du temps l'impact de la législation et la réglementation en matière de marchés publics sur la concurrence.

En parallèle de ses travaux consacrés à la lutte contre les soumissions concertées, l'OCDE a mis au point un programme ambitieux dans le domaine des marchés publics afin d'aider les pays à renforcer l'efficacité, promouvoir la croissance et réaliser les objectifs de l'action publique. Dans le cadre dudit programme, le Conseil a adopté le 18 février 2015 la Recommandation du Conseil sur les marchés publics, qui souligne l'importance de préserver le rôle stratégique des marchés publics, grâce à une planification, une conception et une exécution saines. Les marchés publics constituent l'une des activités les plus coûteuses pour les pouvoirs publics ainsi qu'un moyen de fournir aux citoyens des services publics et de réaliser des objectifs politiques, tels que la création d'emploi, le soutien aux petites et moyennes entreprises, la protection de l'environnement et l'innovation. Les marchés publics représentent environ 13 % du produit intérieur brut des pays Membres de l'OCDE et 29 % des dépenses publiques. En

⁴ Les Lignes directrices incluent deux listes de vérification : A. Liste de vérification pour la conception de la procédure de passation des marchés dans l'optique de la réduction des risques de soumissions concertées et B. Liste de vérification pour la détection des soumissions concertées dans les marchés publics (Voir Annexes II.A et II.B)..

moyenne, 63 % des dépenses publiques totales en matière de marchés publics se font au niveau infranational dans les pays Membres de l'OCDE⁵. Les soumissions concertées privent le secteur public de véritables possibilités d'optimiser ses dépenses et constitue de fait un risque majeur pour l'efficacité et l'intégrité des procédures de passation de marchés. La crise financière qui s'est déroulée ces dernières années a accru la prise de conscience de l'importance de la concurrence sur les marchés publics en vue d'optimiser les dépenses et de la nécessité de combattre les pratiques collusoires qui peuvent majorer les prix ou diminuer la qualité des achats publics.

C'est dans ce contexte que la lutte contre les soumissions concertées est devenue l'une des priorités des autorités de la concurrence du monde entier. Les cas de soumissions concertées représentent une part importante de la lutte contre les ententes dans de nombreux pays⁶. La Recommandation a permis d'aider les pays à prendre des mesures en leur fournissant de précieuses informations à cet effet. Ce constat est souvent clairement énoncé dans les documents et les lignes directrices des pays, ainsi que dans les publications sur les sites internet nationaux (généralement ceux des autorités de la concurrence et parfois ceux des autorités responsables des marchés publics). Le Comité de la concurrence et ses délégués ont joué un rôle fondamental dans la diffusion de la Recommandation au sein des pays Membres et non Membres de l'OCDE, ainsi que dans la consolidation des bonnes pratiques, grâce au partage de connaissances et à l'analyse comparative des approches et des réformes nationales abordées dans le cadre de réunions et de notes d'orientation.

Le présent rapport a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE sur la base de la réunion du GT3 du 16 décembre 2014, des présentations des délégués sur leurs expériences par rapport à la Recommandation et les réponses à l'enquête de 2015 sur la mise en œuvre de ladite Recommandation. Actuellement, tous les pays Membres de l'OCDE et la Roumanie (qui est un pays Associé du Comité de la concurrence⁷) sont des Adhérents à la Recommandation. Bien que la Roumanie soit le seul pays non Membre qui ait adhéré à la Recommandation, les discussions au sein du Comité de la concurrence ont démontré l'intérêt indubitable porté par d'autres pays non Membres à mettre en œuvre les lignes directrices prescrites par la Recommandation sans toutefois y adhérer formellement. Par conséquent, outre les pays Membres de l'OCDE et la Roumanie, l'enquête a été envoyée à tous les Participants du Comité de la concurrence. Le rapport comprend les réponses de 30 autorités, dont 20 autorités de la concurrence⁸ et 10 autorités

⁵ Les marchés publics aux niveaux régional et local représentent en moyenne 63 % des dépenses totales consacrées aux marchés publics dans les pays de l'OCDE. De manière générale, les États fédéraux présentent un haut niveau de dépenses publiques régionales consacrées aux marchés publics, comme le montrent le Canada (87 %) et la Belgique (84 %). Certains États unitaires présentent également de hauts niveaux de dépenses publiques régionales consacrées aux marchés publics. C'est le cas notamment de l'Italie (78 %), la Finlande (70 %) et le Japon (68 %). Voir OCDE (2015), *Panorama des administrations publiques 2015*, Éditions OCDE, Paris, www.oecd-ilibrary.org/governance/panorama-des-administrations-publiques_22214410.jsessionid=14p18s6nznll.x-oecd-live-03.

⁶ OCDE, Table ronde: Enquêtes d'office sur les ententes et l'utilisation de dispositif de filtrage pour détecter les ententes, www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf.

⁷ Conformément au Plan de participation du Comité de la concurrence, l'adhésion à la Recommandation est l'une des conditions requise pour devenir Associé du Comité.

⁸ Parmi les 20 autorités de la concurrence qui ont répondu, 15 sont des autorités Membres de l'OCDE (Australie, Autriche, États-Unis, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Mexique, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Suède et Suisse) et 5 sont des Participants au Comité de la concurrence (Colombie, Lettonie, Fédération de Russie, le Pérou et l'Ukraine).

responsables des marchés publics⁹, dans 21 pays Membres de l'OCDE¹⁰. Les 20 autorités de la concurrence incluent celles de la Colombie, la Lettonie, la Fédération de Russie, le Pérou et l'Ukraine, qui ont répondu en tant que Participants au Comité de la concurrence.

Par ailleurs, les discussions du Comité de la concurrence, les tables rondes, les forums et les notes d'orientation en lien avec les soumissions concertées ont permis de mieux comprendre les difficultés qui menacent la mise en œuvre de la Recommandation ainsi que les différents domaines d'action, et ont fourni de précieux exemples pratiques d'approches pour lutter contre la collusion. Le présent rapport bénéficie également des éclairages de l'OCDE dans le domaine de la lutte contre les soumissions concertées, qui sont issus de projets nationaux menés par le Secrétariat en collaboration avec les entités nationales. Ces projets évaluent les réglementations et les pratiques nationales en matière de marchés publics, et fournissent des recommandations sur la manière dont celles-ci peuvent être améliorées en vue de réduire les soumissions concertées, conformément à la Recommandation et aux bonnes pratiques de l'OCDE. Entre 2011 et 2015, quatre projets de ce type ont été menés au Mexique et un en Colombie. Tous étaient centrés sur des entités spécifiques en charge des marchés publics¹¹. Dans ces projets, les recommandations concernant les réformes politiques ont été complétées par des formations ciblées sur la prévention et la détection de la collusion destinées aux responsables des marchés publics, afin de leur permettre de développer leur expertise et leurs compétences ; des connaissances qu'ils conserveront après la fin des projets. En plus de fournir des conseils et des formations, ces projets ont permis de sensibiliser davantage les décideurs politiques et les responsables des marchés publics aux coûts et aux risques des pratiques collusoires. En parallèle de ses projets de lutte contre les soumissions concertées, l'OCDE a mené des évaluations par des pairs sur les marchés publics dans les pays participants au projet (en Colombie et au Mexique¹²) mais également dans d'autres pays comme aux États-Unis, en Grèce et en

⁹ Les délégués du Groupe de Travail des Experts des marchés publics du Comité de la gouvernance publique des pays suivants: Australie, Belgique, République tchèque, Estonie, Grèce, Hongrie, Mexique, Norvège, Pologne et la Turquie.

¹⁰ La totalité des Membres de l'OCDE qui ont répondu (autorités de la concurrence et autorités des marchés publics) sont : qui ont répondu Australie, Autriche, Belgique, Corée, Estonie, États-Unis, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Mexique, Norvège, Pologne, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Turquie.

¹¹ OCDE (2011), Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Mexico, A Secretariat Report on IMSS' Procurement Regulations and Practices, www.oecd.org/daf/competition/abuse/49390114.pdf; OCDE (2012), Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Mexico, A Secretariat Analytical Report on Procurement Legislation, Regulations and Practices in the State of Mexico, www.oecd.org/daf/competition/GEM_Report_2012_English.pdf; Comité de la concurrence de l'OCDE (2013), Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Mexico, A Secretariat Analytical Report on Legislation, Regulations and Practices Relating to Procurement Undertaken by ISSSTE, www.oecd.org/daf/competition/MexicoISSSTEBidRiggingENG.pdf; Comité de la concurrence de l'OCDE (2014), Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia, A Secretariat Report on Colombian Procurement Laws and Practices, www.oecd.org/daf/competition/Booklet_SIC%20Procurement%20Report_16X23_REV_web.pdf; OCDE (2015), Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Mexico, A Secretariat Analytical Report on Compliance with OECD Standards of Procurement Legislation, Regulations and Practices in CFE, www.oecd.org/daf/competition/fighting-bid-rigging-mexico-cfe-report-2015.htm. Pour plus d'informations sur les travaux de l'OCDE relatifs aux soumissions concertées, voir www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm.

¹² OCDE (2013) Public Procurement Review of the Mexican Institute of Social Security, Enhancing Efficiency and Integrity for Better Health Care, DOI:10.1787/9789264197480-en; OCDE (2013) Public

Corée¹³. Les résultats et les recommandations ont été partagés entre les équipes du Secrétariat de l'OCDE chargées de la concurrence et des marchés publics, afin de garantir l'exhaustivité des conclusions et la cohérence des recommandations.

La collecte et l'évaluation des informations et des données qui ont nourri le présent rapport sont le résultat d'une coopération particulièrement étroite entre le Comité de la concurrence et le groupe de travail des experts en matière de marchés publics (EMP). L'enquête de 2015 sur la mise en œuvre de la Recommandation a été partagée avec les EMP. À la suite de l'enquête, 10 délégués responsables des marchés publics ont fait rapport sur le niveau de diffusion nationale de la Recommandation, ont commenté leur connaissance des domaines qu'elle recouvre, ont donné des exemples des défis auxquels ils ont été confrontés ainsi que des pratiques très efficaces de lutte contre la collusion et d'autres qui se sont avérées moins efficaces, et ont indiqué des domaines que le Comité de la concurrence pourrait aborder à l'avenir. Afin de garantir l'harmonisation entre les Recommandations de l'OCDE sur la concurrence et les marchés publics, le Comité de la concurrence a formulé des observations substantielles au cours de l'élaboration de la Recommandation du Conseil sur les marchés publics, en renforçant les aspects relatifs à la concurrence de ladite recommandation.

Le présent rapport aborde les mesures prises par les pays Membres et Partenaires dans les domaines couverts par la Recommandation et identifie les défis et les bonnes pratiques. Il est structuré comme suit : les mesures de prévention des soumissions concertées (section 2), les mesures de détection des soumissions concertées (section 3), les mesures de sensibilisation destinées aux responsables des marchés publics (section 4). La section 5 aborde les questions que le Comité de la concurrence et ses groupes de travail sont susceptibles d'inclure dans leurs futurs travaux.

Procurement Review of the State's Employees' Social Security and Social Services Institute in Mexico, DOI:10.1787/9789264197305-en; OCDE (2013) Annex B: Public Procurement in Colombia, in Colombia: Implementing Good Governance, DOI:10.1787/9789264202177-en.

¹³ OCDE (2011), United States Federal Public Procurement: Technical Assessment For Peer Review, GOV/PGC/ETH(2011)1 ; OCDE (2011), United States Federal Public Procurement: Overview of Key Issues for Peer Review, GOV/PGC/ETH(2011)2 ; OCDE (2015), Becoming a Central Purchasing Body: Communication and Change management Strategies for an Effective Implementation. The Case of the Greek Secretariat General of Commerce (SGC) At the Ministry of Economic Development, GOV/PGC/ETH(2015)6 ; OCDE (2015), Practical Guide for the Implementation of Framework Agreements for Goods and Services in Greece, GOV/PGC/ETH(2015)7 ; OCDE (2015), Public Procurement Review of the Public Procurement Service, Korea, GOV/PGC/ETH(2015)2 ; OCDE (2015), Public Procurement Review of the Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), GOV/PGC/ETH(2015)3. Pour plus d'informations sur les travaux de l'OCDE relatifs aux marchés publics et aux évaluations par des pairs, voir www.oecd.org/gov/ethics/public-procurement.htm.

2. Mesures de prévention des soumissions concertées

Afin d'accroître la concurrence et de lutter contre la collusion dans les procédures de passation de marchés, la Recommandation encourage dans un premier temps les Adhérents à « *faire leur possible pour concevoir des procédures d'adjudication de marchés publics applicables à tous les niveaux de l'administration de telle sorte que ces procédures favorisent une concurrence plus efficace et réduisent le risque de soumissions concertées, tout en veillant à obtenir le meilleur rapport qualité/prix.* » Diverses mesures spécifiques sont recommandées, notamment en ce qui concerne la compréhension du marché concerné et des fournisseurs potentiels, les exigences en matière de participation transparente et proconcurrentielle des soumissionnaires, les spécifications de l'appel d'offres, les critères d'adjudication, le soutien à la participation des petits fournisseurs (si possible, extérieurs), l'utilisation de systèmes de soumission électronique, les sanctions contre les pratiques anticoncurrentielles, ainsi que la sensibilisation des soumissionnaires à l'existence et la gravité desdites sanctions.

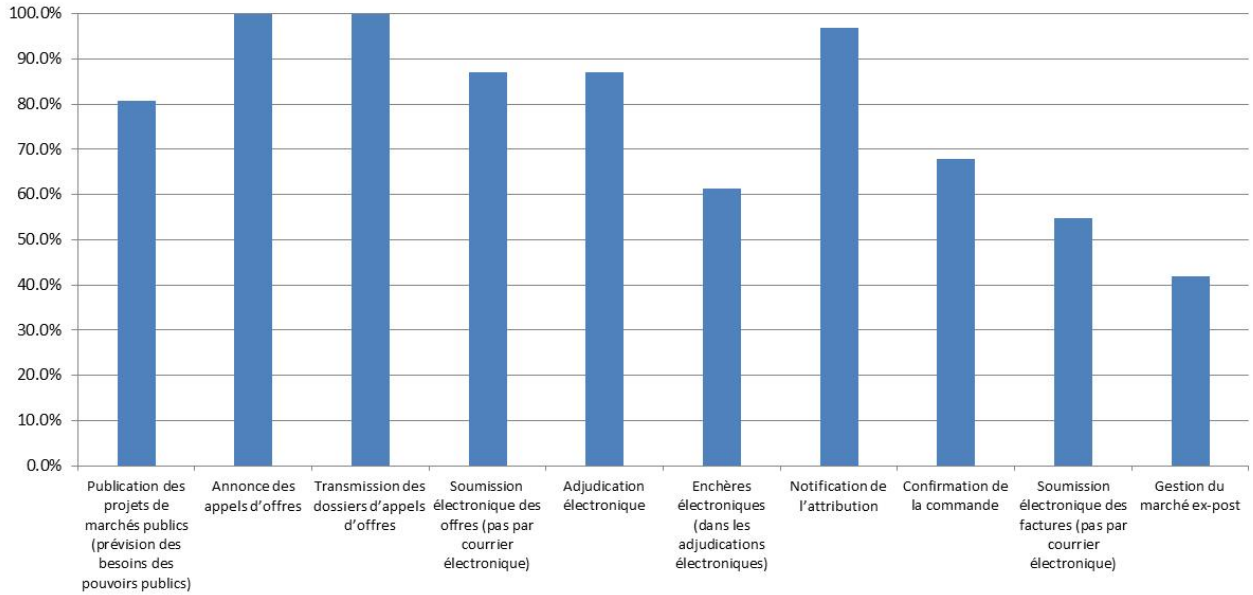
2.1. Mesures de prévention de la convergence des soumissions concertées

Les réponses à l'enquête indiquent que la plupart des répondants mettent en œuvre d'une manière ou d'une autre les mesures spécifiques de prévention des soumissions concertées qui ont été avancées par la Recommandation, notamment en ce qui concerne la conception d'offres proconcurrentielles. La convergence de nombre de ces mesures a été facilitée du fait que celles-ci sont souvent également obligatoires en vertu des réglementations nationales, européennes ou internationales relatives aux marchés publics.

En ce qui concerne, en particulier, la recommandation portant sur l'utilisation de systèmes de soumission électronique¹⁴, les données montrent que celle-ci est de plus en plus utilisée par les pays Membres de l'OCDE. Ce constat est illustré par le graphique 1 représenté ci-dessous. Le graphique 2 illustre toutefois les principales difficultés rencontrées par les soumissionnaires potentiels qui utilisent des systèmes de soumission électroniques.

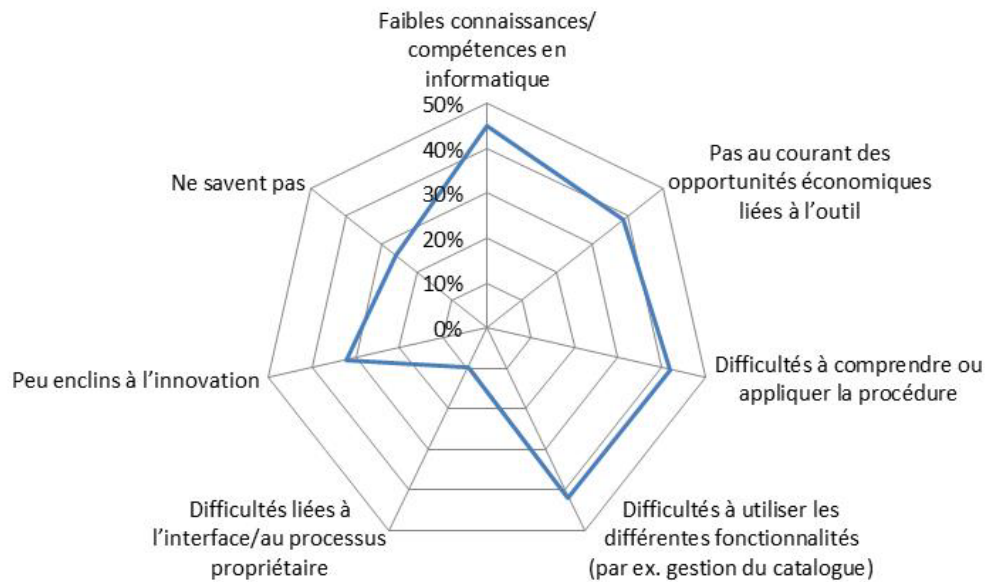
¹⁴ Le paragraphe 5 du point I de la Recommandation stipule que les «...responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration devraient (...) [i]ntensifier les efforts déployés pour lutter contre la collusion et renforcer la concurrence dans le cadre des procédures d'adjudication publique en encourageant les organismes chargés des marchés publics à utiliser des systèmes de soumission électronique qui pourront être accessibles à un plus grand nombre de soumissionnaires et être moins onéreux... »

Graphique 1. Fonctionnalités des systèmes de soumission électronique



Source : Enquête de l'OCDE de 2014 sur les marchés publics, basée sur les réponses de 31 pays Membres. L'Islande, Israël et la République tchèque n'ont pas répondu à l'enquête.

Graphique 2. Principaux défis à l'utilisation des systèmes de soumission électronique d'après les soumissionnaires/ fournisseurs potentiels



Source : Enquête de l'OCDE de 2014 sur les marchés publics, basée sur les réponses de 31 pays Membres. L'Islande, Israël et la République tchèque n'ont pas répondu à l'enquête.

