



# Guide à l'attention des acheteurs publics et des entreprises

## Liste des points de contrôle dans le cadre d'appel d'offres

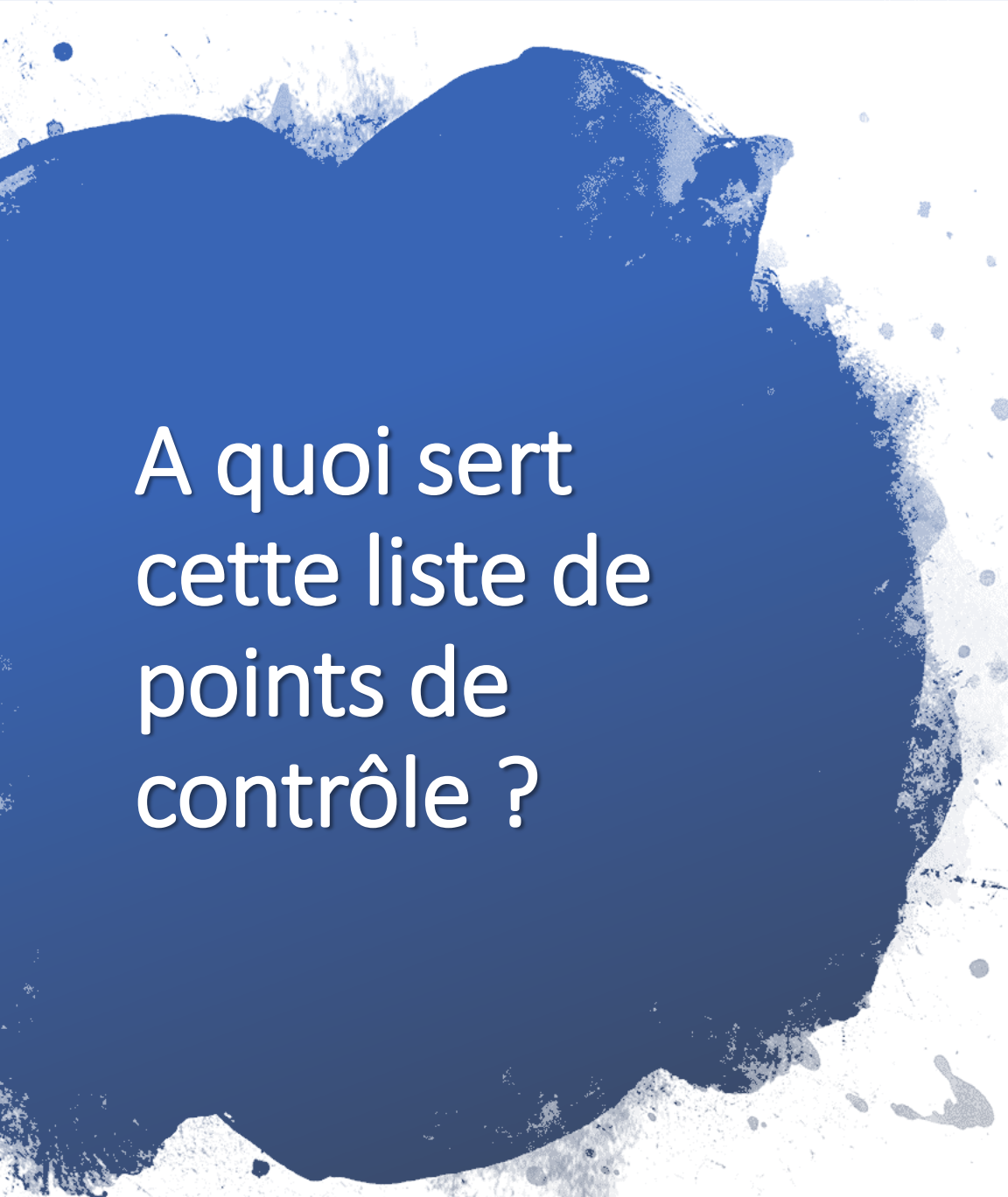
# A qui s'adresse cette liste de points de contrôle ?

