

Didier Truchet,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

LA CONCURRENCE ET L'ACCÈS À LA COMMANDE PUBLIQUE

UDK: 35.073.53 (44)

Izlaganje sa znanstvenog skupa

Primljeno: siječanj 2011.

Prema definiciji Ekonomskog opservatorija, pristup javnoj narudžbi je opći zajednički termin za javne osobe sa svrhom zadovoljavanja njihovih javnih potreba. Ovaj izraz je postao „sveobuhvatan“ u posljednje vrijeme te ga je potrebno regrupirati: javna nabava prema Zakonu o javnoj nabavi, javna nabava prema uredbi od 6. lipnja 2005., delegiranje javne službe i ugovori o javno-privatnom partnerstvu.

Ključne riječi: *javna narudžba, konkurencija*

Selon la définition qu'en donne l'Observatoire économique de l'achat public (un organisme officiel placé auprès du ministre chargé de l'économie), « la commande publique est un terme générique relatif à l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins ». Cette expression est très employée depuis une dizaine d'années pour regrouper :

- Les marchés publics soumis au code de marché publics
- Des marchés non soumis à ce code mais à une ordonnance du 6 juin 2005
- Les délégations de service public
- Les contrats de partenariat...

L'importance économique de la commande publique est considérable puisqu'elle représente environ 9 % du PIB de la France. Je consacrerai l'essentiel de mon propos à l'« achat public », c'est-à-dire aux marchés publics. Ceux qu'a recensés l'Observatoire portaient en 2008 sur 68,5 milliards d'€ (35,8 pour les marchés de l'Etat et 32,7 pour ceux des collectivités territoriales).

Selon l'article 1, I, 1^{er} alinéa du code des marchés publics (CMP¹), « les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics et privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Une loi

¹ Le premier CMP, réunissant les règles applicables à la matière, date d'un décret du 17 juillet 1964. Aujourd'hui est en vigueur le code résultant du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006. Par tradition, le code a une nature réglementaire et est donc adopté par le premier ministre. Le législateur joue un faible rôle dans l'édition des règles applicables à l'achat public (alors qu'il a une vaste compétence envers les délégations de service public). Le CMP est disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr et publié aux Editions des Journaux officiels (sans commentaire) et aux Editions Dalloz (avec des commentaires sous la direction de A. Ménéménis).

dite « MURCEF » (mesures d'urgence de réformes à caractère économique et financier) du 11 décembre 2001 précise que « les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs » (art. 2) : leur contentieux entre donc dans la compétence de la juridiction administrative.

Alors que la conclusion d'une concession de service public était traditionnellement dominée par la liberté des parties en raison d'un *intuitus personae* particulièrement marqué, l'appel à la concurrence pour désigner l'entreprise avec laquelle le marché sera conclu est une vieille préoccupation du droit français, notamment avec la procédure d'adjudication. Elle était présente sous l'Ancien Régime (avant la Révolution de 1789) et a constamment été réaffirmée par la suite. Ainsi, une ordonnance royale du 4 décembre 1836 disposait que « tous les marchés au nom de l'Etat seront faits avec concurrence et publication ». Cette règle a été étendue aux communes par une ordonnance du 14 novembre 1837.

La mise en concurrence des entreprises repose sur un triple postulat :

- Elle est la plus efficiente économiquement pour procurer aux collectivités publiques les meilleures prestations au meilleur prix ;
- Elle garantit l'égal accès des entreprises à l'achat public et protège la liberté d'entreprendre et l'effectivité de la concurrence ;
- La transparence des procédures est un bon moyen de prévenir toute collusion entre acheteurs et fournisseurs et de lutter contre la corruption.