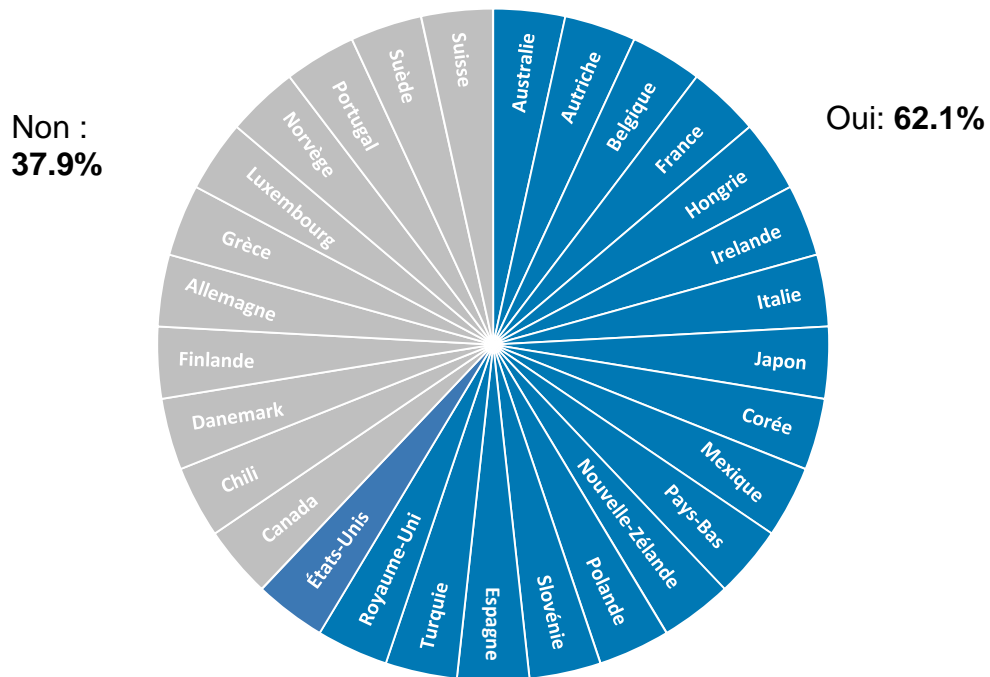
La Recommandation encourage également les pays à utiliser des exigences fonctionnelles qui spécifient les objectifs des acheteurs publics en termes de résultats plutôt que l'utilisation de produits ou de méthodes spécifiques pour réaliser ces objectifs¹⁵. Les exigences fonctionnelles encouragent la flexibilité et l'innovation mais également la capacité à tirer parti des évolutions extrêmement rapides du marché et des technologies de façon à optimiser les dépenses. Des spécifications techniques spécifiques (mais non basées sur les performances) peuvent encore être requises dans certaines procédures d'adjudication des marchés en vue de la comparabilité des offres, par exemple dans le cas de biens et de services normalisés.

La recommandation concernant l'ouverture des marchés publics aux petits fournisseurs¹⁶ est également suivie dans de nombreux pays Membres, grâce à des politiques d'ajustement des procédures de passation de marchés visant à permettre aux petites et moyennes entreprises (PME) de soumissionner. La plupart des pays Membres mesurent les résultats de leurs politiques et stratégies destinées à soutenir les PME (voir le graphique 3).

¹⁵ Le paragraphe 2 du point I de la Recommandation prévoit que « ... les responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration devraient (...) [p]romouvoir la concurrence en obtenant la participation du plus grand nombre possible de soumissionnaires potentiels : (...) (ii) en rédigeant, dans la mesure du possible, des spécifications et un cahier des charges dans l'optique des performances fonctionnelles, c'est-à-dire dans l'optique de l'objectif à atteindre et non de la manière de l'atteindre, afin d'inciter le plus grand nombre possible de soumissionnaires, y compris les fournisseurs de produits de remplacement, à participer aux procédures d'adjudication publique. »

¹⁶ Le paragraphe 2 du point I de la Recommandation stipule que « ... les responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration devraient (...) [p]romouvoir la concurrence en obtenant la participation du plus grand nombre possible de soumissionnaires potentiels : (...) (i) en définissant des conditions de participation transparentes, non-discriminatoires et qui ne limitent pas indument la concurrence (...) et iv) lorsque cela est possible, en permettant aux petites et moyennes entreprises de participer même si elles ne peuvent soumissionner pour l'intégralité du marché. » En outre, le paragraphe 5 du point I prévoit qu'il convient de choisir les « critères qualitatifs de sélection et d'adjudication de façon à ne pas inutilement dissuader les soumissionnaires crédibles, notamment les petites et moyennes entreprises, de participer aux adjudications publiques. »

Graphique 3. Mesure des résultats des politiques/stratégies en faveur des PME



Source : OCDE (2015), Panorama des administrations publiques 2015 (uniquement en anglais) Éditions de l'OCDE, Paris, www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2015_gov_glance-2015-en.

Dans les domaines susmentionnés, les directives de l'Union européenne relatives aux marchés publics représentent un facteur essentiel de la convergence des législations et des pratiques. La directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics rend obligatoire la soumission électronique des offres et recommande clairement d'utiliser des exigences fonctionnelles et d'encourager la participation des PME aux adjudications publiques (voir l'encadré 1).

Encadré 1. Exigences fonctionnelles et soutien aux PME dans les marchés publics de l'Union européenne

La directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, adoptée le 26 février 2014 (à transposer dans le droit national avant le 18 avril 2016)), établit les principes et les procédures qui doivent être respectés par les fournisseurs et les autorités publiques des États membres de l'Union européenne dans le cadre de la passation de marchés pour des travaux, biens ou services. La directive fait partie d'un paquet législatif plus large en matière de marchés publics et de concessions qui vise à améliorer l'efficacité des procédures de passation et le rapport qualité/prix, simplifier les règles à respecter et les rendre plus souples, diminuer la charge administrative qui pèse sur les autorités publiques et les entreprises soumissionnaires et stimuler une concurrence accrue dans l'ensemble du marché unique. La mise au point du dispositif législatif de l'Union européenne en matière de marchés publics s'est inspirée de la Recommandation et la directive fait souvent référence à la nécessité de garantir la concurrence et d'éviter les mesures qui faussent le marché.

La directive recommande que les spécifications techniques, qui expriment autant que faire se peut des exigences fonctionnelles et liées à la performance, doivent être utilisées afin de favoriser l'innovation. Ces exigences doivent être suffisamment précises afin de permettre aux fournisseurs de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs de comparer les offres et d'attribuer le marché. De la même manière, afin de promouvoir l'esprit de créativité des fournisseurs, la directive stipule que les autorités publiques doivent autant que possible encourager les variantes en matière d'offre, en précisant néanmoins dans les documents officiels portant sur un marché public les exigences minimales que les offres doivent respecter.

En 2012, la Commission européenne a conduit une consultation publique « Top 10 » afin de déterminer « *le top 10 des législations les plus contraignantes pour les petites et moyennes entreprises* ». Parmi les 20 actes législatifs les plus contraignants, les procédures de passation des marchés publics (marchés publics de travaux, de fournitures et de services) arrivaient en sixième position. Dans la mesure où il y a plus de 20 millions de PME dans l'Union européenne, qu'elles représentent 99 % du nombre des entreprises et qu'elles sont le moteur de la croissance économique, de l'innovation, de la création d'emplois et de l'intégration sociale, la Commission européenne a pris diverses mesures pour garantir que les politiques et les programmes favorisent leur viabilité en allégeant les charges administratives qui pèsent sur les entreprises et en adaptant les réglementations à leurs besoins. C'est dans ce cadre que la directive cherche à faciliter la participation des PME aux procédures de passation de marchés en ayant recours à un seul document européen qui repose sur des déclarations sur l'honneur concernant la situation personnelle du soumissionnaire et son statut juridique.

La directive encourage également les autorités responsables des marchés publics à découper les marchés en plus petits lots ou plus spécialisés afin de permettre la participation de plus petites entreprises. Ce découpage peut se faire sur une base quantitative en faisant mieux correspondre la taille des différents marchés à la capacité des PME ou encore sur une base qualitative en fonction des différentes branches d'activité et de spécialisations concernées. Lorsqu'un marché peut être divisé en lots mais que le pouvoir adjudicateur décide de ne pas le faire, il doit justifier sa décision. En dernier lieu, la directive traite des exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur, qui fréquemment empêchent les PME de participer aux marchés publics. Elle stipule que les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas être autorisés à exiger que les soumissionnaires aient un chiffre d'affaires minimum qui serait disproportionné par rapport à l'objet du marché ; le chiffre d'affaires exigé ne devrait pas être supérieur au double de la valeur estimée du marché.

Sources: Directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE/, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR>; Commission européenne (2013), Résultats de la consultation publique sur le TOP 10 des législations les plus contraignantes pour les PME, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/smes/top10report-final_en.pdf

En cas de collusions concertées, ce sont les ententes injustifiables qui font l'objet de sanctions, qui peuvent prendre la forme d'amendes et de peines d'emprisonnement dans certains pays. Comme stipulé dans la Recommandation, les autorités publiques communiquent aux soumissionnaires la nature de ces sanctions à l'avance, de manière à les dissuader de se prêter à des pratiques illégales. Au Japon, par exemple, les entreprises soumissionnaires doivent signer une déclaration sur l'honneur selon laquelle ils s'engagent à payer un pourcentage de la valeur du marché sous la forme de dommages-intérêts s'ils se sont rendus responsables de soumissions concertées. De la même manière en Corée, le montant des dommages-intérêts est déterminé à l'avance et constitue une clause dans les marchés publics. Les

soumissionnaires sont donc conscients des sommes importantes qu'ils devront payer s'ils se concertent entre eux. Pratiquement toutes les entreprises publiques coréennes suivent ce système, dont le but est de prévenir mais aussi de punir la collusion. La Commission nationale en Espagne des marchés et de la concurrence a publié des rapports sur les propositions de loi qui transposent les directives européennes de 2014 sur la passation des marchés publics¹⁷. La Commission nationale recommande que les dossiers d'appel d'offres comprennent une brève définition des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre des marchés publics ainsi qu'une référence à la législation en la matière et aux sanctions possibles en cas de non-respect de ladite législation. En Australie, le recours à des clauses anti-collusion dans les dossiers d'appels d'offre qui mentionnent l'existence de sanctions en cas d'infraction aux règles de la concurrence a poussé un soumissionnaire à introduire une demande d'immunité.

Les pays Membres et Partenaires du Comité de la concurrence ont également renforcé les mesures pour punir les comportements anti-concurrentiels. Le nombre de cas où la hauteur des sanctions est relevée et où la collusion dans les procédures de passation de marché est punie sont en augmentation¹⁸. Par exemple, l'amendement de 2012 à loi irlandaise sur la concurrence a relevé de cinq à dix ans la peine de prison qui peut être administrée à un individu pour participation à une entente injustifiable, notamment des faits de collusion. L'amendement de 2012 prévoit également qu'une personne condamnée devra payer à l'autorité de la concurrence les frais d'enquête et de poursuite judiciaire. La Commission coréenne du commerce équitable (KFTC) a renforcé ses pouvoirs d'enquête et de sanction, et en mars 2015, elle a administré à une douzaine d'entreprises, parmi lesquelles figurent certaines des plus grandes entreprises de construction nationale, des amendes pour un montant de 21 millions USD pour des faits de collusion dans le cadre du projet de digue Saemangeum (la plus longue digue artificielle au monde)¹⁹. L'autorité colombienne de la concurrence (Superintendencia de Industria y Comercio -SIC) a renforcé ses contrôles depuis 2010 et elle traite aujourd'hui environ quinze cas sur base annuelle, contre seulement trois les années précédentes. En Pologne, le président de l'Agence pour la concurrence et la protection des consommateurs peut administrer des amendes qui peuvent s'élever jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel du fournisseur qui s'est rendu responsable de faits de soumission concertée. Aux États-Unis, l'article 9.407-2(a)(2) du règlement sur les marchés fédéraux (Federal Acquisition Regulation) autorise un organisme acheteur à suspendre toute entreprise contractante qui se serait rendue responsable d'une infraction aux « *statuts antitrust fédéraux ou des États américains qui concernent la soumission d'offres* » et stipule qu'une inculpation pour une infraction à la législation antitrust « *constitue une preuve suffisante à même d'étayer la suspension* »²⁰. La plupart des pays Membres et Partenaires du Comité de la concurrence ont des programmes de clémence qui offrent l'immunité ou réduisent la hauteur des sanctions à destination des fournisseurs qui révèlent des pratiques de soumission concertée et participent aux enquêtes en rapport avec les faits délictueux²¹. La loi canadienne sur la

¹⁷ Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur les marchés publics et directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, toutes deux à transposer avant le 18 avril 2016.

¹⁸ Albert Sánchez Graells, Passation de marchés publics: Aperçu de la jurisprudence nationale et de l'UE, 29 mai 2014, Bulletin e- Competitions en matière de passation des marchés publics, Art. N° 40647, at www.concurrences.com/Bulletin/Special%20Issues/Public-procurement/Public-procurement-An-overview-of?lang=fr, visitée le 3 mai 2015.

¹⁹ Voir <http://globalcompetitionreview.com/news/article/38102/kftc-punishes-bid-rigging>.

²⁰ Voir www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2004-title48-vol1/pdf/CFR-2004-title48-vol1-sec9-407-2.pdf.

²¹ Article 57 (4) (d) de la directive sur les marchés publics 2014/24/UE du 26 février 2014 stipule que les pouvoirs adjudicateurs de l'Union européenne peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure des opérateurs économiques de la participation à une procédure de passation de marché pour lesquels le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure qu'ils ont

concurrence a été amendée pour augmenter la responsabilité liée aux infractions sur les ententes en mars 2009. La peine maximale pour la fixation de prix a été portée d'une peine d'emprisonnement de maximum cinq ans à une peine maximale de quatorze ans, et les amendes ont, elles, été portées de maximum C\$10 million à maximum C\$25 million. Dans le même registre, la peine maximale pour des faits de soumission concertée a été portée de cinq ans maximum à quatorze ans maximum.

2.2 La mise en œuvre de certaines recommandations ne se fera pas sans mal

Les répondants à l'enquête de 2015 sur la mise en œuvre de la Recommandation ont signalé qu'ils rencontrent certains problèmes lorsqu'ils cherchent à concilier les échanges avec les fournisseurs avant un appel d'offres et le nombre limité de possibilités pour les soumissionnaires de se rencontrer. À cet égard, la Recommandation conseille aux responsables des marchés publics de « *connaître, avec le concours des autorités de tutelle des différents secteurs d'activité, les caractéristiques générales du marché concerné, la gamme de produits/services proposés sur ce marché et qui seraient susceptibles de satisfaire aux exigences de l'acheteur, ainsi que les fournisseurs potentiels de ces produits et/ou services* ». Les lignes directrices de la Recommandation, qui recommande la mise en place d'étapes concrètes afin de maximiser la concurrence dans les appels d'offres dans la Liste de vérification pour la conception de la procédure de passation des marchés dans l'optique de la réduction des risques de soumissions concertées, conseille également aux autorités responsables des marchés publics dans l'étape 1 de cette liste de « *s'informer avant de concevoir la procédure de passation des marchés* » via, entre autre, la collecte d'informations sur le marché en question, les fournisseurs et les anciens appels d'offres. Ce conseil est à mettre en parallèle avec la Recommandation du Conseil sur les marchés publics qui stipule que les pays doivent « *engager un dialogue transparent et régulier avec les fournisseurs et les associations professionnelles afin de présenter les objectifs de la passation de marchés publics et de s'assurer que les marchés et les attentes qu'ils suscitent sont bien compris. Une bonne communication devrait être mise en œuvre afin de permettre aux fournisseurs potentiels de mieux comprendre les besoins du pays et d'offrir aux acheteurs publics l'information dont ils ont besoin pour établir des cahiers des charges plus réalistes et plus efficaces grâce à une meilleure compréhension des capacités du marché. Ces interactions devraient être encadrées par des mesures visant à garantir son équité, sa transparence et son intégrité, qui varieraient selon qu'une procédure de passation de marché public serait ou non en cours* ».

Avoir des contacts préalables avec les fournisseurs potentiels permet de bien comprendre les enjeux liés à un marché public avant le début de la procédure d'adjudication et peut être un facteur crucial pour la réussite de celle-ci. De nombreux pays Membres de l'OCDE organisent des réunions portant sur les projets de marchés futurs entre les autorités responsables des marchés publics et les fournisseurs afin de récolter des informations de manière à rédiger l'appel d'offres en correspondance avec le marché à attribuer, d'une part, et signaler aux entreprises soumissionnaires leurs projets de marchés publics suffisamment à l'avance pour qu'elles puissent préparer leur offre, identifier des partenaires potentiels et mettre au point des solutions innovantes, d'autre part. Certaines répondants à l'enquête ont indiqué que les responsables des marchés publics ne sont cependant pas sûrs des modalités de ces échanges qui interviennent avant l'appel d'offres et de la nature des informations à partager dans la mesure où des consultations physiques avec les opérateurs peuvent avoir un effet inverse : des réunions entre concurrents et le partage d'informations sur les projets de marchés publics peuvent de fait faciliter des formes de

conclu des accords en vue de fausser la concurrence. Les entreprises qui ont introduit une demande de clémence risquent donc d'être exclus des adjudications de marchés publics. La directive doit être mise en œuvre par les États membres avant le 18 avril 2016. La manière dont l'article 57 (4) (d) sera mis en œuvre et son impact sur les programmes de clémence devront être examinés.

collusion. L'autorité suédoise de la concurrence a mis sur pied un groupe de travail qui examine les questions liées aux échanges avant la publication de l'appel d'offres et qui sera chargé de rédiger des directives à l'intention des autorités responsables des marchés publics sur la base de leurs travaux.

Les recommandations soumises par l'OCDE dans le cadre des projets au Mexique et en Colombie de lutte contre les soumissions concertées²² encouragent les organismes en charge des marchés publics à organiser des études de marché répondant à des exigences précises, à échanger entre eux les informations récoltées et à veiller à ce que ces informations soient complètes et proviennent de plusieurs sources. Parallèlement, comme indiqué dans la Recommandation²³, la communication directe entre les fournisseurs doit être limitée autant que possible afin de réduire les risques de collusion. Qui plus est, le Secrétariat de l'OCDE a émis des recommandations spécifiques qui veillent à ce que les échanges d'information avec les soumissionnaires se fassent par voie électronique uniquement et qu'aucune réunion de clarification ne soit organisée pendant la procédure d'adjudication tandis que les visites sur site au cours desquelles les opérateurs pourraient se rencontrer soient limitées au strict minimum. Afin d'éviter les risques de collusion lors d'une étude de marché, la centrale d'achats chilienne (ChileCompra) organise en ligne le processus de consultation avec les fournisseurs (encadré 2) avant même de lancer la procédure de contrat-cadre pour la fourniture de biens et services. En Espagne, la Commission nationale des marchés et de la concurrence (CNMC) a publié des rapports portant sur des aspects liés à la concurrence dans les dossiers d'appel d'offres dans le cadre d'achats centralisés avant le début de la passation du marché public, avec dans l'idée de promouvoir la concurrence *ex ante*. Le Comité de la concurrence pourra examiner à l'avenir d'autres bonnes pratiques.

Encadré 2. Consultation auprès de fournisseurs par la centrale d'achats chilienne, ChileCompra

Avant la publication d'un appel d'offres, ChileCompra conduit une consultation ouverte auprès des fournisseurs, consultation qui est publiée sur le site www.mercadopublico.cl. Cette consultation vise à obtenir des informations sur les prix, les caractéristiques des biens ou services requis, le temps nécessaire aux soumissionnaires pour rédiger leur offre, et toute autre information qui peut contribuer au succès de la procédure d'appel d'offres.

En outre, ChileCompra dispose d'un forum en ligne qui propose des questions et réponses concernant chaque appel d'offres avant l'expiration des délais de soumission des offres. Le forum s'avère particulièrement pratique pour les fournisseurs qui sont loin de la capitale là où sont situés les bureaux de ChileCompra et qui doivent pouvoir accéder à distance aux questions et réponses. Le forum garantit la transparence et facilite un traitement équitable et une concurrence loyale.