- La collectivité de Nouvelle-Calédonie
- Les provinces
- Les communes
- Leurs établissements publics
- Les groupements d'intérêt public



Lorsqu'ils lancent un appel d'offres pour répondre à un marché public ou à une délégation de service public.

- Les entreprises privées lorsqu'elles lancent un appel d'offres pour un marché privé



A quoi sert  
cette liste de  
points de  
contrôle ?

- **Rappeler aux personnes publiques et aux entreprises qu'elles doivent respecter le droit de la concurrence** lors de la procédure de passation de marchés publics
- Permettre aux personnes publiques **d'identifier des pratiques d'ententes anticoncurrentielles (cartel)** mises en œuvre par une ou plusieurs entreprises lors de la procédure d'appel d'offre

# Pourquoi la formation de cartel est-elle répréhensible ?

L'objectif du cartel est de **déterminer à l'avance celui qui va « gagner »** en concertant leurs offres de manière à ce que le soumissionnaire choisi par les membres de l'entente soit sélectionné par la collectivité publique **par un processus *apparemment* concurrentiel**.

Cette pratique est **grave** et **sanctionnée sévèrement** par les autorités de concurrence car :

- les **collectivités publiques** sont les premières victimes de ces comportements.
- indirectement, ce sont les **contribuables calédoniens** qui vont supporter les effets anticoncurrentiels de ces pratiques ;
- ainsi que **les entreprises évincées** n'ayant pas participé à ces pratiques.



# Dans quels cas l'entente anticoncurrentielle est-elle établie?

- Lorsqu'il est démontré que deux entreprises au moins ont convenu de **coordonner leurs offres** pour répondre à un appel d'offres
- Lorsqu'il est démontré des **échanges d'informations confidentielles entre concurrents** antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être

La **preuve** peut être rapportée par tout moyen, y compris par la **réunion d'un faisceau d'indices**.



# Pourquoi certaines entreprises s'entendent elles ?



En règle générale, les concurrents qui participent à l'entente bénéficient d'une forme de compensation :

- via un mécanisme de calcul et de répartition de bénéfices supplémentaires entre concurrents obtenus grâce à des prix plus élevés que ceux qui auraient résulté du jeu normal de la concurrence ;
- via de la sous-traitance ou des livraisons à l'entreprise qui a remporté le marché grâce à l'entente ;
- ou encore par le biais d'un « retour d'ascenseur » à l'occasion d'un autre appel d'offres.

# Les différentes formes de coordination des offres entre concurrents

L' « offre de couverture » : dépôt, par une ou plusieurs entreprises soumissionnaires, d'une offre d'un montant volontairement plus élevé que l'offre de l'entreprise avec laquelle elle s'est entendue et dont l'offre devra apparaître comme la moins-disante, pour être déclarée attributaire du marché.

La « rotation des offres » : système dans lequel les entreprises parties à l'entente soumissionnent à chaque marché mais conviennent que chacune remportera le marché à tour de rôle (par exemple, lorsque le marché est reconduit chaque année).

La « répartition des marchés » : les membres du cartel conviennent de ne pas se faire concurrence pour certains clients ou certaines zones géographiques ou uniquement par des offres de couvertures.

La « suppression d'offres » : les entreprises s'entendent pour ne pas répondre à un appel d'offres, les échanges d'informations visant alors à s'abstenir de soumissionner ou à retirer une offre faite précédemment pour que soit acceptée l'offre de l'entreprise censée remporter le marché. Les parties à l'entente peuvent également empêcher les entreprises extérieures de soumettre des offres légitimes (menaces...).

