



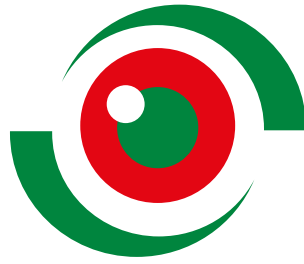
مجلس المنافسة
Conseil de la concurrence

LES INDICES DE COLLUSION EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS EN DÉBAT

Le bulletin officiel de la concurrence N°9



Les actes de la journée d'étude
organisée par le Conseil de la Concurrence
le 16 Décembre 2015 à la Résidence El Mithak



مجلس المنافسة
Conseil de la concurrence

LES INDICES DE COLLUSION EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS EN DÉBAT

Les Actes de la Journée d'étude
organisée par le Conseil de la Concurrence
du 16 décembre 2015 à la Résidence El Mithak

LE BULLETIN OFFICIEL DE LA CONCURRENCE N°09



Le Conseil de la concurrence plaide pour une **RÉGULATION EFFICIENTE DU MARCHÉ PUBLIC**



M. Amara Zitouni

Président du Conseil de la concurrence



Le Conseil de la concurrence a décidé de consacrer un numéro spécial du Bulletin Officiel de la Concurrence aux actes de la journée d'étude qu'il avait organisée le 16 Décembre 2015 à la résidence Djenane El Mithak – Alger sur le thème « Les indices de collusion en matière de marchés publics ».

Il est utile de rappeler que cette publication intervient après celle réservée aux actes de la journée d'études qui s'était déroulée dans les mêmes lieux, le 20 Mai 2015 sur la régulation du marché, son impact positif sur la protection du consommateur et l'efficacité économique de l'entreprise.

La publication des actes des conférences et journées d'études organisées par le Conseil de la concurrence sur des thèmes relevant de ses compétences vise un double objectif.

D'une part, rendre compte de ses activités à l'opinion publique et à toutes les parties s'intéressant à la concurrence et ce, conformément aux dispositions de l'article 27 de l'ordonnance N°03-03 du 19/07/2003 modifiée et complétée, relative à la concurrence. D'autre part, contribuer à la diffusion de la culture de la concurrence.

Concernant le choix du thème de cette journée, il a été dicté par les conséquences préjudiciables causées au Trésor Public du fait des pratiques collusoires ou ententes entre entreprises concurrentes visant à la répartition des marchés. Les communications présentées par des cadres des administrations centrales, des professeurs d'université et des experts nationaux et étrangers ont permis de débattre de cette problématique, mettre en relief son impact négatif sur l'économie du pays et proposer les mesures visant à contre-carrer ce phénomène qui, faut-il le rappeler, n'est pas spécifique à l'Algérie.

Le Conseil de la concurrence a proposé la prise en charge de ces lacunes dans le cadre de la modification de l'ordonnance 03-03 du 19/07/2003 modifiée et complétée, relative à la concurrence.

Ces modifications sont rendues nécessaires en vue de la mise en œuvre de l'article 43 de la constitution amendée en 2016 qui a consacré des principes de la régulation du marché par l'Etat, la non-discrimination entre entreprises en matière d'aide de l'Etat, la protection du consommateur et l'interdiction du monopole et de la concurrence déloyale.

A signaler que le Conseil de la concurrence a transmis les propositions de modifications de l'ordonnance précitée au Ministre chargé du commerce conformément aux dispositions de l'article 34 de la même ordonnance qui lui donne une compétence de proposition et d'avis pour favoriser une régulation efficiente du marché.

Cette journée d'étude a mis en évidence, par ailleurs, des lacunes dans la législation relative à la concurrence et dans la réglementation des marchés publics qui n'ont pas prévu des sanctions complémentaires dissuasives à l'égard des entreprises récidivistes en la matière (relèvement du montant des amendes et interdiction de soumission aux marchés publics pendant une certaine période).



1- **M.Slimani Djilali** « Approche économique de la relation entre les marchés publics et le droit de la concurrence »

Version française

9

2- **M. Ladjel Omar** « La réglementation en matière de collusion dans les marchés publiques »

Version française

13

3- **M. Jacques Tallineau** « La preuve de la collusion dans les marchés public au sein de l'union européenne ».

Version française

16

4- **M.Wassim Benhassine** « Les facteurs de risque favorisant la collusion dans les marchés publics »

Version française

21

5- **Mme Akrou Myriam** « L'obligation du service contractant d'appliquer les règles de la concurrence en matière de marchés publics »

Version arabe

7

6-**Articles de presse**

Version française

29



LE CONSEIL DE LA CONCURENCE ORGANISE UNE JOURNEE D'ETUDES



LES INDICES DE COLLUSION EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS EN DÉBAT

Le Conseil de la concurrence a organisé le 16 décembre dernier à la Résidence El Mithak un séminaire international portant sur «*Les indices de collusion en matière de marchés publics*» à l'intention d'un public averti de fonctionnaires et d'opérateurs publics, de nature à les aiguillonner sur les pratiques anticoncurrentielles et les «actions concertées, conventions et ententes expresses ou tacites» donnant lieu à «l'octroi d'un marché public au profit des auteurs de ces pratiques restrictives».

Le séminaire fort intéressant, s'est voulu très didactique, permettant à un public averti mais peu ou prou sensibilisé, de se frotter aux outils et instruments référentiels de nature à prévenir les collusions éventuelles, et de stopper toute velléité de prédation, à l'occasion de passation de marchés publics. A cet effet, l'assistance a eu droit à des conférences très pointues. L'Approche économique de la relation entre les marchés publics et le droit de la concurrence; la réglementation en matière de collusion dans les marchés publics; la preuve de la collusion dans les marchés publics au sein de l'Union Européenne; les facteurs de risque favorisant la collusion dans les marchés publics; et l'obligation du cocontractant de respecter les règles de la concurrence en matière de

marchés publics, ont constitué l'essentiel des thématiques abordées (ci-après l'intégralité des conférences). Mesurant la complexité de la tâche, le président du Conseil de la concurrence, M. Amara Zitouni, a insisté sur la nécessité de renforcer la législation actuelle dans le sens de sa coercition, et de renforcer notamment le Conseil par des compétences juridiques expertes. Les séminaristes, après avoir passé au crible les textes de loi, ont souligné le caractère urgent de la formation des «agents et autres administrateurs chargés du traitement des offres des soumissionnaires», étant donné la nature secrète des ententes qui ne constituent pas des preuves irréfragables, au demeurant difficilement détectables.

APPROCHE ÉCONOMIQUE DE LA RELATION ENTRE LES MARCHÉS PUBLICS ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE



M.Slimani Djilali

Membre Permanent du Conseil de la Concurrence



Nous aborderons la problématique de la relation entre les marchés publics et le droit de la concurrence à travers les trois axes fondamentaux ci-après :

- *Un état des lieux .*
- *Les éléments de droit de la concurrence et d'économie dans le code des marchés publics sur la base du dernier décret présidentiel N°15-247 du 16-09-2005.*
- *Les recommandations.*

Nous ferons en sorte que «les indices de collusion en matière de marchés publics» restent la préoccupation essentielle dans les développements de notre présentation.

I- Etat des Lieux

Quelques indicateurs économiques

Nous nous sommes livrés à une première analyse empirique portant sur l'examen des annonces parues sur le BOMOP durant la semaine du 24 au 30 août 2014 (marchés octroyés) :

Nous avons recensé, dans ce cadre, 369 appels d'offre national et international pour une commande publique de 73 Milliards DA répartis entre 70 Milliards DA pour les opérateurs nationaux et 3 Milliards DA pour les opérateurs internationaux.

Quatre conclusions ont été tirées de cet échantillon d'analyse

Conclusion 1

96% des marchés sont attribués aux opérateurs nationaux et 4% aux opérateurs internationaux.

Conclusion 2

le secteur du BTPH accapare 70% des marchés octroyés.

Conclusion 3

Sur les 369 avis d'appel d'offre national et international, 310 sont effectués sur la base de la formule « restreints » contre 46 appels d'offre ouverts.

Conclusion 4

le taux d'infructuosité est de 22% soit 81 cas.

Nous nous sommes livrés à une seconde analyse empirique portant sur l'examen des annonces parues sur le BAOSSEM durant les deux mois (Août et Sept 2014) concernant le secteur de l'Energie : Nous avons recensé, dans cet échantillon, 46 appels d'offre national et international pour une commande publique de 59 Milliards DA répartis entre 01 Milliard DA pour les opérateurs nationaux et 58 Milliards DA pour les opérateurs internationaux

Trois conclusions ont été tirées de cette deuxième analyse

Conclusion 1

99,5% des marchés sont attribués aux opérateurs internationaux et 0,5% aux Nationaux.

Conclusion 2

l'intégralité des appels d'offres se fait sur la base de la formule « appel d'offre restreint»

Conclusion 3

le taux d'infructuosité est plus faible dans le secteur de l'énergie (17%) soit 08 cas.

Par extrapolation sur une année des commandes publiques (BOMOP et BAOSSEM) nous aboutissons à :

► Un Montant de la commande publique (2014) estimée à 3994 Milliards DA

► Sachant que Le PIB 2014 a été de 17 731 Milliards DA (221 Milliards de dollars)

► La commande publique représente donc 22,52% du PIB.

Sur un autre plan nous nous sommes intéressés à la part des dépenses d'équipement dans la dépense publique totale :

Pour la période 2001 / 2004: 34%

Pour la période 2005/2015: >50%

En ce qui concerne 2016

(projet loi de finances) : 39,7%

Et ce, sur la base d'un montant de dépenses de fonctionnement de 4807 Milliards DA et un montant de dépenses d'équipement de 3176 Milliards DA .

II- Eléments de droit de la concurrence et d'économie dans le code des marchés Publics

Il faut rappeler que le Conseil de la concurrence s'intéresse aux marchés publics en vertu de l'article 2 de l'ord 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée qui dispose que: «*Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent nonobstant toutes autres dispositions contraires:*

- ❖ *Aux activités de production*

y compris agricoles et d'élevage, aux activités de distribution...

❖ *Aux marchés publics à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché*» fin de citation.

De même que L'article 6 de l'ord 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée stipule :

«*Sont prohibées... les pratiques et actions concertées, conventions et ententes expresses ou tacites et notamment lorsqu'elles tendent à permettre l'octroi d'un marché public au profit des auteurs de ces pratiques restrictives*», fin de citation.

II-1: analyses du code des marchés publics décret présidentiel 15-247 du 16/06/2015

Le législateur a tracé un périmètre de compétence précis qui consiste en :

❖ dépenses publiques de l'ETAT, des collectivités territoriales, des EPA.

❖ Les dépenses des EPIC lorsque ceux-ci sont chargés de la réalisation d'une opération financée totalement ou partiellement sur concours définitif de l'Etat ou des collectivités territoriales (Art 6)

❖ Art 9 : les EPE ne sont pas soumises au dispositif de passation des marchés publics - élaborent leurs propres procédures de passation de marchés.

Trois principes constituent le fondement des procédures

- ❖ Liberté d'accès à la commande
- ❖ Egalité de traitement des candidats
- ❖ Transparence des procédures.

Le nouveau code des marchés publics a actualisé les montants des marchés éligibles à la passation de marchés publics (12 MDA pour les travaux et fournitures et 6 MDA pour les études et services), ces montants sont périodiquement actualisés par arrêté du ministre chargé des finances, en fonction du taux d'inflation officiellement enregistré (Art 22).

Les articles suivants présentent un intérêt particulier lié à notre sujet

Art 14 :

❖ Détermination des besoins (renvoie au budget-art 27)

❖ Publicité adéquate (renvoie à la préoccupation de la mise en concurrence)

❖ Consultation par écrit d'opérateurs économiques qualifiés renvoie à l'efficacité de la commande publique, voir décret exécutif N°14-139 du 20 avril 2014 portant obligation d'être titulaire du certificat de classification et de qualification)

❖ choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (pondération de plusieurs critères) voir art 40

❖ Le montant des besoins est arrêté sur la base d'une estimation administrative sincère et raisonnable, dans les conditions fixées dans le présent article (art 27)

❖ Le fractionnement des besoins, dans le but d'échapper aux procédures à appliquer et aux seuils de compétence des commissions des marchés prévus au présent titre, est Interdit (art 27)

❖ Art. 31: La satisfaction des besoins visés à l'article 27 ci-dessus, peut s'effectuer sous forme de lot unique ou de lots séparés

❖ l'allotissement est autorisé cependant le service contractant doit motiver son choix)

Art 61 : Le recours à la publicité par voie de presse est obligatoire dans les cas suivants :

- ❖ appel d'offres ouvert .
- ❖ appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales .
- ❖ appel d'offres restreint .
- ❖ concours.
- ❖ gré à gré après consultation, le cas échéant

Par ailleurs :

◆ L'avis d'attribution provisoire du marché est inséré dans les organes de presse qui ont assuré la publication de l'avis d'appel d'offres, lorsque cela est possible,(art 65).

◆ En précisant le prix, les délais de réalisation et tous les éléments qui ont permis le choix de l'attributaire du marché public.

Art 72 : La commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres effectue les missions suivantes :

❖ proposer au service contractant, le rejet de l'offre retenue, s'il est établi que certaines pratiques du soumissionnaire concerné sont constitutives d'abus de position dominante du marché ou si elle fausserait, de toute autre manière, la concurrence dans le secteur concerné. Cette disposition doit être dûment indiquée dans le cahier des charges

❖ Demander, par écrit, par le biais du service contractant, à l'opérateur économique retenu provisoirement dont l'offre financière globale ou dont un ou plusieurs prix de son offre financière paraissent anormalement bas, par rapport à un référentiel des prix, les justificatifs et les précisions jugées utiles.

❖ Après avoir vérifié les justifications fournies, elle propose au service contractant de rejeter cette offre si elle juge que la réponse du soumissionnaire n'est pas justifiée au plan économique. Le service contractant rejette cette offre par décision motivée.

❖ Proposer au service contractant de rejeter l'offre financière de l'opérateur économique retenu provisoirement, jugée excessive par rapport à un référentiel des prix. Le service contractant rejette cette offre, par décision motivée

Art. 75 : Sont exclus, temporairement ou définitivement, de la participation aux marchés publics, les opérateurs économiques qui ont refusé de compléter leurs offres ou se sont désistés de l'exécution d'un marché public avant expiration du délai de validité des offres, dans les conditions prévues aux articles 71 et 74 ci-dessus

Art. 81 : Les candidats et les soumissionnaires peuvent présenter leurs candidatures et offres dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence. Les candidats et les soumissionnaires, dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises, peuvent se présenter sous la

forme d'un groupement momentané d'entreprises solidaires ou d'un groupement momentané d'entreprises conjointes.

