

Appels d'offres : alerte aux groupements collusifs



Le Groupement d'entreprises ou GME, est techniquement un rapprochement d'entreprises, limité dans l'objet et dans le temps, dont l'objectif est de permettre à ses membres de répondre ensemble à un appel d'offres auquel ils n'auraient pas eu la capacité de répondre seuls. Lorsque le Groupement permet de réunir en son sein des compétences techniques complémentaires, la problématique concurrentielle est assez rare, car les entreprises qui s'allient, ne sont généralement pas concurrentes entre elles. Frédérique Chaput, avocate associée du cabinet d'avocats Racine, nous en explique les règles.

Le groupement qui, à l'inverse, ne peut être justifié par de tels impératifs techniques ou celui qui va au-delà de ce qui aurait été nécessaire pour résoudre le problème technique, est suspect aux yeux des autorités de concurrence. De fait, la constitution et le fonctionnement des groupements sont à l'origine d'un grand nombre d'enquêtes de concurrence, qui se soldent souvent par des condamnations sur le fondement de la prohibition des ententes anticoncurrentielles. Dans ce contexte, l'OCDE vient de mettre en ligne sur son site, les lignes directrices ⁽¹⁾ dont le suivi doit permettre aux maîtres

d'œuvre de réduire le risque de collusion entre soumissionnaires. Premier constat pour l'OCDE : certaines situations favorisent les concertations entre entreprises. Elle cite ainsi aux rangs des situations à risque ; la forte concentration du marché (peu d'entreprises sont en concurrence sur le marché considéré) ; son imperméabilité (l'entrée de nouveaux acteurs y est rare) ; la prévisibilité des appels d'offres ou leur caractère répétitif (qui permet aux entreprises de les anticiper et rallonge le délai de concertation) ; la simplicité du produit ou service (qui facilite l'établissement d'une « structure commune de prix ») ; l'absence de produit substituable

(qui rend le maître d'œuvre captif des détenteurs de la solution dont il a besoin) et l'absence de changement technologique (qui facilite le maintien des accords dans la durée, puisque les titulaires du marché ne seront pas challengés par des produits innovants).

Une entreprise dont l'activité rencontre un ou plusieurs de ces critères doit donc faire preuve d'une rigueur particulière dans la manière dont elle envisage de se regrouper avec un ou plusieurs concurrents pour répondre à l'appel d'offres. Parmi les précautions à prendre, on citera notamment la nécessité de s'abstenir de tout échange stratégique (et notamment

sur les prix) avec les concurrents avant la constitution effective du groupement ainsi que celle de ne pas constituer de groupement surdimensionné, qui limite artificiellement le nombre de concurrents et donc d'offres concurrentes. On rappellera également la prohibition des « pactes de non-agression », prohibition qui ne peut qu'inciter à la plus grande prudence dans le maniement des clauses d'exclusivité par lesquelles l'entreprise empêche un partenaire de rejoindre un groupement concurrent lors d'appels d'offres futurs. ■

(1) Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics, mises en ligne le 12 mars 2009