Systèmes d'enchères et marchés publics : du moins disant au mieux disant

Marc Deschamps, Patrice Reis

▶ **To cite this version:**

Marc Deschamps, Patrice Reis. Systèmes d'enchères et marchés publics : du moins disant au mieux disant. l'Harmattan 2008. Le Management public en mutation, l'Harmattan 2008, pp.275-290, 2008. halshs-00730859

HAL Id: halshs-00730859
https://shs.hal.science/halshs-00730859

Submitted on 28 Nov 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Chapitre 13

Systèmes d'enchères et marchés publics
Du moins disant au mieux disant

Marc DESCHAMPS et Patrice REIS[1]

GREDEG-CNRS

deschamp@gredeg.cnrs.fr reis@gredeg.cnrs.fr

Dans son rapport sur l'Etat et la gestion publique pour le Conseil d'Analyse Economique, Jean-Jacques Laffont (2000) met en avant l'idée que l'Etat Jacobin français « résiste de moins en moins bien aux implications économiques, sociales et politiques de la globalisation, de la construction européenne et de la complexification de la vie économique » et que, de plus, il tarde à se réformer. Il semble, qu'une évolution se soit dessinée depuis ce constat puisque l'achat public qui représentait en octobre 2004 au niveau de l'Union européenne1429 milliards d'euros par an (soit prés de 16% du PIB) et 120 milliards d'euros par an (soit prés de 43% du budget de l'Etat) en France[2] connaît, depuis 2001, une série de réformes

Plusieurs instruments juridiques peuvent être utilisés pour procéder à un achat public. Au-delà des montages juridiques complexes, le marché public reste le moyen le plus utilisé. Les marchés publics sont les marchés conclus par un pouvoir adjudicateur (l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes de droit public) afin de satisfaire un besoin exprimé par l'acheteur en matière de fournitures, de travaux ou de services[3]. La prestation ainsi commandée en contrepartie d'un prix constitue l'objet juridique du contrat et le critère matériel. Quel que soit le type de marché public, le pouvoir adjudicateur se doit de respecter les trois principes de la

[1] Nous remercions David Huron, Jacques Spindler et les membres du séminaire *Politique et Management Public* pour leurs commentaires et remarques sur une première version de cet article. Nous remercions également Frédéric Marty et Céline Savard-Chambard pour leurs relectures et leur aide toujours précieuse. Nous restons seuls responsables du contenu de l'article.

[2] Ces chiffres sont avancés par le site spécialisé *achatpublic.com*. La Commission européenne, dans une Communication datée du 11/3/1998 *« Les marchés publics dans l'Union européenne », COM (1998) 143 final*, évalue quant à elle les marchés publics à près de 14% du P.I.B. de l'Union européenne et à 9 à 10% du P.I.B. en France.

[3] Les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage. Les marchés publics de fournitures portent quant à eux de l'achat, de la prise en crédit-bail, de la location ou de la location-vente de produits ou matériels. Enfin, les marchés publics de services traitent de la réalisation de prestations de services.

commande publique définis dès l'article 1 du Code des marchés publics : liberté d'accès au marché, égalité de traitement des entreprises candidates et enfin transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Afin d'atteindre ces objectifs, la théorie économique préconise notamment l'utilisation de systèmes d'enchères. L'intuition de ce qu'est une enchère est confirmée par la consultation du Littré qui nous indique qu'une enchère est « une offre d'un prix supérieur dans une vente ». Cette définition générale se trouve contextualisée par le Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant qui indique que : « Dans une adjudication, [il s'agit d'une] offre d'une somme supérieure à la mise à prix ou à la précédente enchère qui permet à celui qui l'a faite d'être déclaré adjudicataire, si cette offre n'est pas couverte par une enchère postérieure »[4]. Ainsi donc la notion d'enchère renvoie tout aussi bien à l'offre qui est faite, qu'à une méthode d'allocation. Dans leur rapport pour le Conseil d'Analyse Economique, Elie Cohen et Michel Mougeot (2001) précisent que : « …toute procédure qui établit une liaison entre le prix sur lequel s'engage chaque candidat et les prestations qu'il doit réaliser, dont la quantité et la qualité sont clairement spécifiées et doivent être vérifiables » est une enchère. L'enchère devient dés lors *une institution de marché* à part entière comme le signale Florence Naegelen (2001) pour qui : « Une enchère est une institution de marché comportant un ensemble de règles explicites définissant l'allocation du (des) bien(s) et le(s) prix en fonction d'offres transmises par les participants d'un seul côté du marché, l'autre marché étant en monopole ou en monopsone ». Il peut donc s'agir d'allouer : un bien unique (ex : un tableau de Pissaro), plusieurs unités d'un bien homogène (ex : les bons du Trésor américain), ou encore des unités hétérogènes (ex : bande du spectre hertzien).