II-2 : De la promotion de la production nationale et de l'outil national de production

◆ Art. 83 : Une marge de préférence, d'un taux de vingt-cinq pour cent (25 %), est accordée aux produits d'origine algérienne et/ou aux entreprises de droit algérien,

◆ Art. 84 : Dans le cadre des politiques publiques de développement, les cahiers des charges des appels à la concurrence internationaux doivent prévoir, pour les soumissionnaires étrangers, l'engagement d'investir en partenariat.

◆ Art. 85 : Lorsque la production nationale ou l'outil de production nationale sont en mesure de répondre aux besoins à satisfaire du service contractant, ce dernier doit lancer un appel à la concurrence nationale, sous réserve des exceptions prévues par les dispositions du présent décret. (tenir compte des PME/PMI).

* Prévoir dans le cahier des charges, dans le cas des entreprises étrangères qui soumissionnent seules, l'obligation de sous-traiter au minimum trente pour cent (30 %) du montant initial du marché à des entreprises de droit algérien.

◆ Art. 87 : Lorsque certains besoins des services contractants peuvent être satisfaits par des micro-entreprises, telles que définies par la législation et la réglementation en vigueur, les services contractants doivent, sauf exception dûment justifiée, leur réserver exclusivement ces prestations, dans le respect des dispositions du présent décret (20% de la commande publique au MAX et de montants de marchés par nature).

◆ Art. 94 : Le titulaire d'un marché public, ayant pris connaissance de certaines informations qui pourraient l'avantager lors de la soumission à un autre marché public, ne peut y participer, sauf s'il prouve que ces informations ne faussent pas le libre jeu de la concurrence. Le service

contractant est tenu, dans ce cas, de prouver que les informations communiquées dans le cahier des charges ont rétabli l'égalité de traitement des candidats

II-3 : De la sous-traitance

◆ Art. 140 : Le partenaire cocontractant du service contractant peut confier à un sous-traitant l'exécution d'une partie du marché, par un contrat de sous-traitance, dans les conditions prévues dans le présent décret.

◆ En tout état de cause, la sous-traitance ne peut dépasser quarante pour cent (40 %) du montant total du marché.

vue d'une amélioration constante de leurs qualifications et compétences.

II-4 : De l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public

◆ Art. 213 : Il est institué auprès du ministre chargé des finances, une autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public dotée de l'autonomie de gestion. Elle comprend en son sein un observatoire de la commande publique et un organe national de règlement des litiges.

Les fonctionnaires et agents publics chargés de la préparation, la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics et des délégations de service public bénéficient de cycles de formation, de perfectionnement et de recyclage, assurés par leur organisme employeur, en relation avec l'Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de services publics, en vue d'une amélioration constante de leurs qualifications et compétences.

◆ Art. 158 : Le service contractant doit établir, au début de chaque exercice budgétaire :

* La liste de tous les marchés publics conclus l'exercice précédent ainsi que les noms des entreprises ou groupements d'entreprises attributaires ; le programme prévisionnel des projets à lancer durant l'exercice considéré, qui pourrait être modifié, le cas échéant, au cours du même exercice.

* Les informations précitées doivent être publiées obligatoirement dans le bulletin officiel des marchés de l'opérateur public (BOMOP)

◆ Art. 212 : Les fonctionnaires et agents publics chargés de la préparation, la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics et des délégations de service public bénéficient de cycles de formation, de perfectionnement et de recyclage, assurés par leur organisme employeur, en relation avec l'Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de services publics, en

III-Principales remarques et recommandations

❖ Ainsi, outre les règles spécifiques du Code des marchés publics, l'acheteur public est également chargé de respecter et, dans une certaine mesure, de faire respecter le droit de la concurrence (voir article 72 les trois alinéas).

❖ **En premier lieu** le droit de la concurrence sanctionne les pratiques d'entente en matière de marchés publics : il peut jouer un rôle à la fois dissuasif et répressif

❖ Car Il résulte de ces ententes concertées un surcoût de la commande publique qui se répercute finalement sur les contribuables

❖ Dans le domaine de la commande publique, le conseil de la concurrence s'intéresse exclusivement aux pratiques des offreurs et laisse aux juridictions administratives, financières ou pénales le soin d'examiner les comportements des demandeurs publics.

❖ **En deuxième lieu**, si le conseil de la concurrence est compétent pour apprécier, au regard des règles du droit de la concurrence, les pratiques mises en œuvre par des entreprises visant à fausser des consultations, il ne l'est pas pour apprécier la légalité d'un appel d'offres ou d'une délégation de service public,

❖ seul le juge administratif compétent peut être saisi en la matière

❖ **En troisième et dernier lieu**, ce type de comportements est aussi visé par des dispositions du code pénal:

◆ le délit « d'octroi d'avantage injustifié », plus connu sous le nom de « favoritisme », et réprimé par l'article 128 bis du code pénal, forme aujourd'hui l'essentiel du contentieux pénal des marchés publics.

Il s'agit d'une infraction spécifique au droit de la commande publique, susceptible de sanctionner des atteintes au droit de la concurrence, en particulier par les acheteurs publics

◆ Il en va ainsi par exemple, de l'octroi d'informations privilégiées à un candidat au marché ou de l'insertion dans un cahier des charges de clauses techniques qui ne peuvent être satisfaites que par une seule entreprise

◆ Des avantages injustifiés dans les marchés publics (art 26).

Article 128 bis code pénal**

Année :2010 : 73 CAS

Année 2011 : 81 CAS

1er semestre 2012 : 39 CAS

III-1: Les pratiques sanctionnées par l'Autorité peuvent prendre plusieurs formes

- ◆ les échanges d'information
- ◆ les pratiques d'offres de couverture
- ◆ les accords de répartition des marchés
- ◆ les échanges d'information visant alors à s'abstenir de soumissionner

Il est admis que la preuve soit rapportée par un faisceau d'indices, éléments non susceptibles de constituer une preuve à eux seuls, mais dont la gravité, la précision, l'accumulation et la concordance permettent de considérer la pratique comme établie.

L'interaction entre la procédure pénale et la procédure administrative (voir art 38 de l'ord 03-03 du 19/07/2003) «*les juridictions communiquent au conseil de la concurrence sur sa demande les PV et rapports d'enquête ayant un lien avec les faits dont le Conseil est saisi* »

Trois points de convergence entre le décret présidentiel 15-247 et l'ord 03-03 du 19/07/2003

1 - l'abus de position dominante :art 7 de l'ord 03-03 et art 72 alinéa 1 du DP 15-247 (cependant l'entente injustifiée n'est pas prévue alors qu'il s'agit du grief principal dans les marchés publics)

2 - l'offre financière globale ou dont un ou plusieurs prix de l'offre financière paraissent anormalement bas, par rapport à un référentiel des prix (art 72 alinéa 2 du DP 15-247 et art 12 de l'ord 03-03 « *sont prohibés les offres de prix ou prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation* » (Prix prédateurs).

Cependant La prohibition des prix prédateurs impose que soit disponible une comptabilité analytique permettant de déterminer, pour les activités concurrentielles, le coût des produits ou prestations fournies. (Lorsque le prix proposé est inférieur au coût variable).

3 - rejeter l'offre financière de l'opérateur économique retenu provisoirement, jugée excessive par rapport à un référentiel des prix.(art 72 alinéa 3 du DP 15-247 et art 6 et 7 de l'ord 03-03

« *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* »

Les acheteurs publics sont les mieux placés pour saisir le Conseil de la concurrence à chaque cas sus visé. Or, y compris sur le plan international il est constaté que les saisines s'effectuent essentiellement par les concurrents mécontents.

Rappel

Il appartient à la personne publique responsable du marché de s'assurer, lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public, que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées.

On peut parler d'une véritable émergence d'un devoir de ne pas générer de pratiques anticoncurrentielles.

En ce qui nous concerne (Algérie) depuis la réactivation du Conseil de la concurrence (janvier 2013), seules deux (02) saisines sont parvenues au Conseil .

❖ Affaire 40/2006 du 24/06/2006

la Société MED SANTE contre EHS, invoquant le grief de volonté d'éviction d'un appel à la concurrence à travers la non remise du cahier des charges (rejet pour absence de pièces probantes justifiant l'éviction)

❖ Affaire 26/2003 du 03/06/2003 la Société Sarl MID contre l'institut INSID, invoquant la violation des règles de marchés publics à travers son éviction de la première place (rejet pour incompétence du conseil en référence à l'article 02 de l'ordonnance 95-06 du 25 janvier 1995 qui ne prévoyait pas le contrôle des marchés publics par le Conseil de la concurrence.

IV- Conclusion

Citation « *le droit de la commande publique n'est pas encore ce vêtement ample et souple permettant aux décideurs publics de se mouvoir utilement et dans la sécurité pour obtenir la meilleure efficacité économique de l'achat public, mais demeure pour partie une armature passablement lourde et parfois paralysante* », rapport public du conseil d'Etat français 2002.

Car les Services contractants publics sont soumis en permanence à des «injonctions paradoxales» telles que

◆ Aller le plus vite possible pour ne pas retarder les projets

◆ Respecter les délais prévus par la Réglementation des Marchés Publics

◆ Gérer efficacement les deniers publics.

« LA RÉGLEMENTATION EN MATIÈRE DE COLLUSION DANS LES MARCHÉS PUBLICS »



M. Ladjel Omar

Sous-directeur de la réglementation

(Division des Marchés Publics Ministère des Finances)



I. Introduction

- Définition des marchés publics
- II. Principes régissant les marchés publics
 - Libre accès à la commande publique
 - Transparence des procédures
 - Egle traitement des candidats
- III. Phenomene de la collusion et ses effets
 - C'est quoi la collusion? C'est quoi la collusion dans les marchés publics ?
 - Quels sont les effets de la collusion?
- IV. Moyens de detection et de prevention
 - Quels sont les indices permettant de détecter la collusion?
 - Qu'est ce qui favorise la collusion dans les marchés publics?
 - Comment prévenir la collusion?
- V. Lutte contre le phénomène de la collusion
 - Coopération entre les administrations
 - La formation des agents publics
 - Le code d'éthique et de déontologie
 - Déclaration de probité
 - L'autorité de régulation des marchés publics • le black listing
 - Système d'information

I. Introduction

De par son poids dans l'économie du pays, la commande publique représente des enjeux stratégiques et un défi majeur dans la mesure où la bonne gestion des deniers publics et l'efficacité des procédures de passation des marchés publics sont le fondement du développement économique du pays.

Face à ces enjeux, et pour assurer une gestion optimale et rationnelle des deniers publics, les pouvoirs publics ont été amenés à réformer à plusieurs reprises la réglementation des marchés publics.

La réglementation régissant les marchés publics, est édictée par la nécessité d'encadrer le comportement des intervenants dans la passation des marchés publics qui peut conduire à la transgression de la législation et de la réglementation des marchés publics (favoritisme, conflit d'intérêt, collusion, corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêt, etc...).

II. Principes régissant les marchés publics

Le marché public est défini comme étant un contrat bâti sur une base relationnelle entre un acheteur public et un opérateur économique.

En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à

la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et transparence des procédures.

❖ La liberté d'accès à la commande publique garantit la concurrence, qui est essentielle pour l'acheteur public. Elle se traduit par une diversité d'offres qui doit engendrer qualité, maîtrise des coûts et bonne utilisation des deniers public (liberté d'accès à l'information, liberté d'accès à la procédure) ;

❖ L'égalité de traitement des candidats se traduit par le traitement pour tous les candidats placés dans la même situation, la diffusion des mêmes informations au même moment à l'ensemble des candidats, et l'évaluation objective des soumissionnaires conformément au dossier de l'appel d'offres.

❖ La transparence des procédures principe de clarté (règle de jeu connue par tous, informations obligatoires des candidats et traçabilité de la procédure : avis d'attribution de marché, recours, infructuosité, annulation de la procédure ou de l'attribution).

Le respect de ces principes est consacré par l'article 05 du décret présidentiel n° 15-247 du 16 Septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public et par l'article 26 alinéa 01 de la loi n°06-01 du 20 février 2006, modifiée et complétée relative à la prévention et à la lutte contre la corruption.

La nature secrète de la collusion dans les marchés publics, est difficilement détectable. Les stratégies utilisées dans le cadre des soumissions concertées peuvent laisser des traces que seul un professionnel des marchés publics pourra détecter.

III. Phénomène de la collusion et ses aspects

C'est quoi une collusion ? Comme le suggère la citation d'Adam Smith « *les gens d'une même profession se réunissent rarement, même pour s'amuser et se distraire, sans que la conversation n'aboutisse à une conspiration dont le public fait les frais ou à une machination pour accroître les prix* ».

La collusion est définie comme étant le fait de comportement d'entreprises qui s'entendent ou se concertent pour influencer la prise de décision lors de l'attribution du marché, concernant leur prix, et de limiter, d'entraver ou de fausser le libre jeu de la concurrence sur ces marchés.

C'est quoi une collusion dans les marchés publics ?

La collusion dans les marchés publics est le fait de plusieurs entreprises pour orienter la décision de l'acheteur public en gardant l'apparence d'un marché concurrentiel. Les marchés publics sont particulièrement ciblés du fait que les informations issues de la procédure de passation des marchés publics (identité et montant des soumissions rendus publics), qui obéit à des principes les rendant vulnérable à la collusion.

Quels sont les effets de la collusion ?

L'impact principal de la collusion sur les marchés publics est l'augmentation des prix payés par les acheteurs. Le phénomène de la collusion dans les marchés publics prive l'Etat de ressource permettant un développement plus important pour la prise en charge des besoins de population.

IV. Moyens de détection et de prévention

Quels sont les indices permettant de détecter la collusion ?

La principale difficulté dans la détection de la collusion réside dans le secret des ententes.

La nature secrète de la collusion dans les marchés publics, est difficilement détectable.

Les stratégies utilisées dans le cadre des soumissions concertées peuvent laisser des traces que seul un professionnel des marchés publics pourra détecter. Elles ne constituent pas une preuve irréfutable, mais plutôt des indices devant attirer l'attention des responsables des marchés publics.

Parmi les indices permettant la détection de la collusion :

- * Fixation des prix proposés (élevés par rapport à un référentiel des prix ou des prix anormalement bas)
- * Faible participation des entreprises aux appels d'offres .
- * Des candidats qui soumissionnent tout le temps, mais ils ne sont jamais retenus
- * Le soumissionnaire retenu soustraite fréquemment.
- * Le même candidat qui soumissionne avec une offre, toujours, la plus basse
- * Des signaux dans les documents soumis
- * Des signaux d'alarmes peuvent apparaître lors du dépôt des soumissions. lorsque les candidats présentent leurs soumissions ensemble, les soumissions comportent les mêmes irrégularités, le même candidat qui est retenu, retraits de soumissions ou désistements ...

Qu'est ce qui favorise la collusion dans les marchés publics ?