# Les échanges d'informations prohibés entre concurrents



La jurisprudence française interdit les échanges d'informations entre concurrents lors d'un appel d'offres avant la date à laquelle le résultat de l'appel d'offre est connu qu'il s'agisse d'informations sur :

- l'existence du **nombre de concurrents** ;
- de leurs **noms** ;
- de **leur importance** ;
- de leur **disponibilité** en **personnel** ou en **matériel** ;
- de **leur intérêt** ou **l'absence d'intérêt pour le marché** ;
- des **prix** qu'ils envisagent de proposer ;
- ou **toute autre information de nature à limiter l'indépendance des offres**



# Le cas particulier des entreprises ayant des liens juridiques ou financiers entre elles

Il existe une **obligation** pour des entreprises appartenant à un même groupe ou ayant des liens juridiques et financiers entre elles qui souhaitent **soumissionner d'en informer l'acheteur public dans la présentation de leur offre.**

Ces entreprises disposent des **options suivantes** :

– **si chaque entreprise concernée dispose d'une autonomie commerciale** pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue (directions différentes, moyens propres pour établir l'offre, capacité de production autonome...), **elles peuvent choisir de :**

- ✓ **déposer chacune une offre élaborée de manière indépendante** sans aucun échange d'information sur l'appel d'offres
- ✓ **ou déposer une offre commune** permettant des concertations entre elles.

**En revanche, elles ne peuvent pas déposer à la fois une offre groupée et des offres individuelles.**

Dans l'hypothèse où elles feraient le choix de présenter chacune une offre, **l'acheteur public peut leur imposer de fournir les éléments matériels démontrant les mesures prises pour éviter tout risque d'échanges d'informations** entre elles relatives à cet appel d'offres.

– **si les entreprises concernées ne sont pas autonomes commercialement, elles peuvent choisir de :**

- ✓ **déposer une offre groupée** pour répondre à l'appel d'offres
- ✓ **ou choisir l'entreprise du groupe qui présentera une seule offre pour le marché considéré.**

**Il est donc interdit à des entreprises qui appartiennent au même groupe et qui ne sont pas autonomes commercialement de présenter chacune une offre** car il est certain que ces offres ne seront pas indépendantes et conduiront la collectivité publique à se méprendre sur le véritable degré de concurrence sur le marché (risque d'offres de couverture...)

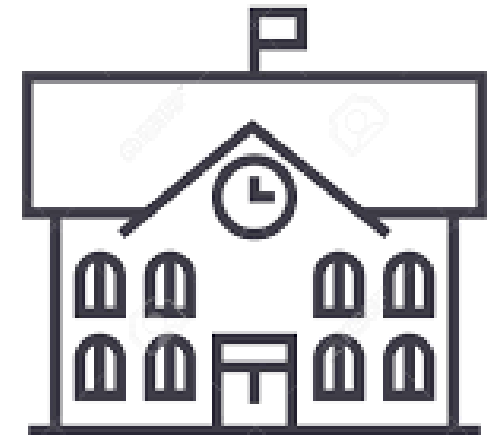


# Acheteurs publics : faites attention !

- Tout acheteur public doit assurer un **traitement juste et équitable des soumissionnaires potentiels** en assurant un **degré de transparence adéquat** à chaque phase du cycle de passation du marché public.
- Tout acheteur public doit **respecter le droit de la concurrence** durant le processus d'appel d'offres.

## Les obligations des acheteurs publics au regard du droit de la concurrence

- **Eviter de mettre en place les conditions susceptibles de favoriser des échanges d'informations entre concurrents**
  - ✓ Ex : privilégier les visites individuelles sur site
- **S'abstenir d'approuver ou d'étendre une pratique anticoncurrentielle durant le processus d'appel d'offres**
  - ✓ Ex : ne pas attribuer le(s) marché(s) à une ou plusieurs entreprises si vous avez des indices permettant de penser qu'elles ont commis des pratiques anticoncurrentielles
- **Ne pas adopter un acte conduisant à commettre une pratique anticoncurrentielle « automatique »**
  - ✓ Ex : ne pas prévoir une clause dans un contrat de délégation de service public imposant au soumissionnaire sortant de ne pas transmettre certaines informations essentielles aux concurrents pour leur permettre de présenter une offre concurrente à celle du sortant lors du renouvellement de la délégation