Il existe quatre grandes procédures usuelles d'enchères basées sur le critère du prix pour *la vente* d'un bien indivisible (dans le cas où il n'y a pas de droits d'entrée ou de paiement des perdants) : les enchères anglaises

[4] La notion d'enchère est ainsi directement rattachée en Droit à la notion de marché public, puisqu'une adjudication est « une procédure de passation des marchés publics, précédée obligatoirement d'une publicité et d'une mise en concurrence aboutissant à la désignation automatique du cocontractant de l'administration en faveur de celui des candidats ou soumissionnaire qui propose d'exécuter ce marché au plus bas prix » toujours selon le Vocabulaire Juridique Henri Capitant.

(ou ascendantes), les enchères hollandaises (ou descendantes), les enchères sous pli cacheté au premier prix et les enchères *à la Vickrey* (pour une présentation complète voir Mougeot 2001).

Au niveau de l'*achat* public, le système des enchères sous plis cacheté à un tour au premier prix est traditionnellement utilisé en matière de marché public grâce à deux procédures : l'appel d'offres et l'adjudication. L'appel d'offres a été conçu à l'origine pour être multicritères et ainsi être différencié de l'attribution du marché au *moins disant* qui devait rester le propre de la procédure d'adjudication**.** La pratique des acheteurs publics a conduit à confondre les deux procédures dans la mesure où l'appel d'offres est utilisé aujourd'hui encore essentiellement pour attribuer les marchés publics à l'offre la moins chère, l'adjudication, tombée en désuétude, fut supprimée par la première réforme du Code des marchés publics en 2001[5]. La réforme du Code des marchés publics par le décret du 7/1/2004[6] et les deux nouvelles directives communautaires relatives à la passation des marchés publics[7] s'inscrivent dans la continuité de la réforme de 2001 en démontrant la volonté politique de remettre en cause la prééminence d'un système d'enchères basé uniquement sur le critère du prix. Ces réformes, ainsi que le projet actuel de nouvelle réforme du Code des marchés publics[8], représentent des tentatives de la part des pouvoirs publics destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés publics.

Cette logique concurrentielle basée sur le seul critère du prix est potentiellement favorable à un déclin de a qualité des achats publics et à une remise en cause des bénéfices attendus en raison de l'utilisation d'un tel système d'enchères. Afin de remettre en cause une telle hégémonie du moins disant, le Code des marchés publics, dès son article premier, met en avant l'attribution des marchés publics à *l'offre économiquement la plus avantageuse*. Ce concept d'offre économiquement la plus avantageuse incarne la volonté de favoriser l'attribution des marchés au mieux disant par

[5] Décret du 7/3/2001 portant Code des marchés publics, *J. O. 8/3/2001, p. 37001 à 37026.*

[6] Décret n° 2004-15 du 7/1/2004 portant Code des marchés publics, *J.O. 8/1/2004*.

[7] Les deux directives CEE du 31/3/2004, *JOCE L134/114 du 30/4/2004, p.1*. La première directive est relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et la seconde est relative à la coordination des procédures de passation des marchés de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

[8] Un décret sur un nouveau Code des marchés publics est en cours de préparation afin de transposer les deux directives européennes (voir le projet de réforme 2006 sur le site Internet du ministère de l'économie et des finances).

le biais d'un choix multicritères[9] Cet objectif se retrouve aussi dans les communications de la Commission européenne tendant à rechercher les possibilités d'intégration de considérations sociales et environnementales par ces mêmes marchés[10], dans les directives communautaires et dans la jurisprudence communautaire qui condamnent toute réglementation nationale imposant aux acheteurs publics de recourir uniquement au moins disant[11].

Le recours à une procédure de système d'enchères basée sur le seul critère du prix n'est efficace que dans les hypothèses où le demande de l'acheteur est suffisamment spécifiée pour qu'aucun autre critère ne puisse faire obstacle au choix de l'offre la moins chère, le choix du moins disant coïncidant alors avec le choix du mieux disant et donc avec le meilleur achat. L'attribution des marchés en fonction de critères tendant à prendre en compte des considérations plus qualitatives est, au contraire, susceptible d'améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés. Afin de garantir une concurrence effective sur le marché, le choix de la meilleure offre se doit, dès lors, d'être un choix multicritères (**2**) au regard des risques posés par l'utilisation d'un système d'enchères basé sur le seul critère du prix (**1**).

1. Les risques anticoncurrentiels d'un système d'enchères basé sur le seul critère du prix

Dans la pratique, le recours systématique à la procédure d'appel d'offres sur le seul critère d'attribution du prix peut conduire à des inefficacités en terme de bien-être et à l'augmentation des dépenses

[9] La nécessité de ce choix multicritères est affirmée par l'article 53 II du code des marchés publics qui prévoit que « *Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché. Si, compte tenu de l'objet du marché, la personne publique ne retient qu'un seul critère, ce critère doit être le prix. Les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés* ».