- ❖ Le petit nombre d'entreprises permet plus facilement de se concerter
- ❖ Peu ou pas de changement technologique permet à la collusion de perdurer
- ❖ Offres répétitives dont la commande et le montant sont connus d'avance et qui permettent d'anticiper la répartition

Le bouleversement de la commande publique ou la récession : augmenter les offres dans le but de faire face à un chiffre d'affaires en baisse

❖ La faiblesse dans la détection de la collusion permet d'accroître son espérance de vie.

Comment prévenir la collusion ?

Prévenir la collusion demande de comprendre comment fonctionnent les ententes collusoires.

Cette prévention peut être concrétisée par :

◆ L'intervention des agents publics en charge de la préparation, la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics :

❖ La détermination des besoins est une étape cruciale, dans la mesure où ils sont définis par rapport à des spécifications techniques précises nécessitant un travail intensif (estimation administrative, élaboration du cahier des charges qui détermine la qualité du produit).

La variable du prix est laissée aux aléas du processus d'appel d'offres (article 27 du DP) ;

❖ Les services contractant peuvent coordonner la passation de leurs marchés par la constitution de groupements de commandes, dans le but de réaliser des économies et de mettre en commun le savoir faire de leurs fonctionnaires afin d'obtenir les meilleurs résultats (article 36 du DP)

❖ Arrêter d'une manière rigoureuse et objective les critères d'évaluation et de vérifier lors de l'évaluation que les prix proposés ne sont pas surestimés ou sous estimés (article 78 du DP)

❖ La commission d'évaluation des offres composée de membres qualifiés qui analyse les offres et qui propose de retenir ou de rejeter une offre, par rapport à un référentiel de prix, de spécifications techniques (article 72 du DP) ;

❖ Par l'examen rigoureux des recours permettant d'instaurer un mécanisme de plainte pour les soumissionnaires qui se sentent, injustement lésés, dans l'évaluation et par l'attribution du marché.

- ◆ Le versement des institutions publiques et des entreprises dans un esprit de bonne gouvernance en combattant la fraude fiscale, la fraude comptable et les corrupteurs.
- ◆ La mise en place d'un système d'information et l'échange des informations par voie électronique : l'institution d'un portail électronique permet de réduire la communication entre les candidats et d'éviter la pré-qualification des soumissionnaires afin cations techniques (article 72 du DP).

V. Lutte contre le Phénomène de la Collusion

La lutte contre la collusion n'est possible que par la sensibilisation et par l'appui par la formation du personnel en charge des marchés publics.

La lutte contre les atteintes aux règles de probité et de concurrence doit s'inscrire dans le cadre des principes régissant les marchés publics.

Coopération entre les administrations

Les administrations sont tenues par les devoir de vigilance pour lequel des outils existent tels : le regroupement des achats, communication des informations des procédures antérieures.

La formation des agents publics

en charge de la préparation, la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics afin de recevoir une formation qualifiante en la matière (article 72 du DP).

Instaurer un programme de formation pour les professionnels des marchés publics en concertation avec le conseil de la concurrence et doit être sensibilisé au risque des soumissions concertées.

Le code d'éthique et de déontologie

pour les agents publics intervenant dans le contrôle, la passation et l'exécution des marchés publics est à élaborer pour encadrer leur comportement. Ces agent s'engagent à la respecter (article 88 du DP).

Les partenaires cocontractants

sont tenus de souscrire une déclaration de probité (article 89 du DP).

L'autorité de régulation des Marchés publics

qui comprend en son sein l'observatoire de la commande publique et l'organe national du règlement des litiges, constitue entre autres, un lieu de concertation et d'analyse des données relatives aux aspects

économiques et techniques de la commande publique pour lutte contre la collusion (article 213 du DP).

Conserver les informations des procédures antérieures, interdire les entreprises mises en cause de participer aux marchés publics, mettre en place des procédures internes afin de signaler les signaux suspects au conseil de la concurrence et instaurer une coopération.

Le black listing

les mis en cause sont exclus de la participation aux marchés publics (article 75 du DP).

Système d'information

La dématérialisation des procédures des marchés publics consiste en le remplacement des documents prévus par la réglementation des marchés publics par leur communication par voie électronique, ainsi que les opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations sans support papier. La dématérialisation servira, entre autres, de module d'auto-formation et un archivage pérenne des procédures antérieures.



«LA PREUVE DE LA COLLUSION DANS LES MARCHÉS PUBLICS AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE»



M. Jacques Tallineau

Expert-UGP du P3A



UN RISQUE RÉCURRENT DANS TOUS LES PAYS

• Exemple des collusions poursuivies par l'autorité de la concurrence en France

De 1991 à 2010, sanctions de 221 ententes dans les marchés publics impliquant plus de 750 entreprises distinctes

Entre 2004 et 2008, moyenne de 13 affaires par an représentant 16 et 28 % des sanctions prononcées

• Un risque qui se retrouve dans toute l'Union européenne
Etude 2012/2013 demandée par l'Office Anti-Fraude de l'UE (OLAF)

« Public Procurement: costs we pay for corruption »

Sur 8 pays et 5 secteurs : 57 cas de « bid rigging » Dont:

Italie (12),
Pologne (10) France (6),
Espagne (5),
Pays Bas (0)

Détection de la collusion dans les ententes secrètes

Les ententes secrètes de répartition des marchés publics sont des pratiques entre entreprises qui permettent de désigner le futur attributaire du marché à travers les mécanismes suivants :

- *Offres de couverture
- *Soumission non conforme ou comportant des conditions inacceptables pour l'acheteur public.
- *Suppression d'offres ou abstention de soumissionner
- *Rotation de soumissions

Le parcours de l'enquêteur en France pour rechercher la preuve

En général le point de départ est celui d'une plainte ou d'une dénonciation.

Étape 1 : Analyse des facteurs de risques

Analyse de l'environnement concurrentiel pour le marché considéré appuyé par la revue historique des marchés similaires (en France sous la responsabilité de la DGCCRF)
Les anomalies constatées à ce stade de l'enquête ne constituent pas en soi des preuves irréfutables, mais plutôt des signaux d'alerte (repris dans une note d'indices des agents régionaux de la DGCCRF).

Étape 2 : Autorité de la Concurrence décide ou non de mesures d'investigation avec l'appui du juge judiciaire si besoin est (auditions, perquisitions, saisie de documents) pour accumuler d'autres indices qu'il y a eu une pratique concertée. Les enquêtes sont conduites par la DGCCRF

La valeur des indices de collusion

Les indices ne sont pas des preuves « *irréfragables* » car les entreprises peuvent expliquer l'existence de ces indices par autre chose qu'une pratique anti-concurrentielle (c'est toutefois une forme de renversement de la charge de la preuve)

Par exemple le parallélisme des offres entre plusieurs soumissionnaires ou l'attribution d'un marché récurrent au même opérateur leader sur ce marché ne sont pas des éléments suffisants à eux seuls pour démontrer la collusion entre les soumissionnaires car ces situations peuvent être dues à la nature du marché.

La preuve suffisante pour établir la collusion devant l'autorité de la concurrence française

« il est établi que des entreprises ont conclu une entente anti-concurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être ». Décision N°01-D-13 du 19 avril 2001

Echange d'information entre les soumissionnaires potentiels qui diminue l'incertitude

« Tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver pla-

cées, relativement au comportement de leurs concurrentes. Cette incertitude est en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché. A l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée »

Décision N° 08-D-33 du 16 décembre 2008

Même un Echange d'information apparemment anodin entre les soumissionnaires potentiels

« De simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres »

Décision N° 09-D-25 du 29 juillet 2009

Exemples : notes manuscrites sur les conditions des entreprises concurrentes, rendez-vous sur un agenda

Un faisceau d'indices est suffisant

« A défaut de preuves directes d'une pratique anti-concurrentielle, la valeur probante d'un faisceau d'indices n'est pas exclue si, après recoupement, ils constituent un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes même si, pris isolément, ils n'auraient pas un caractère suffisamment probant » Décision N°07-D-36 du 7 novembre 2007.

Même approche de la preuve des pratiques anti-concurrentielles secrètes dans la jurisprudence de la cour de justice de l'UE

La Cour de Justice de l'Union européenne a compétence pour les marchés publics régis par le droit européen (ceux qui dépassent un certain seuil et qui doivent donc être ouverts au marché intérieur de l'Union). La jurisprudence de la Cour est similaire à celle des Etats membre sur les indices de collusion dans les marchés publics :

« ces indices doivent être graves, précis et concordants » (CJCE, 28 mars 1984, aff. 29/83 et 30/83)

« preuves qui fondent la ferme conviction » (TPI, 21 janvier 1999, aff. T-185/96, T-189/96 et T-190/90)

« ces indices seront considérés comme satisfaisants dès lors que la concertation constitue la seule explication plausible du comportement des entreprises »

(CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-204/00)

Faciliter en amont la détection et la prévention des risques de collusion

❖ Mécanismes de coordination des autorités de la concurrence avec les autorités en charge de lutte contre la corruption

❖ Appui des autorités de la concurrence (ou des services d'enquête) pour la conception de certains types d'appels d'offres

❖ Etudes préalables de l'environnement concurrentiel avant la passation des marchés (en France, veille concurrentielle dans la commande publique en positionnant aux côtés des acheteurs publics des agents de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes au nombre de 150 sur tout le territoire national)

❖ Formation spécifique à la détection des risques de collusion pour les agents publics en charge des marchés et publication de guides

❖ Encouragement à la mise en place par les entreprises de programmes de conformité (en lien avec les dispositifs de clémence).



Indices de collusion dans les marchés publics selon l'expérience de l'OCDE

La passation des marchés publics est l'un des domaines d'excellence de l'OCDE (Organisation pour la Coopération et le Développement Economique), prestigieuse institution internationale spécialisée dans la bonne gouvernance économique.

En 2012, le Conseil de l'OCDE a présenté une Recommandation sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics. L'article qui suit reproduit les extraits pertinents de l'Annexe à cette Recommandation où sont exposés les indices de soumissions concertées (source OCDE/DAF/COMP(2009)1/FINAL

www.oecd.org/daf/competition

Ces indices devraient être systématiquement recherchés par les pouvoirs adjudicateurs tout en sachant qu'il ne faut pas les interpréter comme une preuve systématique de fraude. Par exemple, l'absence de participation d'un soumissionnaire habituel peut s'expliquer par un carnet de commande déjà rempli ou des offres élevées peuvent simplement signifier une appréciation différente du marché.

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

Pour que les entreprises puissent mettre en œuvre avec succès un accord collusif, 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 fa-

voriser 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 collusifs.

Associations professionnelles

Les associations professionnelles peuvent constituer pour les membres d'un secteur industriel ou commercial ou d'un secteur des services un mécanisme pro concurrentiel 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 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.

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.

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.

Signaux d'alerte concernant la fixation des prix

- 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.

Déclarations suspectes

- 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 cer-

taines 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.

Comportements suspects

- 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.



LES FACTEURS DE RISQUE FAVORISANT LA COLLUSION DANS LES MARCHÉS PUBLICS



M. Wassim Benhassine

Maître de Conférences Ecole Nationale Polytechnique



I. La Nature du phénomène des collusions (définition, objectifs, quelques chiffres)

La collusion consiste en une entente secrète et anticoncurrentiel entre entreprises pour le partage d'un marché afin d'augmenter leur gains respectifs au détriment des clients, et dans le cas d'un marché public au détriment de l'organisme public et donc des contribuables. Il existe deux types de collusions :

- ❖ Les collusions explicites nécessitant que les différentes parties se rencontrent pour négocier les termes de leur accord et les modalités de sa mise en œuvre.
- ❖ Et les collusions tacites qui découlent de l'interaction stratégique des firmes : sans même se rencontrer les firmes ont intérêt à converger vers des prix élevés. Ces prix sont d'autant plus soutenables que le risque de représailles est important. Ce type de collusion est particulièrement difficile à prouver du fait de l'inexistence de preuves matérielles.

Le préjudice causé par les collusions peut atteindre plusieurs milliards de dollars chaque dans les pays de l'OCDE. Par ailleurs, elles faussent le libre jeu de la concurrence sur le marché. Ce phénomène touche tout autant les pays développés que les pays en développement. On constate dans la plupart des pays un renforcement des sanctions contre ce genre de pratiques.

Quelques cas de sanction de la commission européenne en 2014, 2015 (communiqués de presse sur son site) :

- ❖ Ententes (2015) : la Commission inflige des amendes de **116 millions €** à des fournisseurs de lecteurs de disques optiques ayant participé à une entente
- ❖ Ententes (2015) : la Commission inflige des amendes de **49 millions d'euros** à des opérateurs de fret ferroviaire pour mise en œuvre d'une entente
- ❖ Ententes (2015) : la Commission inflige à des producteurs et à des distributeurs des amendes d'un montant de **€ 115 865 000** pour avoir mis en œuvre des ententes dans le domaine du conditionnement alimentaire destiné à la vente au détail
- ❖ Ententes (2015) : la Commission inflige une amende de **68 millions €** à un fabricant de systèmes de chauffage de stationnement dans le cadre d'une procédure de transaction
- ❖ Ententes (2014) : la Commission règle, par une procédure de transaction, l'entente relative aux écarts de cotation sur les produits dérivés de taux d'intérêt libellés en francs suisses et inflige à quatre grandes banques **32,3 millions d'euros** d'amende
- ❖ Ententes (2014) : la Commission règle par transaction l'entente entre RBS et JP Morgan sur les produits dérivés basés sur le Libor libellés en francs suisses et inflige une amende de **61.6 millions d'euros** à JP Morgan

Les facteurs de risque favorisant la collusion dans les marchés publics¹:

I. La Nature du phénomène des collusions (définition, objectifs, quelques chiffres)

II. La spécificité des marchés publics

III. Les facteurs de risque

IV. Les pratiques favorisant les collusions

V. Conclusion

VI. Références

«Les gens d'une même profession se réunissent rarement, même pour s'amuser et se distraire, sans que la conversation ne vienne à une conspiration dont le public fait les frais ou à une machination pour accroître les prix », dans Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Adam Smith (1776).

❖ Ententes (2014) : la Commission inflige une amende de **138 millions d'euros** à des producteurs de puces pour cartes pour leur participation à un cartel

❖ Ententes (2014) : la Commission inflige une amende de **32 millions d'euros** à des producteurs de champignons en conserve dans le cadre d'une procédure de transaction

❖ Ententes (2014) : la Commission inflige à des producteurs de câbles électriques à haute tension des amendes d'un montant de **302 millions d'euros** pour leur participation à un cartel

❖ Ententes (2013) : la Commission inflige des amendes d'un montant de **1,71 milliard €** à des banques ayant participé à des cartels dans le secteur des produits dérivés de taux d'intérêt.

Les pays également ont eu à infliger d'importantes amendes au début des années 2000 :

❖ En Allemagne, en 2002, l'Office des cartels a infligé des amendes s'élevant à plus de **700 millions d'euros** à une entente dans l'industrie du ciment .