# Réduire les risques de collusion en amont du lancement de l'appel d'offres

## ➤ S'informer avant de lancer l'appel d'offres sur les caractéristiques du marché

- Quels sont les opérateurs ?
- Quels sont les prix pratiqués en B to B ?
- Quels sont les coûts des opérateurs ?
- Quels sont les prix pratiqués dans d'autres zones géographiques voisines?
- Contacter d'autres acheteurs publics ayant récemment acheté des produits ou services similaires pour comparer le niveau des prix...

## ➤ Concevoir une procédure d'appel d'offres pour attirer le maximum de véritables concurrents :

- ne pas fixer des conditions de participation qui limitent la concurrence, par exemple en prévoyant plus de lots qu'il n'y a d'entreprises sur le marché ;
- rédiger clairement les spécifications et le cahier des charges pour mieux comparer les offres ;
- ouvrir la participation aux entreprises d'autres pays ;
- inciter les PME à participer ; n'envoyer pas toujours aux mêmes entreprises une invitation à faire une offre...





# Réduire les risques de collusion en amont du lancement de l'appel d'offres

## ➤ Ne pas donner « trop » d'informations :

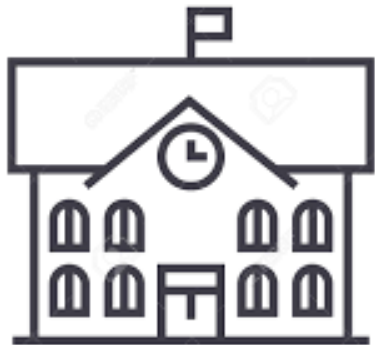
- ne pas préciser le prix que vous espérez ;
- ne pas donner d'informations sur les concurrents ;
- ne pas informer les entreprises de votre budget ;
- inviter les entreprises à tour de rôle ;
- organiser une réunion d'information en ligne via une plateforme.

## ➤ Rappeler les règles de concurrence dans l'appel d'offres

## ➤ Informer / former vos collaborateurs sur les risques d'entente

## ➤ Conserver tous les documents relatif à l'appel d'offres

## ➤ Saisir l'Autorité de la concurrence en cas de soupçons d'entente matérialisés



# Comment reconnaître la formation d'un cartel lors d'un appel d'offres ?

Au cours de la procédure d'appel d'offres, vous pouvez prêter attention aux éléments suivants :

**Comportement  
suspect des  
entreprises**

**Déclarations  
suspectes des  
entreprises**

**Détails suspects dans  
l'offre**

**Modèles d'offres  
suspects par rapport  
aux autres offres**

# Quels sont les comportements suspects des entreprises ?

Il s'agit, par exemples, d'une entreprise qui :

- soumet, avec sa propre offre, celle d'un ou de plusieurs de ses concurrents ;
- utilise le même cabinet de conseil avec d'autres sociétés lors de l'enregistrement ;
- n'accepte pas votre prix, mais travaille en tant que sous-traitant du nouveau gagnant ;
- refuse de soumettre une offre sans raison claire ;
- serait en mesure d'exécuter le contrat de manière indépendante, mais présenterait une offre en même temps qu'une ou plusieurs autres entreprises ;
- tient des discussions avec les concurrents avant la date d'inscription.

# Quels sont les déclarations suspectes des entreprises ?

Il s'agit, par exemples, d'une entreprise qui :

- a eu des contacts (écrits et/ou verbaux) avec ses concurrents au sujet de l'offre ;
- parle des lignes directrices ou des « prix recommandés par la profession », des « prix courants du marché » ou des « barèmes de prix du secteur » ;
- ne fait pas de cotation parce qu'elle n'est « *pas active dans ce domaine* » ;
- estime que c'est au tour d'un concurrent d'obtenir le marché ;
- estime qu'un concurrent n'aurait pas dû vous faire d'offre.