Source : cet encadré se base sur des présentations faites lors de l'atelier de l'OCDE sur l'amélioration des pratiques en matière de marchés publics, qui s'est tenu à l'ISSSTE à Mexico City, du 2 au 4 Septembre 2014, par Marjorie Ramirez, ancien chef de la division des accords-cadres de ChileCompra, la centrale d'achats chilienne.

²² Voir note de bas de page 11.

²³ Sous le point I(4) de la Recommandation, « ... il faut veiller à ce que les responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration conçoivent la procédure d'adjudication de façon à réduire les possibilités de communication entre soumissionnaires soit avant la procédure, soit au cours de celle-ci. Il convient ainsi de privilégier les procédures sous pli scellé, de limiter autant que possible le recours à des réunions de clarification ou à des visites sur site auxquelles les soumissionnaires assistent en personne et de lui préférer l'utilisation de procédures à distance - comme les communications par voie de messagerie électronique ou autres technologies reposant sur l'Internet - dans le cadre desquelles l'identité des participants peut être tenue confidentielles ».

3. Mesures de détection des soumissions concertées

3.1 Détecter les soumissions concertées grâce à l'analyse des données relatives aux marchés publics

La détection des soumissions concertées dans les marchés publics constitue une partie importante du travail des autorités de la concurrence. Toutes les autorités de la concurrence qui ont répondu à l'enquête sur la mise en œuvre de la Recommandation ont indiqué qu'elles s'appuient sur ce document pour détecter des faits de soumission concertée. Certaines s'appuient sur des recommandations spécifiques pour mener des inspections surprises ou rédiger des demandes d'information. Plusieurs autorités de la concurrence ont également signalé en 2013²⁴, et encore en 2015, qu'elles ont recours à des dispositifs de filtrage pour évaluer les conditions de marché et identifier les comportements qui peuvent indiquer des faits de collusion dans les marchés publics, tels que stipulés dans les Lignes directrices. Les techniques de filtrage analysent les caractéristiques structurelles d'un marché ou d'un secteur spécifique afin de déterminer si elles favorisent les pratiques collusoires. Ces techniques permettent également d'examiner les comportements des soumissionnaires et les résultats de l'appel d'offres afin d'évaluer si les comportements en question sont à mettre en rapport avec des faits de collusion ou au contraire s'ils interviennent dans une situation de concurrence véritable. Lors de la table ronde sur les *enquêtes d'office sur les ententes et l'utilisation de dispositif de filtrage pour détecter les ententes* qui s'est tenue en octobre 2013, le Comité de la concurrence a discuté de l'utilisation de dispositifs de filtrage pour détecter les ententes et a examiné une série de succès nationaux²⁵.

Le développement de dispositifs de filtrage qui mettent l'accent plus particulièrement sur le comportement des soumissionnaires (c'est-à-dire des dispositifs comportementaux et pas structuraux) est facilité par la plus grande quantité de données fiables concernant les adjudications publiques, ce qui permet aux autorités de la concurrence de mettre au point différentes techniques de filtrage, d'identifier les marqueurs qui indiqueraient une forme de collusion et de les tester de manière empirique. La conception de ces dispositifs s'est attachée à mettre en lumière des structures d'offre qui tendent à indiquer des faits de collusion : soumission d'offres similaires, degré de corrélation élevé entre les offres, faible degré de corrélation entre les coûts supportés par le soumissionnaire et son offre, et des différences significatives entre l'offre retenue et les autres. Certaines autorités de la concurrence ont mis au point des programmes électroniques de filtrage afin de détecter les soumissions concertées grâce à des mesures de contrôle systématique des offres et de leur structure. Ces programmes sont conçus pour évaluer la

²⁴ OCDE, Table ronde: enquêtes d'office sur les ententes et utilisation des dispositifs de filtrage pour détecter les ententes, www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf.

²⁵ Ibid. Pour les méthodes réactives (générées par un événement particulier, comme une plainte ou une demande de clémence) et les méthodes proactives (initiées par l'autorité de la concurrence) pour détecter les soumissions concertées, voir le réseau international de la concurrence (2010), *Anti-cartel Enforcement Manual*, Chapter 4 - Cartel Case Initiation, www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc628.pdf.

probabilité d'une soumission concertée en ayant recours à des marqueurs spécifiques comme le taux d'offres gagnantes, le prix des offres, le nombre de soumissions perdues, les hausses de prix, etc. Par exemple, la Commission coréenne du commerce équitable a mis au point, dans le cadre de son programme de lutte contre les cartels, un système d'analyse basé sur des indicateurs qui mesure la probabilité d'une soumission concertée (le BRIAS en anglais) (Encadré 3).

Encadré 3. Système coréen d'analyse basé sur des indicateurs qui mesurent la probabilité d'une soumission concertée (BRIAS)

En 2006, la Commission coréenne du commerce équitable (KFTC) a mis au point un système d'analyse basé sur des indicateurs qui mesurent la probabilité d'une soumission concertée (BRIAS) et permet donc de les détecter. Le BRIAS est un système informatique automatique d'analyse quantitative qui passe en revue de grandes quantités de données relatifs aux marchés publics et utilise des indicateurs spécifiques afin de mesurer la probabilité d'une soumission concertée.

Le BRIAS collecte des données en ligne relatives aux marchés publics de grande envergure qui sont attribués par les administrations centrales et locales ; les données sont récoltées dans les 30 jours qui suivent l'attribution du marché. Le système analyse ensuite les données et génère des scores évaluant la probabilité d'une soumission concertée sur la base de critères comme la méthode utilisée dans l'appel d'offres, le nombre de soumissionnaires, le nombre d'offres déjà remportées, le nombre de soumissions perdues, les prix supérieurs au prix estimé et le prix de l'offre retenue. Chacun de ces critères se voit attribué une valeur pondérée et toutes les valeurs sont ensuite additionnées. Par exemple, un taux élevé d'offres gagnantes et un faible nombre d'entreprises participantes peut donner à penser qu'il y a eu une soumission concertée. Toutes les offres sont également filtrées en fonction de critères de recherche comme le nom du candidat vainqueur ou les offres qui ont obtenu un score similaire.

La KFTC a utilisé le système BRIAS pour les appels d'offres du Service public des achats, la plus grande centrale d'achats coréenne en 2006. En 2007, le système a été étendu aux appels d'offres des quatre grandes entreprises publiques (la compagnie d'électricité coréenne, la société foncière et d'habitation coréenne, la société coréenne de gestion du réseau autoroutier et la société coréenne de gestion des eaux). En 2014, un total de 332 agences actives dans les marchés publics ont participé au système BRIAS, parmi lesquelles les agences de l'administration centrale, les pouvoirs publics locaux et les entreprises publiques.

En moyenne, le système signale plus de 80 cas sur base mensuelle et les envoie à la KFTC pour une analyse approfondie. Grâce aux indications du système BRIAS, la KFTC a ouvert une enquête sur un cas de soumission concertée concernant l'extension d'une ligne de métro : une entente a été mise au jour et a reçu une amende de 20 millions USD. La KFTC est d'avis que le système BRIAS dissuade les entreprises d'entrer dans des schémas de soumission concertée dans la mesure où les opérateurs économiques savent que tous les appels d'offres publics sont filtrés.

Sources: OCDE (2013), Table ronde : *Enquêtes d'office sur les ententes et l'utilisation de dispositif de filtrage pour détecter les ententes*, www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf; réponse fournie par la Commission coréenne du commerce équitable à l'enquête de 2015 sur la mise en œuvre de la Recommandation.

Le Groupe d'études économiques de l'autorité de la concurrence colombienne (*Superintendencia de Industria y Comercio – SIC*) est en train de mettre au point un programme informatique appelé ALCO afin d'aider les responsables des marchés publics à détecter les comportements qui pourraient faire l'objet d'une enquête pour des faits de soumission concertée et à les rapporter à la SIC. Ce programme repose sur la Recommandation et sur les informations dont la SIC dispose en matière de problèmes de concurrence dans les marchés publics en Colombie. Sont actuellement en cours la définition des signaux d'alerte et l'identification des sources possibles pour les données relatives aux marchés publics. Le programme pourra être adapté afin de pouvoir échanger des informations avec le récent système électronique de passation des marchés publics, le SECOP II. L'idée de développer le programme ALCO trouve son origine dans des travaux de recherche menés par la SIC qui ont démontré que les responsables des marchés publics, et en particulier au niveau régional, n'ont pas une idée claire de ce qu'est une

soumission concerté ou de la manière de l'identifier. Le Département d'études économiques de l'autorité de la concurrence au Pérou (*Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI*) est également occupé à mettre au point des indicateurs visant à détecter des pratiques de soumission concertée dans le cadre de la fourniture de carburant liquide entre 2007 and 2013. Ces indicateurs se basent sur des critères économiques et sur des données fournies par l'Organisme de contrôle de l'État des marchés publics (*Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE*). L'autorité de la concurrence au Chili, la *Fiscalía Nacional Económica (FNE)*, a également recours à des données relatives aux marchés publics afin de mener des exercices de filtrage. La FNE et la centrale d'achats *ChileCompra* ont signé un accord de coopération qui autorise la FNE à contrôler les appels d'offre via la banque de données de *ChileCompra*.

3.2 Recours aux responsables des marchés publics pour détecter les soumissions concertées

Les personnes les mieux placées pour détecter des signes d'entente illégale sont souvent les responsables des marchés publics qui ont la charge d'appels d'offres spécifiques dans la mesure où ils ont en général une bonne connaissance du secteur du marché en question et sont à même d'observer les pratiques qui pourraient indiquer qu'il y a des faits de collusion dans le cadre d'un processus d'appel d'offres. En outre, les responsables des marchés publics interagissent directement avec les soumissionnaires et sont en mesure d'observer des comportements ou de relever certaines déclarations qui ne figurent pas dans le dossier soumis par les soumissionnaires et qui pourraient échapper au contrôle de l'autorité de la concurrence²⁶. Les pays s'appuient donc sur l'expertise des responsables des marchés publics pour détecter et rapporter les cas de collusion.

Les répondants à l'enquête de 2015 sur la mise en œuvre de la Recommandation, ainsi que les participants à la recherche des faits dans les projets de l'OCDE, ont toutefois souligné le fait que les responsables des marchés publics peuvent être réticents à rapporter des comportements suspects. Ces responsables ne sont pas évalués sur la base du nombre d'ententes qu'ils mettent au jour mais bien sur leur capacité à mettre en place, organiser et mener à bien des processus d'appel d'offres ainsi qu'à s'assurer que les marchés attribués se déroulent correctement. Le fait d'ajouter la détection d'ententes aux tâches réalisées dans le cadre de la passation de marchés implique du temps et des efforts supplémentaires, que les responsables des marchés publics ne peuvent ou ne veulent pas y consacrer. De plus, les enquêtes pour infraction au droit de la concurrence basées sur des soupçons d'entente illégale retarde, voire annule toute la procédure d'adjudication. Il faudra quand même acquérir les articles qui n'ont pas été achetés dans un premier temps, ce qui provoquera du travail supplémentaire pour les acheteurs. La reconnaissance et les avantages professionnels liés à la détection d'une entente profitent souvent à l'autorité de la concurrence et à son personnel alors que le fonctionnaire qui a rapporté les faits n'est pas récompensé pour ses efforts en termes d'évolution professionnelle ou de reconnaissance. Finalement, les économies réalisées grâce au démantèlement d'une entente ne bénéficient pas au service administratif qui a permis de mettre au jour l'entente mais sont redistribuées vers le budget de l'administration générale²⁷.

Pour toutes les raisons évoquées ci-dessus, les acheteurs publics peuvent manquer de mesures incitatives pour contrôler et rapporter les cas possibles d'entente. Plusieurs autorités de la concurrence (par exemple, en Lettonie, au Mexique, en Pologne et en Suisse) ont indiqué que les responsables des

²⁶ OECD, Policy Roundtables: Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf.

²⁷ Alberto Heimler, *Cartels In Public Procurement*, *Journal of Competition Law & Economics*, 8(4), 849–862 doi:10.1093/joclec/nhs028. Téléchargé depuis: <http://jcle.oxfordjournals.org/> on March 31, 2015.

marchés publics doivent en premier lieu réaliser leurs objectifs en matière d'achat en accord avec la législation sur les marchés publics et qu'en conséquence, la détection et le signalement de faits de soumission concertée peuvent s'assimiler à une charge supplémentaire qui risque de mettre à mal leur mission en matière de marchés publics. Les priorités en matière de concurrence s'articulent mieux avec la mission des autorités de surveillance (et pas les acheteurs) des marchés publics dont le rôle est de superviser l'efficacité et la légalité des dépenses publiques. À cet égard, le Bureau polonais pour la concurrence et la protection des consommateurs (l'UOKiK) a indiqué que si les autorités responsables des marchés publics peuvent s'abstenir de rapporter des comportements suspects pendant la passation d'un marché, elles ne sont pas moins prêtes à coopérer avec l'UOKiK après que des infraction aux règles antitrust sont décelées par des contrôleurs ou par les autorités de surveillance et que des mesures coercitives sont déjà envisagées.

Afin de faciliter la coopération entre les autorités responsables des marchés publics et celles de la concurrence, il a été suggéré que les économies réalisées après le démantèlement d'une entente devraient au moins en partie revenir au service administratif qui y a contribué²⁸. De plus, la Recommandation encourage les Adhérents à mettre en place des mesures incitatives à destination des responsables des marchés publics pour que ceux-ci cherchent à prévenir et détecter les soumissions concertées. Par exemple, inclure la prévention et la détection dans leurs responsabilités professionnelles ou faire entrer en ligne de compte la détection de pratiques anticoncurrentielles dans une perspective d'évolution professionnelle²⁹. Les répondants à l'enquête ont aussi souligné que les responsables des marchés publics doivent recevoir une formation appropriée dans la mesure où certains d'entre eux sont relativement jeunes et ne disposent pas des compétences requises pour détecter les soumissions concertées et savoir ensuite quelle action entreprendre s'ils soupçonnent des faits de collusion.

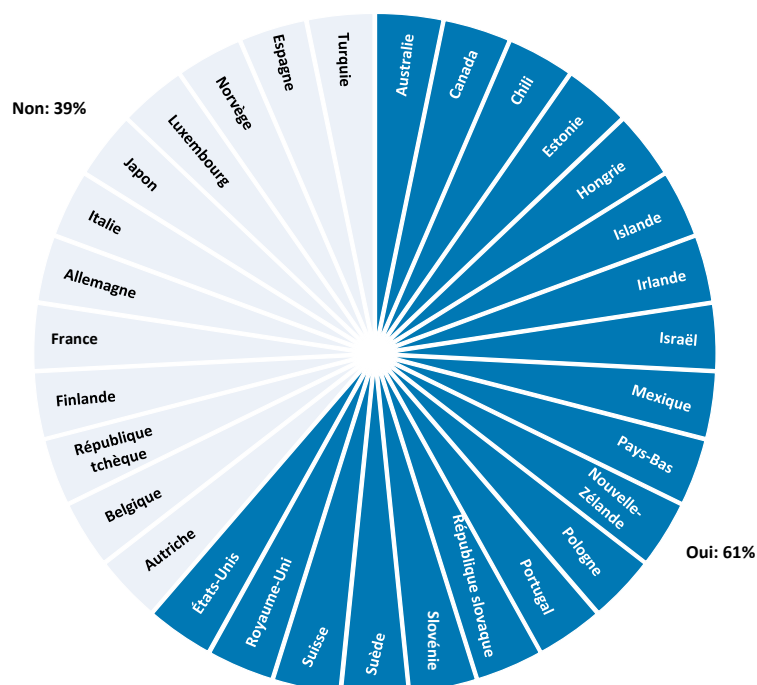
Dans ce contexte, les pays Membres de l'OCDE et les pays partenaires sont de plus en plus conscients de la nécessité de mettre en place un personnel professionnel en charge des marchés publics. Tirant parti des bonnes pratiques des pays Membres et Partenaires du Comité de la gouvernance publique, la Recommandation du Conseil sur les marchés publics recommande que « *les Adhérents mettent en place un personnel chargé des marchés publics doté des capacités requises pour assurer constamment l'optimisation des ressources de façon efficiente et efficace* »³⁰, et que la passation des marchés publics soit reconnu en tant que profession spécifique (Graphique 4).

²⁸ Ibid.

²⁹ Sous le II de la Recommandation, il est stipulé que « les membres devraient en outre envisager de mettre en place des mécanismes adéquats pour inciter les responsables des marchés publics à prendre des mesures efficaces de prévention et de détection des soumissions concertées, par exemple en faisant expressément de la prévention et de la détection des soumissions concertées l'une des obligations statutaires incombant aux responsables des marchés publics ou en récompensant, lors des évaluations de performances professionnelles, les responsables des marchés publics qui auront réussi à détecter des pratiques anticoncurrentielles avérées ».

³⁰ La Recommandation du Conseil sur les marchés publics mentionne des actions spécifiques sous le point IX, à savoir que les Adhérents devraient : « i) veiller à ce que les acheteurs publics satisfassent aux exigences professionnelles élevées en termes de connaissances, de savoir-faire et d'intégrité en mettant à leur disposition une panoplie d'outils spécifiques et régulièrement modernisés, avec, par exemple, des effectifs suffisants en nombre et en termes de compétences, la reconnaissance de la passation des marchés publics en tant que profession spécifique, des programmes de certification et des séances régulières de formation, des normes d'intégrité pour les acheteurs publics, et l'existence d'une unité ou d'une équipe chargée d'analyser l'information relative aux marchés publics et de contrôler la performance du système de passation de marchés publics ; ii) offrir aux acheteurs publics des possibilités

Graphique 4. Reconnaissance de la fonction d'acheteur public comme une profession spécifique (2010)

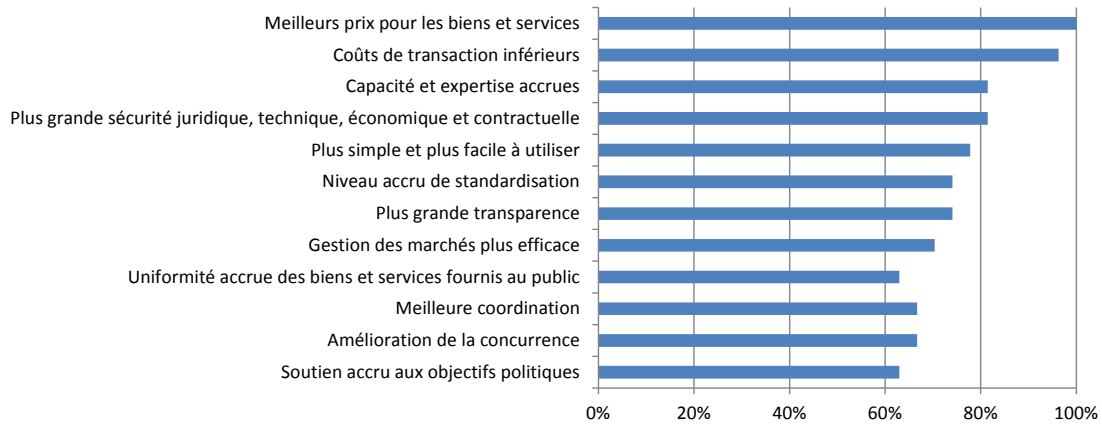


Source : OCDE (2013), Panorama des administrations publiques 2013, Éditions de l'OCDE, Paris, www.oecd-ilibrary.org/governance/panorama-des-administrations-publiques_22214410;jsessionid=14p18s6nznll.x-oecd-live-03.