❖ En 2002, la Commission européenne a imposé une amende de **249.6 millions d'euros** à Lafarge pour participation à l'entente concernant les plaques de plâtre, soit la plus forte amende jamais infligée à une société dans une seule affaire d'entente.

❖ Aux États-Unis, le total des amendes pour l'exercice 2004 a été de **359.8 millions de dollars**

❖ En France, l'Autorité française de la concurrence a prononcé, jeudi 18 décembre 2014, deux sanctions qui figurent parmi les plus importantes prononcées à ce jour pour des montants de **345,2 millions d'euros** (Colgate-Palmolive, Henkel, Unilever, Procter & Gamble pour les produits d'entretien) et **605,9 millions d'euros** (Colgate-Palmolive, Henkel, Unilever, Procter & Gamble, Gillette et L'Oréal pour les produits d'hygiène et de beauté)

On peut conclure de toutes ces affaires, que les collusions sont un

phénomène qui peut toucher tous les secteurs d'activité, pour des niveaux de préjudice également très variables, mais qui peuvent atteindre des niveaux très importants.

La mise en œuvre d'une collusion fait face à un certain nombre de difficultés qu'il convient d'analyser pour une meilleure compréhension du phénomène et permettre ainsi de lutter contre avec plus d'efficacité :

❖ La communication entre les membres participants à la collusion en vue d'un accord

❖ Le partage des gains de la collusion mettant éventuellement en œuvre un mécanisme de compensation entre les participants.

❖ La détection de toute déviation stratégique des termes de l'accord par les participants

❖ La possibilité de représailles en cas de déviation d'un participant à la collusion.

Chaque participant ayant généralement intérêt à adhérer dans un premier temps puis à dévier, la soutenabilité de la collusion est également un élément important de l'analyse des collusions. Il existe donc des conditions et des stratégies qui visent à maintenir la stabilité du cartel.

Il est essentiel de comprendre comment les membres d'une entente peuvent communiquer discrètement sur le partage des gains d'une pratique anticoncurrentiel tout en s'as-

surant que personne ne dévie de l'accord conclut sous peine de « *représailles de marché* ».

La mise en place et le fonctionnement d'entente n'est donc généralement pas une chose aisée.

II. La spécificité des marchés publics

Les marchés publics concernent tous les contrats accordés par les administrations publiques à des entreprises pour se procurer des biens ou des services. Du fait leurs spécificités, les marchés publics sont particulièrement vulnérables aux pratiques de collusion :

L'information sur le processus d'attribution est généralement publique

Si le processus d'attribution de ces marchés est généralement explicité de manière assez détaillée et transparente, comme l'exige généralement la réglementation afin d'éviter tout favoritisme ou corruption, Il facilite également l'organisation de la collusion en renseignant chacun des partenaires sur le respect de l'entente ouvrant ainsi la voie à des représailles. Exemple : la révélation des offres des soumissionnaires après le résultat de l'appel d'offre.

L'arrivée de nouvelles opportunités de contrats de marché public est généralement prévisible



En effet, ces contrats sont généralement inscrits dans des budgets de fonctionnement ou d'investissement des organismes publics.

Ces budgets sont généralement connus et font souvent l'objet de reconductions d'une année sur l'autre. Cette prévisibilité permet aux membres de l'entente de mieux se partager les gains résultant de l'entente et d'assurer une meilleure discipline en facilitant les mesures de représailles.

Et enfin, les marchés publics impliquent généralement des montants d'argent important :

Selon l'OCDE (2010), le montant total des marchés publics représenterait environ 16% du PIB des pays de l'OCDE.

Les collusions sur les marchés publics peuvent avoir un impact important en termes d'augmentations des prix qui représenterait jusqu'à 20% à 30% selon une étude de 2007² se basant sur 500 cas de collusion.

Ces ententes ont pour conséquences de réduire la quantité et/ou la qualité du service public offert. Ce qui est gagné par les membres de l'entente est perdu par l'acheteur public et in fine par le contribuable. Au-delà du simple transfert de valeur des consommateurs vers les entreprises, les collusions induisent un coût social dû à une mauvaise allocation des ressources. La lutte contre les collusions est donc un impératif qui permet préserver les deniers publics et d'assurer généralement un meilleur service public aux citoyens.

III. Les facteurs de risque (illustrés par des cas pratiques)

Il existe un certain nombre de facteurs de risque connus pour favoriser la collusion à travers une facilitation de la communication et de la concertation, de l'exercice du pouvoir de marché et du partage des gains, ou encore de la détection et de la possibilité de sanctionner toute trahison

au sein de la collusion.

Le faible nombre d'entreprises sur le marché

Lorsque le nombre d'entreprise sur le marché est faible, la communication entre les différents participants à la collusion est d'autant plus facile. Par ailleurs, très peu d'entreprises sont capables de cartelliser une part de marché importante et enfin la détection des stratégies de déviation est également plus aisée.

L'existence d'une firme dominante

L'existence d'une firme dominante, en plus de renforcer la concentration du marché, est de nature à faciliter les ententes tacites sur un partage des marchés : les firmes abandonnant au leader les marchés pour lesquels il a un fort intérêt.

Ce dernier s'abstenant de participer aux autres marchés qu'il laisserait aux entreprises de la frange concurrentielle.

Cas des bandes du spectre hertzien aux USA

Concentration du secteur facilite la collusion.

L'appel d'offre lui-même peut isoler un sous-ensemble concentré

Marché dominé par un leader (AT&T)

Marché dominé par un leader Local (Pacific Telephone)

De juillet 1994 à juillet 1998, la Federal Communications Commission a attribué aux Etats-Unis 5893 licences d'accès à des bandes du spectre hertzien pour un montant total de 22,9 milliards de dollars. Ces enchères ont été étudiées par Cramton – Schwartz (2000a & b) dont nous présentons quelques résultats ci-dessous.

Des procédures différentes ont été appliquées sur les blocs D et E où des comportements collusifs ont été détectés et le bloc F où aucun comportement collusif n'a été mis en évidence. La principale différence résidait dans le fait que le bloc F était réservé aux entreprises de petites tailles qui bénéficiaient d'une aide financière publique, alors que les blocs D et E étaient ouverts à toutes les entreprises. Sur ces deux blocs, les grandes entreprises ont constitué de fait un sous-ensemble concentré au sein duquel l'entente était plus facile.

Il a été montré que la concurrence sur les licences qui intéressaient clairement AT&T, perçue au niveau national comme étant l'entreprise dominante, a été moins vive que sur d'autres licences.

Cependant, une entreprise peut profiter de sa position dominante sur un marché local pour influencer ou menacer ses concurrents lors d'appels d'offre. Cela a été le cas de la Pacific Telephone lors des enchères sur le spectre hertzien concernant la ville de Los Angeles. Possédant différents moyens de communication sur la région, la compagnie a pu par voie de presse (Wall Street Journal, 31 octobre 1994) menacer des concurrents importants comme GTE, Bell Atlantic ou MCI de manière à ce qu'ils se retirent de la course. Le prix de la licence sur Los Angeles à ce fait été très raisonnable. (Klempeper, 2000)

De fortes barrières à l'entrée limitant le nombre de nouveaux entrants

Ne connaissant généralement pas suffisamment leurs concurrents, les nouveaux entrants participent rarement à des collusions. Ils ne sont en tout cas pas au même niveau d'information que les firmes en place. Elles seront donc plus réticentes à participer à une collusion. Il sera également plus risqué pour les entreprises participant à la collusion de les impliquer dans cette pratique illégale sans avoir noué une relation de confiance.

Faible changement technologique

La soutenabilité de la collusion dépend également de la répartition des gains de la collusion. Le changement technologique modifie par nature l'équilibre des forces concurrentielles sur le marché et donc l'intérêt de participer à la collusion. Plus la technologie est stable et moins il existe de pression sur la stabilité de la collusion.

La prévisibilité de la demande :

De la même manière, la stabilité de la demande donne une prévisibilité à la répartition des gains de la collusion entre les participants. Lorsque la demande est instable et impré-

sible, il est plus compliqué de s'entendre sur la répartition des gains et de s'assurer de la discipline des participants à la collusion. Sur ce point, les marchés publics sont plutôt vulnérables à la collusion, la demande étant assez prévisible.

L'homogénéité du produit

L'accord sur une structure de prix commune est d'autant plus facile que le bien est homogène. Il est par ailleurs beaucoup plus facile de vérifier que les participants respectent les termes de l'accord lorsque le bien est homogène que lorsqu'il est fortement différencié.

Cas

Homogénéité des contrats de marché public facilite la collusion

L'existence de produits de substitution

Moins il existera de produits de substitution vers lesquels le client pourra se reporter et plus le pouvoir de marché collectif des entreprises sera important. Les gains que les entreprises retireraient d'une entente seront d'autant plus importants et l'incitation à la collusion sera d'autant plus forte.

Faibles pénalités en cas de détection de l'entente

Les pénalités légales en cas de détection sont intégrées implicitement dans le calcul du gain collectif qui pourrait être retiré d'une collusion. Ainsi, si les profits sont nettement supérieurs aux pénalités encourus (ou à leur espérance en intégrant la probabilité de détection), les entreprises

Enchères de spectre hertzien aux États-Unis

La plupart des cas de collusions mis en évidence dans l'attribution des 1479 licences d'exploitation, principalement dans les blocs D et E, ont porté sur des lots dont les seuls éléments de différenciation portait sur la zone géographique d'exploitation et sur la largeur de la bande hertzienne.

seront fortement incités à s'engager dans une entente. La tendance actuelle dans la plupart des pays est de renforcer les pénalités qui peuvent aller jusqu'à plusieurs centaines de millions d'euros.

Faible risques de détection de la collusion

Plus le risque de détection est faible et moins les entreprises se sentiront menacées par la justice en cas de collusion. Les gains escomptés de la collusion n'intégreront donc que faiblement la possibilité de pénalités.

Une forte asymétrie d'information entre les membres du cartel

L'asymétrie de l'information joue un rôle important dans la constitution de collusion. Elle est en effet source de

coûts de transaction dans la constitution de l'entente. Cette asymétrie d'information peut être réduite par la création d'associations professionnelles.

L'existence d'associations professionnelles

Les associations professionnelles offrent un cadre d'échange et de concertation entre les membres d'une même corporation permettant de faciliter les ententes à travers l'échange d'informations et le renforcement des possibilités de représailles. Par ailleurs, elle favorise l'émergence de traditions professionnelles et de cultures tarifaires communes pouvant biaiser la concurrence lors de la soumission à des contrats publics :

CAS de la tétracycline aux USA

Sherer (1981) rapporte le cas du marché public pour la tétracycline (antibiotique destiné à l'armée américaine) dans les années 1954-55 aux USA.

Culture tarifaire diffusée au sein d'associations professionnelles facilite la collusion tacite

Les cinq entreprises qui ont répondu à l'appel d'offre (enchères sous plis scellé) ont proposé le même prix à l'unité, soit 19,1884 \$ / le flacon. Elles avaient en fait appliqué les mêmes pratiques de remise et de rabais en vigueur dans l'industrie pharmaceutique sur un prix public établi.

L'existence de relations de marchés multiples entre les entreprises

Le fait que les entreprises se retrouvent en concurrence sur plusieurs marchés facilite la discipline au sein de la collusion en crédibilisant la menace de représailles en cas de déviation

L'apparition de ces facteurs de risques ne suffisent pas à prouver une collusion mais sont des indicateurs qui doivent éveiller la vigilance des autorités de la concurrence.

Participations financières croisées et contrats de sous-traitance

Afin de ne pas prendre le risque d'être détectée lors du transfert des gains, les entreprises peuvent avoir recours à certaines stratégies comme l'échange de participations financières croisées ou des accords de sous-traitance permettant des transferts de gains discrets aux entreprises perdantes au sein de la collusion. Ainsi, dans l'attribution de marchés publics, les organismes

publics devrait accorder une attention particulière aux contrats de sous-traitance et à la soumission d'entreprises liées financièrement. La sous-traitance à des entreprises ayant participées à l'appel d'offre pourrait être interdites et la participation d'entreprises financièrement liées ou de filiales d'un même groupe devrait être limitée.

Stratégie d'entente par la sous-traitance

CAS de la rénovation du port du Havre

Dans le cas de la passation de marché portant sur la rénovation du port autonome du Havre entre 1991 et 1993, il a été mis en évidence une entente entre les firmes soumissionnaires dont les gains étaient partagés à travers la mise en place de contrats de sous-traitance.

IV. Les pratiques favorisant les collusions

Certaines pratiques dans l'attribution des marchés publics portent elles-mêmes des éléments favorisant la collusion entre entreprises. La révélation de l'information lors de ces procédures d'attribution de marchés publics est l'élément le plus déterminant dans la formation d'entente et de pratiques collusoires.

La procédure d'appel d'offre :

La procédure d'appel d'offre est une étape particulièrement délicate dans l'attribution de certains marchés publics. En effet, l'organisme public n'est souvent pas seulement intéressé par le prix proposé, mais également par d'autres considérations relatives à la qualité du service, à la sécurité des installations, leur durabilité, l'impact sur l'environnement, ... la prise en compte de tous ces éléments rend les procédures d'appel d'offre complexes

L'appel d'offre peut avoir recours à trois types de règles :

❖ La règle « du moins disant » : Il s'agit d'une concurrence sur les prix. Les critères qualitatifs sont définis à priori dans l'offre de soumission et servent essentiellement à détermi-

ner la recevabilité de l'offre. L'offre la moins couteuse est retenue. Ce qui n'incite pas les entreprises à faire des offres innovantes, originales ou plus efficaces.

❖ La règle « du mieux disant à posteriori » : la concurrence ne se fait pas uniquement sur le critère de prix mais également sur d'autres critères dont la pondération dans l'évaluation de l'offre globale est fixée à posteriori par l'organisme public. En intégrant d'autres dimensions, la pression concurrentielle se relâche sur les coûts et sur les prix

❖ La règle « du mieux disant explicite » : il s'agit d'une règle « du mieux disant » où les différents critères et leurs pondérations sont fixés à priori permettant la formulation d'offres innovantes et qualitatives.

En fixant la plupart des caractéristiques techniques de l'appel d'offre et en réduisant la concurrence entre les entreprises au seul critère du prix, la procédure d'appel d'offre « au moins disant » favorise l'émergence collusion en simplifiant les termes de l'accord et en facilitant le contrôle entre les entreprises. A contrario, dans le cas des procédures « au mieux disant », la multiplicité des critères d'évaluation des

offres rend plus complexe la collusion entre les entreprises en imposant autant d'accord que de critères d'évaluation. Ce type de procédure, contrairement aux procédures « au moins disant », permet une hétérogénéité des offres qui a le mérite d'ouvrir la concurrence sur plusieurs fronts et de faciliter les stratégies de déviation.