Reposant sur le même postulat, l'action de l'Union européenne (j'emploie sa dénomination actuelle) a étendu² progressivement les principes de publicité et d'égal accès au niveau communautaire dans la perspective de la création du marché intérieur européen. Tel fut l'objet des directives que nous a présentées le président Dewost à la communication duquel je renvoie. Transposées en droit français et intégrées au CMP, elles ont profondément modifié le droit français et aussi les pratiques des administrations et des entreprises concernées. Il en résulte qu'en décrivant le droit français, je décris également le cadre européen de la matière.

Dans le temps qui m'est imparti, il est impossible de décrire en détail et même de résumer un dispositif nuancé auquel des ouvrages entiers³ sont consacrés. Je me bornerai à en présenter les grandes lignes. Si les principes sont simples (1^{ère} partie), leur mise en œuvre est complexe (2^o partie) et n'empêche pas toutes les pratiques déviantes (3^o partie).

² En particulier aux délégations de service public, ce qui a fortement réduit la différence historique que je viens de signaler entre celles-ci et les marchés publics, sans la supprimer entièrement.

³ Sans constituer une bibliographie exhaustive, les ouvrages que lesquels je me suis particulièrement appuyés sont : S. Braconnier, Précis de Droit des marchés publics (Ed. du Moniteur, 2^o éd. 2007, 529 pages), L. Richer, Droit des contrats administratifs (LGDJ, 7^o éd. 2010, 706 pages), l'éclairant petit livre de F. Linditch, Le droit des marchés publics (Dalloz, 5^o éd., 2009, 132 pages) et la synthèse de O. Févrot (Passation des marchés publics, LexisNexis, Jurisclasseur administratif, vol. 9, fasc. 635, I-2010, 24 pages)

I - DES PRINCIPES SIMPLES

I-1 Egal accès, égalité de traitement et transparence

La liberté d'entreprendre interdit aux pouvoirs publics d'organiser la concurrence : sauf dans les secteurs d'activité réglementés, les entreprises se créent librement et décident seules de leur objet. Cette liberté impose revanche aux collectivités publiques de respecter la concurrence lorsqu'ils se procurent des biens ou des services auprès des entreprises.

L'article 1^{er} II, 1^{er} alinéa CMP dispose notamment que « les marchés publics et les accords-cadres⁴ soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics [...] ».

Les collectivités publiques qui envisagent un achat sont tenues de le faire savoir publiquement. Toutes les entreprises qui souhaitent fournir la prestation demandée et qui remplissent les conditions requises doivent tenter leur chance librement et avoir l'assurance que les mêmes critères, connus d'elles et appliqués sans discrimination illégale, présideront à la sélection de celle qui emportera le marché. Ces principes ont valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel les fait « découler des articles 6 [égalité] et 14 [droit des citoyens envers la contribution publique] de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens du 26 août 1789 (not. décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003). Cet ancrage des principes au sommet de la hiérarchie française des normes en impose le respect aux autorités législatives et réglementaires et en assure la protection effective par tous les tribunaux français.

Mais ils doivent être conciliés avec d'autres principes constitutionnels : la liberté contractuelle des personnes publiques et la libre administration des collectivités territoriales. Les personnes publiques restent libres de déterminer les besoins qu'elles veulent satisfaire par voie contractuelle et de définir l'objet et les principales stipulations du contrat⁵. On verra qu'elles ont dans de nombreux cas une certaine capacité de choisir leur partenaire et de négocier avec eux. La mise en œuvre des principes fondamentaux des marchés publics passe davantage par des règles de procédure que par des règles de fond.

I-2 Pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice

Conformément aux directives communautaires qui les distinguent, le CMP comporte une première partie qui contient les « dispositions applicables aux

⁴ Les accords-cadres sont définis par l'art. 1^{er}, I, 2^o al. Comme « des contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ».

⁵ On remarquera que les textes que je citerai disent souvent que le pouvoir adjudicateur décide « librement » sur tel ou tel sujet.

pouvoirs adjudicateurs » et une seconde qui porte sur les « dispositions applicables aux entités adjudicatrices ». Mais les principes généraux leur sont communs.