# Quels sont les détails suspects dans l'offre ?

## Attentions aux offres :

- de différentes entreprises qui ont le même design, les mêmes erreurs (notamment les mêmes fautes d'orthographe) ou qui utilisent des formulaires ou un papier identiques ;
- qui sont peu attrayantes, qui contiennent seulement les informations essentielles ;
- ayant des conditions peu attractives par rapport aux autres offres ;
- pour lesquelles une grande partie de la commande a été sous-traitée à des concurrents ;
- qui font référence aux prix des concurrents ou qui les comparent aux prix de ces derniers ;
- pour lesquelles les prix ne diffèrent pas beaucoup ;
- dont le faible prix ne peut s'expliquer par rapport aux autres offres.

# Quels sont les modèles d'offres suspects par rapport aux autres offres ?

Attention lorsque :

- les prix cotés sont soudainement beaucoup plus élevés et restent inexplicables ;
- vous ne recevez pas une offre d'une société conforme à ce à quoi vous vous attendiez ;
- vous recevez moins d'offres que prévu ;
- une entreprise soumet régulièrement une offre, mais l'offre ne gagne jamais ;
- les autres offres sont défavorables lorsqu'il s'agit d'une entreprise particulière ;
- vous voyez une offre attrayante, par exemple lorsque les entreprises se voient attribuer l'offre à tour de rôle.

# Des pratiques graves par nature



Toutes les autorités de concurrence considèrent que les ententes dans le cadre de marchés publics sont graves et doivent être sanctionnées lourdement.

- **Selon l'autorité de la concurrence métropolitaine** : *« ces pratiques, qui visent à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'effectivité même de la procédure d'appel d'offres, se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter en raison de leur caractère secret. »* (communiqué sanction du 16 mai 2011).
- **Selon la Cour d'appel de Paris** : *« ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu, nonobstant la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur le prix a été suivie d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'œuvre [...] »* (CA Paris, 12 décembre 2000, Sogea Sud-Est).

# Des sanctions pour les entreprises pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie

Selon l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut infliger, en cas de pratiques anticoncurrentielles, une **sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à :**

- **5 % du chiffre d'affaires** le plus élevé réalisé en Nouvelle-Calédonie au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ;
- **175 millions de FCFP** si le contrevenant **n'est pas une entreprise** (association, syndicat...).



Les personnes publiques peuvent également être passibles de sanction devant le juge administratif en cas de non respect du droit de la concurrence (annulation des actes administratifs anticoncurrentiels...)

# Des sanctions complémentaires

L'Autorité peut également **ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage** de sa décision ou un extrait de celle-ci selon des modalités qu'elle précise, y compris dans le rapport d'activité ou le rapport de gestion de l'entreprise par exemple.

L'étendue des sanctions dépend de :

- la **gravité des faits reprochés** (un cartel sur les prix est plus grave qu'un simple échange d'informations) ;
- **l'importance du dommage à l'économie**;
- la **situation de l'organisme ou de l'entreprise** sanctionné ou du groupe auquel elle appartient;
- et l'éventuelle **réitération des pratiques**.

Si vous pensez reconnaître des indices lors d'un appel d'offres, vous pouvez contacter l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

# Contacts de l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie



**Autorité de la Concurrence  
de la Nouvelle-Calédonie**

- Adresse : 7 Rue du Général Gallieni, 98849 Nouméa CEDEX, Nouvelle-Calédonie
- Téléphone : +687 25.14.03
- Mail : [contact@autorite-concurrence.nc](mailto:contact@autorite-concurrence.nc)
- Site : <https://autorite-concurrence.nc/>