Cependant la règle « du mieux disant » étant plus subjective que celle « du moins disant », elle est plus exposée au risque de capture de l'organisme public qui pourrait ajuster (à priori ou à posteriori) les pondérations des différents critères de manière à favoriser certains soumissionnaires, en écartant d'autres ou bien même se transformer en véritable chef d'orchestre de l'entente en pénalisant fortement les déviations au sein de la collusion.

On peut trouver de nombreux cas de capture dans la littérature. Il y a donc un arbitrage dans le choix de la procédure entre le risque de collusion et le risque de capture qui peut en partie se résoudre en sous évaluant les critères subjectifs dans une procédure au « mieux disant » explicite. Les pondérations définies peuvent révélés aux candidats potentiels

afin de réduire le risque de capture, mais cette divulgation d'information relèverait le risque de collusion en facilitant la coordination entre les soumissionnaires. Une solution à ce dilemme consisterait à mettre sous scellé ces informations de manière à limiter le risque de manipulation par un agent public capturé tout réduisant le risque de collusion.

Procédures répétées ou similaire

La Répétitions fréquentes d'appels d'offre pour des prestations homogènes pour le renouvellement des marchés de concessions favorise les ententes en favorisant la détection des éventuelles déviations et en rendant crédible la menace de représailles.

Pesendorfer (2000) rapporte le cas d'ententes entre des entreprises laitières au Texas et en Floride sur des marchés publics portant sur l'approvisionnement en lait des écoles entre 1980 et 1991.

Durant cette période, il y a eu 239 contrats d'approvisionnement en lait chaque année en Floride et 136 au Texas. La répétition de ces contrats a permis de faciliter l'entente sur un marché par ailleurs très concentré. Cela a en effet permis de faciliter la punition en cas de déviation.

De plus, les termes de ces contrats étaient très similaires et les prestations requises très homogènes. Cela a permis de faciliter la mise en place d'un accord sur les mêmes critères, de faciliter la détection de déviations et de rendre plus crédible la possibilité de punitions. La détection a été rendu d'autant plus facile que les résultats des enchères (identités des gagnants et offres faites) étaient rendus publics.

Et enfin, il n'existait aucune coordination entre les différents organismes publics lançant les appels d'offre, les « *Board of Education* ».

Lots multiples ou indépendants

Lots multiples attribués dans des procédures distinctes ou répétées fréquemment facilite également la collusion. En effet, la répétition fa-

cilite le partage des gains et rend la menace de punition crédible. Pesendorfer (2000) montre que lorsque le nombre de marchés ou de lots est grand, des mécanismes d'entente très simples permettent d'atteindre le même accord qu'un cartel fort. On peut citer comme exemple³ le cas, développé par Newbery (2000), Wolfram (1998), Joskow-Tirole (2000), de la fourniture d'électricité sur des marchés verticalement intégrés où comme en Angleterre les procédures se renouvellent toutes les 30 minutes, le cas des procédures d'attribution de site de forage pétrolier off-shore (voir Hendricks-Porter (1988) & (1989)), ou encore celui des créneaux publicitaires (CINEP) sur France Télévisions.

V. Conclusion

Après avoir passé en revue les principaux déterminants favorisant les collusions, nous pouvons mieux comprendre la vulnérabilité des marchés publics face à ce type de pratiques illégales. Si la présence d'un ou plusieurs de ces déterminants ne constitue pas une preuve d'entente en soi, elle devrait néanmoins attirer l'attention des autorités de la concurrence sur un risque de collusion et susciter leur vigilance.

Des mesures de précaution (ex-ante) peuvent être prises pour améliorer les procédures d'appel d'offre et ainsi réduire les incitations à la collusion. Il s'agit essentiellement de jouer sur l'information de manière à rendre difficile la concertation entre les entreprises, à compliquer le partage des gains et à faciliter la déviation des participants en minimisant le risque de représailles. Parallèlement, des actions (ex-post) peuvent se focaliser sur les cas à fort risque de collusion afin de rendre plus efficace la détection et la sanction de ces pratiques. En effet, le risque d'être découvert et fortement sanctionné pèse significativement dans les gains espérés de la collusion et donc sur l'incitation à y participer.

VI. Référence

- ❖ Caillaud, B. (2001) «Ententes et captures dans l'attribution de marchés publics» CERAS-ENPS
- ❖ Chassin, Y. et M. Joanis (2010) "Détecter et prévenir la collusion dans les marchés publics en construction", Rapport de projet, CIRANO
- ❖ Cramton, P., et J.Schwartz, (2000a) «Collusive Bidding : Lessons from the FCC Spectrum Auctions», Journal of Regulatory Economics, Vol. 17, 229-252.
- ❖ Cramton, P., et J.Schwartz, (2000b) «Collusive Bidding in the FCC Spectrum Auctions», mimeo University of Mariland.
- ❖ OCDE (2010), "Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics".
- ❖ Pesendorfer, M, (2000) : «A study of Collusion in First-Price Auctions», Reveiw of Economic Studies, Vol.67, n°3, 381-411.
- ❖ Scherer, F, (1980), «Industrial Market Structure and Economic Performance», Houghton Mifflin Company, Boston, USA.

(1) Les idées et les exemples développés dans cette intervention sont principalement inspirés de deux références traitant du même sujet :

Caillaud, B. (2001) «Ententes et captures dans l'attribution de marchés publics» CERAS-ENPS

Chassin, Y. et M. Joanis (2010) "Détecter et prévenir la collusion dans les marchés publics en construction", Rapport de projet, CIRANO

(2) John M. Connor (2007), « Price-fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence », in Richard Zerbe, John Kirkwood (ed.) Research in Law and Economics, Vol 22, pp.59-153

(3) Exemples cités par Caillaud, B. (2001) «Ententes et captures dans l'attribution de marchés publics» CERAS-ENPS



Articles de presse

EL MOUDJAHID
LA REVOLUTION PAR LE PEUPLE ET POUR LE PEUPLE
«La concurrence protège les
intérêts financiers de l'État»

LE REPORT DE L'AVENIR, LE DEVOIR D'INFORMER
LIBERTE
QUOTIDIEN NATIONAL D'INFORMATION

«L'art de lever des lièvres...»

Le Soir
D'ALGÉRIE

«Elle pâtit d'insuffisances
et d'incohérences»

24 MARS
المساء
بعضة إخبارية وطنية

رغم تراجع الحالات التلاعب في
الصفقات العمومية لم يتوقف

Horizons
QUOTIDIEN NATIONAL D'INFORMATION

«Un phénomène grandissant
mais difficile à détecter»

El Watan
LE QUOTIDIEN INDÉPENDANT

Loi sur la concurrence «Bientôt
une révision»

وكالة الأنباء الجزائرية
ALGERIE PRESSE SERVICE

الصفقات العمومية محل اتفاقات غير قانونية ظاهرة
على المستوى الوطني والدولي

BULLETIN OFFICIEL TRIMESTRIEL N°09
EDITÉ PAR LE CONSEIL
DE LA CONCURRENCE



مجلس المنافسة
Conseil de la concurrence

PRÉSIDENT DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE
M. Amara ZITOUNI

Ont collaboré à ce numéro

- Amara Zitouni
- Slimani Djillali
- Ladjel Omar
- Jaques Tallineau
- Wassim Benhassine
- Akroum Myriam

Secrétariat de Rédaction
& Conception



APEC communication
Cité des Annassers II,
Bt. B 25, N°02, Kouba, Alger.
Tél. / Fax : (213) 23 70 40 63
Mobile : (05) 55 03 92 23
Site web: www.apec-dz.com
E-mail : info@apec-dz.com

El Watan

LE QUOTIDIEN INDÉPENDANT - Jeudi 17/12/2015

Jeudi 17/12/2015

L'ACTUALITÉ

Loi sur la concurrence : BIENTÔT UNE RÉVISION

Placé sous l'autorité du ministre du Commerce, le Conseil de la concurrence, dont l'organisation et le fonctionnement ont été fixés par décret exécutif en juillet 2011, devrait connaître, courant 2016, une nouvelle loi plus adaptée à la réalité du marché algérien et à la nécessité de lui donner plus d'efficacité dans sa mission de régulateur de la concurrence, mais aussi dans sa fonction consultative.

C'est ce qu'a indiqué le président du Conseil de la concurrence, **Amara Zitouni**, hier à Alger, en marge d'une journée d'étude sur le thème des «**Indices de collusion en matière de marchés publics**».

Selon lui, l'institution va proposer au gouvernement la révision de cette loi mais devra, avant cela, consulter les experts en la matière, nationaux et étrangers.

Une première évaluation du travail accompli par le Conseil a déjà été effectuée, il y a quelque temps, auprès des services de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (Cnuced) sous forme d'un audit qui n'a toutefois pas été achevé.

«*Nous comptons prochainement relancer cet audit pour relever les lacunes contenues dans la loi et, partant, proposer sa révision*», a encore expliqué le président du Conseil. Il fera savoir qu'à travers tous les pays du monde, «*un conseil de la concurrence est essentiellement composé de magistrats et d'avocats*», alors que le Conseil algérien «*manque de compétences juridiques qui pourraient jouer un rôle important dans la consultation des dossiers*».

Notons, par ailleurs, que le Conseil de la concurrence a eu à traiter, durant l'année écoulée, pas moins de 20 affaires ayant trait à l'entente, l'abus de position dominante, l'exclusivité dans l'exercice de l'activité, l'exploitation d'une entreprise, de l'état de dépendance par rapport à un fournisseur, aux pratiques de prix de vente abusivement bas et à la



non-notification des concentrations économiques. S'agissant de la collusion, **M. Zitouni** a indiqué que ce phénomène, très répandu dans le monde, «*n'est pas bien cerné par la législation algérienne, bien que les secteurs où l'on retrouve le plus d'offres collusoires sont connus*», à savoir le BTPH, le pharmaceutique, l'électroménager et l'électronique. Selon des experts, «*il est très difficile de détecter les collusions, les ententes ou les soumissions concertées entre entreprises concurrentes dans leurs soumissions aux appels d'offres*», d'où la nécessité de «*former les agents et autres administrateurs chargés du traitement des offres des soumissionnaires*».

Lyès M.

La concurrence protège les **INTÉRÊTS FINANCIERS DE L'ÉTAT**

Le président du Conseil de la concurrence, Amara Zitouni, a affirmé qu'il «est difficile d'évaluer» le bilan de pertes subies par le Trésor public. Des pertes dues à la nocivité des soumissions concertées sur les prix de la qualité des produits et service aussi bien pour les administrations clientes que pour le consommateur, et notamment pour l'économie.

Certes, les pertes du Trésor public sont considérables, mais, pour le moment, et depuis la réhabilitation du Conseil de la concurrence en 2013, on n'a pas de bilan pour connaître le taux de pertes», a précisé, hier, **M. Zitouni**, en marge de la tenue de la journée d'étude sur «**Les indices de collusion en matière de marchés publics**», ajoutant : «*Bien qu'on fasse la chasse au phénomène de la soumission concertée pour optimiser les dépenses publiques, il faut aussi que ces dépenses se concentrent uniquement dans les cas utiles.*» Dans ce contexte, le responsable explique que l'importante influence des marchés publics sur l'offre et, à travers celle-ci, sur tout un ensemble de facteurs économiques, apparaît de plus en plus manifestement. Mais, en même temps, «*la concurrence est primordiale*» pour permettre à l'État de dépenser les deniers publics de façon judicieuse et de faire donc un bon usage des ressources publiques limitées.

Partant de là, les participants à cette journée ont exposé le rôle de la concurrence dans les marchés publics.

Les éléments fondamentaux et les aspects institutionnels des systèmes de passation des marchés publics y sont examinés, y compris les stratégies permettant d'élargir le cercle des soumissionnaires potentiels, de favoriser les pratiques concurrentielles et de lutter contre le trucage des offres.

Dans ce sillage, **M. Zitouni** a fait savoir que le recours à l'appel d'offres vise, en effet, à obtenir «*des prix favorables*» pour des produits et services de meilleure qualité, et ce pour «*optimiser les dépenses des fonds publics*». Cette règle, dit-il, peut cependant être «*déviée*» par le biais des offres collusoires ou ententes entre entreprises concurrentes dans le but de la répartition des marchés. «*Ces pratiques ont des conséquences préjudiciables pour le Trésor public, pour le secteur concerné et pour l'ensemble de l'économie nationale*», relève le président du Conseil de la concurrence.

Il a expliqué que le Trésor public n'est pas la seule victime de ces actes venant des entreprises nationales, mais c'est surtout l'Algérie, en raison de sa dépendance à l'importation.

«*Pour atteindre le marché algérien, des entreprises étrangères se concertent pour avoir un partage des bénéfices avec un montant de marché bas*», rétorque-t-il, en notant que la loi 03-03 du 19 juin 2003, relative à la concurrence, permet au Conseil de passer des conventions de coopération et d'assistance juridique et judiciaire avec les homologues étrangers.

Sauf que son application, regrette-t-il, se voit confrontée «*à des réticences*» de ces pays. «*Nous ne sommes pas sûrs d'avoir l'aide possible de ces pays pour faire face aux collusions et ententes transfrontières.*» Compte tenu de l'importance économique des marchés publics, le principe de la concurrence dans ces marchés, non seulement protège les intérêts financiers de l'État adjudicateur, mais aussi ouvre des opportunités économiques aux soumissionnaires.

De ce fait, et pour remédier à cette situation, il préconise aux administrations des entreprises de prendre des mesures pour combattre ce phénomène.

«*Nous essayons de nous mettre au diapason de ce qui se fait dans le monde, mais aussi de nous intégrer dans toutes les organisations mondiales de la concurrence pour faire face à ce phénomène de collusion*», indique-t-il, en évoquant, au passage, les secteurs les plus touchés par ce phénomène dans le monde, notamment en Algérie, en l'occurrence le bâtiment et les travaux publics (BTP), à travers le marché des ciments, les produits chimiques (médicaments), le secteur agricole (les engrais, viande blanche), etc.

L'intervenant conclut sa déclaration par la précision : «*Les entreprises impliquées dans ce phénomène de collusion subissent des sanctions strictes de la part des pouvoirs publics*».