[10] Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41* et la communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, COM (2001) 274 final, *JOCE n ° C 333 du 28/11/2001, p. 13 à 26*

[11] CJCE, 7/10/2004, *Gazette du Palais 19/5/2005, n°139, p. 36*.

publiques. Deux dangers guettent : les offres anormalement basses (**1.1**) et les ententes visant à la répartition des marchés (**1.2**).

1.1 Le développement des offres anormalement basses

L'offre qui ne recouvre pas les coûts de revient de l'entreprise candidate remet en cause le principal objectif de la réglementation nationale et communautaire des marchés publics. Cette offre anormalement basse a, en effet, le plus souvent pour unique fonction de remporter le marché et de permettre ensuite une négociation d'avenants au contrat, avec le pouvoir adjudicateur destinée à couvrir des « coûts surprises ». Ainsi un marché remporté grâce à une offre anormalement basse qui *a priori* ne pourrait entraîner que des pertes pour son titulaire, peut devenir au bout du compte, un marché profitable voire très rémunérateur. L'offre initialement la moins disante retenue par le pouvoir adjudicateur peut devenir, à la fin de l'exécution du marché, l'offre la plus disante, la plus chère comparée à celles des autres concurrents. Pour le pouvoir adjudicateur ces dérapages financiers se paient, parfois, au surplus, par certains défauts de qualité dans l'exécution du marché ou par le non respect des délais d'exécution.

Ces offres anormalement basses peuvent être déposées par deux types d'entreprises. D'une part, les PME qui luttent pour leur survie dans un contexte de concurrence en prix et qui désirent ainsi conserver un accès direct au marché en évitant la position de sous-traitant[12]. D'autre part, les filiales des grands groupes qui pratiquent ainsi une stratégie de conservation de parts de marché ou d'éviction de concurrents actuels ou potentiels. L'offre anormalement basse se rapproche dans ce cas de la définition d'un prix prédateur puisque l'initiateur de cette pratique a pour objet d'éliminer certains de ses concurrents. Elle permet aussi de repousser les risques liés à l'exécution au stade inférieur de la chaîne économique.

Il convient également de signaler une certaine responsabilité des acheteurs publics dans le développement de ces pratiques. En effet, les acheteurs publics, pour établir leurs estimations de prix de réserve pour un achat, se basent sur les prix des marchés de même nature remportés

[12] Dans le cas des offres anormalement basses déposées par les PME en difficulté, le risque de faillite du titulaire du marché est particulièrement important lorsque l'acheteur public refuse d'accorder les avenants sollicités. Le renchérissement du marché est alors inévitable en raison d'une part de la nécessité de recommencer la procédure d'attribution et, d'autre part, en raison des retards pris sur le calendrier d'exécution du marché.

précédemment par des entreprises qui peuvent avoir déposées des offres anormalement basses. Dans ce cas, il en résulte un accroissement du nombre d'appels d'offres déclarés infructueux conduisant, ensuite, le plus souvent, à entamer une procédure négociée attribuant le marché à des coûts plus élevés. Ces marchés négociés sont, de plus, des procédures dérogatoires et ne peuvent être utilisés que de manière exceptionnelle dans la mesure où l'appel d'offres est censé être garant du maintien d'une concurrence libre sur le marché, par opposition au marché négocié où la crainte de favoritisme ou de discriminations est toujours présente.

Le rôle des pouvoirs adjudicateurs est donc ici particulièrement important et justifie l'obligation de tenter de détecter les offres anormalement basses conformément à la circulaire du 8/1/2004 portant manuel d'utilisation du Code des marchés publics. Le rejet d'une offre anormalement basse est soumis à une procédure particulière. Lorsque l'acheteur public a un doute sur la réalité économique d'une offre, il doit demander, par écrit, à l'entreprise candidate des précisions quant à la composition de cette offre. Le pouvoir adjudicateur doit ensuite vérifier cette composition en tenant compte des justificatifs fournis pour pouvoir motiver le refus d'une offre. Or cette motivation risque, dans certains cas, de faire défaut car comme le rappelle la circulaire de 2004 portant manuel d'utilisation du Code des marchés publics : « *seule une vraie connaissance du marché permet de se prémunir contre le risque des offres anormalement basses* ». Or, cette information manque souvent aux pouvoirs adjudicateurs, notamment aux petites communes.

1.2 Les ententes anticoncurrentielles

L'utilisation récurrente d'un système d'enchères basé sur le seul critère du prix peut également conduire à la disparition de tout fonctionnement concurrentiel des marchés en rendant plus aisées les ententes anticoncurrentielles.