Afin de développer dans la durée les connaissances et l'expérience chez les professionnels des marchés publics, de nombreux pays Membres de l'OCDE ont mis sur pied des centrales d'achat qui fonctionnent comme des plaques tournantes professionnelles en matière de marchés publics (Graphique 5).

d'évolution de carrière attractives, compétitives et fondées sur le mérite, en leur donnant des moyens clairs de progresser, en les protégeant des ingérences politiques dans le processus de passation de marchés et en promouvant les bonnes pratiques nationales et internationales en matière d'évolution professionnelle, de façon à améliorer les performances des acheteurs publics (...) » ; iii) favoriser la collaboration avec les centres de savoir tels que les universités, les laboratoires d'idées ou les centres stratégiques afin d'améliorer les compétences des acheteurs publics ».

Graphique 5. Facteurs qui ont motivé la mise sur pied de centrales d'achat



Source : Enquête de l'OCDE de 2014 sur les marchés publics, basée sur les réponses de 31 pays Membres. L'Islande, Israël et la République tchèque n'ont pas répondu à l'enquête.

Les centrales d'achat sont en mesure de prendre des initiatives pour lutter contre la collusion. En l'occurrence, l'Irlande a mis sur pied le Service d'achat des pouvoirs publics (*Office of Government Procurement*) qui a commencé ses activités en 2014. L'OGP est chargé d'acheter les biens et les services au nom du gouvernement et détermine également les politiques en matière d'achat. L'OGP est composé d'équipes par secteurs d'activité qui acquièrent chacune une expérience propre. Ces équipes peuvent donc améliorer les résultats des activités d'achat et également identifier des pratiques inhabituelles dans les soumissions qui peuvent être le signe de faits de collusion.

4. Sensibilisation des responsables des marchés publics

La Recommandation demande aux Adhérents de : « veiller à ce que les responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration aient connaissance des signaux d'alerte, des comportements suspects et des éléments inhabituels qui peuvent être révélateurs d'une collusion lors des soumissions, de sorte que les activités suspectes soient mieux identifiées par les organismes publics compétents et que ceux-ci soient en mesure, le cas échéant, d'ouvrir une enquête ». Les actions suivantes sont prévues :

- a. produire des supports sur la fraude et la collusion afin de sensibiliser les responsables des marchés publics aux risques potentiels et aux pratiques à détecter ;
- b. organiser des programmes de formation à l'intention des responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration afin de leur permettre d'identifier les comportements suspects et les pratiques inhabituelles lors des soumissions ; et
- c. établir des contacts permanentes entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics de manière à ce que, si d'aventure les mesures pour prévenir la collusion sont inefficaces, ces derniers communiqueront les cas suspects aux autorités de la concurrence (ainsi qu'à toute autre autorité compétente) et pourront compter sur leur appui pour ouvrir une enquête et le cas échéant, poursuivre les comportements anticoncurrentiels.

L'enquête sur la mise en œuvre de la Recommandation ainsi que les projets de l'OCDE sur la concurrence et les marchés publics font ressortir le fait que les pays s'appuient sur la Recommandation pour mettre sur pied des activités de renforcement des capacités et des événements de sensibilisation et de manière plus générale pour mobiliser les parties prenantes. Les pays font explicitement référence à la Recommandation dans leur matériel de formation.

4.1 Supports de sensibilisation et programmes de formation

La plupart des pays Membres et Partenaires du Comité de la concurrence ont mis au point des lignes directrices et des supports de sensibilisation (brochures et lettres d'information) à l'intention des responsables des marchés publics afin de les aider à concevoir les appels d'offre de manière à éviter les soumissions concertées et leur permettre d'identifier et de signaler les comportements collusoires. Ces lignes directrices et ces supports sont conformes ou font explicitement référence à la Recommandation et ses lignes directrices. On peut également ajouter qu'ils se font l'écho des bonnes pratiques édictées par l'OCDE. Ce matériel est généralement disponible sur le site internet de l'autorité de la concurrence et parfois sur le site de l'autorité responsable des marchés publics, et est distribué aux responsables desdits marchés. Outre la production de ce matériel, presque toutes les autorités de la concurrence qui ont répondu à l'enquête de 2015 sur la mise en œuvre de la Recommandation ont signalé qu'elles organisent des activités de formation. Ces formations portent sur les différentes formes de soumission concertée, les méthodes à utiliser pour prévenir et détecter ces faits répréhensibles et les étapes à suivre en cas de suspicion. Dans certains cas, des situations récentes et des cas de jurisprudence sont présentés.

L'encadré 4 fournit quelques exemples à ce propos³¹. Toutefois, seuls trois responsables des marchés publics sur dix qui ont répondu à l'enquête de 2015 avaient connaissance de la Recommandation ou s'y référaient. Il en ressort que la promotion des règles de concurrence auprès des autorités responsables des marchés publics doit vraisemblablement être évaluée et renforcée.

Encadré 4. Exemples de lignes directrices et de formation sur la prévention et la détection des soumissions concertées dans les marchés publics

L'autorité de la concurrence au Chili, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), a publié en 2011 des lignes directrices et des listes de vérification visant à prévenir et détecter les soumissions concertées dans les marchés publics. Ces lignes directrices incluent des recommandations étape par étape, présentées sous la forme d'un diagramme, qui abordent les actions à entreprendre par les responsables des marchés publics quand ils sont confrontés à des pratiques suspectes dans les soumissions. La FNE s'est appuyée sur les Lignes directrices de l'OCDE pour développer son propre matériel.

En Grèce, la Commission hellénique de la concurrence (HCC) s'est appuyée sur la Recommandation pour mettre au point le « Guide pour les autorités responsables des marchés publics : détection et prévention des pratiques collusoires dans les appels d'offres publics » avec pour objectif de sensibiliser les responsables publics par rapport aux pratiques anticoncurrentielles. Ce guide est rédigé dans un langage clair et simple et comprend des exemples et des références à des cas de jurisprudence afin d'aider les professionnels des marchés publics, plus particulièrement ceux qui ne connaissent pas bien les problèmes de concurrence, à appréhender les cas d'entente dans les marchés publics.

La Commission coréenne du commerce équitable (KTFC) a mis au point des lignes directrices en matière de soumission concertée à l'intention des responsables des marchés publics, en accord avec la Recommandation. La KTFC organise des formations pour les responsables des marchés publics, plus particulièrement pour ceux de la plus grande centrale d'achats coréenne (le Service public des achats), afin de les aider à identifier en temps voulu les comportements suspects et les rapporter à la KTFC à des fins d'enquête.

L'autorité italienne de la concurrence (ICA) a mis au point un manuel (« vade-mecum ») qui s'inspire des Lignes directrices de la Recommandation et qui fournit des conseils et des idées aux responsables des marchés publics pour les aider à identifier les cas de soumission concertée. L'ICA a signalé que les responsables des marchés publics utilisent ce manuel, qui leur a été distribué et est également disponible sur la page web de l'ICA, afin de détecter les cas de collusion et d'ensuite, le cas échéant, les signaler à l'ICA. Grâce à ces efforts, l'ICA avait lancé à la fin de 2014 des poursuites officielles dans neuf cas pour des faits de soumission concertée dans les marchés publics.

Le Conseil letton de la concurrence dispose sur sa page web d'une section consacrée aux soumissions concertées qui présente les lignes directrices nationales et celles édictées par l'OCDE. Le Conseil de la concurrence explique également comment réagir face à un comportement suspect qui indiquerait une forme de collusion. Des questions pratiques sont abordées : faut-il oui ou non poursuivre le processus de passation de marché, ou encore comment procéder à des consultations formelles ou informelles avec le Conseil de la concurrence. Celui-ci organise régulièrement des formations sur les techniques de détection des soumissions concertées, tant au niveau régional à destination des autorités responsables des marchés publics intéressées qu'à titre individuel pour des grandes entités en charge d'achats publics.

L'autorité norvégienne de la concurrence (NCA) a publié en 2008 des lignes directrices proches des lignes directrices de la Recommandation. En 2011, il a mis au point une liste de vérification sur la détection des soumissions concertées qui a été distribuée à l'occasion de nombreuses réunions avec des acheteurs publics. La NCA a aussi publié des conseils concernant les accords de projet et les consortiums de soumissionnaires. Elle organise régulièrement des séminaires et des conférences sur la manière de détecter les soumissions concertées et de faire la distinction entre les consortiums de soumissionnaire légaux et ceux qui ne le sont pas. Enfin, elle coopère étroitement avec la Difi (l'Agence de gestion des services publics et de l'administration électronique qui propose des conseils en matière de marchés publics).

³¹

De nombreux exemples de supports d'information sur les soumissions concertées comme des listes de vérification, des présentations et des brochures sont disponibles sur le site du Réseau international de la concurrence, www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/awareness/procurement.aspx ainsi que dans le Chapitre 4 (Ouverture d'une procédure dans une affaire d'entente) du manuel relatif aux mesures d'application en matière d'ententes, www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc628.pdf.

Le Bureau polonais pour la concurrence et la protection des consommateurs, UOKiK, a mis au point des lignes directrices sur les soumissions concertées et un formulaire à destination des responsables des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs. Ces deux documents s'appuient sur les Lignes directrices et sont disponibles sur le site internet de l'UOKiK ainsi que d'autres supports d'information destinés au public, comme des films, des vidéos, des articles de journaux ou encore des émissions radio. Afin de pouvoir toucher les responsables des marchés publics, le Président de l'UOKiK, a mis sur pied un réseau qui regroupe l'UOKiK, le Bureau des marchés publics, le Bureau de lutte contre la corruption, l'Agence de sécurité interne, les parquets judiciaires et la police. Dans le cadre de ce réseau, l'UOKiK organise des formations sur la lutte contre les soumissions concertées à l'intention des agents publics, les municipalités et d'autres partenaires. L'UOKiK cherche aussi à communiquer avec les parties prenantes à l'occasion de conférences et autres événements du genre. En 2014, l'UOKiK a participé à une conférence portant sur les aspects pratiques des marchés publics. Cette conférence était organisée par le Bureau des marchés publics et fut l'occasion de donner un aperçu des pratiques en matière de soumission concertée. L'UOKiK a aussi contribué à des travaux législatifs qui ont débouché sur un amendement apporté à loi sur les marchés publics et a participé à la rédaction des prochaines directives du Premier ministre concernant la reconnaissance, la prévention et la détection des menaces qui pèsent sur le commerce (plus particulièrement les pratiques de soumission concertée) et qui sont préjudiciables aux intérêts publics, comme la sécurité nationale ou les intérêts des entreprises et des consommateurs.

Pour la Commission nationale des marchés et de la concurrence en Espagne (CNMC), les marchés publics constituent une priorité si l'on se réfère au Plan d'action de 2015 de la CNMC. La CNMC a entrepris des actions de mobilisation sous différentes formes ces dernières années. Elle a publié un *Guide des marchés publics et de la concurrence* en 2011 (le Guide) et en 2013, un rapport sur l'application de ce Guide aux marchés publics propres au secteur de la santé publique. Le Guide permet aux pouvoirs adjudicateurs de porter leur choix sur les options les plus concurrentielles quand il s'agit de déterminer les procédures de passation des marchés, d'une part et d'identifier des indices de soumission concertée chez les fournisseurs, d'autre part. La CNMC a également publié en 2013 un rapport sur la passation de marchés en interne qui recommandait le recours à cette procédure de la manière la plus extensive possible afin de favoriser la concurrence. Qui plus est, la CNMC a émis un document intitulé « *Analyse des marchés publics en Espagne : améliorations possibles en matière de concurrence* » qui présente une série d'actions à mettre en place par la CNMC, parmi lesquelles figurent l'organisation de programmes de formation à l'intention des pouvoirs adjudicateurs sur la détection de pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics et sur la surveillance de la transposition en Espagne des directives européennes de 2014 sur les marchés publics (directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur les marchés publics et la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux – toutes deux devant être transposées avant le 18 avril 2016). La CNMC a renforcé ses contacts avec les pouvoirs adjudicateurs et les organismes de surveillance. Ainsi, la CNMC est en train de mettre en œuvre un outil de filtrage permettant un examen *ex ante* et *ex post* des marchés publics. Seront également publiés en 2016 un nouveau guide sur les marchés publics et la concurrence, et une brochure avec des listes de vérification visant à mieux concevoir les appels d'offre et détecter les soumissions concertées.

Outre une brochure et une liste de vérification concernant la lutte contre les soumissions concertées, **l'autorité suédoise de la concurrence (SCA)** a développé des conseils, accessibles en ligne et interactifs, à destination des entreprises qui souhaitent travailler ensemble dans le cadre de marchés publics. Cet outil permet aux fournisseurs, en particulier les petites et moyennes entreprises qui ont peu d'expérience en la matière, d'évaluer elles-mêmes grâce à une série de questions-réponses si elles peuvent remettre une offre conjointe et dans quelles conditions. L'avantage de ce format 'questions-réponses' réside dans sa facilité d'utilisation : les entreprises peuvent se familiariser avec les règlements, à tout le moins les plus simples, en seulement quelques minutes.

Source : OCDE, Table ronde : les enquêtes d'office sur les ententes et l'utilisation de dispositifs de filtrage *pour détecter les ententes*, www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf; réponses à l'enquête de l'OCDE en 2015 sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés [Annexe I].

Pour venir en soutien des initiatives de mobilisation, de grandes campagnes de sensibilisation sont menées au Royaume-Uni (UK) et en Australie (Encadré 5).

Encadré 5. Campagnes de sensibilisation

La Commission australienne de la concurrence et des consommateurs (ACCC) a développé des supports d'information et mis sur pied une grande campagne de sensibilisation, en ce compris des activités d'information sur le caractère illégal des soumissions concertées dans le cadre des marchés publics. L'ACCC a mis point et distribué aux soumissionnaires potentiels un guide intitulé « *Pratiques d'ententes – l'impact sur votre entreprises et vous* » pour les sensibiliser aux conséquences liées aux pratiques d'ententes. L'ACCC a aussi réalisé un petit film intitulé « *L'élément marqueur* » qui met en scène les conséquences des pratiques d'entente sur les individus et les entreprises. Le film montre comment ces activités peuvent ruiner les relations, les carrières, la réputation et la sécurité financière sur le long terme, et peuvent également en dernier ressort conduire les fautifs en prison. L'ACCC a envoyé une copie du petit film aux PDG des 300 plus grandes sociétés australiennes, en leur demandant de montrer ce film aux employés de leur entreprise. L'ACCC mène des campagnes d'information avant la publication des grands projets de marchés publics.

L'autorité de la concurrence et des marchés du Royaume-Uni (CMA) a mené une campagne de sensibilisation organisée autour de conférences, à destination des acheteurs du secteur public et privé en Écosse, en Irlande du Nord et aux Pays de Galles, qui visaient à expliquer comment diminuer les risques de soumission concertée et comment identifier ceux-ci tout en abordant l'approche de la CMA en matière de législation contre les soumissions concertées. En outre, un petit guide de 60 secondes sur les soumissions concertées a été publié sur le site web de la CMA avec un éclairage spécifique sur les dix éléments les plus importants qui doivent attirer l'attention des acheteurs et leur permettre de repérer des signes de soumission concertée. Ce guide s'appuie sur les Lignes directrices de la Recommandation.

Source: Compte-rendu de la réunion du 16 décembre 2014 du groupe de travail n°3 du Comité de la concurrence sur la mise en œuvre et la coopération internationale; réponses à l'enquête de 2015 de l'OCDE sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics [Annexe I].

La Commission fédérale de la concurrence économique au Mexique (Comisión Federal de Competencia Económica, COFECE) a, dans sa qualité de conseil, encadré l'état de Nuevo León dans la rédaction et la mise en œuvre de sa législation en matière de marchés publics ; cette dernière reprend de nombreux éléments de la Recommandation.

4.2 Relations entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics

Les points de convergence dans les missions et travaux des autorités respectives dans le domaine de la lutte contre les soumissions concertées sont clairement établis. De fait, des éléments de suspicion de soumission concertée détectés par les responsables des marchés publics lors d'un appel d'offres peuvent conduire les autorités de la concurrence à lancer une enquête sur des pratiques d'entente. De la même manière, le respect des règlements en matière de concurrence ne peut que se traduire par une concurrence saine et vivifiante par rapport à l'attribution des marchés. La Recommandation encourage les Adhérents à se mobiliser en vue de relations étroites entre les autorités de la concurrence et celles responsables des marchés publics. De nombreux pays Membres et Partenaires suivent cette recommandation, comme l'indiquent les exemples dans l'encadré 6.

Encadré 6. Exemples d'accords et d'actions communes entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics

La Commission australienne de la concurrence et des consommateurs (ACCC) a lancé des campagnes d'information sur les soumissions concertées en compagnie des différents gouvernements (national et entités fédérées), des agences anticorruption et des organismes en charge des achats. Elle a aussi noué des contacts avec les principaux acheteurs et fournisseurs impliqués dans les marchés publics. L'ACCC cherche aujourd'hui à mettre en place des procédures qui permettent de rapporter les pratiques d'entente suspectes et à encourager la participation de tous les responsables en matière de marchés publics. L'ACCC estime que ses efforts ont déjà porté leurs fruits.

Un des premiers objectifs du **Bureau canadien de la concurrence** est d'informer les structures en lien avec les marchés publics à tous les niveaux de l'administration. Le Bureau organise des formations sur la lutte contre les soumissions concertées à destination des employés de Travaux publics et services gouvernementaux Canada (TPSGC), la principale agence responsable des marchés publics du gouvernement fédéral canadien. Ces présentations visent à fournir aux responsables des marchés publics au sein de TPSGC le savoir nécessaire pour détecter, dissuader et le cas échéant rapporter les faits de commission concertée au Bureau de la concurrence. Y compris des informations sur les dispositions législatives en matière de soumission concertée, les formes les plus communes de soumission concertée, les caractéristiques qui rendent un secteur plus enclin aux soumissions concertées, les signaux d'alerte qui pourraient indiquer une soumission concertée et enfin, les techniques à utiliser pour empêcher les pratiques collusoires. Au fil des ans, le Bureau et TPSGC ont travaillé ensemble pour aborder les défis posés par les soumissions concertées. En vertu de cette relation, TPSGC rapporte les plaintes en matière de soumission concertée et les cas avérés au Bureau pour enquête tandis que le Bureau organise des formations annuelles à l'intention du personnel de TPSGC en matière de prévention de soumissions concertées. Les deux autorités ont conclu un protocole d'accord afin de renforcer la prévention, la détection, le suivi des activités de cartel, dont les soumissions concertées, dans le cadre des procédures de passation de marchés et des transactions immobilières qui relèvent de la responsabilité de TPSGC. C'est le premier accord du genre pour le Bureau. Les deux autorités s'y engagent à partager les informations et à collaborer dans les domaines de l'application de la législation, la formation et la sensibilisation. Les deux organisations profitent des échanges mutuels d'expertise et de connaissances. Ils travaillent ensemble dans le cadre de programmes de formation et de sensibilisation dans le but de former d'autres parties prenantes à la détection et à la prévention des activités de cartel.

L'autorité colombienne de la concurrence (Superintendencia de Industria y Comercio - SIC) et l'agence nationale en charge des marchés publics Colombia Compra Eficiente ont établi des liens de travail étroits : échanges d'information et consultations afin de favoriser la détection précoce de la collusion sur la base des recommandations faites par l'OCDE dans son évaluation des marchés publics en Colombie.* Les deux agences sont en train de conclure un accord de coopération afin de formaliser leur partenariat.

L'autorité de la concurrence hongroise (Gazdasági Versenyhivatal – GVH) et l'autorité hongroise responsable des marchés publics ont mis en place un accord de coopération en décembre 2012 dans le but de rendre plus efficace la lutte contre les soumissions concertées. L'accord concerne des réunions entre experts, la transparence des dossiers de marchés publics et des outils pour sensibiliser les parties intéressées aux schémas de collusion.

Depuis 2012 aussi, le GVH dispose d'une page web dédiée à la collusion dans les marchés publics qui fournit des exemples concrets de choses à faire et à ne pas faire à destination des fournisseurs.