Horizons

QUOTIDIEN NATIONAL D'INFORMATION

Jeudi 17/12/2015

Actualité

UN PHÉNOMÈNE GRANDISSANT mais difficile à détecter

La collusion dans la passation des marchés publics s'étend de plus en plus et coûte donc énormément à la trésorerie nationale

C'est pour tenter d'endiguer sa généralisation que le Conseil de la concurrence s'est penché, hier, dans un séminaire à Alger, sur ce phénomène. «*Il s'agit de prendre des mesures spécifiques pour lutter contre cette pratique. C'est le but de ce séminaire. Car cette question ne concerne pas uniquement le conseil de la concurrence.*

Ce dernier n'est qu'un maillon de la chaîne devant intervenir pour lutter contre ce phénomène», souligne le président du Conseil de la concurrence, **Amara Zitouni**. Mais d'abord un rappel sur la signification de collusion. Selon le sous-directeur de la réglementation division marchés publics au ministère des Finances, Omar Laâdjel, ce terme renferme toute entente «*secrète*» entre un groupe d'entreprises, lors d'un appel d'offres, pour faire augmenter les prix des services ou produits sollicités, notamment, tout en conservant l'apparence concurrentielle du marché. En clair, «*il y a un appel d'offres, et puis, des entreprises s'entendent entre elles, dans le plus grand secret, pour qu'un produit de dix dinars par exemple augmente à 20 DA.*

Les dix dinars majorés iront dans leur poches et ça sera une perte pour le trésor public», explique-t-il, précisant que les offres collusoires ciblent particulièrement les marchés publics. Le caractère secret de la collusion la rend difficile à détecter et, surtout, à prouver.

Toutefois, le représentant du ministère des Finances assure que des indices peuvent amener les responsables des marchés publics à ouvrir une enquête.

«*A condition toutefois que les personnes chargées de récolter les indices soient hautement qualifiées. Détecter une collusion dépend essentiellement de l'intelligence et du savoir-faire de l'enquêteur ou du personnel des marchés publics. C'est pour cette raison que la formation a été exigée dans la réglementation relative aux marchés publics*», fait-il savoir, signalant, par ailleurs, que les indices ne sont pas des preuves irréfutables.

Il indique que quand des prix d'un produit ou d'un service, lors d'une commande publique, sont plus élevés que le prix de référence ou au contraire,

très bas, c'est un indice de collusion.

Autre signe : la présence d'un nombre restreint de soumissionnaires pour un appel d'offres. C'est un indice aussi quand des soumissionnaires qui participent à chaque fois aux appels d'offres mais sans jamais obtenir le marché. Le doute est également permis quand un soumissionnaire devient un sous-traitant. «*J'insiste sur la formation et la qualification. Sans cela, on ne pourra pas relever les indices qui attireront l'attention des responsables des marchés publics*», soutient Omar Laâdjel, notant que moins il y a d'entreprises qui participent aux appels d'offres, plus il y a risque de collusion.

Les commandes répétitives favorisent aussi cette pratique.

Pour la prévenir, le sous-directeur de la réglementation division marchés publics au ministère des Finances recommande aux offreurs de procéder à des achats groupés. Plus la commande groupée est importante, plus les prix tendent vers la baisse.

En outre, pour lutter contre ce phénomène, la mise en place d'un système d'information est nécessaire pour la circulation des données ainsi qu'une coopération entre les administrations.

Laâdjel a estimé également que la création de l'autorité de régulation des marchés publics et d'un observatoire de la commande publique sous la direction de cette dernière contribuera à lutter efficacement contre la collusion.

«*La réglementation condamne l'abus de position dominante mais elle ne fait pas référence à la collusion*», relève Laâdjel. De ce fait, ce dernier propose que les émetteurs d'appels d'offres s'engagent à s'abstenir à s'entendre avec une entreprise donnée.

Pour ce qui est des cas de collusion enregistrés en Algérie ces derniers temps, les intervenants n'ont pas pu se prononcer. «*Nous n'avons pas pu avoir des statistiques relatives aux infractions dans les marchés publics de ces 5 dernières années*», confie Slimani Djilali, membre permanent au Conseil de la concurrence.

Farida Belkhiri



Jeudi 17/12/2015

Actualité

COLLUSIONS en matière de marchés publics

L'art de lever des lièvres...

Le Conseil de la concurrence, nouvellement réactivé après des années de léthargie, a organisé, hier, à la résidence d'État Djenane El-Mithak, une journée d'étude sur les "collusions en matière de marchés publics".

Des cadres supérieurs et des universitaires ont inculqué à des fonctionnaires de services contractant des marchés publics l'art de "lever des lièvres". En tout cas, quelques-uns de ces indices leur permettant de détecter d'éventuelles ententes secrètes entre fournisseurs se partageant un marché donné.

Le but étant d'optimiser l'utilisation des deniers publics, le Conseil de la concurrence voulait sensibiliser les fonctionnaires et l'opinion publique en général, selon son président **Amara Zitouni**, un magistrat retraité de la Cour des comptes, contre des pratiques anticoncurrentielles de nature à générer des coûts supplémentaires au profit des fournisseurs et au détriment des contribuables. Dans son intervention intitulée "Approche économique de la relation entre les marchés publics et droit de la concurrence", Djilali Slimani, membre permanent du Conseil de la concurrence, a parcouru la réglementation des marchés publics en Algérie, insistant sur la nécessité de doter l'opérateur public d'outils référentiels qui facilitent la comparaison des prix pratiqués par les soumissionnaires par rapport à ceux pratiqués sur le marché afin de lutter contre la prédation.

Omar Laadjel, sous-directeur de la réglementation de la division des marchés publics au ministère des Finances, lui, s'est félicité de l'évolution des lois relatives aux marchés publics condamnant, désormais, ces pratiques frauduleuses.

Quant à Jacques Tallineau, spécialiste en commerce et intégration économique du Programme d'appui à la mise en œuvre de l'accord d'association avec l'Union européenne (P3A), il a indiqué que même si les indices de collision entre fournisseurs sont difficilement détectables à cause de la nature secrète des ententes et ne constituent pas des preuves irréfragables, cela aiderait au moins les contractants à prévenir contre les abus.

Et d'énumérer quelques indices récurrents : "Soumissions non conformes ou comportant des conditions

inacceptables pour l'acheteur public, l'abstention de soumission de la part d'opérateurs ayant les capacités et l'habitude de fournir des services au service contractant, ainsi que les rotations de soumission entre opérateurs du même secteur."

L. H





Jeudi 17/12/2015

Actualité

Elle pâtit d'insuffisances et d'incohérences

L'ACTUELLE LOI SUR LA CONCURRENCE

mériterait d'être révisée

La loi relative à la concurrence mériterait d'être revue. C'est ce que considérait hier le président du Conseil de la concurrence, au regard des insuffisances et des incohérences qui la marquent.

L'Algérie peine à contrer le phénomène des tentes transfrontières. «Nous nous sommes rendu compte que l'actuelle loi relative à la concurrence (l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2013, modifiée et complétée) est pleine de lacunes, d'incohérences, de contradictions», considérait hier à la Résidence El Mithak à Alger le président du Conseil de la concurrence, **Amara Zitouni**. S'exprimant en marge d'une journée d'étude sur «**Les indices de collusion en matière de marchés publics**».

le président du Conseil relèvera ainsi que son instance qui a été réactivée depuis le début 2013 et active déjà, ne dispose pourtant pas d'un siège effectivement adéquat et compte un effectif insuffisant, en deçà des normes internationales. Certes, la législation en vigueur «a élargi les compétences et attributions du Conseil sans toutefois lui donner les moyens idoines», dira-t-il.

Voire, le Collège du conseil qui assume une certaine vocation quasi juridictionnelle ne compte pas parmi ses membres des magistrats, dans la mesure où la loi ne le permet pas et même si «le Conseil a besoin d'avoir des magistrats, des avocats agréés» et que les normes et pratiques internationales le recommandent.

Autre anomalie, laissera-t-on entendre, le risque latent de conflits d'intérêts au sein de la composante actuelle du Collège (une douzaine de membres dont 6 représentants du secteur économique et des associations patronales).

Autre insuffisance, le fait que l'actuelle loi permet, certes, au Conseil de signer des conventions de coopération et d'assistance judiciaire avec les autorités d'autres pays, en cas de pratiques indues dont les collusions transfrontières (ententes entre fournisseurs) et lui permettant d'enclencher des «enquêtes», sans toutefois «être très

claire à ce sujet», observera **Amara Zitouni**.

Ainsi, la loi actuelle n'a pas prévu par exemple le mécanisme de «la clémence» qui permet ailleurs à toute entreprise même impliquée dans une affaire d'entente concertée et qui «se sent flouée» de saisir l'autorité de régulation commerciale avec «des preuves palpables, quantifiées et vérifiables» et de bénéficier de la possibilité d'atténuer le préjudice qu'elle cause.

Or, l'Algérie peine à contrer le phénomène des ententes transfrontières, dans la mesure où notamment l'accord d'assistance signé en 2014 avec un pays européen n'a pas été concrétisé sur le terrain, laisse-t-on entendre.

En effet, le signataire étranger a été assez réticent, en arguant justement de l'insuffisance des moyens dont le Conseil dispose actuellement, la non-homogénéité des procédures algériennes et internationales et le principe du respect du secret des affaires.

Des insuffisances et autres lacunes que le Conseil de la concurrence a «soulevées dans ses différents rapports annuels», indique **M. Zitouni**. «Nous sommes préparés à présenter éventuellement dans les mois qui viennent la modification de l'actuel texte, ou bien son abrogation et son remplacement par une autre loi», indiquera le président du Conseil, tout en présidant que son instance «n'a pas le droit d'intervenir mais devra passer obligatoirement par le ministère du Commerce».

A charge, ce faisant, d'«arriver à convaincre le gouvernement», précise **M. Zitouni** qui considère néanmoins que le Conseil dispose «assez d'arguments pour revoir de fond en comble cette loi».

Ainsi, la loi actuelle relative à la concurrence mériterait d'être révisée.

C. B.



2015/12/16

الصفقات العمومية محل اتفاقات غير قانونية ظاهرة على المستوى الوطني والدولي

لشركة قامت بتواطؤ بالتبليغ عن شركائها من أجل الاستفادة من العفو. أما بخصوص أعمال التواطؤ التي يقوم بها بعض الممولين الأجانب أشار السيد زيتوني إلى عجز هيئته أمام هذه الاتفاقات التي تجري خارج البلاد.

من جانبه أشار نائب مدير ضبط الصفقات العمومية بوزارة المالية السيد عمار لعجال الذي حضر اللقاء إلى أهم المؤشرات التي يتم أخذها بالحسبان لكشف أعمال التواطؤ بين المؤسسات في إطار الصفقات العمومية.

أما الأستاذ المحاضر بالمدرسة الوطنية متعددة التخصصات السيد وسيم بن حاسين فقد أكد على العوامل التي تشجع على التواطؤ في الصفقات العمومية.

ومن أجل مكافحة هذه الظاهرة أو على الأقل التقليل من حدتها أكد المشاركون على ضرورة تكوين المستخدمين المكلفين بالصفقات العمومية من أجل السماح لهم بالكشف عن مؤشرات التواطؤ وتحسين تبادل المعلومات بين مختلف الإدارات والمراهنة على التكنولوجيات الجديدة من أجل تحكّم أفضل في المعطيات المتعلقة بالمؤسسات و الصفقات العمومية.

أكد رئيس مجلس المنافسة السيد عمارة زيتوني اليوم الأربعاء بالجزائر العاصمة ان الاتفاقات غير القانونية للحصول على الصفقات العمومية تعد ظاهرة تخص المؤسسات الجزائرية و كذلك الشركات الأجنبية و بعض الدول. و أدلى هذا المسؤول بهذه التصريحات خلال يوم دراسي خصص لمؤشرات التواطؤ في الصفقات العمومية. كما أشار إلى ان التواطؤ في المجال الاقتصادي يعد اتفاقا بين رجال أعمال من أجل تقاسم صفقة أو السماح لمعامل اقتصادي بالاستفادة من صفقة عمومية مقابل أموال متفق عليها لفائدة الشركات التي تتنازل لها.

وأضاف السيد زيتوني ان «ظاهرة التواطؤ في الجزائر سيما في مجال الصفقات العمومية موجودة منذ وقت طويل و ان المؤسسات الجزائرية ليست وحدها التي تقوم بهذا النوع من الأعمال غير القانونية بل ان شركات أجنبية التي تصدر بضائعها نحو الجزائر تلجأ إلى التواطؤ العابر للحدود الذي يخص كذلك بعض البلدان التي ترغب في تقاسم السوق الجزائرية». كما أشار إلى ان القطاعات المعنية بهذه الظاهرة هي تلك المتعلقة بالأشغال العمومية و الأدوية و اقل حدة الكيمياء و الإلكترونيك.

وأكد رئيس مجلس المنافسة على الصعوبات في مواجهة هذه الظاهرة «الموجودة منذ زمن طويل في الجزائر إلا أننا لم نكتشفها في الواقع إلا مؤخرا لأنه لا احد كان يريد الحديث عنها». وتابع قوله ان مجلس المنافسة يعمل من أجل تعديل القانون الساري من أجل مكافحة فعالة لهذه الجائحة الاقتصادية.

ويرى ذات المسؤول بضرورة إدراج عدد معين من الأدوات القانونية ضمن قانون المنافسة سيما «بند العفو» المطبق بشكل واسع في الخارج لكنه غير موجود في الجزائر. و يمنح هذا البند الإمكانية



من جانبه، ركز نائب مدير التنظيم والصفقات العمومية بوزارة المالية، عمر لعجال، على ضرورة تكوين أعوان الإدارة في مجال تسيير الصفقات العمومية وإعادة ضبط عناصر دفاتر الشروط وتحديد الاحتياجات العمومية بطريقة مدروسة، مبرزا أهمية اعتماد نظام إعلامي وتقني متطور في تبادل المعلومات وتسيير الصفقات العمومية، وذلك لتفادي حصول التواصل بين المكتتبين، فيما أثار جاك تالينو، الخبير في التجارة والاندماج الاقتصادي وممثل برنامج دعم اتفاق الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي، العلاقة الكامنة بين التواطؤ في الصفقات العمومية وقضايا الفساد والرشوة، معتبرا بأنه عادة ما تكون حالات التواطؤ مرتبطة بجرائم الفساد، ما يستدعي حسبه بذل جهود كبيرة لا جراء التحقيقات حول حالات الإكتاب المشبوهة.

وإذ لفت إلى أن القانون لا يمنع اشتراك المؤسسات وإنشائها لمجمع من أجل الاكتتاب في صفقة معينة، اقترح تشكيل أعوان مكلفين بمعاينة وتسيير الصفقات العمومية على مستوى الجماعات المحلية، وذلك بغرض رصد العمليات المشبوهة والتدقيق فيها قبل إخطار الهيئات المختصة في مكافحتها.

والتي أبانت بأنه من أصل 369 طلبا عموميا (مناقصة دولية) تصل قيمتها إلى 73 مليار دينار، تحصلت المؤسسات الوطنية على 93 بالمائة من الصفقات العمومية بقيمة 70 مليار دينار، فيما نالت المؤسسات الأجنبية 4 بالمائة من الصفقات العمومية المطروحة بقيمة 3 مليار دينار. مع تسجيل عدم الجدوى بالنسبة لـ 22 بالمائة من المناقصات المعلنة، وهو رقم مرتفع حسبه، مقارنة بالمعدل العالمي الذي يتراوح بين 8 و10 بالمائة.

