



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Guide à l'attention des acheteurs publics et des entreprises

Liste des points de contrôle dans le cadre d'appels 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



Les entreprises
privées



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 « REPARTITION DES MARCHES »

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**, 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

Le juge français **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** :

Le nombre de concurrents

Leur importance

Leur identité (noms)

Les **prix** qu'ils envisagent de proposer

Leur **disponibilité** en personnel ou en matériel

Leur **intérêt** ou l'absence d'intérêt pour le marché

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

L'acheteur public doit obligatoirement être informé quand des entreprises appartiennent à un **même groupe** ou ont des liens **juridiques et financiers** entre elles.

Si autonomie commerciale de chaque entreprise, elles peuvent :

✓ déposer chacune une offre élaborée de manière indépendante sans aucun échange d'information

→ 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

✓ déposer une offre commune permettant des concertations entre elles.

→ Impossible de déposer à la fois une offre groupée et des offres individuelles

Si absence d'autonomie commerciale des entreprises, elles peuvent :

✓ déposer une offre groupée pour répondre à l'appel d'offres

✓ choisir l'entreprise du groupe qui présentera une seule offre pour le marché considéré.

→ Interdit 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...)



Point d'attention pour les acheteurs publics

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.

Respecter le droit de la concurrence durant tout 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



Que faire pour 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 coûts des opérateurs ?
- Quels sont les prix pratiqués en B to B ?
- 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.

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

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

Informer / former vos collaborateurs sur les risques d'entente

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 :



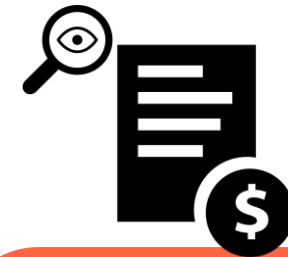
**Comportement
suspect des
entreprises**



**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 exemple, d'une entreprise qui :



Refuse de soumettre une offre sans raison claire

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



Tient des discussions avec les concurrents avant la date d'inscription



Serait en mesure d'exécuter le contrat de manière indépendante, mais présenterait une offre en même temps qu'une ou plusieurs autres entreprises



Quels sont les déclarations suspectes des entreprises ?

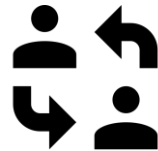
Il s'agit, par exemple, d'une entreprise qui :

Ne fait pas de cotation parce qu'elle n'est
« pas active dans ce domaine »



A eu des contacts (écrits et/ou verbaux)
avec ses concurrents au sujet de l'offre

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.



Parle des lignes directrices ou des « prix
recommandés par la profession », des « prix
courants du marché » ou des « barèmes de prix
du secteur »



Quels sont les détails suspects dans l'offre ?

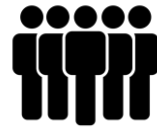
Attentions aux offres :

Pour lesquelles les prix ne diffèrent pas beaucoup



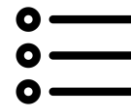
Qui font référence aux prix des concurrents ou qui les comparent aux prix de ces derniers

Pour lesquelles une grande partie de la commande a été sous-traitée à des concurrents

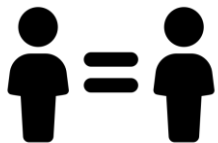


Qui sont peu attrayantes, qui contiennent seulement les informations essentielles

Dont le faible prix ne peut s'expliquer par rapport aux autres offres



Ayant des conditions peu attractives par rapport aux autres 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



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

Attention lorsque :

Vous ne recevez pas une offre d'une société conforme à ce à quoi vous vous attendiez



Les prix cotés sont soudainement beaucoup plus élevés et restent inexplicables

Vous recevez moins d'offres que prévu



Les autres offres sont défavorables lorsqu'il s'agit d'une entreprise particulière

Une entreprise soumet régulièrement une offre, mais l'offre ne gagne jamais



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 mondial le plus élevé réalisé 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

L'éventuelle réitération des pratiques





© ACNC, 7 Rue du Général Gallieni,
98849 Nouméa CEDEX,
Nouvelle-Calédonie

© +687 25.14.03

© contact@autorite-concurrence.nc

© <https://autorite-concurrence.nc>

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