Les deux expressions englobent d'une part l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, d'autre part les collectivités territoriales et les établissements publics locaux (y compris, cette fois-ci, ceux qui ont un caractère industriel et commercial). Cela résulte des articles 2 et 134 CMP qui délimitent ainsi le champ d'application organique du code (c'est-à-dire les personnes morales du droit public aux marchés desquels il s'applique).

Quand ces personnes publiques cessent-elles d'être appelées des pouvoirs adjudicateurs pour devenir des entités adjudicatrices ? Le changement de qualification ne repose pas sur leur nature juridique mais sur la nature matérielle de l'activité qu'elles exercent : il s'agit de l' « une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 135. Ce dernier comporte une longue liste de réseaux dans laquelle on trouve par exemple :

- l'exploitation directe ou la mise à la disposition d'un exploitant, de réseaux de distribution (gaz, électricité, chaleur, eau potable et usée) ;
- l'exploitation dans une aire géographique de sites d'extraction de matières fossiles (pétrole, gaz, charbon ..) et de terminaux de transport (aéroport, ports...)
- l'exploitation ou la mise à la disposition d'un exploitant, de réseaux de transport public (chemin de fer, autobus...), etc .

On voit que sont concernés des secteurs dont l'importance économique et sociale est considérable. La distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice n'était pas familière aux juristes français⁶ : elle résulte de la transposition des directives communautaires (notamment la directive 2004/17). Elle repose sur les caractéristiques techniques et économiques qui sont propres aux activités de réseaux et induit des règles particulières d'application des principes fondamentaux de la commande publique.

I -3 La procédure

Très variables (v. infra II-3), les procédures de conclusion des marchés publics s'inspirent d'un modèle commun, celui de l'appel d'offres, qui met en oeuvre concrètement les principes que j'ai présentés au point I-1.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice définit « avec précision » (art. 5 CMP) la nature et l'étendue de ses besoins avant tout appel à la concurrence. Cela paraît une exigence évidente de bonne gestion. Mais c'est aussi essentiel pour la loyauté de la procédure : la concurrence serait en effet faussée si la collectivité attendait d'avoir choisi une entreprise pour déterminer la consistance exacte des prestations qu'elle entend lui confier.

Il détermine aussi les caractéristiques principales de la prestation, en particulier

⁶ Les activités en réseaux concernées étaient pour la plupart des services publics monopolistiques. Avant leur ouverture à la concurrence, la notion d'entité adjudicatrice aurait été inutile.

les spécifications techniques « qui ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence » (art. 6). Des clauses sociales et environnementales peuvent aussi être prévues.

Ces informations font l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence dont la diffusion (locale, nationale ou communautaire) dépend de l'importance du marché (art. 57). Les entreprises intéressées présentent leurs offres sous la forme d'acte d'engagement. Elles doivent fournir tous les documents qui leur sont demandés, l'administration ne pouvant pas sur ce point faire varier ses exigences avec les entreprises.

Au jour fixé, les « plis » (les offres des entreprises) sont ouverts et les candidatures examinées au cours d'une séance non publique⁷ à laquelle les candidats ne sont pas admis, afin de protéger les agents de toute intervention de leur part (art. 58).

Le pouvoir adjudicateur attribue le marché « au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse » (art. 53). Il se fonde soit sur une « pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché », soit « compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère qui est celui du mieux disant »⁸. Il n'est donc pas tenu de retenir systématiquement le « moins disant » (celui qui propose le prix le plus bas). Les offres anormalement basses peuvent être rejetées (art. 55).

Ce dispositif vise, dit-on la « performance », terme dépourvu à mes yeux de signification juridique mais qui désigne un objectif économique : qu'une bonne pratique de la procédure fasse émerger les entreprises les plus efficaces, pour la meilleure satisfaction de l'intérêt général. Il concilie les pouvoirs dont l'administration a besoin pour remplir sa mission avec la liberté des entreprises et l'égalité de traitement des candidats, en assurant la transparence de la procédure et la dose de secret qui est nécessaire à son impartialité.