La concentration de l'offre, notamment dans les marchés publics de travaux et de génie civil, conduit à faciliter les ententes anticoncurrentielles entre opérateurs économiques visant à se répartir, dans le temps et dans l'espace, un nombre important de marchés comme l'a illustré l'affaire dite du Pont de Normandie et du TGV Nord (Reis 1999). Cette affaire a en effet démontrée l'existence, en France, d'une entente de répartition des grands

marchés de travaux entre les principaux opérateurs économiques sur plus de dix ans. Les éventuels concurrents qu'étaient et que sont encore les PME, particulièrement nombreuses dans ce secteur d'activité, étaient contraintes de participer à ce système ou tout du moins de ne pas s'y opposer sous peine de perdre tout accès indirect aux marchés publics par le biais des contrats de sous-traitance que pouvaient leur octroyer les grands groupes du secteur[13].

En terme de bien-être, Bernard Caillaud (2001) considère que la collusion induit un vrai coût social puisque « pour compenser le manque à gagner, d'autres dépenses devront être annulées, des prélèvements supplémentaires devront être mis en œuvre par voie fiscale, engendrant ainsi de nouvelles distorsions dans l'économie ».

2. Le choix multicritères ou la recherche du mieux disant

La promotion du mieux disant vise non seulement à assurer une certaine protection des intérêts des acheteurs publics, mais aussi à éviter les conséquences économiques de la prééminence du moins disant quant à l'accès des P.M.E. aux marchés publics et au maintien d'un fonctionnement concurrentiel des marchés. L'utilisation et la hiérarchisation des critères de choix de l'offre, répondant le mieux aux besoins de la collectivité, sont susceptibles de stimuler la concurrence par la recherche du meilleur rapport qualité/prix tout en assurant une meilleure préservation des deniers publics (**2.1**). Toutefois, la promotion de ce mieux disant ne va pas sans faire naître un certain nombre de craintes au niveau de sa mise en œuvre (**2.2**).

2.1 Les effets attendus de la promotion du mieux disant

La promotion du mieux disant par le Code des marchés publics vise à permettre aux pouvoirs adjudicateurs de retenir une méthode d'achat qui encourage la sélection du meilleur rapport qualité/prix. La bonne gestion des deniers publics ne doit donc pas se traduire par le choix systématique de l'entreprise la moins chère. La sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse doit se faire sur la base de l'ensemble des caractéristiques des

[13] L'importance des ententes dans les marchés publics est soulignée par le Conseil de la concurrence dans ses rapports d'activité dans la mesure où elles représentent près d'un quart des pratiques anticoncurrentielles examinées par le conseil chaque année avec une incidence particulière dans le secteur du BTP. Voir à cet égard le rapport du Conseil de la concurrence pour l'année 2003, p.14 et 15.

offres et non pas seulement sur leur coût immédiat. Il s'agit pour l'acheteur de réaliser le meilleur achat et non pas de réaliser forcément l'achat le moins coûteux, susceptible parfois, de devenir à terme le plus disant.

Afin de promouvoir le mieux disant, la réforme du Code des marchés publics insiste sur le rôle de l'acheteur dans la définition précise et préalable de ses besoins. Il est libre, dans la pratique, de définir contractuellement l'objet du marché sous réserve de non discrimination. Une fois le marché défini, l'offre la mieux disante sera celle qui correspond le mieux aux besoins exprimés par l'acheteur public dans son cahier des charges et dans l'avis d'appel public à la concurrence. Ainsi, l'offre la mieux disante correspondrait aux attentes de l'acheteur public exprimées en termes, par exemple, de qualité, de conditions de service après vente ou de maintenance, de respect des conditions d'exécution, d'esthétique, de coût d'utilisation, de capacité à permettre des économies de fonctionnement, notamment, d'énergie.

De cette définition dépend la détermination et la hiérarchisation des critères de choix à retenir pour attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.

La détermination du mieux disant repose sur l'utilisation de critères de choix des offres strictement liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution conformément à l'article 53-II du Code des marchés publics et aux directives européennes de 2004. Ces critères doivent être hiérarchisés par rapport aux besoins à satisfaire. Afin de stimuler la concurrence sur le marché et de pouvoir aisément justifier le non choix du moins disant, le pouvoir adjudicateur devrait placer le prix en dernière position des critères dans la hiérarchie comme l'y invite implicitement le Code des marchés publics. La suppression de l'adjudication en 2001 va dans le même sens.