L'autorité italienne de la concurrence (ICA) coopère étroitement avec le Consip, la centrale d'achats des biens et services pour le compte de l'administration publique italienne afin d'optimiser la conception des appels d'offres et de lutter contre les soumissions concertées. En 2014, l'ICA a aussi signé un protocole d'accord avec l'ANAC, l'autorité nationale anticorruption, qui stipule que les deux autorités doivent coopérer et échanger des informations, et que l'ANAC doit publier sur son site web le vade-mecum de l'ICA sur les soumissions concertées et promouvoir sa mise en œuvre par les structures actives dans les marchés publics.

Au Japon, chaque agence chargée de marchés publics désigne des agents de liaison qui fournissent des informations à la Commission japonaise du commerce équitable (JFTC) sur des cas possibles d'infraction à la loi anti-monopole dans le cas d'appels d'offres pour des travaux publics. Le rôle de ces agents de liaison est de promouvoir la coopération avec le JFTC et de s'assurer que les comportements suspects dans les adjudications sont rapportés à la JFTC. Le JFTC organise également des formations pour les responsables des marchés publics au niveau des administrations locales et centrales.

Le Bureau anti-monopole de la République slovaque a conclu des protocoles de coopération avec le Bureau responsable des marchés publics et la Cour des comptes afin d'améliorer la coopération et les échanges d'information. Il a aussi renforcé ses campagnes d'information auprès des municipalités.

En Espagne, l'avis de la Commission nationale des marchés et la concurrence (CNMC) peut être requis quand une nouvelle réglementation, des dossiers d'appels d'offres ou des actions particulières peuvent avoir un impact sur la concurrence. À cet égard, la CNMC a publié 16 rapports en 2014 et en 2015, quand les cahiers des charges pour l'achat de biens et de services (comme du carburant, des services de télécommunications ou des services de nettoyage) ont été analysés et des recommandations proconcurrentielles ont été émises. Le gouvernement espagnol a récemment centralisé les achats de certains biens et services. La CNMC a apprécié cette initiative dans la mesure où elle améliore l'efficacité des prestations et offre des prix plus compétitifs pour l'administration publique. La CNMC considère toutefois que cette efficacité ne devrait pas être un frein à la concurrence, au traitement équitable ou à la transparence et elle souligne en conséquence l'importance de la conception des cahiers des charges qui favorise l'esprit de la concurrence. La CNMC a publié deux rapports sur les propositions de loi qui concernent en premier lieu, les marchés du secteur public et en second lieu, les procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, qui seront la transposition en droit espagnol des directives européennes de 2014 sur les marchés publics.

L'autorité suédoise de la concurrence (SCA) est chargée de la bonne application des législations en matière de concurrence et de marchés publics. Pour accomplir ses tâches de contrôle dans ces deux domaines, la SCA crée des synergies précieuses via le partage de connaissances et d'expérience entre le personnel. Cette approche renforce la capacité de la SCA à traiter des affaires qui concernent les deux domaines, comme les ententes collusoires ou d'autres formes de collaboration déloyale qui pénalisent le jeu de la concurrence.

Le Département Antitrust du Ministère de la Justice américain (le Département) a mis en place depuis de nombreuses années des programmes d'information et de formation à destination des responsables des marchés publics et des enquêteurs. Les programmes en question permettent de développer une bonne relation entre d'une part, les fonctionnaires du Département qui ont la capacité de mener des enquêtes et poursuivre les faits de soumission concertée et d'autre part, les responsables des marchés publics qui sont bien placés pour détecter les faits de collusion. Les fonctionnaires du département Antitrust signalent le type de comportements que les responsables des marchés publics devraient avoir à l'œil pour détecter des soumissions concertées tandis que ces mêmes responsables fournissent des preuves qui peuvent potentiellement conduire à des enquêtes en bonne et due forme. D'après l'expérience du département Antitrust, ces efforts menés en commun ont permis de faire baisser les faits de soumission concertée lors des 20 à 30 dernières années.

Source : OCDE, Table ronde : enquêtes d'office sur les ententes et dispositifs de filtrage pour détecter les ententes, www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf; Forum mondial sur la concurrence, Lutte contre la corruption et Promotion de la concurrence, Résumé des débats, DAF/COMP/GF(2014)13/FINAL ainsi que des contributions écrites nationales lors du Forum mondial sur la concurrence (www.oecd.org/competition/globalforum/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm) ; réponses à l'enquête de 2015 sur la mise en œuvre de la Recommandation.

* Comité de l'OCDE sur la concurrence (2014), la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics en Colombie, Rapport du secrétariat sur les lois et pratiques en matière de marchés publics, www.oecd.org/daf/competition/Booklet_SIC%20Procurement%20Report_16X23_REV_web.pdf. Voir la Recommandation 1 à l'Annexe 6 - Recommandations adressées à la SIC : « [l'agence responsable des marchés publics] et la SIC devraient mettre au point un partenariat formel qui implique des relations régulières et constantes. Les deux organisations devraient être toutes deux concernées par l'analyse des problèmes liés aux marchés publics qui ont un impact sur la concurrence, la défense des mesures qui visent à promouvoir la concurrence dans les procédures de marchés publics et l'organisation d'activités d'information et de formation.

5. Futurs travaux

5.1 Mettre au point et ensuite valider les canaux de communication entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics

Comme indiqué dans la section 4.2, les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics coopèrent via des formations, l'échange d'information, le suivi des dossiers et l'accès aux données partagées. Des pays comme la Corée ont en outre commencé à échanger du personnel entre les deux autorités en question dans le but de renforcer leur coopération et partager des informations. En règle générale, les responsables des marchés publics sont légalement tenus de rapporter à l'autorité de la concurrence les cas de collusion. L'autorité espagnole de la concurrence (CNMC) est en contact avec la plateforme des marchés du secteur public (Plataforma de Contratación del Sector Público) dans le but d'échanger des informations et des données ayant trait aux marchés publics. Cette coopération permettra à la CNMC de mettre au point un logiciel de filtrage (pour des évaluations *ex ante* et *ex post* des marchés publics) et d'établir des études et des rapports sur les bonnes pratiques en la matière.

En revanche, ce qui semble faire défaut dans certains pays Membres et Partenaires, c'est un mécanisme bien défini qui permet d'assurer un flux d'informations constant et une relation de travail régulière entre les autorités de la concurrence et celles en charge des marchés publics. Les réponses à l'enquête de 2015 indiquent qu'il n'est pas toujours clair pour les fonctionnaires dans quelles conditions les autorités peuvent ou doivent communiquer entre elles, quelle est l'étendue possible de leurs contacts informels et quels résultats peuvent être attendus. Plus spécifiquement, ils ne sont pas sûrs que les informations concernant des cas suspects de soumission concertée seront traitées et gérées de manière appropriée par l'autorité en charge. À titre indicatif, dans le cadre de projets de l'OCDE d'évaluation par les pairs sur les marchés publics en Grèce et au Mexique, des acheteurs publics ont demandé si le fait d'informer les autorités de la concurrence de cas suspects de soumission concertée les obligeait à fournir toutes les preuves et ont signalé qu'ils avaient tendance à ne pas rapporter des comportements suspects en l'absence de preuves. Certains responsables des marchés publics ont indiqué qu'ils n'alertaient pas les autorités de la concurrence en cas de suspicion de soumission concertée car ils n'étaient pas sûrs des moyens de communication informels à utiliser pour contacter les autorités de la concurrence, notamment l'usage du téléphone ne leur était pas naturel. Ils craignaient également qu'on leur demande de s'impliquer personnellement si des enquêtes étaient lancées.

Des canaux de communication simples et clairs entre les autorités de la concurrence et les acheteurs publics peuvent encourager le signalement de faits suspects de soumission concertée. De la même manière, des éléments de clarification portant sur la responsabilité des fonctionnaires qui rapportent les faits suspects sont les bienvenus. Dans le cadre des projets nationaux, l'OCDE recommande de manière systématique que soient mis en place des accords de coopération entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics afin d'établir des canaux de communication clairs (en ce inclus une ligne téléphonique qui garantit l'anonymat) et d'introduire des mécanismes d'alerte qui veillent à ce que les fonctionnaires qui rapportent des indices de collusion ne soient pas exposés à des

représailles³². Les travaux futurs du Comité de la concurrence pourraient comprendre des indications sur la manière de favoriser la coopération entre les autorités de la concurrence et les autorités responsables des marchés publics, comme des canaux de communication formels et informels, la protection des fonctionnaires qui rapportent les infractions, des clarifications sur les implications du signalement d'activités suspectes et ses conséquences. Pourraient également être considérés plus avant des formations et des enquêtes menées ensemble, l'accès aux bases de données respectives et des échanges de personnel³³.

5.2 Renforcer les modes de coopération entre les autorités de la concurrence et les autorités anti-corruption

La corruption et les comportements anticoncurrentiels peuvent s'entrecroiser quand à des soumissions concertées s'ajoutent des faits corruption de fonctionnaires ou de commissions illégales³⁴. La collusion et la corruption sont des problèmes distincts dans la sphère des marchés publics mais elles peuvent souvent survenir conjointement et présentent des effets de renforcement réciproque³⁵. La corruption est un réel obstacle à la concurrence ; elle décourage les véritables concurrents à remettre une offre pour un marché s'ils redoutent une concurrence déloyale ou s'ils ne souhaitent pas, ou ne peuvent pas, payer des pots-de-vin. Pour ces raisons, la lutte contre la corruption figure en bonne place sur l'agenda des Pays Membres et Non membres de l'OCDE, avec dans l'idée de promouvoir la concurrence dans les marchés publics. Le fait que la concurrence loyale et l'intégrité du service public font bon ménage suscite de plus en plus d'intérêt. C'est pour cela que l'on cherche à rendre plus efficace la coopération entre les autorités de la concurrence et les autorités anticorruption.

L'OCDE a étudié depuis 2010³⁶ la relation entre la collusion et la corruption, la coopération entre les agences chargées de faire appliquer les politiques en matière de concurrence et celles de lutte contre la corruption ainsi que les pratiques de partage de connaissances et d'éléments de preuve. Le Forum mondial sur la concurrence des 27-28 février 2014 a consacré une session sur *La lutte contre la corruption et la promotion de la concurrence* à la relation entre la concurrence et la corruption, la capacité des législations antitrust à s'attaquer à la corruption, le rôle des autorités de la concurrence dans la lutte contre la corruption et la répartition des missions entre les autorités de la concurrence et les

³² Voir note de bas de page 11.

³³ Le groupe de travail sur les ententes du Réseau international de la concurrence a publié un chapitre du manuel du RIC relatif aux mesures d'application en matière d'ententes qui s'intitule « *Relations entre les agences de la concurrence et les organismes en charge des marchés publics* » qui présente des outils pratiques visant à développer des relations constructives entre les agences de la concurrence et les organismes en charge des marchés publics, <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1036.pdf>.

³⁴ Forum mondial sur la concurrence, Lutter contre la corruption et promouvoir la concurrence, contribution des États-Unis DAF/COMP/GF/WD(2014)19.

³⁵ Voir OCDE (2010) Table ronde: corruption et collusion dans les marchés publics, www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf ; Comité de la concurrence de l'OCDE (2011), Concurrence et marchés publics, principales constatations, www.oecd.org/regreform/sectors/competitionandprocurement-2011.htm; Forum latino-américain sur la concurrence (2012), Session III, Améliorer l'efficacité des marchés publics: la lutte contre la collusion et la corruption, Note d'information, DAF/COMP/LACF(2012)15. Le rapport contient des cas réels où la corruption et la collusion coexistent.

³⁶ Ibid.

autorités chargées de la lutte contre la corruption³⁷. Les participants au Forum mondial ont fait remarquer que les entreprises sont plus enclines à investir là où règnent la transparence et l'obligation de rendre des comptes dans la mesure où elles peuvent mieux prévoir les facteurs qui peuvent affecter leur retour sur investissement et ainsi réduire les risques encourus. Les entreprises ne souhaitent pas prendre le risque juridique qui est lié au fait de traiter avec des autorités corrompues car elles doivent de plus en plus se conformer aux engagements nationaux et internationaux contre la fraude et la corruption. Plusieurs participants ont plaidé pour un rôle à assigner aux autorités de la concurrence dans la lutte contre la corruption de manière à ce que les responsabilités, les ressources et les outils soient mieux répartis entre les autorités publiques.

Plusieurs pays Membres et Partenaires ont pris des initiatives afin de renforcer les partenariats entre les autorités de la concurrence et celles de la lutte contre la corruption (Encadré 7).

Encadré 7. Initiatives conjointes de lutte contre la corruption et contre les soumissions concertées dans les marchés publics

Le Bureau canadien de la concurrence a des partenariats avec les forces de police canadiennes. Il travaille spécifiquement avec les unités d'enquête contre la criminalité en col blanc dans la mesure où celles-ci peuvent se trouver en présence des éléments de preuve d'activités collusoires dans le cadre de leurs enquêtes, éléments qui peuvent être utilisés par le Bureau pour mener des enquêtes contre ces activités. Les forces de police ont également aidé le Bureau dans l'exécution de fouilles, plus particulièrement dans le soutien apporté à la sécurité des agents du Bureau et à la saisie de dossiers. Dans le cadre de ses efforts pour renforcer les liens avec les forces de police, le Bureau a envoyé un certain nombre d'agents au sein des unités de police de manière à ce que le Bureau et les policiers travaillent directement ensemble sur des enquêtes, partagent des bonnes pratiques, examinent des techniques et comprennent bien les missions, les tâches et domaines dans lesquels ils peuvent coopérer. Le Bureau a aussi mené des enquêtes avec les membres de l'Unité permanente anticorruption (UPAC) dans la province du Québec pour se pencher sur des faits présumés de corruption et de collusion dans les appels d'offre municipaux dans le secteur de la construction. Les enquêteurs du Bureau ont été déployés au sein de l'UPAC pour mener des enquêtes conjointement. L'expérience s'est révélée particulièrement positive dans la mesure où les ressources ont été utilisées de manière constructive et efficiente. Le Bureau continue de coopérer avec l'UPAC dans le cadre d'autres enquêtes.

La Commission mexicaine de la concurrence (Comisión Federal de Competencia Económica, COFECE) a collaboré avec le ministère de l'administration publique, qui est chargé de superviser les marchés publics pour détecter les cas de corruption, afin de fournir un avis conjoint au ministère de la santé dans le cadre de procédures de marchés publics pour des vaccins et des médicaments, et de réduire les risques de corruption et de collusion. En outre, le personnel de la COFECE reçoit une formation sur la législation en matière de marchés publics afin de pouvoir mieux détecter les cas de corruption tandis que le personnel du ministère de l'administration publique est formé par rapport à la concurrence, la prévention, la détection et la communication de faits de soumission concertée dans les marchés publics.

En Pologne, le Bureau central anticorruption a mis au point en 2010 des recommandations sur les pratiques de lutte contre la corruption dans les procédures de marchés publics. Le but de ces recommandations est d'encadrer les responsables des autorités responsables des marchés publics. Elles reprennent des descriptions et des schémas de pratiques de corruption, parmi lesquelles les soumissions concertées et les méthodes pour les empêcher. Entre 2008 et 2011, le Bureau central anticorruption a contrôlé, en compagnie du service de renseignement extérieur, les contrats dépassant les 20 millions de zlotys pour des cas possibles de soumission concertée. En 2012 et 2013, le Bureau pour la concurrence et la protection des consommateurs, l'UOKiK, a signé des accords de coopération concernant l'échange d'information avec le bureau du procureur général et l'agence de sûreté intérieure. En 2013, l'UOKiK a co-organisé avec le Bureau central anticorruption et le bureau du procureur général une conférence internationale pour commémorer la journée des Nations-Unies de lutte contre la corruption et pour envisager le rôle des institutions de l'administration publique dans l'identification des irrégularités commises dans le cadre des marchés publics.

³⁷

OCDE (2014) Forum mondial sur la concurrence, Lutte contre la corruption et promotion de la concurrence, résumé des débats, [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2014\)13/FINAL&dolanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2014)13/FINAL&dolanguage=en).

En Suède, l'autorité de la concurrence grâce à ses travaux en lien avec la concurrence et l'application de la législation en matière de marchés publics est en mesure d'observer les connexions avec la corruption quand elle gère des cas qui concernent par exemple des accords anticoncurrentiels ou des liens entre sociétés ainsi que des attributions illégales de marchés. La SCA collabore depuis un certain temps déjà avec l'unité suédoise de lutte contre la corruption afin de combattre les pratiques collusoires et d'aider les marchés à continuer de bien fonctionner.

Le département Antitrust du ministère américain de la justice (le département) instruit et mène les poursuites contre les infractions à la législation antitrust. Quand de telles infractions sont combinées avec des faits de corruption, le département travaille en collaboration avec d'autres structures chargées de faire respecter la loi. En fait, dans le manuel du procureur général, le point 7-1.100 constate que « *des bénéfices mutuels peuvent être tirés de situations où le bureau du procureur général et le département antitrust peuvent coordonner les poursuites et le traitement des affaires pénales qui concernent à la fois des infractions à la législation antitrust et d'autres infractions* ».

De la même manière, le Bureau fédéral d'enquête (FBI) fournit un soutien au département via son unité internationale contre la corruption (ICU) qui, outre les infractions à la législation antitrust, supervise les enquêtes concernant les faits présumés de corruption commis par des fonctionnaires américains et les cas de fraude commis contre le gouvernement fédéral américain. La raison pour regrouper ces activités sous la responsabilité de l'ICU est que les enquêtes dans un de ces domaines peuvent fournir des renseignements concernant un autre domaine.

En Lettonie, la majorité des cas d'entente traités par le Conseil de la concurrence sont liés aux soumissions concertées, sur lesquels le Conseil a enquêté en s'appuyant sur des informations reçues de l'autorité responsable de la lutte contre la corruption. Les infractions à la législation sur la concurrence sont gérées par le Conseil de la concurrence tandis que les faits de corruption sont traités par l'autorité chargée de la lutte contre la corruption. Les deux autorités travaillent ensemble via des canaux formels de communication (par exemple, l'autorité anticorruption renseigne officiellement un cas potentiel au Conseil de la concurrence via un document formel) ainsi que des canaux informels comme les contacts entre employés. Le Conseil de la concurrence envisage de mettre sur pied des formations communes pour les fonctionnaires de la concurrence et de la lutte contre la corruption ainsi que pour les enquêteurs.

Le service russe anti-monopole travaille de différentes manières avec le ministère des affaires intérieures, le bureau du procureur général et le Comité d'enquête de la fédération de Russie, en ce compris les échanges d'information, les enquêtes communes, les inspections surprises sur la base d'accords bilatéraux et multilatéraux

Source: Forum mondial sur la concurrence, Lutter contre la corruption et promouvoir la concurrence, résumé des débats, [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2014\)13/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2014)13/FINAL&doclanguage=en).

Les interactions entre la collusion et la corruption dans le cadre des marchés publics font qu'il est important que les autorités de la concurrence et les autorités en charge de la lutte contre la corruption soutiennent leurs efforts respectifs et travaillent ensemble pour partager l'information et se répartir les missions avec pour but ultime le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics et l'obtention de meilleurs résultats. Les futurs travaux du Comité de la concurrence pourraient viser à récolter des cas de bonne pratique en matière de coopération entre les deux autorités ainsi que des exemples de compétences et d'éléments dont les autorités anticorruption ont besoin pour optimiser la lutte contre les soumissions concertées : l'étendue des compétences professionnelles, les méthodes d'enquête et le type de ressources à mobiliser (notamment, les logiciels spécialisés). Les activités futures pourraient aussi inclure des cas de bonne pratique et des recommandations en vue du développement de stratégies globales pour lutter contre la corruption et la collusion dans les marchés publics.