La présentation que je viens d'esquisser est très simplifiée. En réalité, la réglementation est très minutieuse et diverse et suscite d'ailleurs beaucoup de difficultés d'interprétation. Les principes simples que j'ai exposés s'accommodent de toute une série de cas particuliers et de dérogations. Le dispositif est très complexe.

II – UN DISPOSITIF TRES COMPLEXE

Sur ces principes simples, les législateurs communautaire et français ont bâti un dispositif nuancé qui donne à l'appel à la concurrence des contours variables. Sa complexité est telle que seuls des spécialistes peuvent vraiment le maîtriser. Elle repose sur au moins trois séries de considérations.

⁷ Pour les collectivités territoriales, c'est une commission d'appel d'offres (minutieusement réglementée par les articles 22 et 23 CMP) qui est compétente. Elle a été supprimée pour l'Etat et les établissements publics de santé par un décret du 19 décembre 2008.

⁸ En présence d'offres équivalents, l'article 53 attribue cependant un « droit de préférence » strictement encadré aux coopératives et aux artisans.

II -1 Complexité liée au champ d'application du code des marchés publics

Les directives communautaires font entrer dans les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice, des « organismes de droit public » autres que les personnes de droit public énumérées aux articles 2 et 134 CMP (voir supra I-2), du moins lorsque ces organismes ont été « créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ». Parmi ces « organismes publics » figurent des entités qui ont en droit français soit un statut de personne morale de droit public⁹, soit un statut de personne morale de droit privé (ainsi des sociétés financées majoritairement ou contrôlées par des personnes publiques ou administrés par des organes majoritairement désignées par elles). Pour résoudre cette discordance de qualification entre le droit communautaire et le droit français et mettre le second en conformité avec le premier, il aurait été théoriquement possible de modifier le champ d'application du CMP. Mais cela se serait heurté au fait que certains des marchés concernés sont en France des contrats de droit privé (dont le contentieux relève de la juridiction judiciaire) Le gouvernement a préféré édicter des texte spéciaux, l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques et privées non soumises au code des marchés publics et ses décrets d'application. Mais, au fond, les règles de mise en concurrence s'inspirent de celles du CMP¹⁰.

De manière plus significative encore, échappent au CMP et à l'ordonnance de 2005 des contrats qui relèvent bien de la commande publique mais qui ne sont pas juridiquement des marchés. Il en existe de nombreuses catégories. Je me bornerai à citer les contrats de partenariat¹¹ et surtout les délégations de service public¹². Depuis la loi dite « Sapin » du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

⁹ Par exemple, la Banque de France, l'Académie française, la Caisse des dépôts et consignations ou les universités pour leurs achats liés à leurs besoins spécifiques en matière de recherche.

¹⁰ On peut en dire autant des marchés des organismes de sécurité sociale « dont le mode de passation et les conditions d'exécution [doivent respecter] les garanties prévues en matière de marchés de l'Etat » (art. L 124-4 du code de la sécurité sociale).

¹¹ Selon l'article 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, leur « passation est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures », comme les marchés publics. Elle est également « précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ». Mais les procédures sont bien moins contraignantes que dans le cas des marchés publics.

¹² Naguère simple, la distinction entre les marchés de services et les délégations de service public pose aujourd'hui de nombreuses difficultés d'application tant les deux contrats peuvent être proches en pratique. On pourrait dire qu'avec le marché, la collectivité publique achète et paie les services qui seront rendus aux usagers et que ces derniers achètent et paient eux-mêmes (au moins en partie) les services que leur offre le délégataire. Mais cette présentation synthétique, historiquement exacte, ne rendrait plus entièrement compte de la réalité. La loi Sapin prend comme critère de la délégation le fait que la rémunération du délégataire est « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service » (alors que le titulaire d'un marché est rémunéré par un prix). Cette expression imprécise s'étant avérée délicate à utiliser, la jurisprudence se demande aujourd'hui surtout sur qui pèse principalement le risque d'exploitation : si c'est sur l'opérateur, il y a délégation ; si c'est sur la personne publique, il y a marché public.