أما في مجال المحروقات، فقد تم تسجيل 46 مناقصة دولية بقيمة 59 مليار دينار، نالت منها المؤسسات الاجنبية 99 بالمائة، حسب المحاضر الذي أبرز أهمية تعميق الدراسات التي تخص مثل هذه الحالات من قبل مرصد الطلب العمومي المقرر إنشاؤه قريبا مع استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية.

واقترح سليمان توحيد اللجنة المكلفة بمتابعة سير المناقصات، حيث تشرف نفس اللجنة على فتح الأظرفة وعلى التقييم التقني للعروض، فضلا عن إدراج شهادة إلزام المتعاملين المكتتبين في المناقصة بالامتناع عن التواصل مع المكتتبين المنافسين بداية من سحب دفتر الشروط إلى يوم إيداع العرض، مشيرا إلى أن مجلس المنافسة لم يعالج منذ تأسيسه سوى حالتين تم إخطاره بهما قبل 2003 تتعلقان بخرق قانون الصفقات العمومية، «ولكنه لم يتمكن من الفصل فيهما مبرر عدم الاختصاص».





2015/12/16

رغم تراجع حالات التلاعب في الصفقات العمومية لم يتوقف

المختصة، إلا أن الجميع أجمع على وجود هذه الظاهرة، وعلى عجز الإجراءات القانونية وحدها وبالرغم من نجاعتها من القضاء على هذه الآفة، التي شبهها السيد زيتوني بـ: «الداء الخبيث الذي ينخر الجسد في صمت».

ولفت نفس المسؤول إلى أن هيئته شاركت في الأشهر الأخيرة في اجتماع دول منظمة التعاون الأوروبي، الذي كشف عن أرقام مخيفة حول تفشي «هذا الداء» الذي يتسبب في نهب نحو 6 بالمائة من الدخل الخام للدول الأوروبية.

وبحسب عضو مجلس المنافسة، جيلالي سليمان، فإن التدابير التشريعية التي تضمن الوقاية من التواطؤ في الصفقات العمومية، تم التنصيص عليها في القانون 03/03 الذي ينظم عمل مجلس المنافسة وكذا في القانون 15/247 المعدل لقانون الصفقات العمومية، حيث تعاقب أحكام النصين الممارسات المشبوهة التي تمس بقواعد المنافسة، موضحاً بأن القضاء هو الجهة المخولة بإقرار الأحكام الردعية ضد هذه الممارسات. وأشار في نفس السياق إلى أنه من بين الأعمال التي تثير الشبهة في الصفقات العمومية إعداد دفاتر شروط تخدم مصالح مؤسسات بعينها على حساب مؤسسات أخرى، وفيما أوضح بان المجلس لا يتوفر على الأرقام التي تخص المخالفات المسجلة في السنوات الأخيرة، كشف عن تسجيل 73 حالة استفادة مؤسسات من امتيازات غير مبررة في 2010، بينما تراجع عدد هذه الحالات إلى 39 حالة في 2012 .

وأشار عضو مجلس المنافسة إلى أن أهمية وضخامة الاستثمارات الصفقات العمومية في الجزائر، تعد عاملاً مثيراً للممارسات المشبوهة والتحايل على قواعد المنافسة، ولإبراز أهمية الصفقات العمومية بالجزائر، ذكر بنتائج الدراسة التي أجراها المجلس في أوت 2014،

أطلق مجلس المنافسة أمس صافرة إنذار لكافة الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية المكلفة بتسيير الصفقات العمومية، يحذرهم من ظاهرة التواطؤ في الصفقات العمومية التي تشمل اتفاقات بين مجتمعات اقتصادية تتفاهم فيما بينها بطريقة سرية من أجل الاستحواذ على الصفقات العمومية في الجزائر، وتكبد بذلك الخزينة العمومية خسائر رهيبية.

فقد سعى المجلس من خلال اليوم الدراسي الذي نظمه أمس بإقامة الميثاق بالعاصمة حول «مؤشرات التواطؤ في الصفقات العمومية» إلى تحسيس مختلف المتدخلين في مسار إنجاز الصفقات العمومية، فضلا عن الهيئات القضائية ومصالح الرقابة والضبط الإقتصادي، بخطورة هذه الظاهرة التي تمس مختلف دول العالم، وتستدعي حسب رئيس مجلس المنافسة عمارة زيتوني، التنسيق بين مختلف

المصالح الوطنية وكذا مع الشركاء الأجانب، لمكافحة الوقاية منه. غير أن المتحدث لم ينف في سياق متصل وجود صعوبات في العمل مع الشركاء الأجانب للحد من ظاهرة التواطؤ في الصفقات العمومية، حيث ذكر بتجربة خاضها المجلس العام الماضي (2014) مع دولة أجنبية، حيث طلب منها التعاون للكشف عن تواطؤ مؤسسات تابعة لها في صفقات عمومية بالجزائر، «غير أن التعاون لم يستمر طويلا لثلاثة أسباب تتعلق بالحاجة إلى تمويل التحريات خارج الوطن وعدم تجانس الإجراءات القانونية، فضلا عن تحجج الشريك بعدم القدرة على إفشاء السر الاقتصادي».

وفي حين تعذر على كافة المحاضرين خلال اللقاء تقديم إحصائيات حول تفشي الظاهرة في الجزائر على اعتبار أن الكشف عنها يتطلب قيام المتعاملين من أصحاب الطلب العمومي أوالمكثتبيين المتنافسين في المناقصات الدولية بإخطار مجلس المنافسة أوالهيئات القضائية

تعيد النظر في شروط المنافسة»

ب- معايير تقييم العروض

تنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية: «يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية...»، وهذا يتضمن:

1- ثلاثم نظام التقييم مع أهمية العناصر:

وهذا ما نصت عليه المادة 79 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية:

«يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية، مهما يكن اجراء الابرام المختار متلائما مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته»

2- مراعاة المنافسة عند تقييم العروض كالأتي:

◆ إمكانية رفض لجنة

تقييم العروض العرض المقبول إذا ثبت

أنه منخفض بشكل غير عادي

يعترف قانون الصفقات العمومية بإمكانية أن ترفض لجنة تقييم العروض العرض المقبول إذا ثبت إن العرض منخفض بشكل غير عادي وهذا ما نصت عليه المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية : «وإذا كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل، بعد أن تطلب كتابيا، التوضيحات التي تراها ملائمة، والتحقق من التبريرات المقدمة»

◆ رفض العرض الذي يترتب

عنه هيمنة المتعامل المتعاقد

على السوق

كما يمكن للجنة تقييم العروض أن ترفض العرض الذي يترتب عنه هيمنة المتعامل المتعاقد على السوق وهو ما نصت عليه المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن قانون الصفقات العمومية:

«يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت.

ويجب أن يبين في هذه الحالة حق رفض عرض من هذا النوع كما ينبغي في دفتر شروط المناقصة».

◆ حالة تنازل المتعامل

المتعاقد عن الصفقة كعقوبة للشخص

المتنازل

الذي يعتبر كمرقل للسير الحسن للصفقة وسبب في تأجيلها وتأخيرها، أقر المشرع للمصلحة المتعاقدة الحق من منع هذا المتعامل الاقتصادي من المشاركة في صفقاتها لمدة لا تتجاوز سنة واحدة، كما يمكنها حجز كفالة التعهد كتعويض مالي، وذلك طبعا إذا اقتضى الأمر ذلك.

المادة 125 مكرر من المرسوم الرئاسي 10/136 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم : «إذا تنازل المتعامل الاقتصادي عن صفقة منحت له بدون عذر مقبول قبل تبليغه الصفقة أو رفض الإشعار باستلام تبليغ

الصفقة في الآجال المحددة لذلك، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات السعر والجودة والآجال».

◆ إرساء الصفقة

تبلغ نتائج تقييم العروض المالية و التقنية في إعلان المنح المؤقت للصفقة.

لا تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة إلا نتائج تقييم العروض التقنية و المالية لمنح الصفقة مؤقتا، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية و المالية بالاتصال بمصالحها. تسمح الإدارة بالإعلان عن المنح المؤقت للصفقة للمشاركين الآخرين من الاطلاع على النتيجة مع حقهم في الطعن تكريسا لمبدأ الشفافية في تطبيق الإجراءات المتعلقة بالطعن.

الخاتمة

تلتزم المصلحة المتعاقدة بتطبيق المبادئ العامة التي نص عليها قانون الصفقات العمومية وخاصة المتعلقة منها بتكريس منافسة فعالة بين المترشحين للطلبات العمومية، ولكن رغم ذلك يوجد بعض الفراغ التشريعي الذي قد يؤدي بالإدارة الى التعسف في استعمال حقها عند تحديد الحاجات و اختيار الكيفية المناسبة لإبرام الصفقة و كيفية الإعلان عنها.



يوجد بعض الفراغ التشريعي الذي قد يؤدي بالإدارة الى التعسف في استعمال حقها عند تحديد الحاجات واختيار الكيفية المناسبة لإبرام الصفقة وكيفية الإعلان عنها.

فتح الاظرفة، المنصوص عليها في المادة 66 من هذا المرسوم. وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المرشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة، في اعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمرشحين أو المتعهدين المعنيين»

كما نصت المادة 8/71 من المرسوم الرئاسي 247-15: تقوم اللجنة بدعوة المرشحين أو المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية تحت طائلة رفض عروضهم بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه 10 أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة. ومهما يكن من أمر تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة من المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.

يعتبر هذا الإجراء بمثابة تفعيل أكثر لمبدأ المساواة بين المترشحين تمنح من خلالها الإدارة فرص متكافئة لهؤلاء تضمن لهم منحهم وقت إضافي لاستكمال عروضهم بالوثائق اللازمة عوض رفضها بصفة نهائية تحرمهم من فرصة أكيدة لنيل الصفقة خاصة إذا كان العرض المالي لأحد هؤلاء هو الأفضل.

◆ إعلام المترشحين مسبقا وإعلامهم عند تمديد أجل العروض

◆ عدم التفاوض مع المتعهدين: تنص المادة 80 من المرسوم الرئاسي 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية:

« لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في اجراء طلب العروض. غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة للسماح بمقارنة العروض أن تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح وتفصيل فحوى عروضهم. ولكن لا يمكن، بأي حال من الأحوال أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة.

كما يمكن المصلحة المتعاقدة، بعد منح الصفقة وبعد موافقة حائز الصفقة العمومية، أن تضبط الصفقة و تحسن عرضه، غير أنه لا يمكن بأي حال من الاحوال هذه العملية أن

◆ تكريس منافسة حقيقية و شريفة

◆ الحصول على عروض كثيرة و متنوعة

◆ تأمين نجاعة الطلبات العمومية

◆ ضمان حسن استعمال الأموال العمومية

3 - تمديد آجال تحضير العروض

في حالة ما إذا رأت المصلحة المتعاقدة أن الأجل شارف على الانتهاء ولم تستقبل أي عرض أو استقبلت عروض ضئيلة، لها أن تقوم بتمديد آجال تحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك وفي هذه الحالة تخبّر المصلحة المتعاقدة المترشحين بكل الوسائل، وهذا لتفادي الإعلان عن عدم جدوى الصفقة.

ثانيا: التزام الإدارة بإعمال المنافسة عند إبرام و إرساء الصفقة

تلتزم الإدارة عند إبرامها للصفقات باعتمادها مبدأ المنافسة و ذلك باللجوء إلى كيفية طلب العروض التي تعتبر كمبدأ عام في الإبرام مع منحها و بصفة استثنائية الحق في اللجوء إلى كيفية التراضي في حالات محددة قانونا.

1 - جعل طلب العروض كقاعدة عامة للإبرام

تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أن: «تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفقا لإجراء التراضي»

عرف طلب العروض في المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم :

«طلب العروض هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين

متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي

يقدم أفضل عرض»

في تعريف طلب العروض نجد عناصر المنافسة:

◆ الدعوة إلى تقديم عروض،

◆ وجود عدة متعهدين متنافسين،

◆ اعتماد معيار أفضل عرض لإرساء الصفقة.

أما أشكال المناقصة فقد نصت عليها المادة

42 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن

قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم:

«يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا، و يمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

◆ طلب العروض المفتوح

◆ طلب العروض المفتوح مع اشتراط

قدرات دنيا

◆ طلب العروض المحدود

◆ المسابقة»

في طلب العروض المفتوح تطبق المنافسة

في صورة كاملة بحيث يفتح المجال لجميع

المترشحين المستوفين لأبسط الشروط، بينما

في طلب العروض المحدود لا يسمح بتقديم

تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض

الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصالح

المتعاقدة مسبقا، لكن تبقى الإدارة ملزمة

بجعل هذه الشروط دنيا و متناسبة مع

طبيعة و تعقيد وأهمية المشروع.

والمسابقة أيضا تحمل المنافسة، فهي إجراء

يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية

تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو

جمالية أو فنية خاصة.

2 - تأطير وتحديد اللجوء إلى التراضي

يعتبر التراضي طريقة ثانية لإبرام الصفقات

ويتميز التراضي بكونه الأقرب إلى التعاقد في

القانون المدني، ولطالما يعاب على التراضي

كونه يصبح منفذا للمحاباة و من أجل هذا

يسعى المشرع إلى تقييده و تأطيره، فذكر

التراضي على أنه طريقة ثانية للإبرام حسب

ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم الرئاسي

10/236 المتضمن قانون الصفقات العمومية

المعدل والمتمم «تبرم الصفقات العمومية... أو

وفق إجراء التراضي»

تحديد حالات الإبرام

التراضي البسيط: نصت عليها المادة 49 من

المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون

الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

التراضي بعد الاستشارة نصت عليها المادة 50

من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون

الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

◆ الحفاظ على المنافسة في حالة التراضي بعد

الاستشارة: إن كون الإدارة تلجأ إلى استشارة

أولية قبل إبرام الصفقة يعني وجود حد أدنى

من المنافسة في هذه الطريقة.

3 - التزام لجان الصفقات بإعمال المنافسة

نتوقف عند دور لجنة تقييم العروض وفتح

العروض وهذا من خلال معايير عمل اللجنة

المتمثلة في:

أ - مبدأ العلنية

نصت المادة 70 من المرسوم الرئاسي

15-247: «ينم فتح الاظرفة المتعلقة بملف

الترشح و العروض التقنية والمالية في جلسة

علنية، خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة

بعدها نقوم بالتطرق إلى طبيعة الآجال الممنوحة لتحضير العروض ودورها في تكريس مبدأ المنافسة ومنح فرص أكبر للمتشحين للمشاركة في الصفقات العمومية .