Cependant, le risque de discriminations dans l'utilisation du mieux disant existe. Il pourrait, pourtant, être réduit par l'obligation d'utiliser une méthode d'analyse des offres propre à rendre objectif le choix de l'acheteur. Aujourd'hui seuls 30% des acheteurs publics ont recours à une méthode d'analyse des offres (Reis 2001). Il convient de signaler que ni le Code des marchés publics ni les propositions de réformes antérieures ne fournissent de méthode concrète d'analyse des offres permettant à l'acheteur public de procéder à un choix multicritères. Ils se contentent de renvoyer aux exemples des guides d'achat lesquels ne fournissent pas non plus une

sécurité juridique suffisante aux acheteurs pour les inciter à utiliser ces méthodes (Legouge 1997, Reis 2001).

Il appartient, donc, au pouvoir adjudicateur de mettre en place une méthode de comparaison des offres. Néanmoins, le souci de simplicité et la peur de voir leur méthode de choix multicritères mise en cause assez facilement devant les tribunaux (par un candidat qui s'estimerait injustement évincé) expliquent que les acheteurs publics préfèrent encore souvent l'attribution du marché au moins disant.

Les risques contentieux peuvent, en effet, constituer un frein y compris lorsque les critères semblent justifiés. Ainsi la prise en compte de critères environnementaux a été consacrée par la Cour de justice des communautés européennes dans un marché public passé par la ville d'Helsinki pour l'achat d'autobus fonctionnant exclusivement au gaz mais a donné lieu à contestation devant les juridictions nationales finlandaises par un concurrent s'estimant irrégulièrement évincé alors que son offre de prix était inférieure à celle de l'entreprise qui remporta finalement le marché[14]. La pondération a ainsi permis de justifier objectivement le choix d'une offre dont les qualités, au regard des critères prédéfinis sont nettement supérieures à une autre, bien que le prix soit plus élevé.

La promotion du mieux disant peut ainsi s'inscrire dans une optique de développement durable. Cette notion de développement durable ne doit pas être limitée à la seule protection de l'environnement, dans la mesure où elle intègre aussi bien la croissance économique, le progrès social et le respect de l'environnement (M. Strong 1974). Afin de respecter cet objectif de développement durable, il convient de prendre en compte dans la passation des marchés publics des éléments environnementaux et sociaux qui seraient, par exemple, relatifs au coût d'entretien, au cycle de vie des biens acquis ou aux conditions sociales et environnementales d'exécution des marchés. Pour cela ces critères doivent avoir un lien avec l'objet du marché ou les conditions d'exécution de ce dernier, en vertu des articles 53-II et 14 du Code des marchés publics et de la jurisprudence nationale et communautaire.

[14] CJCE 13/12/2001 Aff. C-513/99 Concordia Bus Finland, *Lamy droit des affaires, nov. 2002, p. 37, n°3459*.

Cependant, en matière de prise en compte des critères sociaux incarnant un mieux disant social, des divergences existent entre les juridictions administratives françaises et la position de la Cour de justice des communautés européennes. La jurisprudence administrative nationale est particulièrement réticente à l'utilisation de tout critère social dans la phase d'attribution des marchés comme le confirment les deux arrêts du Conseil d'état de 1996 et de 2000 qui consacrent l'illégalité du critère du mieux disant social dans les marchés publics[15]. Le Conseil d'état a considéré notamment dans son arrêt de 2000 que ce critère était sans rapport avec l'objet du contrat ou ses conditions d'exécution.

Une telle prise de position du Conseil d'état est bien plus sévère que celle de la Cour de justice des Communautés européennes qui sur le fondement des directives communautaires tend à admettre de tels critères. En matière de critères sociaux, en contradiction avec les interprétations restrictives de la Commission européenne et celles des juridictions administratives françaises, la Cour de justice dans l'arrêt Beentjes du 28 septembre 1988[16] a validé une clause imposant au titulaire du marché de recruter au moins 70 % de la main d'oeuvre parmi les chômeurs de longue durée. Suite à cette arrêt, la Commission européenne continua à donner une interprétation restrictive de l'arrêt Beentjes en considérant qu'il ne s'agissait que d'une des conditions d'exécution du marché imposée à tous les candidats et non d'un critère d'attribution du marché. Dans l'arrêt Commission contre France[17] la Cour de justice des communautés européennes écarte cette interprétation en rappelant le point 14 de l'arrêt Beentjes qui précise que « *la condition d'emploi de chômeurs de longue durée en cause dans cette affaire, avait servi de base pour exclure un soumissionnaire et ne pouvait dès lors que constituer un critère d'attribution du marché* ».

De plus, la Cour a considéré dans cette arrêt de 2000 que la condition liée à la lutte contre le chômage utilisée dans les marchés publics des bâtiments scolaires de la région Nord-Pas de Calais est aussi un critère d'attribution des marchés et non une simple condition d'exécution du marché. Elle estime ainsi que le critère social n'est pas incompatible avec le

[15] CE 25/7/2001 Commune de Gravelines, Req. n°229666, *AJDA 2002, p. 49* ; CE 10/5/1996, FNTP et FNB *Rec. CE, p. 164.*

[16] CJCE 20/9/1988, Beentjes, aff. 31/87, *Rec. p.4635*.