et selon son article 38¹³, les délégations de service public « sont soumises à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes » et de multiples précautions sont prises pour que les clauses des délégations ne donnent pas au délégataire en place un avantage injustifié sur ses concurrents. Mais « les offres sont librement négociées par l'autorité responsables de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ». La collectivité publique dispose donc d'une liberté de choix entre les candidats très supérieure à celle qu'elle a dans les marchés (pour lesquels on a vu qu'elle était tenue par des critères de choix).

II-2 Complexité liée aux dérogations à l'application du CMP

Selon l'article 3 CMP, quinze catégories de marchés et d'accords-cadres échappent à l'application des dispositions du code !

Parmi elles, il faut mentionner les « contrats in house » (appelés aussi contrats de quasi régie ou de prestations intégrées) qui résultent de la jurisprudence communautaire dont s'est inspirée la réglementation française. Il est important de comprendre qu'une collectivité publique n'est pas obligée de faire appel à un co-contractant pour satisfaire ses besoins en travaux, fournitures ou services : elle peut y répondre elle-même si elle en a les moyens. En ce cas, cette « auto-prestation » échappe logiquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence puisqu'aucune entreprise n'est amenée à intervenir. L'exception in house étend cette situation aux cas dans lesquels la collectivité agissant comme pouvoir adjudicateur conclut un contrat avec une personne sur laquelle elle « exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle », par exemple l'un de ses établissements publics dépourvu d'autonomie vis-à-vis d'elle, une association transparente ou une société dont elle détient tout le capital (art. 3, 1^o). Mais cela n'est légalement possible que si le contractant in house applique à ses propres marchés les règles de passation du CMP ou de l'ordonnance de 2005. Ecartée des relations entre la collectivité et son partenaire in house, la concurrence réapparaît ainsi dans celles qu'il entretient avec ses fournisseurs.

Les autres exclusions de l'article 3 concernent des marchés qui ne peuvent pas raisonnablement soumis à la concurrence en raison de leur objet, de leur caractère international ou du secret qu'ils exigent.

II-3 Complexité liée à la procédure

La procédure d'appel d'offres résumée au point I-3 constitue ce que l'on pourrait appeler le droit commun de l'appel à la concurrence. Mais les textes communautaires et français prévoient de très nombreuses procédures particulières soit applicables à tous les types de marchés, soit spécifiques à certains d'entre

¹³ dont les dispositions relatives aux collectivités territoriales ont été intégrées au code général des collectivités territoriales (art. L 1411-1 et s.) ;

eux. Pour s'en tenir à l'essentiel, l'article 26 CMP, plusieurs « procédures formalisées » peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur¹⁴. Certaines modèrent les exigences des principes fondamentaux étudiés au point I-1 ; d'autres y font directement exception. Ces modulations font varier la liberté de choix de l'administration et la capacité des entreprises à obtenir le marché. Elles ne sauraient cependant aller jusqu'à permettre de retenir une entreprise et d'en écarter d'autres pour des motifs qui seraient illégaux.

Ainsi, si la procédure normale est, comme je l'ai dit, l'appel d'offres¹⁵, le pouvoir adjudicateur choisit librement entre l'appel d'offres ouvert (« tout opérateur économique peut remettre une offre ») et l'appel d'offres restreint (« seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection ») (art. 33 CMP). En outre, il existe des cas (nombreux mais précisément délimités) d'utilisation d'une procédure négociée¹⁶ parfois même sans publicité préalable et sans mise en concurrence, par exemple en cas d'urgence (art. 35 CMP). Il y a là l'une des exceptions les plus remarquables aux principes.