5.3 Développement de mécanismes pour mesurer et contrôler dans le temps l'impact sur la concurrence de la législation et des pratiques relatives aux marchés publics

La Recommandation demande aux Adhérents de « mettre au point des outils d'évaluation, de quantification et de suivi de l'impact des textes législatifs et réglementaires relatifs aux marchés publics sur la concurrence ».

En 2011, l'Institut mexicain pour la concurrence (Instituto Mexicano para la Competitividad, IMCO) a mis au point 41 indicateurs pour évaluer la qualité de la législation en matière de marchés publics dans les 32 états mexicains³⁸ sur la base des Lignes directrices de la Recommandation et avec le soutien de l'autorité mexicaine de la concurrence. Les 41 indicateurs servent à a) déterminer le statut actuel de la législation en matière de marchés publics dans chaque état, b) identifier les possibilités d'amélioration, c) définir une stratégie visant à améliorer la situation, d) comparer les systèmes au niveau régional et les informations qui en découlent constituera la base des échanges de bonnes pratiques et d'expertise, et e) évaluer dans le temps les progrès réalisés dans chaque état par rapport à la capacité de la législation en matière de marchés publics à favoriser le jeu de la concurrence. Sur la base des résultats de cette évaluation, l'IMCO a recommandé des améliorations à mettre en œuvre dans la législation et les pratiques des états de Guerrero et de Zacatecas.

Le Comité de la concurrence pourrait inclure dans ses futurs travaux la mise au point d'indicateurs visant à mesurer et à surveiller dans la durée l'impact de la législation en matière de marchés publics sur la concurrence. Ces indicateurs pourraient chercher à mesurer la manière dont les règlements sont appliqués dans la pratique dans la mesure où les répondants à l'enquête ont signalé que de nombreux défis se posent dès la phase de mise en œuvre lorsque les capacités techniques, budgétaires ou en personnel permettant de promouvoir et de faire appliquer les règles de la concurrence sont limitées.

³⁸ Instituto Mexicano para la Competitividad, *Competition in public procurement: evaluation of quality of the state regulations in Mexico* (Competencia en las compras públicas: Evaluación de la calidad de la normatividad estatal en México), septembre 2011, at www.imco.org.mx.

6. Principales constatations

Il a été constaté que la Recommandation est considérée comme fiable, qu'elle a toujours sa raison d'être et qu'elle ne nécessite aucune révision. Plus particulièrement :

- Les pays suivent la plupart des provisions de la Recommandation. Notamment, les initiatives de sensibilisation par rapport aux risques de collusion, les supports destinés à la formation, les listes de vérification à l'intention des responsables des marchés publics et l'utilisation des données relatives aux marchés publics à des fins de détection de faits de collusion sont en accord avec la Recommandation. Les législations nationales s'inspirent de la Recommandation ou incorporent carrément des éléments de celle-ci, comme prévu dans la section 4.1 du rapport.
- Certains délégués ont relevé l'existence de quelques problèmes plus spécifiquement dans la fréquence et la qualité de la coopération entre les autorités responsables des marchés publics et les autorités de la concurrence. Le manque de mesures incitant les responsables des marchés publics à rechercher des formes de coopération est perçu comme un réel obstacle.
- Les Adhérents doivent continuer à surveiller de près les domaines où les règles sont moins respectées, à travers, par exemple, des outils de mesure et d'évaluation de l'impact de la législation en matière de marchés publics sur la concurrence.
- Le prochain cycle de contrôle de la mise en œuvre de la Recommandation pourrait inclure un inventaire approfondi des mesures nationales visant à évaluer les niveaux et la qualité de la conformité aux normes de la Recommandation à l'échelle régionale et nationale des administrations publiques dans la mesure où les répondants n'ont pas indiqué qu'ils disposaient d'un mécanisme centralisé leur permettant de contrôler la mise en œuvre à tous les niveaux de pouvoir.
- Le Comité de la concurrence mènera, si besoin en est, le prochain contrôle de la mise en œuvre de la Recommandation.

7. Futurs travaux

Les futurs travaux pourraient se pencher sur :

- les risques de collusion provenant d'études de marché réalisées avant la procédure d'appel d'offres et les initiatives visant à organiser des formations sur les risques concurrentiels dans les marchés publics à l'intention du secteur privé, notamment des petites et moyennes entreprises ;
- les bonnes pratiques en matière de sensibilisation proactive et de méthodes de coopération entre les autorités actives dans la lutte contre les soumissions concertées, notamment les autorités responsables des marchés public et les autorités chargées de la lutte contre la corruption ainsi que les institutions de contrôle ;
- le développement de mesures incitant les responsables des marchés publics à prendre une part active dans la lutte contre les soumissions concertées et la restriction du nombre de mesures incitatives qui divergent pour le moment.

ANNEXE I.

Recommandation du conseil de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics

Telle qu'adoptée par le Conseil le 17 juillet 2012
[C(2012)115 - C(2012)115/CORR1 - C/M(2012)9, item 137]

LE CONSEIL,

VU l'Article 5 b) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques du 14 décembre 1960 ;

VU la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, qui invite « les pays Membres [à] faire en sorte que leur législation de la concurrence mette fin aux ententes injustifiables et aie un effet dissuasif à l'égard de ces ententes », dont font partie « un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix [ou à] procéder à des soumissions concertées » [C(98)35/FINAL] ;

VU la Recommandation du Conseil sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics qui mentionne que la collusion compte au nombre des « violations de l'intégrité » dans le domaine des marchés publics et qui reconnaît que les efforts visant à améliorer la gouvernance et l'intégrité dans les marchés publics s'inscrivent dans le cadre d'une gestion efficiente et efficace des ressources publiques et donc de l'argent des contribuables [C(2008)105] ;

VU en particulier le Principe 1 (Instaurer un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels) et le Principe 7 (Prévoir des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics ainsi que déceler les fautes commises et les sanctionner) de la Recommandation du Conseil sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics ;

VU le Troisième rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, qui mentionne que la lutte contre les comportements anticoncurrentiels lors des procédures d'adjudication publique et dans les marchés publics fait partie des priorités que les Membres devraient s'assigner en matière d'application de la loi pour lutter contre les ententes injustifiables [C(2005)159] ;

RECONNAISSANT que les marchés publics sont une activité économique essentielle des États qui a un impact général sur la concurrence du marché, à court et à long terme, car elle peut avoir une incidence sur l'innovation et les investissements dans un secteur d'activité donné et sur la compétitivité globale des marchés, et avoir des retombées favorables pour l'économie dans son ensemble ;

RECONNAISSANT que, dans les marchés publics, la concurrence favorise l'efficacité, ce qui contribue à assurer que les biens et services proposés aux entités publiques correspondent mieux à leurs préférences et, s'accompagne d'avantages pour les consommateurs finaux, les usagers des services publics et les contribuables comme la minoration des prix, l'amélioration de la qualité, le renforcement de l'innovation, les gains de productivité et, plus généralement, un meilleur rapport qualité/prix ;

RECONNAISSANT que la collusion dans le cadre des procédures d'adjudication publique, autrement dit les soumissions concertées, compte parmi les infractions les plus flagrantes au droit de la concurrence qui lèsent l'acheteur public en faisant monter les prix et en restreignant l'offre, rendant de ce fait les biens et services inaccessibles à certains acheteurs et inutilement onéreux pour d'autres, au détriment des utilisateurs finaux des biens et services publics et des contribuables ;

RECONNAISSANT que certaines règles de passation des marchés publics peuvent involontairement favoriser la collusion même lorsqu'elles ne visent pas à amoindrir la concurrence ;

RECONNAISSANT que les règles qui restreignent indument la concurrence peuvent généralement être révisées de façon à promouvoir la concurrence du marché tout en atteignant tout de même des objectifs de politique publique ; et

RECONNAISSANT les efforts déployés pour diffuser les Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics adoptées par le Comité de la concurrence en 2009 [DAF/COMP(2009)1/FINAL] ;

NOTANT que nombre de Membres de l'OCDE ont mis au point des outils pour détecter et limiter les soumissions concertées dans les adjudications de marchés publics ;

Sur la proposition du Comité de la concurrence :

I. RECOMMANDE aux Membres d'évaluer les différentes caractéristiques de leurs législations relatives aux marchés publics et de leurs pratiques en la matière, ainsi que leur impact sur la probabilité de collusion entre soumissionnaires. Les Membres devraient faire leur possible pour concevoir des procédures d'adjudication de marchés publics applicables à tous les niveaux de l'administration de telle sorte que ces procédures favorisent une concurrence plus efficace et réduisent le risque de soumissions concertées, tout en veillant à obtenir le meilleur rapport qualité/prix.

À cet effet, les responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration devraient :

1. Connaître, avec le concours des autorités de tutelle des différents secteurs d'activité, les caractéristiques générales du marché concerné, la gamme de produits/services proposés sur ce marché et qui seraient susceptibles de satisfaire aux exigences de l'acheteur, ainsi que les fournisseurs potentiels de ces produits et/ou services.
2. Promouvoir la concurrence en obtenant la participation du plus grand nombre possible de soumissionnaires potentiels :
 - (i) en définissant des conditions de participation transparentes, non-discriminatoires et qui ne limitent pas indument la concurrence ;

-
- (ii) en rédigeant, dans la mesure du possible, des spécifications et un cahier des charges dans l'optique des performances fonctionnelles, c'est-à-dire dans l'optique de l'objectif à atteindre et non de la manière de l'atteindre, afin d'inciter le plus grand nombre possible de soumissionnaires, y compris les fournisseurs de produits de remplacement, à participer aux procédures d'adjudication publique ;
 - (iii) en ménageant, s'il y a lieu, aux entreprises d'autres pays ou d'autres régions du pays la possibilité de participer ; et
 - (iv) lorsque cela est possible, en permettant aux petites et moyennes entreprises de participer même si elles ne peuvent soumissionner pour l'intégralité du marché.
3. Concevoir la procédure d'adjudication de façon à réduire les possibilités de communication entre soumissionnaires soit avant la procédure, soit au cours de celle-ci. Il convient ainsi de privilégier les procédures sous pli scellé, de limiter autant que possible le recours à des réunions de clarification ou à des visites sur site auxquelles les soumissionnaires assistent en personne et de lui préférer l'utilisation de procédures à distance – comme les communications par voie de messagerie électronique ou autres technologies reposant sur l'Internet – dans le cadre desquelles l'identité des participants peut être tenue confidentielle.
 4. Adopter des critères de sélection conçus (i) pour renforcer l'intensité et l'efficacité de la concurrence lors de la procédure d'adjudication et (ii) pour veiller à toujours disposer d'un nombre suffisant de soumissionnaires potentiels crédibles qui seront encore intéressés à l'avenir par les appels d'offres concernant de futurs projets. Il convient de choisir les critères qualitatifs de sélection et d'adjudication de façon à ne pas inutilement dissuader les soumissionnaires crédibles, notamment les petites et moyennes entreprises, de participer aux adjudications publiques.
 5. Intensifier les efforts déployés pour lutter contre la collusion et renforcer la concurrence dans le cadre des procédures d'adjudication publique en encourageant les organismes chargés des marchés publics à utiliser des systèmes de soumission électronique qui pourront être accessibles à un plus grand nombre de soumissionnaires et être moins onéreux, ainsi que pour conserver les informations relatives à l'accès aux marchés publics afin de permettre une analyse appropriée du comportement des soumissionnaires et des données relatives aux offres.
 6. Imposer à tous les soumissionnaires de signer un certificat de détermination indépendante des offres ou une attestation équivalente du fait que l'offre qu'ils soumettent est authentique, n'a aucun caractère collusif et qu'ils la soumettent en ayant bien l'intention d'accepter le marché si celui-ci leur est adjugé.
 7. Faire figurer dans l'avis d'appel d'offres une mise en garde concernant les sanctions dont sont passibles, dans le pays considéré, les soumissions concertées, par exemple des amendes, des peines d'emprisonnement et autres sanctions prévues par le droit de la concurrence, une interdiction temporaire de participer à des procédures d'adjudication publique, ainsi que les sanctions encourues en cas de signature d'un certificat de détermination indépendante des offres mensonger et la possibilité d'actions en dommages-intérêts de la part de l'organisme passant le marché. Les sanctions prévues devraient avoir un effet de dissuasion suffisant, compte tenu de la procédure de clémence en place, le cas échéant, dans le pays.

II. RECOMMANDE aux Membres de veiller à ce que les responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration aient connaissance des signaux d'alerte, des comportements suspects et des éléments inhabituels qui peuvent être révélateurs d'une collusion lors des soumissions, de sorte que les activités suspectes soient mieux identifiées par les organismes publics compétents et que ceux-ci soient en mesure, le cas échéant, d'ouvrir une enquête.

Les Membres devraient ainsi encourager les autorités de la concurrence à :

1. Travailler en partenariat avec les organismes chargés des marchés publics afin de rédiger des documents, sur support imprimé ou électronique, traitant des indicateurs de fraude et de collusion, documents qui devront être diffusés à toute personne administrant et/ou facilitant l'attribution de fonds publics ;
2. Fournir ou proposer un soutien aux organismes chargés des marchés publics afin qu'ils puissent dispenser aux responsables des marchés publics, contrôleurs et enquêteurs à tous les niveaux de l'administration une formation sur les techniques d'identification des comportements suspects et des éléments inhabituels lors des soumissions qui peuvent être révélateurs d'une collusion ; et
3. Instaurer une relation permanente avec les organismes chargés des marchés publics de sorte que, si les mécanismes de prévention n'ont pas permis de protéger les fonds publics d'une collusion entre tiers, ces organismes signaleront la collusion suspectée à l'autorité de la concurrence (et à toute autre autorité compétente) et seront assurés que l'autorité de la concurrence leur apportera son concours pour enquêter et engager des poursuites en cas de comportement anticoncurrentiel potentiel, de quelque nature qu'il soit.

Les Membres devraient en outre envisager de mettre en place des mécanismes adéquats pour inciter les responsables des marchés publics à prendre des mesures efficaces de prévention et de détection des soumissions concertées, par exemple en faisant expressément de la prévention et de la détection des soumissions concertées l'une des obligations statutaires incombant aux responsables des marchés publics ou en récompensant, lors des évaluations de performances professionnelles, les responsables des marchés publics qui auront réussi à détecter des pratiques anticoncurrentielles avérées.

III. RECOMMANDE aux Membres d'encourager les responsables des marchés publics à tous les niveaux de l'administration à suivre les Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics, figurant en Appendice à la présente Recommandation, dont elles forment partie intégrante.

IV. RECOMMANDE aux Membres de mettre au point des outils d'évaluation, de quantification et de suivi de l'impact des textes législatifs et réglementaires relatifs aux marchés publics sur la concurrence.

V. INVITE les Membres à diffuser largement la présente Recommandation au sein de leur administration et de leurs organismes publics.

VI. INVITE les non-Membres à adhérer à la présente Recommandation et à la mettre en œuvre.

VII. CHARGE le Comité de la concurrence :

- i) de servir de forum pour permettre aux Membres, ainsi qu'aux non-Membres ayant adhéré à la présente Recommandation, d'échanger leurs expériences respectives dans les domaines qui en relèvent ;
- ii) de promouvoir la présente Recommandation auprès d'autres comités et organes de l'OCDE concernés ; et
- iii) d'assurer un suivi de la mise en œuvre de la présente Recommandation et de faire rapport au Conseil au plus tard trois ans après son adoption et, s'il y a lieu, ultérieurement.

ANNEXE II.

Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics *

[DAF/COMP(2009)1/FINAL]

1. Introduction

On se trouve en présence de soumissions concertées (ou d'offres collusoires) lorsque des entreprises censées se livrer concurrence dans des conditions de secret s'entendent pour majorer les prix ou diminuer la qualité de biens ou de services au détriment d'acquéreurs souhaitant se procurer des biens ou services par voie d'appel à la concurrence. Les organismes publics et privés utilisent souvent une procédure d'appel à la concurrence pour optimiser leurs dépenses. Il est souhaitable d'obtenir des prix d'un bas niveau et/ou des produits de meilleure qualité parce qu'ainsi des ressources sont économisées ou peuvent servir à acquérir d'autres biens et services. Une procédure concurrentielle ne peut aboutir à des prix plus bas, à une meilleure qualité et à plus d'innovation que si les entreprises se font véritablement concurrence (c'est-à-dire, fixent leurs conditions en toute honnêteté et en toute indépendance). Les soumissions concertées peuvent être particulièrement nocives dans le domaine des marchés publics¹. Ces collusions coûtent des ressources aux acquéreurs et aux contribuables, entament la confiance du public dans les procédures d'appel à la concurrence et annihilent les effets bénéfiques d'un marché concurrentiel.

Les soumissions concertées sont illicites dans tous les pays Membres de l'OCDE et elles peuvent donner lieu à des enquêtes et à des sanctions en vertu du droit de la concurrence. Dans plusieurs pays Membres de l'OCDE, les soumissions concertées constituent également une infraction pénale.

2. Formes courantes de soumissions concertées

Les soumissions concertées peuvent prendre de nombreuses formes, qui entravent toutes l'action menée par l'acheteur – souvent une administration nationale ou une collectivité locale – pour obtenir des biens et services au prix le plus bas possible. Fréquemment, les concurrents s'entendent par avance pour

* Les lignes directrices de l'OCDE pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics sont disponibles pour téléchargement gratuit en plusieurs langues sur la page: www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm.

¹ Dans les pays de l'OCDE, les marchés publics représentent environ 15 % du PIB. Dans un grand nombre de pays non-Membres de l'OCDE, cette proportion est même plus forte. Voir OCDE, « Corruption dans les marchés publics : méthodes, acteurs et contre-mesures », 2007.

désigner l'entreprise qui soumettra l'offre gagnante pour un marché attribué par voie d'appel à la concurrence. L'un des objectifs courants de la collusion par soumissions concertées est de faire en sorte que l'offre gagnante soit plus élevée, de façon à majorer le bénéfice de l'entreprise qui aura soumis cette offre.

Les soumissions concertées comportent souvent divers mécanismes de répartition et de distribution, entre les parties à la collusion, des bénéfices supplémentaires obtenus grâce aux prix plus élevés auxquels a été attribué le marché. Par exemple, les concurrents qui acceptent de ne pas soumissionner ou de soumissionner à un prix non concurrentiel peuvent recevoir de l'attributaire du marché des contrats de sous-traitance ou d'approvisionnement, de manière à répartir le produit de l'offre illicite qui s'est traduite par un prix majoré. Mais certains schémas anciens de soumissions concertées peuvent reposer sur des méthodes plus raffinées, appliquées durant plusieurs mois ou plusieurs années, de désignation de l'entreprise qui remportera le marché ainsi que de contrôle et de répartition des gains liés aux soumissions concertées. Ces schémas peuvent également comporter des paiements de l'attributaire du marché à une ou plusieurs des parties à la collusion. Cette compensation intervient souvent également en liaison avec la soumission d'offres de "couverture" (plus élevées)².

Les individus et les entreprises peuvent mettre en œuvre des formes très variables de soumissions concertées, mais cette pratique se caractérise généralement par le recours à une ou plusieurs stratégies courantes, qui peuvent être combinées. Par exemple, les offres de couverture peuvent s'accompagner d'un système de rotation des offres. Ces stratégies se traduisent par des schémas de comportement que les responsables des marchés publics peuvent détecter, ce qui les aide à mettre à jour les soumissions concertées.