[17] CJCE 26/9/2000 C-225/98 Commission contre France, région Nord-Pas de Calais, et département du Nord, *Bulletin juridique des contrats publics, 2001, n°14, p. 13*

droit communautaire et qu'il s'agit d'un critère d'attribution du marché tout à fait acceptable, à condition, bien entendu, de figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence et de ne pas être discriminatoire en ne visant, par exemple, que les seuls chômeurs français. Ce critère se trouve ainsi détaché de l'exigence de tout lien avec les conditions d'exécution : il s'agit d'un critère additionnel. Il devra être justifié par l'objet du marché, ce qui tend à restreindre l'utilisation de ce critère. En France, le faible recours à la clause sociale comme critère additionnel dans les marchés publics semble résulter, surtout, de l'insécurité juridique crée par la contrariété de ces jurisprudences. Le risque contentieux qui pèse sur la collectivité est particulièrement élevé et paralyse finalement l'utilisation d'un tel critère pour les marchés ne relevant pas des seuils européens (Reis 2003).

2.2 Les risques posés par un choix multicritères

La promotion du mieux disant est susceptible d'aboutir à l'effet inverse de celui recherché par le Code des marchés publics lorsque la détermination du mieux disant n'est pas assez encadrée. Au lieu de favoriser une stimulation de la concurrence, le mieux disant est susceptible de se traduire par des effets restrictifs de concurrence. En effet, le mieux disant peut, à la fois, faciliter les favoritismes des acheteurs publics (**2.2.1**) ou rendre plus aisée la confection des ententes entre offreurs (**2.2.2**)

2.2.1 La transparence du système de pondération

La crainte principale de restrictions de concurrence résulte du renforcement de la part de subjectivité de l'acheteur public dans l'attribution au mieux disant. Il est en effet plus facile de vérifier la discrimination, en fondant la sélection des offres sur un critère unique plutôt que sur plusieurs. Dans ce cas, il existe un risque relativement important de voir le pouvoir adjudicateur mettre l'accent davantage sur une variable afin de favoriser un offreur (Laffont 2000 et Caillaud 2001)[18] ou tout simplement d'assimiler le mieux disant à la seule qualité de l'achat, mesurée en termes de respect des normes.

[18] La théorie des incitations, notamment à travers les travaux de Jean-Jacques Laffont et de Jean Tirole, a fourni des avancées (en termes de modélisation) sur la compréhension et la lutte contre ce type de comportement.

L'utilisation du vocable « meilleur achat » risque de conduire certains acheteurs à assimiler le mieux disant à la seule valeur technique de l'achat et, par là même, au respect des normes. En effet, la référence à des normes de qualité ou à des certifications obtenues par les entreprises candidates peut contribuer à restreindre l'accès au marché à certains concurrents notamment les PME[19]. Une fois la qualité normalisée, la concurrence pour l'obtention des marchés se fera essentiellement sur la base du seul critère du prix (J. B. Racine 1998). Le processus de normalisation, illustré par les normes ISO, est ainsi avant tout « *un mode privilégié d'organisation des relations économiques* » (J. Igalens et H. Penant 1994). Afin d'éviter une telle dérive, il faudrait que toute réforme du Code des marchés publics contraigne l'acheteur à utiliser un nombre minimum de critères de choix pour déterminer l'offre la mieux disante, ce qui n'est pas le cas du projet de réforme 2006.

Le choix se doit, dès lors, d'être réellement multicritères. A cette fin il faut, donc, encadrer la part de subjectivité de l'acheteur public. L'article 53 du Code des marchés publics oblige à toujours spécifier les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance ou par pondération. La hiérarchisation des critères ne donne aux candidats aux marchés publics qu'une information relative au classement des offres, du critère le plus important au moins important. La pondération peut être définie comme étant est un système par lequel l'acheteur attribue un coefficient à chaque critère. Pour attribuer le marché, il affecte à chaque critère une note et prend en compte son coefficient. Ce système de classement par points permet de favoriser les entreprises faisant des efforts de qualité, respectant les délais ou assurant la prise en compte de l'impact environnemental de leurs produits. L'entreprise totalisant le plus de points se verra attribuer le marché.