Il faut également tenir compte des « seuils » : le champ d'application des règles est fonction de l'importance financière des marchés. En dessous d'un certain montant¹⁷, il est possible de recourir à une « procédure adaptée » dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur qui peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre (art.28, CMP). Un autre effet de seuil porte sur l'organisation de la publicité (art. 39, CMP) : plus le marché est financièrement important et plus elle doit être large (jusqu'au niveau communautaire éventuellement). En pratique, ces seuils sont peu élevés¹⁸, ce qui réduit la portée des exceptions et assure une bonne diffusion de l'information.

III – DES PRATIQUES ILLICITES

La minutie des textes et la complexité du dispositif n'empêchent pas leur application imparfaite. Elles la suscitent même tant elle donne matière à interprétation et provoque des erreurs d'application de bonne ou de mauvaise foi : c'est l'un des effets pervers du système. Celui-ci est pourtant très contrôlé¹⁹ et

¹⁴ Appel d'offres ouvert ou restreint, procédure négociée, dialogue compétitif, concours, système d'acquisition dynamique.

¹⁵ « L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats » (art. 33, al. 1 CMP).

¹⁶ « Une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques » (art. 34, al. 1 CMP).

¹⁷ Les montants sont fixés par l'article 26 CMP. Ils vont de 133 000 € HT pour les fournitures et services de l'Etat (206 000 pour ceux des collectivités territoriales qui disposent donc d'une liberté supérieure à celle de l'Etat) à 5 150 000 € HT pour les travaux.

¹⁸ Seuls les marchés inférieurs à 20 000 € HT sont dispensés de publicité.

¹⁹ Il s'agit surtout de contrôles externes. Par manque de compétence, d'organisation ou de volonté, les contrôles internes aux collectivités contractantes sont souvent insuffisants et peu efficaces.

très surveillé non seulement par les autorités nationales et par la Commission de l'Union européenne mais aussi par les concurrents évincés qui sont prompts à saisir le juge. Le contentieux est abondant, le juge administratif ayant reçu du législateur ou s'étant doté de pouvoirs nouveaux et importants pour sanctionner les procédures irrégulières mais je renvoie ici aux contributions du président Chabanol et de MM. Thénault et Boulouis. Cependant, il est de notoriété publique d'une part que bien des procédures irrégulières ne donnent pas lieu à correction ou sanction parce que personne ne s'en plaint et que d'autre part, le contrôle de légalité qu'exerce le préfet sur les collectivités locales, souffre d'un laxisme souvent encouragé par le gouvernement.

Les pratiques illicites peuvent être le fait des pouvoirs adjudicateurs ou des opérateurs économiques ou encore des deux à la fois.

III-1 Les pratiques illicites des pouvoirs adjudicateurs

Inévitablement, il arrive que des agents publics faussent la concurrence en privilégiant des entreprises par malhonnêteté personnelle. Ces comportements constituent des infractions pénales sévèrement sanctionnées : corruption et trafic d'influence (art. 432-11 code pénal), prise illégale d'intérêts (art. 432-12 et -13) ou spécifiquement, atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (« délit de favoritisme » puni par l'article 432-14 du code pénal : deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende). Ces faits graves sont rares.

Le plus souvent les pratiques qui affectent la concurrence dans les marchés publics et peuvent entraîner leur nullité sont dues à des erreurs qui, pour graves qu'elles soient, ne doivent rien à la malhonnêteté. Elles s'expliquent par une mauvaise connaissance des procédures, la nécessité de corriger en cours de procédure des erreurs de conception du projet, le souhait d'adopter les procédures les moins lourdes, de privilégier pour des raisons qui peuvent être honorables, des entreprises avec lesquelles on a l'habitude de travailler (déjà titulaires de marchés ou de délégations) ou qui emploient des salariés locaux etc.