الجدير بالذكر هنا هو أن القانون ترك تحديد هذه الآجال للمصلحة المتعاقدة و لم يحددها بنص قانوني، و اقر فقط انه يجب أن تفتح المجال واسعا للمنافسة.

لم يتضمن هذا المرسوم كسابقه آجالا محددة لتحضير العروض بالاستناد إلى الإجراء المختار لإبرام الصفقة، و لقد جاء بصفة عامة مؤكدا على أن تسمح، كما سبق ذكره ، هذه الآجال بفتح باب المنافسة بين المترشحين، إلا انه تم إدراج بعض العناصر التي يمكن على أساسها تحديد هذه الآجال و نقطة انطلاقها بالإضافة إلى تمديدها في حالة الضرورة.

1- تحديد أجل تحضير العروض:

تحدد المصلحة المتعاقدة اجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ نشرها الأول إما في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (BOMOP) أو في الصحافة. يجب الإشارة إلى أن مدة تحضير العروض التي تكون قصيرة جدا، يمكن اعتبارها كاختراق لمبدأ المساواة بين المترشحين.

2- العناصر التي يحدد على أساسها اجل تحضير العروض:

تكون إما على أساس طبيعة موضوع الصفقة في حد ذاته و مدى تعقيده و إما على أساس المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض و إيصال التعهدات.

كما أن هذه الآجال يجب أن تسمح بما يلي:

- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين ،

- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصحبها ،

- كفاءات التسديد ،

- كل الكفاءات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة ،

- الأجل الممنوح لتحضير العروض،

- أجل صلاحية العروض،

- آخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه ،

- ساعة فتح الأظرفة ،

- العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع

التعهدات» .

ج-أجل تحضير العروض:

يعتبر أجل تحضير العروض من بين النقاط المؤثرة على المنافسة، والذي نصت عليه المادة 66 الفقرة 04 منها من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم بنصها على انه « ومهما يكن من أمر فانه يجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين».

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري استعمل الآجال المحددة لتحضير العروض كميّار لتفعيل المنافسة واستقطاب أكبر عدد من المشاركين للترشح للصفقة المعلن عنها من المصلحة المتعاقدة.

*في هذا الصدد سنتطرق إلى كيفية الإعلان

عن الآجال الممنوحة لتحضير العروض و

- لغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة ،

- للمديرية التقنية المعنية في الولاية

ب-تمكين المترشحين من الوثائق

تلتزم الإدارة بتمكين جميع المترشحين من الحصول على الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقة وهذا ما نصت عليه المادة 63 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية. « تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه،

و يمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المرشح الذي يطلبها».

يجب أن تتضمن هذه الوثائق كل المعلومات المتعلقة بالصفقة وهذا حسب نص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية «يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لا سيما ما يأتي:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة ، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتوجات أو الخدمات، وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية إن اقتضى الأمر ذلك،

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني

والضمانات المالية، حسب الحالة ،

الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم». ومن أجل ذلك يجب على الإدارة إلى تمكين جميع المؤسسات من المعلومات المتعلقة بالصفقات وذلك من خلال الإشهار وتمكين المرشحين من الوصول إلى جميع الوثائق المتعلقة بالصفقة.

أ-الإشهار

يكتسي الإشهار الصحفي طابعا إلزاميا في الحالات التي نصت عليها المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية « يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة،

كما يحزر الإعلان عن المناقصة بلغتين على الأقل، ضمنها اللغة العربية، أما النشر فيجب أن يتم في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

وهو ما نصت عليه المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومي «يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل. كما ينشر، إجباريا، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر. ص.م. ع.) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني» .

يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر، وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.

ويكون الإشهار أيضا إلزاميا في حالة طلبات العروض المحلية التي لا تصل عتبة معينة

بحيث يستلزم نشرها في جرائد محلية أو جهوية وفي مقر الهيئات المحلية وغرف التجارة والصناعة والمديرية التقنية المعنية وهذا ما ذهبت إليه المادة 65/3 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية:

«يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات، يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار (100000000 دج) أو يقل عنها وخمسين مليون دينار (50000000 دج) أو يقل عنها ، أن تكون محل إشهار محلي ، حسب الكيفيات الآتية :

- ◆ نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين
- ◆ إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية :
- للولاية ،
- لكافة بلديات الولاية ،



والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي،

2. دفاتر التعليمات المشتركة، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،

3. دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

تحرص الإدارة إعداد دفاتر التعليمات الخاص بالصفقة، على تضمينها مجموعة من الأحكام التي تكرس المنافسة، ومن خلال إخضاع دفاتر الشروط لدراسة لجان الصفقات وتقديمها تأشيرة بالموافقة، ومن بين الأحكام الإلزامية التي نص قانون الصفقات العمومية على تضمينها في دفاتر الشروط نجد:

◆ تحديد الحاجات.

◆ إمكانية اللجوء إلى التخصيص من عدمه،

◆ أجل تحضير العروض،

◆ معايير اختيار المتعاقد ووزنها، المادة 78.

◆ اللجوء إلى التعامل الثانوي.

3 - التزام الإدارة بمعاملة متساوية للمترشحين

إن مبدأ المساواة هو من أهم المبادئ

الدستورية التي وجدت تطبيقا لها في

القانون الاقتصادي منذ فترة طويلة، وأدمج

في 2008 كما أشرنا سابقا في قانون الصفقات

العمومية «لضمان نجاعة الطلبات العمومية

والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن

تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية

وهذا ما ذهب إليه المادة 31 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات

العمومية «يمكن تلبية الحاجات المذكورة في المادة 27 أعلاه، في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة. وتخصص الحصة الوحيدة لشريك متعاقد واحد، كما هو محدد في المادة 37 من هذا المرسوم. وتخصص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر. وفي هذه الحالة، يجب تقييم العروض حسب كل حصة.

اللجوء للتخصيص الواجب القيام به كلما أمكن ذلك، حسب طبيعة وأهمية العملية، ومراعاة للمزايا الاقتصادية والمالية و / أو التقنية التي توفرها هذه العملية، من اختصاص المصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تليل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة، في ظل احترام أحكام المادة 27 أعلاه» .

2 - احترام المنافسة عند إعداد دفاتر الشروط

تمثل دفاتر الشروط الجانب الشكلي المهم

في الصفقات العمومية وتمثل واحدة من

النقائص التي تميز قانون الصفقات العمومية

الجزائري ويعتبرها الأستاذ شريف بن ناجي

«نقطة ضعف قانون الصفقات العمومية في

الجزائر» (5).

ودفاتر الشروط ثلاثة أنواع حسب ما نصت

عليه المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15

المتضمن قانون الصفقات العمومية:

1. دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على

صفقات الأشغال واللوازم والدراسات

ناحية توفير فرص متكافئة للمترشحين للظفر بالصفقة.

1 - احترام المنافسة عند تحديد الحاجات

إن اختيار طريقة الإبرام يتحدد طبقا للمبلغ وخصائص الخدمات التي ستنفذ، وهذا ما يتطلب تحديدا دقيقا وواضحا للحاجات قبل إعلان عن الصفقة.

يجب على أعوان الإدارة أن يبذلوا عناية عند إعداد الحاجات، لكي يتم إبرام صفقات تستجيب للتطلعات المرجوة منها في ظل احترام تعدد العروض.

ولقد نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية «تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة.

ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها وكميتها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية»

يجب أن يكون تحديد الحاجات مفصلا بشكل واضح، وفيما يتعلق بالمنتوج يجب أن توضح كل المقاييس والمعايير المرتبطة به دون توجيه للحاجات نحو منتج معين.

كما يجب أن تراعى الإدارة عند اللجوء إلى تخصيص الصفقات وجود المنافسة بين مختلف المتعاملين وذلك من خلال تبسيط الصفقات وهو ما يسمح لأكثر عدد من المؤسسات بتقديم عروضها، خاصة ترقية دخول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للصفقات العمومية.

(5). الأستاذ شريف بن ناجي، محاضرات في الصفقات العمومية أقيمت على طلبة الماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2005.

إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية

أكرور ميريام



أستاذة محاضرة كلية الحقوق/ جامعة الجزائر - 01



تمثل سنة 2008 سنة مهمة في علاقة قانون الصفقات العمومية بالمنافسة و هذا راجع إلى صدور نصين قانونيين متعلقين بالمنافسة و الصفقات العمومية:

أولا: القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة⁽¹⁾ ثانيا: المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008⁽²⁾ المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 28 يوليو 2002⁽³⁾.

وهو ما أفضى إلى قبول رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية وإلى تقوية وتكريس مبادئ الطلب العمومي في الصفقات العمومية إذ نصت المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 ديسمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام⁽⁴⁾: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم».

أولا: التزام الإدارة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة

للتزم الإدارة طبقا للسلطات المخولة لها قانونا وفي إطار المحافظة على الطابع الحيادي لها في إعداد ملف الصفقة، بتكريس مبدأ المنافسة سواء من ناحية موضوع الصفقة في حد ذاته أو من

(1). الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 36 المؤرخة في 2 يوليو 2008.

(2). الجريدة الرسمية العدد 62 المؤرخة في 09 نوفمبر 2008.

(3). الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 28 يوليو 2002.

(4). الجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

الفهرس

نسخة بالفرنسية

9

1 - مداخلة السيد سليمان جيلالي - المقاربة الاقتصادية للعلاقة بين الصفقات العمومية وقانون المنافسة

نسخة بالفرنسية

13

2 - مداخلة السيد لعجال عمر - التنظيم في مجال التواطؤ في الصفقات العمومية

نسخة بالفرنسية

16

3 - مداخلة السيد جاك تالينو - اثبات التواطؤ في ابرام الصفقات العمومية حسب تطبيقات الاتحاد الاوروي

نسخة بالفرنسية

21

4 - مداخلة السيد وسيم بن حسين - العوامل التي تسهل تواطؤ المؤسسات في ميدان الصفقات العمومية

نسخة بالعربية

7

5 - مداخلة الاستاذة أكرور ميريام - التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية

نسخة بالعربية و بالفرنسية

14

6 - مقالات صحفية



مجلس المنافسة يطالب بالضبط الفعال لسوق الصفقات العمومية

عمارة زيتوني

رئيس مجلس المنافسة



لقد قرر مجلس المنافسة تخصيص عدد خاص من الجريدة الرسمية للمنافسة من أجل تغطية أشغال اليوم الدراسي الذي نظمه يوم 16 ديسمبر 2015 بإقامة «جنان الميثاق» الجزائر بعنوان « مؤشرات التواطؤ في مجال الصفقات العمومية ».

والجدير بالذكر أن هذه العملية تأتي بعد تلك التي خصصت لنشر أشغال اليوم الدراسي الذي تم تنظيمه بنفس المكان يوم 20 ماي 2015 حول موضوع ضبط السوق، وأثره الإيجابي على حماية المستهلك والكفاءة الإقتصادية للمؤسسة.

إن القصد من نشر أشغال وفعاليات الأيام الدراسية والندوات المنظمة من طرف مجلس المنافسة حول المواضيع التي تدخل ضمن إختصاصاته هو إعلام الرأي العام وكل الجهات المهتمة بالمنافسة عن نشاطات هذه الهيئة،

طبقا لأحكام المادة «27» من الأمر 03-03 المؤرخ في 03/07/2003 المعدل والمتمم المتعلقة بالمنافسة، هذا من جهة، والمساهمة في نشر ثقافة المنافسة، من جهة أخرى.

وبالرجوع إلى الموضوع الذي تم اختياره لهذا اليوم الدراسي فقد فرضته الظروف بالنظر إلى الضرر الذي لحق بالخرينة العمومية بسبب السلوكيات والأفعال غير الشرعية الممارسة من طرف المؤسسات المتنافسة كالتواطؤ عند تقديم العروض بهدف توزيع الأسواق فيما بينهم.

إن مداخلات إدارات الإدارة المركزية وأسائدة الجامعات وكذا الخبراء الوطنيون والأجانب سمحت بفتح نقاش واسع حول الموضوع، إبراز الآثار السلبية لهذه الظاهرة على إقتصاد البلد وأخيرا اقتراح بعض الإجراءات من أجل محاربتها والحد منها، وللتذكير فإن هذه الظاهرة ليست خاصة بالجزائر وإنما هي منتشرة على مستوى العالم.

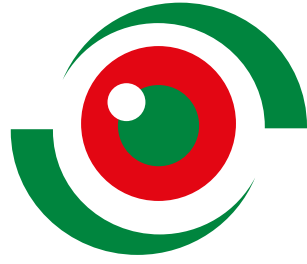
وقد إقترح مجلس المنافسة التكفل بهذه النقائص وتصحيح الوضع في إطار مشروع تعديل الأمر 03-03 المؤرخ في 03/07/2003، المعدل والمتمم، المتعلقة بالمنافسة الذي بات ضروريا عملا بنص المادة «43» من الدستور المعدل سنة 2016 التي كرست مبادئ ضبط السوق من طرف الدولة، عدم التمييز بين المؤسسات في إطار منح إعانات الدولة، حماية المستهلك ومنع الإحتكار والمنافسة غير الشرعية.

للإشارة، فإن مجلس المنافسة سبق وأن أرسل باقتراحاته لوزارة التجارة من أجل تعديل الأمر السالف الذكر طبقا لأحكام المادة «34»

من نفس الأمر التي تمنحه الأهلية من أجل اقتراح وإبداء الرأي بقصد تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق.

لقد تم خلال هذا اليوم الدراسي الكشف على بعض الفجوات في النصوص القانونية الخاصة بالمنافسة وكذا في التشريع الخاص بالصفقات العمومية التي لم تنص على عقوبات تكميلية رادعة على المؤسسات التي أعادة ارتكاب المخالفات في هذا المجال (رفع مبلغ الضرامة و منع المشاركة في الصفقات العمومية لمدة معينة).





مجلس المنافسة
Conseil de la concurrence

مؤشرات التواطؤ في ميدان الصفقات العمومية

أعمال اليوم الدراسي
المنظم من طرف مجلس المنافسة
16 ديسمبر 2015 - إقامة الميثاق

النشرية الرسمية للمنافسة رقم 09



مجلس المنافسة
Conseil de la concurrence

النشرية الرسمية للمنافسة رقم 09

مؤشرات التواطؤ في ميدان الصفقات العمومية

أعمال اليوم الدراسي
16 ديسمبر 2015 - إقامة الميثاق

Conseil de la concurrence

Adresse : 42 / 44 Med Belouizdad, Alger
Tel : (021) 65 45 20 / 66 70 17
Fax : (021) 66 71 28 / 66 70 31
Email : contact.concurrence@gmail.com
Site web : www.conseil-concurrence.dz