La hiérarchisation et la pondération sont deux modes objectifs d'évaluation des critères de choix des offres. La Cour de justice des communautés européennes a considéré dans l'arrêt EVN AG Wienstrom du 4 décembre 2003 qu'un critère d'ordre environnemental affecté d'un coefficient de 45 % n'est pas en soi illégal (C. BEAUGENDRE, 2005). En effet, selon la Cour, les pouvoirs adjudicateurs « *sont libres dans le respect des prescriptions communautaires non seulement de choisir les critères*

[19] v. Décision de la Commission du 21/10/1998, conduites précalorifugées, *JOCE n° L24 du 30/1/1999*, *Europe avril 1999, n°148*, note L. IDOT. La littérature économique analyse ce risque sur la base des modèles d'augmentation des coûts des rivaux (Deschamps 2006).

d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ». C'est donc au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve de l'existence d'un système de pondération et de son usage lors de la procédure de passation pour justifier son choix. L'utilisation d'un barème de points déterminé à l'avance et communiqué aux autorités de contrôle, permettrait, à la fois, d'assurer l'objectivité du choix de l'acheteur et renforcer la sécurité juridique de ce choix. Le contrôle effectué par les autorités administratives tels que les services préfectoraux pour les marchés passés par les collectivités territoriales restent une garantie de respect des principes de la commande publique. Si un tel système est susceptible de rendre objectif le choix de l'acheteur, la connaissance de ce système de pondération par les candidats risque, en revanche, de faciliter la confection d'ententes sur les marchés.

2.2.2 Le danger d'ententes difficilement détectables

La promotion du mieux disant soulève des craintes dans la mesure où elle peut faciliter la confection d'ententes de répartition des marchés tout en rendant plus difficile leur détection par les autorités chargées de la concurrence, notamment dans les cas où la pondération des critères de choix est communiquée aux candidats.

Cependant, le Conseil d'état dans un arrêt rendu le 29 juin 2005, commune de la Seyne-sur-Mer donne une interprétation stricte de l'article 53-II du Code des marchés publics qui dispose notamment que « *Les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés* ». Le Conseil d'état précise « *qu'il ressort de ces dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics qui ont un caractère impératif que la publication des règles de pondération des critères de sélection des offres constitue une obligation qui ne peut être écartée, au profit de la simple hiérarchisation des critères, que lorsque la nature du marché qui y fait obstacle ou lorsqu'il peut en être dûment justifié par la personne responsable du marché ; que le non-respect de cette exigence de transparence est constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposait à la commune de la Seyne-sur-Mer que ni la nature du marché litigieux ni le nombre de critères de sélection, limitée à deux, ne permettait d'écarter* ». Par cette interprétation le Conseil

d'état devance le projet de nouveau Code des marchés publics de 2006 qui doit transposer la directive CEE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Cette dernière impose, en priorité, notamment dans son considérant 40 paragraphe 2, la pondération des critères de choix des offres déposées par les entreprises candidates. La pondération devient ainsi la règle de principe et la hiérarchisation l'exception tolérée, dans les situations où la pondération s'avère impossible.

La communication des critères d'attribution des marchés et celle de leur hiérarchisation apparaissent comme des garanties assurant la liberté d'accès au marché aux offreurs ; il semble donc difficile de les remettre en question. Cependant, la communication obligatoire de la pondération peut être potentiellement dangereuse pour la concurrence comme l'estime le Conseil de la concurrence. Ce dernier est particulièrement réservé quant à la promotion du mieux disant dans l'attribution des marchés publics depuis le premier projet de réforme du Code des marchés publics[20]. Selon son avis du 2 juillet 1997 si les pouvoirs adjudicateurs doivent communiquer aux entreprises les critères sur la base desquels sera sélectionnée l'offre à retenir, cela rend « *enfantine la confection d'offres de couvertures puisqu'il suffit de veiller à ce qu'elles ne correspondent pas aux critères* ». Cette prise de position a été réitérée dans son avis du 20 novembre 2000 sur le projet conduisant au Code des marchés publics de 2001 et dans son avis du 25 avril 2003 sur le projet conduisant au Code de 2004.

Les ententes en matière de marchés publics reposent le plus souvent sur des accords secrets entre entreprises. La preuve de ces derniers exigeant l'utilisation de la méthode du faisceau d'indices graves, précis et concordants[21]. Ainsi, par exemple, le rapprochement opéré avec le contenu des soumissions de plusieurs candidats, le plus souvent leurs prix, permet aux autorités chargées de la concurrence de trouver ces indices (Perrot et Vogel 1993). Or, plus les critères d'attribution sont nombreux et connus des

[20] Avis n° 96-A-08 du 2/7/1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant réforme du droit de la commande publique, *BOCCRF 1997, p.307 et spéc. p.309* ; Avis n° 97-A-11 du 5/3/1997 relatif à un avant-projet de loi portant Code des marchés publics, *BOCCRF 1997, p. 311 et spéc. p.312* ; Avis n° 00-A-25 du 20/11/2000 relatif à un projet de décret portant Code des marchés publics ; avis n°03-4-05 du 25/4/2003 relatif à un projet de décret portant Code des marchés publics.