- **Offres de couverture.** L'offre de couverture (dite également "complémentaire", "de complaisance", "fictive", ou "symbolique") est la technique la plus fréquemment utilisée pour les soumissions concertées. Il y a offre de couverture lorsqu'un individu ou une entreprise accepte de soumettre une offre qui comporte au moins une des caractéristiques suivantes : (1) un concurrent accepte de soumettre une offre qui est plus élevée que celle de l'entreprise censée remporter le marché, (2) un concurrent soumet une offre dont on sait qu'elle est trop élevée pour être acceptée, ou (3) un concurrent soumet une offre qui est assortie de conditions spéciales notoirement inacceptables par l'acheteur. Les offres de couverture visent à donner l'apparence d'une véritable concurrence.
- **Suppression d'offres.** Les schémas de suppression d'offres résultent d'accords entre concurrents par lesquels une ou plusieurs entreprises conviennent de ne pas soumissionner ou de retirer une offre faite précédemment, de façon que soit acceptée l'offre de l'entreprise censée remporter le marché. En définitive, la suppression d'offres signifie que l'entreprise ne soumet pas une offre pour examen final.
- **Rotation des offres.** Lorsqu'il y a rotation des offres, les entreprises parties à la collusion continuent de soumissionner, mais elles conviennent que chacune remportera à tour de rôle le marché. La rotation des offres peut prendre des formes très variables. Par exemple, les entreprises parties à la collusion pourront choisir d'attribuer à chacune d'entre elles une valeur

² Dans la plupart des cas, le paiement compensatoire sera facilité par l'établissement d'une fausse facture pour opérations fictives de sous-traitance. Les contrats frauduleux de conseil peuvent être également employés à cet effet.

monétaire approximativement égale correspondant à un certain groupe de marchés, ou d'attribuer des volumes correspondant à la taille de chaque entreprise.

- **Répartition des marchés.** Les concurrents procèdent à un “dépeçage” du marché et conviennent de ne pas se concurrencer pour certains clients ou certaines zones géographiques. Les entreprises concurrentes peuvent, par exemple, affecter certains clients ou types de clients à certaines entreprises, de façon que leurs concurrentes ne soumissionnent pas (ou ne soumettent qu'une offre de couverture) aux marchés passés par une certaine catégorie de clients potentiels. En contrepartie, le concurrent bénéficiaire ne soumettra pas d'offres concurrentielles pour les marchés passés par une certaine catégorie de clients réservée aux autres entreprises parties à l'accord.

3. Caractéristiques du secteur, du produit ou du service contribuant à la collusion

Pour que les entreprises puissent mettre en œuvre avec succès un accord collusoire, elles doivent s'entendre sur des mesures communes en vue d'appliquer l'accord, de contrôler son respect par les autres entreprises et de sanctionner d'une manière ou d'une autre les entreprises qui ne s'y conforment pas. Les soumissions concertées peuvent être présentes dans toute activité économique, mais elles se produiront plus probablement dans certains secteurs en raison des caractéristiques particulières de l'activité ou du produit en cause. Ces caractéristiques ont tendance à favoriser les pratiques de soumissions concertées. Les indicateurs de soumissions concertées qu'on examinera ci-après peuvent être encore plus significatifs lorsque certains facteurs contributifs sont également à l'œuvre. Dans ce cas, les responsables des marchés publics doivent se montrer extrêmement vigilants. S'il est vrai que diverses caractéristiques propres à certains secteurs ou à certains produits se révèlent propices à une collusion, elles ne doivent pas nécessairement être toutes réunies pour que les soumissions concertées soient couronnées de succès.

- **Petit nombre d'entreprises.** La probabilité de soumissions concertées est plus forte lorsqu'un petit nombre d'entreprises fournissent le bien ou le service. Moins les vendeurs sont nombreux, plus il leur est facile de se concerter pour leurs soumissions.
- **Entrée sur le marché faible ou inexistante.** Lorsque peu d'entreprises sont récemment entrées sur le marché ou sont susceptibles d'y entrer parce que cette entrée est coûteuse, difficile ou lente, les entreprises opérant sur ce marché sont protégées des pressions concurrentielles que peuvent exercer de nouveaux entrants. Cette protection les aide pour d'éventuelles opérations de soumissions concertées.
- **Conditions du marché.** Les fortes variations de l'offre ou de la demande ont tendance à déstabiliser les accords conclus par les entreprises en vue de soumissions concertées. Si la demande du secteur public est constante et prévisible, le risque de collusion a tendance à s'amplifier. Mais en période de bouleversement ou d'incertitude économiques, l'incitation aux soumissions concertées s'accroît également, les entreprises s'efforçant de compenser un moindre volume d'affaires par des gains collusoires.
- **Associations professionnelles.** Les associations professionnelles³ peuvent constituer pour les membres d'un secteur industriel ou commercial ou d'un secteur des services un mécanisme proconcurrentiel légitime lorsqu'il s'agit de promouvoir des normes, l'innovation et la

³ Une association professionnelle rassemble les individus et entreprises ayant des intérêts commerciaux communs, qui se regroupent pour promouvoir leurs objectifs commerciaux ou professionnels.

concurrence. En revanche, lorsque leur objet est subverti au profit d'activités illicites et anticoncurrentielles, ces associations peuvent être utilisées par les dirigeants d'entreprises pour tenir des réunions et dissimuler leurs discussions en vue de la conclusion et de la mise en œuvre de soumissions concertées.

- Offres répétitives. Les marchés répétitifs augmentent la probabilité de collusion. La fréquence des appels à la concurrence aide les parties à un accord de soumissions concertées à se répartir les marchés. De plus, les parties à la collusion peuvent sanctionner une entreprise qui ne se conforme à l'accord en soumissionnant spécifiquement contre cette entreprise pour les marchés qu'elle devait initialement obtenir. Par conséquent, les marchés de biens ou services à caractère périodique peuvent nécessiter une action et une vigilance particulières pour empêcher les offres collusoires.
- Produits ou services identiques ou simples. Lorsque les produits ou services vendus sont identiques ou très similaires, les entreprises peuvent plus facilement s'entendre sur une structure commune de prix.
- Peu de substituts, voire aucun. Lorsqu'il n'y a que peu de produits de bonne qualité (voire aucun) pouvant se substituer aux produits ou services faisant l'objet du marché, les entreprises souhaitant soumissionner de façon concertée peuvent se livrer plus sûrement à cette pratique en sachant que l'acheteur n'a que peu de solutions de remplacement (voire aucune) et que, par conséquent, elles auront plus de chances d'obtenir des prix plus élevés.
- Peu ou pas de changement technologique. Peu ou pas d'innovation pour le produit ou service aide les entreprises à s'entendre et à préserver leurs accords dans la durée.

A. Liste de vérification pour la conception de la procédure de passation des marchés dans l'optique de la réduction des risques de soumissions concertées

Un grand nombre de mesures peuvent être prises pour promouvoir une concurrence plus efficace dans les marchés publics et réduire le risque de soumissions concertées. Les organismes qui passent ces marchés devraient envisager les mesures suivantes :

1. S'informer avant de concevoir la procédure de passation des marchés

Rassembler des informations en ce qui concerne l'éventail des produits et/ou services disponibles sur le marché qui répondent aux besoins de l'acheteur et en ce qui concerne également les fournisseurs potentiels de ces produits ou services est le meilleur moyen pour les responsables des marchés publics de concevoir la procédure de passation du marché de façon à optimiser leur dépense. Il faut développer une expertise interne dès que possible.

- S'enquérir des caractéristiques du marché sur lequel l'achat sera effectué et des activités ou tendances récentes du secteur susceptibles d'influer sur la concurrence dans le cas d'espèce.
- Déterminer si le marché sur lequel l'achat sera effectué présente des caractéristiques telles qu'une collusion est plus probable¹.
- Réunir des informations sur les fournisseurs potentiels, leurs produits, leurs prix et leurs coûts. Si possible, comparer les prix pratiqués pour les marchés B2B².
- Rassembler des informations sur les modifications récentes des prix. S'informer sur les prix pratiqués dans les zones géographiques voisines et sur les prix des éventuels produits ou services de remplacement.
- S'informer sur les appels à la concurrence antérieurs pour des produits ou services identiques ou similaires.
- Contacter les autres acquéreurs et clients du secteur public qui ont récemment acheté des produits ou services similaires, afin de mieux connaître le marché et ses participants.
- En cas de recours à des consultants extérieurs pour mieux estimer les prix ou les coûts, veiller à ce qu'ils aient signé des engagements de confidentialité.

¹ Voir la section ci-dessus "Caractéristiques du secteur, du produit et du service contribuant à la collusion".

² Le sigle B2B est couramment utilisé pour désigner les opérations de commerce électronique entre entreprises.

2. Concevoir la procédure d'appel à la concurrence de façon à obtenir une participation potentielle maximale de fournisseurs véritablement concurrents

Une plus vive concurrence pourra être obtenue si suffisamment de fournisseurs crédibles sont à même de répondre à l'appel à la concurrence et sont incités à se livrer concurrence pour le marché considéré. Par exemple, la participation à l'appel à la concurrence pourra être facilitée si les responsables des marchés publics réduisent les coûts de soumissionnement, fixent des conditions de participation qui ne limitent pas déraisonnablement la concurrence, ouvrent la participation aux entreprises d'autres régions ou d'autres pays, ou trouvent des solutions pour inciter les petites entreprises à participer, même si elles ne peuvent pas soumissionner pour la totalité du marché.

- Éviter les restrictions inutiles pouvant réduire le nombre de soumissionnaires remplissant les conditions requises. Fixer des conditions minimales proportionnées au volume et à la nature du marché qui est passé. Ne pas fixer des conditions minimales faisant obstacle à la participation, notamment en ce qui concerne la taille, la composition ou la nature des entreprises autorisées à soumissionner.
- Imposer de lourdes garanties financières aux soumissionnaires peut empêcher des petites entreprises remplissant par ailleurs les conditions requises de participer à l'appel à la concurrence. Si possible, veiller à ce que les sommes exigées ne soient pas supérieures à ce qui est nécessaire pour répondre à l'objectif souhaité, obtenir une garantie.
- Alléger autant que possible les contraintes pouvant entraver la participation des entreprises étrangères aux marchés publics.
- Dans toute la mesure du possible, qualifier les soumissionnaires au cours de la procédure d'appel à la concurrence pour prévenir les pratiques collusoires entre les membres d'un groupe préqualifié et pour faire en sorte que les entreprises se trouvent davantage dans l'incertitude quant au nombre et à l'identité des soumissionnaires. Éviter un délai très long entre la qualification et l'attribution des marchés, car cela peut faciliter la collusion.
- Réduire les coûts de préparation de l'offre. Une série de mesures peuvent être prises à cet effet :
 - Rationaliser la procédure d'appel à la concurrence dans la durée et pour les différents produits ou services (par exemple, utiliser les mêmes formulaires, demander le même type d'informations, etc.)³.
 - Regrouper les appels à la concurrence de façon à étaler les coûts fixes de préparation des soumissions.
 - Établir des listes officielles d'entreprises agréées ou certifiées par des organismes officiels.
 - Laisser aux entreprises un délai suffisant pour préparer et soumettre leur offre. Par exemple, envisager de rendre publiques bien à l'avance les informations concernant un projet de pipeline, en diffusant cette information dans les périodiques et sites web professionnels.
 - Utiliser un système de soumission électronique, s'il en existe un.

³ Rationaliser la préparation de l'offre ne doit pas néanmoins empêcher les responsables des marchés publics de chercher à améliorer constamment la procédure de passation des marchés (type de procédure, quantités achetées, calendrier, etc.).

- Chaque fois que possible, autoriser les offres pour certains lots ou objets du marché, ou pour des combinaisons de lots ou d'objets, plutôt que les offres portant uniquement sur l'ensemble du marché⁴. Par exemple, pour les marchés à gros volume, rechercher les éléments qui pourraient attirer les petites et moyennes entreprises et leur conviendraient.
- Ne pas disqualifier pour les marchés futurs ni radier immédiatement d'une liste de candidats les entreprises qui n'ont pas soumissionné à un appel à la concurrence récent.
- Faire preuve de souplesse en ce qui concerne le nombre d'entreprises auxquelles une offre est demandée. Par exemple, si l'on exige au départ cinq soumissionnaires, mais que trois entreprises seulement soumissionnent, on pourra se demander s'il ne serait pas possible d'obtenir un résultat concurrentiel avec ces trois entreprises, plutôt que de lancer absolument un nouvel appel à la concurrence, qui fera probablement apparaître encore plus clairement la faiblesse de la concurrence.

3. Fixer clairement vos conditions et éviter toute prévisibilité

La rédaction des spécifications et du cahier des charges est un stade de la passation des marchés publics qui se prête à l'arbitraire, à la fraude et à la corruption. Les spécifications/le cahier des charges doivent être conçus de façon à ne favoriser personne et à être clairs, complets et non discriminatoires. Ils doivent en règle générale privilégier la performance fonctionnelle, c'est-à-dire le résultat à atteindre, plutôt que les modalités d'exécution. Cela incitera à l'innovation tout en optimisant la dépense. La rédaction des conditions imposées aux soumissionnaires influe sur le nombre et le type de fournisseurs qui répondront à l'appel à la concurrence et, partant, sur le succès de la procédure de sélection. Plus les conditions sont claires, mieux les fournisseurs potentiels les comprendront et plus ils auront confiance lorsqu'ils prépareront et soumettront leurs offres. Il ne faut pas confondre néanmoins clarté et prévisibilité. Les calendriers prévisibles de passation des marchés et l'intangibilité des quantités vendues ou achetées peuvent faciliter la collusion. À l'inverse, si les marchés sont d'un montant plus élevé et moins fréquents, les entreprises sont davantage incitées à concourir.

- Fixer vos conditions aussi clairement que possible dans l'appel à la concurrence. Les spécifications devront faire l'objet d'une vérification par un organisme indépendant avant leur publication finale de façon à s'assurer qu'elles sont parfaitement compréhensibles. Veiller à ne pas laisser la possibilité aux fournisseurs de définir certaines conditions clés après l'attribution du marché.
- Utiliser des spécifications conçues en termes de résultat et faire savoir ce qui doit être effectivement réalisé, plutôt que donner une description du produit.
- Éviter de lancer un appel à la concurrence alors que le marché n'en est qu'aux premiers stades de la spécification : une définition complète des besoins est primordiale pour une passation efficace des marchés. Dans des circonstances très exceptionnelles, si cela est inévitable, demander aux entreprises de soumissionner en termes de prix unitaire. Ce tarif pourra ensuite être utilisé lorsque les quantités seront connues.
- Définir les spécifications en tenant compte des produits de remplacement ou, chaque fois que possible, dans l'optique des performances et conditions fonctionnelles. Les pratiques

⁴ Les responsables des marchés publics doivent avoir tout à fait conscience que, si elle n'est pas mise en œuvre correctement (c'est-à-dire de façon suffisamment prévisible), la technique du fractionnement des marchés peut permettre aux parties à une collusion de mieux se répartir les marchés.

collusoires sont plus difficiles à mettre en œuvre lorsqu'il existe d'autres sources d'approvisionnement ou de nouvelles sources d'approvisionnement.

- Éviter toute prévisibilité dans les conditions des marchés : envisager de regrouper ou dégroupier les marchés de façon à faire varier leur volume et leur calendrier.
- Coopérer avec les autres organismes du secteur public en passant conjointement des marchés.
- Éviter de passer des marchés de valeur identique, car les concurrents peuvent facilement se les répartir.

4. Concevoir la procédure d'appel à la concurrence de façon à réduire efficacement la communication entre les candidats

Lors de la conception de la procédure d'appel à la concurrence, les responsables des marchés publics doivent bien avoir à l'esprit les différents facteurs facilitant la collusion. L'efficacité de la passation des marchés sera fonction non seulement du type d'appel à la concurrence qui aura été choisi, mais aussi de sa conception et de son exécution. La transparence est la condition indispensable d'une saine procédure de passation des marchés si l'on veut lutter contre la corruption. Les conditions de transparence doivent être appliquées dans un souci d'équilibre, afin de ne pas faciliter la collusion en diffusant des informations qui aillent au-delà des obligations légales. Malheureusement, il n'y a pas de formule unique pour la conception d'une procédure d'appel à la concurrence. Cette conception doit répondre à la situation dans le cas d'espèce. Prendre en compte chaque fois que possible les éléments suivants :

- Inviter les fournisseurs intéressés à dialoguer avec l'organisme de passation des marchés au sujet des spécifications techniques et administratives du marché considéré. Éviter néanmoins de mettre en présence les fournisseurs potentiels en tenant des réunions à intervalle régulier avant la passation du marché.
- Limiter autant que possible les communications entre candidats durant la procédure d'appel à la concurrence⁵. Les appels d'offres ouverts se prêtent à des communications et à des signaux entre soumissionnaires. L'obligation de soumettre les offres en personne offre la possibilité aux entreprises de communiquer et de traiter entre elles à la dernière minute, ce qu'on peut empêcher, par exemple, en recourant à une procédure électronique.
- Bien examiner les informations qui seront communiquées aux soumissionnaires au moment de l'ouverture publique des offres.
- Lors de la publication des résultats d'un appel à la concurrence, examiner soigneusement quelles sont les informations qui seront rendues publiques et éviter de divulguer des informations sensibles du point de vue de la concurrence qui pourront faciliter à l'avenir les soumissions concertées.
- Lorsqu'on peut craindre une collusion en raison des caractéristiques du marché ou du produit, utiliser si possible des enchères au premier prix sous pli scellé plutôt que des enchères inversées.

⁵ Par exemple, si les soumissionnaires doivent inspecter un site, éviter de les convoquer ensemble sur ce site.

- Se demander si des méthodes autres que l'appel d'offres en une seule étape, qui repose essentiellement sur le prix, ne peuvent pas donner un résultat plus efficace. D'autres procédures peuvent être envisagées, notamment l'appel d'offres négocié⁶ et les contrats-cadres⁷.
- Utiliser un prix de réserve maximum uniquement s'il se fonde sur une étude minutieuse du marché et si les responsables de la passation du marché sont convaincus que ce prix est très concurrentiel. Ne pas rendre public le prix de réserve, mais veiller à ce qu'il reste un élément confidentiel du dossier, ou le consigner auprès d'une autre autorité publique.
- Ne recourir qu'avec prudence aux services de consultants professionnels pour l'exécution de la procédure d'appel à la concurrence, car ils pourront avoir établi des relations de travail avec certains soumissionnaires. Utiliser au contraire l'expertise des consultants pour formuler clairement les critères et les spécifications, et exécuter en interne la procédure d'appel à la concurrence.
- Chaque fois que possible, imposer l'anonymat pour la soumission des offres (par exemple, identifier le soumissionnaire par un chiffre ou un symbole) et autoriser le soumissionnement par téléphone ou par courrier électronique.
- Ne pas révéler ou limiter sans nécessité le nombre des entreprises qui pourront soumissionner.
- Obliger les soumissionnaires à divulguer toutes leurs communications avec des concurrents. Envisager d'imposer aux soumissionnaires la signature d'un certificat de détermination indépendante des offres⁸.
- Obliger les soumissionnaires à révéler dès le départ toute intention de sous-traiter, la sous-traitance pouvant être un moyen de répartir les bénéfices entre les entreprises qui ont pris part à des soumissions concertées.
- Les soumissions conjointes pouvant être un moyen de répartir les bénéfices entre les auteurs de soumissions concertées, se montrer particulièrement vigilant à l'égard des soumissions conjointes d'entreprises que les autorités de la concurrence ont déclarées coupables de collusion ou ont sanctionnées à ce titre. Se montrer prudent, même si la collusion est intervenue sur d'autres marchés et même si les entreprises en cause n'ont pas les capacités nécessaires pour soumissionner séparément.

⁶ En cas d'appel d'offres négocié, l'organisme qui passe le marché en fixe les grandes lignes et le ou les soumissionnaires définissent avec lui les modalités détaillées, de façon à parvenir à un prix.

⁷ En cas de contrat-cadre, l'organisme qui passe le marché demande à un grand nombre d'entreprises (par exemple, 20) de fournir des informations sur leurs capacités qualitatives (par exemple, expérience, qualifications sur le plan de la sécurité, etc.), puis sélectionne un petit nombre d'entreprises (cinq soumissionnaires, par exemple) bénéficiant du contrat-cadre ; les marchés sont ensuite attribués essentiellement en fonction des capacités ou peuvent donner lieu à des mini-appels d'offres, chacune des entreprises sélectionnées soumettant alors un prix.