Elles sont recensées sur des sites officiels (ceux du ministère de l'économie, du Service central de prévention de la corruption...) afin d'aider les acheteurs publics à les éviter : découpage artificiel des lots²⁰, utilisation de critères inadaptés ou non respect des critères de choix annoncés, non respect des seuils pour éluder la publicité et l'appel à la concurrence, emploi abusif de procédures négociées ou adaptées, abus des marchés de régularisation et (souvent !) des avenants, irrégularité du dépouillement des offres...Elles sont très variées !

²⁰ L'allotissement du marché est en principe la règle et le marché global l'exception. « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés [...]. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots [en tenant compte d'un certain nombre de caractéristiques]. Les candidatures et les lots sont examinés lot par lot [...] ». (art. 10, al.1, CMP). « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot » (art. 27 III, al. 2 CMP).

III-2 Les pratiques illicites des opérateurs économiques

Les pratiques illicites ne sont pas le fait des seuls pouvoirs adjudicateurs ! Elles sont aussi celui des candidats à la commande publique qui sont prêts à tout pour emporter le contrat ! Je ne parlerai pas des pratiques pénalement sanctionnées mais des comportements anti-concurrentiels.

En droit français (indépendamment des sanctions communautaires), ils sont définis par les articles L 420-1 et s. du code de commerce : ententes illicites, abus de position dominante ou exploitation abusive de l'état de dépendance économique d'un client ou d'un fournisseur. L'Autorité de la concurrence (autorité administrative indépendante) est compétente pour les réprimer en prononçant notamment des sanctions pécuniaires qui peuvent s'élever à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes de l'entreprise (art. L 464-2 code commerce).

La liste des pratiques illicites sanctionnées constitue un florilège riche et varié²¹ auquel le secteur du bâtiment et des travaux publics a contribué plus que tout autre, notamment en échangeant des informations sur leurs offres afin de se partager les marchés.

CONCLUSION

On peut considérer que la concurrence et l'accès à la commande publique sont convenablement assurés en France. Le dispositif assure un bon équilibre entre la liberté des acheteurs publics et les droits des candidats. Mais son efficacité est affectée par sa complexité et l'instabilité de ses règles, l'une et l'autre venant surtout des directives communautaires. C'est le prix à payer pour l'effectivité du marché intérieur dont les entreprises française profitent largement, notamment dans les secteurs de la construction, des travaux publics et des services publics.

Très synthétique, mon exposé était évidemment incomplet. En particulier, il a laissé de côté un aspect de plus en plus important qui résulte de la jurisprudence administrative bien plus que de la loi. Dans l'ensemble de ses activités, l'administration doit tenir compte du droit de la concurrence dans les décisions qu'elle prend et qui sont susceptibles d'affecter un marché concurrentiel. En matière de commande publique (notamment pour les délégations de service public), elle ne doit pas procurer un avantage concurrentiel injustifié à son co-contractant, par exemple en le plaçant en position d' « abus automatique ». Mais c'est un autre sujet qui pourrait faire l'objet de futures journées juridiques franco-croates.

²¹ Voici un exemple récent parmi beaucoup d'autres : des entreprises avaient présenté des offres de fourniture de tables d'opération sans signaler clairement aux hôpitaux publics acheteurs qu'elles étaient devenues les filiales d'une même société. Estimant qu'elles s'étaient entendues pour présenter des soumissions fictivement indépendantes les unes des autres et avaient simulé la concurrence de manière à tromper les acheteurs, l'Autorité de la concurrence les a condamnées chacune à une sanction pécuniaire de 750 000 € (décision n° 10-D-04 du 26 janvier 2010, disponible sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr/).

COMPETITION AND ACCESS TO PUBLIC PROCUREMENT

According to its economic definition, access to public procurement is a general common term for public persons with the aim of satisfying their public needs. Lately, this expression has become „all-encompassing“ and it has become necessary to regroup it: public procurement according to the Public Procurement Act, public procurement according to the regulation of June 6, 2005, and the delegation of public services and contracts in public and private partnership.

Key words: *public procurement, competition*