

Droit de la concurrence – FICHE MARCHES PUBLICS ET ENTENTES (Mai 2019)

Principe : Afin de s'assurer que les offres soumises dans le cadre de passations de marchés publics respectent les conditions d'une concurrence réelle et sérieuse, toute coordination entre concurrents préalable à la remise des offres constitue une entente anticoncurrentielle.

Tous les marchés publics sont concernés (travaux, fournitures, services) qu'ils soient ouverts ou restreints y compris les contrats de gré à gré, les délégations de service public ou les marchés conclus sous bons de commande.

Le cas le plus simple est la concertation sur le niveau de prix avant la soumission des offres, mais un simple échange d'information est condamnable dès lors qu'il est de nature à réduire l'indépendance des offres et tromper l'acheteur public.

L'acheteur public sera notamment induit en erreur lorsque :

- des entreprises coopèrent initialement en vue d'une sous-traitance (ou co-traitance) mais décident finalement de présenter des offres distinctes,
- des entreprises soumettent des offres faussement concurrentes (offres de couverture),
- des entreprises appartenant à un même groupe soumettent des offres distinctes en ayant au préalable échangé sur leur contenu,
- ou lorsqu'une offre groupée est en réalité le résultat d'une répartition préalable portant sur les marchés ou lots.

En l'absence de preuves flagrantes de l'entente, les services d'instruction de l'Autorité de la Concurrence procèdent, en règle générale, par l'établissement d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants mais pas toujours. La particularité des dossiers d'ententes marchés publics réside dans le faible niveau de preuve qui a été retenu dans certaines affaires. Dans ces cas extrêmes, cela peut quasiment aboutir à un renversement de la charge de la preuve : les services d'instruction apportent un ensemble de faits « peu probants » mais qui au final sera malgré tout retenu à décharge dans la mesure où l'entreprise n'apporte pas une explication plausible.

C'est un élément important à retenir pour les entreprises soumissionnaires qui doivent être particulièrement vigilantes.

Lorsqu'il suspecte une entente, l'acheteur public doit pour sa part s'abstenir de toute communication relative à son intention de saisir l'Autorité de la Concurrence aux médias ainsi qu'aux entreprises soumissionnaires. Une telle indication découragera les services d'instruction de procéder à une enquête en raison de la probabilité réduite de trouver des éléments de preuve de l'entente et aboutira dans la plupart des cas à une décision de rejet (cf. *Décision de l'Autorité de la concurrence n°19-D-06 du 19 avril 2019 relative aux marchés publics de travaux d'extension du tramway de Bordeaux*).