[21] F. BIBET, L'administration de la preuve dans les marchés de travaux publics, *RCC sept./oct. 1997, p.27* ; M.C. BOUTARD-LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ 1994, spéc. p.56.

soumissionnaires, plus l'utilisation d'une telle méthode de preuve devient difficile. Dès lors, la preuve directe d'ententes étant très rare en la matière, à moins d'une dénonciation de l'entente par un des participants (ce que favorise les programmes de clémence), les moyens de preuves indirects habituellement retenus deviennent d'un maniement plus difficile comme le soulignait déjà le Conseil de la concurrence dans son premier avis de 1996.

On pourrait songer, pour éviter la constitution d'ententes ainsi que la capture de l'acheteur public, à exiger, le maintien de la communication des critères d'attribution et celle de leur hiérarchisation sans toutefois communiquer la pondération. En effet, comme l'avait relevé la première mission parlementaire de réforme du Code des marchés publics en 1996 le fait d'énoncer de manière détaillée les principaux critères utilisables et leurs modalités de quantification risque de prédéterminer le choix de la meilleure offre (Trassy-Paillogues 1996) et, donc, de faciliter les ententes. En revanche, la simple hiérarchisation des critères, qui permet aux offreurs de connaître la place de chaque critère, ne leur donne pas la possibilité de saisir réellement l'importance que lui accorde le pouvoir adjudicateur. L'opacité maintenue envers les offreurs en ce qui concerne la pondération peut ainsi être justifiée en tant que source de stimulation de la concurrence : la transparence n'étant pas toujours synonyme de plus de concurrence (Siroën 994, Malaurie Vignal 2005). Néanmoins cette absence de transparence envers les offreurs n'est que partielle dans la mesure où les autorités de contrôle obtiennent communication du système de pondération, le plus souvent après sa mise en œuvre et une fois le marché déjà signé, voire exécuté. Il conviendrait donc ici d'envisager une communication préalable de la pondération aux autorités administratives de contrôle afin qu'elles puissent se prononcer sur la légalité de l'attribution du marché.

BIBLIOGRAPHIE :

BEAUGENDRE C. (2005), La difficile application du critère environnemental pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, *Petites affiches, p.3*.

BIBET F. (1997), l'administration de la preuve dans les marchés de travaux publics, *RCC sept./oct, p.27.*

BOUTARD-LABARDE M.C. et CANIVET G. (1994), *Droit français de la concurrence*, Ed. LGDJ

CAILLAUD B. (2001), Ententes et capture dans l'attribution des marchés publics, *Annexe pour le CAE*, p 215-245, La Documentation Française.

DESCHAMPS M. (2006), L'utilisation des institutions dans les stratégies d'augmentation des coûts des concurrents, *colloque AFSE*

GLIOZZO T. (2002), L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres, *AJDA, p. 1471.*

IGALENS J. et PENANT H. (1994), *La normalisation*, Que sais-je ?, P.U.F.

LAFFONT J-J. (2000), Etapes vers un Etat moderne : une analyse économique, *Rapport pour le CAE*, p 117-163, La Documentation Française

LINDITCH F. (2000), *Le Droit des marchés publics*, Ed. Dalloz

MALAURIE-VIGNAL M. (2005), *Droit interne de la concurrence*, Ed. Dalloz

MOUGEOT M. (2001), Enchères, gestion publique et concurrence pour le marché, *Rapport pour le CAE*, p 25-143, La Documentation Française

OLIVIER F. (2001) L'appel d'offres rénové, *JCL contrats et marchés publics*, n° spécial d'avril, p. 24.

PERROT A. et VOGEL L., (1993) Ententes tacites, oligopoles et parallélisme de comportements, *JCP Ed(E) I 299*

PIGNON S. (2002), La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics, *PA, p. 4*.

PIGNON S. (2004), Aperçu de la réforme du Code des marchés publics, un achat public plus simple et plus efficace ? PA, p.6.

RACINE J. B. (1998), Normalisation, certification et droit de la concurrence, *RIDE, n°2, p.147.*

REIS P. (1999) « Ententes de répartition des marchés : vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ? » in Le processus de concurrence, Ed. ECONOMICA, p.312 à 332.

REIS P. (2001) « *La concurrence et les marchés publics* », Ed. Presses universitaires du Septentrion.

REIS P. (2003) « Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », in L'ordre concurrentiel Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Ed Frison-Roche p. 145 -166.

SIROEN J.M. (1994) La domination oligopolistique, RCC nov./déc, p.6.

STRONG M. (1974), *Environnement et styles de développement*, Annales, économies, sociétés, civilisations Paris n° 3, mai-juin, p. 553-570

TRASSY-PAILLOGUES A. (1996) Rapport de la mission parlementaire sur la réforme des marchés publics, Rapport de *MTP, cahier spécial, p.325.*