⁸ Un certificat de détermination indépendante des offres impose aux soumissionnaires de révéler tous faits importants concernant toute communication qu'ils peuvent avoir eue avec des concurrents au sujet de l'appel à la concurrence. Pour décourager les offres fictives, frauduleuses ou collusoires, et éliminer ainsi les éléments d'inefficience et les coûts supplémentaires pour la passation des marchés, les responsables des marchés publics pourront exiger de chaque soumissionnaire une déclaration ou une attestation certifiant la véracité de l'offre et l'absence de collusion ainsi que l'intention d'accepter le marché en cas d'attribution. On pourra envisager d'exiger la signature d'une personne habilitée à représenter l'entreprise et prévoir des sanctions spécifiques pour déclaration frauduleuse ou inexacte.

- Faire figurer dans l'avis d'appel à la concurrence une mise en garde concernant les sanctions dont sont passibles dans le pays les soumissions concertées, par exemple l'interdiction temporaire de participer à des procédures d'appel à la concurrence pour la passation de marchés publics, les peines encourues en cas de violation d'un certificat de détermination indépendante des offres, la possibilité d'actions en dommages-intérêts de la part de l'organisme passant le marché et toute sanction découlant du droit de la concurrence.
- Indiquer aux soumissionnaires que toute allégation de hausse des coûts des ressources provoquant un dépassement du budget sera minutieusement examinée⁹.
- Si, durant la procédure de passation des marchés, des consultants extérieurs prêtent leur concours, veiller à ce qu'ils soient correctement formés, à ce qu'il signent des engagements de confidentialité et à ce qu'ils soient soumis à l'obligation de signaler tout comportement irrégulier de concurrents ou tout conflit d'intérêt dont ils pourraient avoir connaissance.

5. Choisir soigneusement les critères d'évaluation des offres et d'attribution du marché

Tous les critères de sélection influent sur l'intensité et l'efficacité de la concurrence au cours de la procédure de passation du marché. La décision concernant les critères de sélection n'est pas seulement importante pour le projet considéré ; elle l'est aussi au regard de la nécessité de pouvoir disposer d'un gisement de soumissionnaires crédibles potentiels dont l'intérêt restera à l'avenir de soumissionner pour des projets futurs. Il est donc essentiel de veiller à ce que les critères qualitatifs de sélection et d'attribution soient choisis de façon à ne pas dissuader inutilement les soumissionnaires crédibles, notamment lorsqu'il s'agit de petites et moyennes entreprises.

- Lors de la conception de l'avis d'appel à la concurrence, réfléchir à l'impact que le choix des critères aura sur la concurrence future.
- Chaque fois que les soumissions sont évaluées sur la base de critères autres que le prix (par exemple, qualité des produits, service après-vente), ces critères devront être décrits et pondérés correctement à l'avance afin d'éviter les contestations que pourrait susciter l'attribution du marché. Lorsqu'ils sont correctement mis en œuvre, ces critères peuvent récompenser l'innovation et la réduction des coûts, tout en favorisant un prix concurrentiel. Le degré auquel les critères pondérateurs sont révélés avant la clôture de la procédure d'appel à la concurrence peut influencer sur la possibilité de coordination des soumissions.
- Éviter tout traitement préférentiel en faveur d'une certaine catégorie de fournisseurs.
- Ne pas avantager les entreprises en place¹⁰. Les instruments qui assurent un anonymat maximum tout au long de la procédure de passation des marchés peuvent compenser les avantages de l'entreprise en place.
- Ne pas accorder une importance excessive aux résultats de performance. Chaque fois que possible, prendre en compte toute autre expérience.

⁹ Les majorations de coûts durant la phase d'exécution du marché doivent être soigneusement contrôlées car elles peuvent être l'occasion de faits de corruption.

¹⁰ L'entreprise en place est celle qui fournit actuellement les biens ou services à l'administration publique et dont le contrat arrive à expiration.

- Éviter de fractionner les marchés entre les fournisseurs ayant soumis des offres identiques. S'interroger sur les raisons de ces offres identiques et, si nécessaire, envisager de renouveler la procédure d'appel à la concurrence, ou attribuer le marché à un seul fournisseur.
- Prendre des renseignements si les prix ou les offres sont aberrants, mais ne jamais discuter de ces problèmes avec les soumissionnaires collectivement.
- Chaque fois que la législation relative à l'avis d'attribution des marchés l'y autorise, faire en sorte que les conditions de l'offre de chaque entreprise restent confidentielles. Sensibiliser les personnes intervenant dans la procédure d'appel à la concurrence (par exemple, au stade de la préparation, du devis, etc.) à l'impératif de stricte confidentialité.
- Se réserver le droit de ne pas attribuer le marché si l'on suspecte que le résultat de la procédure d'appel à la concurrence n'est pas concurrentiel.

6. Sensibiliser le personnel au risque de soumissions concertées dans les marchés publics

Une formation professionnelle est importante pour mieux sensibiliser les responsables des marchés publics aux questions de concurrence. Pour lutter plus efficacement contre les soumissions concertées, on pourra rassembler des informations rétrospectives sur les pratiques des soumissionnaires, procéder à un suivi permanent des activités de soumissionnement aux marchés publics et analyser les données relatives aux offres. Cela aidera les organismes qui passent des marchés publics (et les autorités de la concurrence) à recenser les situations problématiques. On notera que les pratiques de soumissions concertées n'apparaîtront pas toujours à l'issue d'une seule procédure d'appel à la concurrence. Souvent, on ne constate l'existence d'un mécanisme de collusion qu'après avoir examiné les résultats de plusieurs procédures d'appel à la concurrence sur une certaine période.

- Instaurer pour le personnel concerné un programme de formation périodique concernant les soumissions concertées et la détection des ententes, avec le concours de l'autorité de la concurrence ou de juristes extérieurs.
- Conserver les informations sur les caractéristiques des procédures antérieures d'appel à la concurrence (par exemple, produit acheté, offre de chaque participant et identité du vainqueur).
- Examiner périodiquement la façon dont se sont déroulées les procédures d'appel à la concurrence pour certains produits ou certains services, et essayer de discerner les schémas suspects, surtout dans les secteurs qui se prêtent le plus à la collusion¹¹.
- Adopter une politique d'examen périodique de certaines procédures d'appel à la concurrence.
- Comparer les listes des entreprises qui ont répondu positivement à une demande d'expression d'intérêt et celles des entreprises qui ont soumissionné, afin de déceler d'éventuelles tendances, notamment en ce qui concerne les retraits d'offres et le recours à des sous-traitants.
- Organiser des entretiens avec les fournisseurs qui ne soumissionnent plus et avec ceux dont les offres ne sont pas retenues.
- Instituer une procédure de réclamation permettant aux entreprises de soulever d'éventuels problèmes de concurrence. Par exemple, indiquer clairement la personne ou le service auquel la réclamation devra être transmise (en précisant leurs coordonnées) et veiller à la confidentialité qui s'impose.

¹¹ Voir la section « Caractéristiques du secteur, du produit et du service contribuant à la collusion ».

- Utiliser des mécanismes, par exemple un système d'alerte, ayant pour but de rassembler des informations sur les soumissions concertées auprès des entreprises et de leurs salariés. Envisager de lancer des appels aux entreprises dans les médias pour la fourniture aux autorités d'informations concernant d'éventuelles collusions.
- S'informer sur la politique du pays en matière de clémence¹², le cas échéant, et réexaminer les mesures d'interdiction temporaire de participation aux marchés publics, s'il y a eu constat d'activités collusoires, afin de déterminer si ces mesures sont compatibles avec le dispositif de clémence adopté dans le pays.
- Mettre en place des procédures internes encourageant ou imposant aux agents publics de signaler les déclarations ou pratiques suspectes aux autorités de la concurrence en plus des services internes d'audit et de contrôle de l'organisme qui a passé le marché, et envisager diverses mesures incitant les agents publics à procéder à ces signalements.
- Instaurer des relations de coopération avec les autorités de la concurrence (par exemple, créer un mécanisme de communication, établir une liste d'informations à fournir lorsqu'un agent chargé de la passation de marchés publics contacte les autorités de la concurrence).

¹²

Généralement, un dispositif de clémence consiste à faire échapper aux poursuites intentées en vertu de la législation de la concurrence la première partie invoquant ce dispositif qui admet son implication dans une entente – ce qui couvre les soumissions concertées – et qui accepte de coopérer à l'enquête des autorités de la concurrence.

B. Liste de vérification pour la détection des soumissions concertées dans les marchés publics

Les soumissions concertées peuvent être très difficiles à détecter, car elles donnent lieu généralement à des tractations secrètes. Dans les secteurs où la collusion est courante, les fournisseurs et les acheteurs peuvent néanmoins connaître l'existence d'accords anciens de soumissions concertées. Dans la plupart des secteurs, il faut examiner divers indices, notamment les offres ou les prix présentant un schéma inhabituel, ou s'attacher aux déclarations ou actes du fournisseur. Il faut rester sur ses gardes durant l'ensemble de la procédure de passation du marché et aussi au stade de l'étude préliminaire du marché.

1. Examiner les signaux d'alerte et les schémas révélateurs lorsque les entreprises soumissionnent

Lors des soumissions à des marchés publics, certains schémas et certaines pratiques semblent en contradiction avec un marché concurrentiel et révèlent la possibilité de pratiques collusoires. Rechercher les schémas aberrants dans la façon dont les entreprises soumissionnent et examiner la fréquence à laquelle elles se voient attribuer ou non un marché. Les pratiques de sous-traitance et de coentreprise non divulguées doivent également éveiller la suspicion.

- Le même fournisseur est souvent celui dont l'offre est la plus basse.
- Il y a répartition géographique des attributaires des marchés. Certaines entreprises soumettent des offres qui ne sont gagnantes que dans certaines zones géographiques.
- Une entreprise soumissionnant régulièrement ne soumet pas d'offre pour un marché alors qu'on s'attendrait à ce qu'elle le fasse, mais elle continue de soumissionner pour d'autres marchés.
- Certains fournisseurs retirent leur offre contre toute attente.
- Certaines entreprises soumissionnent toujours, mais ne remportent jamais le marché.
- Les entreprises semblent remporter le marché chacune à leur tour.
- Deux entreprises ou plus soumissionnent conjointement alors qu'au moins l'une d'elles pourrait soumissionner en propre.
- L'attributaire du marché sous-traite de façon récurrente aux entreprises dont l'offre n'a pas été retenue.
- L'entreprise dont l'offre a été retenue n'accepte pas le marché et se retrouve ultérieurement en position de sous-traitant.
- Des responsables d'entreprises concurrentes se fréquentent régulièrement ou se réunissent peu avant la clôture de la procédure d'appel à la concurrence.

2. Rechercher les signaux d’alerte dans tous les documents soumis

On peut trouver des indices révélateurs de soumissions concertées dans les divers documents soumis par les entreprises. Bien que les parties à un accord de soumissions concertées fassent tout leur possible pour que cet accord reste secret, la négligence, la vanité ou la culpabilité de certains des auteurs de ces soumissions concertées peuvent laisser des indices qui mettront à jour en définitive ces pratiques. Comparer minutieusement tous les documents afin de détecter ce qui pourrait démontrer que les offres ont été établies par la même personne ou l’ont été conjointement.

- Les documents ou lettres transmis par différentes entreprises dans leurs offres contiennent des erreurs identiques, notamment les mêmes fautes d’orthographe.
- Les offres de différentes entreprises comportent des mentions manuscrites ou une typographie similaires ou utilisent des formulaires ou un papier identiques.
- Les documents d’une entreprise font expressément référence aux offres de concurrents ou utilisent l’en tête ou le numéro de télécopie d’un autre soumissionnaire.
- Les offres de différentes entreprises présentent les mêmes erreurs de calcul.
- Les offres de différentes entreprises contiennent un grand nombre de devis identiques pour certains articles.
- Les enveloppes de différentes entreprises présentent des cachets postaux ou des empreintes de machine à affranchir qui sont analogues.
- Les documents de différentes entreprises ont subi de nombreuses modifications de dernière minute, notamment par effacement ou autre altération matérielle.
- Les documents de différentes entreprises sont moins détaillés qu’il serait nécessaire ou qu’on pourrait s’y attendre, ou laissent autrement penser qu’ils ne sont pas authentiques.
- Des entreprises concurrentes soumettent des offres identiques, ou bien les offres de prix des soumissionnaires augmentent par paliers réguliers.

3. Rechercher les signaux d’alerte et les schémas révélateurs concernant la fixation des prix

Les offres de prix peuvent être utiles pour mettre à jour une collusion. Rechercher les éléments qui montrent que les entreprises peuvent agir de façon coordonnée, et notamment les hausses de prix qu’on ne peut imputer à une hausse des coûts. Lorsque les offres perdantes sont nettement supérieures à l’offre gagnante, il est possible qu’un système d’offres de couverture soit utilisé. Avec un tel système, l’offre de couverture est couramment supérieure de 10 % ou plus à l’offre la moins disante. Les offres de prix qui sont supérieures aux estimations du devis technique ou aux offres soumises précédemment pour des marchés similaires peuvent être également révélatrices d’une collusion. Les éléments suivants peuvent être suspects :

- Une hausse subite et identique des prix ou de l’éventail des prix pratiquée par les soumissionnaires ne peut être expliquée par une hausse des coûts.
- Des remises ou rabais prévisibles sont supprimées inopinément.

- Des prix identiques peuvent avoir un caractère problématique, surtout dans les cas suivants :
 - les prix des fournisseurs ont été les mêmes pendant une longue période ;
 - il existait précédemment des différences de prix entre les fournisseurs ;
 - des fournisseurs ont augmenté leurs prix sans qu'il y ait eu hausse des coûts ;
 - les fournisseurs ont mis fin aux rabais, surtout lorsque cette pratique est ancienne sur un marché.
- Le prix de l'offre gagnante et celui des autres offres sont très différents.
- L'offre d'un certain fournisseur est plus élevée pour un marché donné que son offre pour un autre marché similaire.
- On peut observer une nette baisse du prix par rapport au niveau précédent des prix après soumission d'un fournisseur nouveau ou très occasionnel ; par exemple, le nouveau fournisseur peut avoir renié un accord de soumissions concertées.
- Les fournisseurs locaux soumissionnent en cas de livraison sur place à des prix supérieurs à ceux qu'ils pratiquent en cas de livraison à distance.
- Les entreprises locales et extérieures appliquent des frais de transport similaires.
- Un seul soumissionnaire contacte les grossistes pour obtenir des renseignements de prix avant de soumissionner.
- Certaines caractéristiques inattendues des soumissions à un appel à la concurrence, électronique ou non – notamment la présence d'offres de prix comportant des unités ou des décimales alors qu'on s'attendrait à des chiffres arrondis à la centaine ou au millier près – peuvent révéler que les soumissionnaires utilisent les offres elles-mêmes pour se concerter en se communiquant des informations ou en signalant leurs préférences.

4. Rechercher à tout moment les déclarations suspectes

Dans les relations avec les fournisseurs, surveiller de très près les déclarations suspectes laissant penser que les entreprises pourraient avoir conclu un accord ou coordonné leurs prix ou leurs pratiques de vente.

- Références verbales ou écrites à un accord entre soumissionnaires.
- Déclarations selon lesquelles les soumissionnaires justifient leurs prix en prenant en compte les « prix recommandés par la profession », les « prix courants du marché » ou les « barèmes de prix du secteur ».
- Déclarations indiquant que certaines entreprises ne vendent pas dans une certaine zone géographique ou à certains clients.
- Déclarations selon lesquelles une zone ou un client “relève” d'un autre fournisseur.
- Déclarations montrant que le soumissionnaire a connaissance à l'avance, par des voies non publiques, de certains détails concernant les prix ou les offres de concurrents, ou sait si une entreprise remportera ou ne remportera pas un marché dont les résultats n'ont pas encore été rendus publics.

- Déclarations révélant une soumission de complaisance, complémentaire, fictive, symbolique ou de couverture.
- Utilisation des mêmes termes par plusieurs soumissionnaires pour expliquer des majorations de prix.
- Questions ou problèmes suscités par les certificats de détermination indépendante des offres ou tout élément indiquant que le certificat, même s'il a été signé (voire, a été remis sans signature) n'est pas pris au sérieux.
- Lettres de couverture de soumissionnaires refusant d'observer certaines conditions de l'appel à la concurrence ou se référant à des discussions, le cas échéant dans le cadre d'une association professionnelle.

5. Recherche de comportements suspects à tout moment

Rechercher les références à des réunions ou manifestations diverses lors desquelles les soumissionnaires peuvent avoir eu l'occasion de discuter des prix, ou les comportements qui laissent penser qu'une entreprise agit d'une manière qui ne bénéficie qu'à d'autres entreprises. Les comportements suspects peuvent prendre les formes suivantes :

- Les fournisseurs se réunissent en toute discrétion avant de soumissionner, parfois à proximité du lieu où les offres doivent être déposées.
- Les fournisseurs se fréquentent régulièrement ou paraissent tenir des réunions régulières.
- Une entreprise demande un dossier de soumission pour elle-même et pour un concurrent.
- Une entreprise transmet à la fois son offre et son dossier et ceux d'un concurrent.
- Une entreprise soumissionne alors qu'elle est incapable d'exécuter correctement le contrat.
- Une entreprise soumet plusieurs offres à l'ouverture de l'appel à la concurrence et choisit celle qu'elle soumet après avoir déterminé (ou essayé de déterminer) quels sont les autres soumissionnaires.
- Plusieurs soumissionnaires demandent les mêmes renseignements à l'organisme qui passe le marché ou présentent des demandes ou des documents similaires.

6. Mise en garde concernant les indicateurs de soumissions concertées

Les indicateurs de soumissions concertées qu'on vient de commenter caractérisent un grand nombre de schémas suspects concernant les soumissions et les offres de prix ainsi que la présence de déclarations et de pratiques suspectes. Mais il ne faut pas les interpréter comme une preuve systématique de soumissions concertées. Par exemple, une entreprise peut ne pas avoir soumissionné à un appel à la concurrence parce que sa charge de travail était trop lourde pour traiter le dossier. Des offres élevées peuvent simplement s'expliquer par une appréciation différente du coût d'un projet. Toutefois, lorsque des schémas suspects sont détectés en ce qui concerne les offres et les prix, ou lorsque les responsables de la passation des marchés ont connaissance de déclarations ou de comportements insolites, il faut examiner de plus près s'il n'y a pas eu collusion. Les comportements suspects réitérés au fil du temps sont souvent un meilleur indicateur de soumissions concertées que les indices de preuve recueillis lors d'un seul appel à la concurrence. Il faut archiver soigneusement toutes les informations pour pouvoir établir sur la durée un schéma de comportement.

7. Mesures à prendre par les responsables de la passation des marchés en cas de suspicion de soumissions concertées

En cas de suspicion de soumissions concertées, il y a lieu de prendre un certain nombre de mesures qui permettront de débusquer ces pratiques et d'y mettre un terme.

- Bien connaître la législation relative aux soumissions concertées.
- Ne pas entretenir de ses préoccupations les participants suspectés.
- Conserver tous les documents, notamment les documents de soumission, les correspondances, les enveloppes, etc.
- Tenir un dossier détaillé de tous les comportements suspects et déclarations suspectes, en mentionnant les dates, les personnes concernées et les autres personnes présentes, et en relatant précisément les faits ou les déclarations. La prise de notes devra se faire sur le champ ou à un moment où les événements sont encore bien mémorisés, de manière à assurer un compte rendu exact.
- Contacter l'autorité de la concurrence compétente.
- Après consultation des juristes internes, s'interroger sur l'opportunité de poursuivre la procédure d'appel à la concurrence.

Fighting bid rigging in public procurement:
Report on implementing the OECD Recommendation

www.oecd.org/daf/competition

