

Régie de l'énergie - Dossier R-3960-2016
Investissements Grand-Brûlé-Saint-Sauveur d'Hydro-Québec TransÉnergie

C A N A D A

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

DOSSIER R-3960-2016

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

INVESTISSEMENTS
GRAND-BRÛLÉ-SAINT-SAUVEUR
D'HYDRO-QUÉBEC TRANSÉNERGIE

HYDRO-QUÉBEC
En sa qualité de Transporteur

Demanderesse

-et-

STRATÉGIES ÉNERGÉTIQUES (S.É.)

ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE LUTTE
CONTRE LA POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE
(AQLPA)

Intervenantes

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE)
Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics
Non daté (18 février 2009)
<http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/ententes/42340181.pdf> .

Déposé par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)

Le 27 avril 2016

*Régie de l'énergie - Dossier R-3960-2016
Investissements Grand-Brûlé-Saint-Sauveur d'Hydro-Québec TransÉnergie*

SÉ-AQLPA-2 Doc. 1 – OCDE – Lignes directrices

Déposé par :

Stratégies Énergétiques – Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (SÉ-AQLPA)



LIGNES DIRECTRICES POUR LA LUTTE CONTRE LES SOUMISSIONS CONCERTÉES DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Pour une dépense optimisée des fonds publics par
les gouvernements

CONCURRENCE – LA CLÉ POUR LA PRODUCTIVITÉ ET LA CROISSANCE



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 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

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.

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 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.

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.

3. CARACTÉRISTIQUES DU SECTEUR, DU PRODUIT OU DU SERVICE CONTRIBUTANT 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 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

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

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.

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 CONCURRENTE

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.

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.).

- 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.
- 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.

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.

- 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 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.
- 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.

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

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.

- 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.
- 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.

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.

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.

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.
- 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.

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.

- 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.
- 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.

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

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 un entente – ce qui couvre les soumissions concertées – et qui accepte de coopérer à l'enquête des autorités de la concurrence.

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 co-entreprise 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 détaillées 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.



Pour tout renseignement concernant les Lignes Directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics, veuillez contacter :

Ken Danger
Competition Division
OECD
2, Rue André Pascal
75016 Paris France
Tel: +33 1 45 24 82 50
Fax: +33 1 45 24 96 95
Ken.DANGER@oecd.org

Antonio Capobianco
Competition Division
OECD
2, Rue André Pascal
75016 Paris France
Tel: +33 1 45 24 98 08
Fax: +33 1 45 24 96 95
Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org

www.oecd.org/competition