

CONFORMITE EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

asdpo svvor 25 janvier 2019

DR PRANVERA KËLLEZI, LL.M.
AVOCATE AU BARREAU DE GENÈVE

CONFORMITÉ & INTÉGRITÉ EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

Compliance : la compliance est un résultat d'un organisme qui respecte ses obligations.

Culture de la compliance: les valeurs, l'éthique et les convictions qui existent au sein d'un organisme et interagissent avec les structures fonctionnelles et les systèmes de contrôle de l'organisme

Les organismes qui aspirent à garantir leur réussite sur le long terme doivent entretenir une **culture d'intégrité et de compliance** et prendre en compte les besoins et attentes des parties prenantes. L'intégrité et la compliance ne constituent donc pas seulement un prérequis mais également une opportunité pour un organisme florissant et durable.

(Source: *ISO 19600:2014 Systèmes de management de la compliance*)

OBJECTIFS LCART, REGLEMENTATION MP

Art. 1 LCart

Lutter contre les **conséquences nuisibles** d'ordre économique ou social **imputables aux cartels**

Art. 1 LMP

Par la présente loi, la Confédération entend: b. renforcer la **concurrence** entre les soumissionnaires; c. favoriser l'**utilisation économique des fonds publics**. Elle entend aussi garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires.

Art. 1 al. 3 AIMP Il poursuit notamment les objectifs suivants :

a) assurer une **concurrence efficace** entre les soumissionnaires; b) garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication; [...] d) permettre une **utilisation parcimonieuse des deniers publics**.

OBJECTIFS LCART, REGLEMENTATION MP

Recommandation du conseil de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics, 2012

RECONNAISSANT que, dans les marchés publics, la concurrence favorise l'efficacité, ce qui contribue à assurer que les biens et services proposés aux entités publiques correspondent mieux à leurs préférences et, s'accompagne d'avantages pour les consommateurs finaux, les usagers des services publics et les contribuables comme la minoration des prix, l'amélioration de la qualité, le renforcement de l'innovation, les gains de productivité et, plus généralement, un meilleur rapport qualité/prix ;

CONSÉQUENCES NUISIBLES IMPUTABLES AUX CARTELS

Prix plus élevés pour les contribuables

- En général, tendance moyenne à la hausse de $\approx 20\%$ pour les cartels de soumissions publiques
- Tendance moyenne à la hausse de 18% pour les cartels nationaux et de 25% pour les cartels opérant dans plusieurs Etats de l'Europe de l'Ouest
- Médiane de l'augmentation des prix de $\approx 16\%$ et augmentation moyenne des prix de $\approx 60\%$ pour les cartels composés de participants d'un seul pays
(source : Connor/Werner, *Variation in bid-rigging cartels' overcharges: an exploratory study*, 2018, disponible sur ssrn.com)
- Expérience Suisse
 - 30% plus cher dans le cas du Tessin (2010)
 - 70% plus cher dans un cas à Zürich (2013)

MANAGEMENT DE LA COMPLIANCE EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

- **Risque lié à la compliance** → dans le cadre de marchés publics, le risque lié à la compliance peut être caractérisé par la vraisemblance d'occurrence de cartels de soumission et les conséquences nuisibles des cartels de soumission
- **Obligation/objectif de compliance** → assurer une concurrence efficace lors de marchés publics, assurer l'intégrité des procédures de passation des marchés publics, réduire les risques liés aux cartels de soumission
- **Planification** pour traiter les risques liés à la compliance et pour atteindre les objectifs → définir les actions pour traiter les risques de non-compliance, manière d'intégrer et de mettre en œuvre ces actions, mise en place de procédures

CONFORMITE DANS L'ADMINISTRATION

Approche minimaliste

- Action minimaliste → ne faire que le strict minimum en matière de mise en conformité, ce qui amène à ne pas faire suffisamment pour atteindre les objectifs. Exemple: sous dotation en ressources des unités responsables des achats, non-réaction à des soupçons de cartels de soumission, approche à court terme de l'exécutif.
- Attitude → opinions au sein d'une institution publique présentant la réglementation sur les marchés publics comme un ensemble d'obligations fastidieuses et coûteuses, volonté de soutenir l'économie locale

Approche holistique

- Culture de la compliance → les valeurs, l'éthique et les convictions qui existent au sein d'un organisme et qui interagissent avec les structures fonctionnelles et les systèmes de contrôle de l'organisme pour produire des normes comportementales conduisant aux résultats de compliance
- Mettre en place un système de management de la conformité (voir ISO 19600:2014)

MESURES POUR ASSURER LA CONCURRENCE EFFICACE

Art. 11 LMP – exclusion facultative, en cas d'accords illicites

Art. 44 II P-LMP – exclusion facultative en cas d'indices suffisants

Art. 26 P-LMP – l'adjudicateur veille à ce que les soumissionnaires ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence ; déclaration sur l'honneur

Art. 33 Org-OMP – Obligation de signaler une entrave à la libre concurrence au Secrétariat de la COMCO

Art. 17 RMP/GE Concurrence efficace

2 L'autorité adjudicatrice veille, par des mesures adéquates, notamment celles prévues aux articles 42 [*exclusion obligatoire*], 47 [*interruption de la procédure*] et 48 [*révocation de l'adjudication*], à ce que des discussions entre les candidats ne fassent pas une concurrence efficace.

MESURES PREVENTIVES POUR ASSURER LA CONCURRENCE EFFICACE

- Eviter les réunions entre les potentiels soumissionnaires
- Eviter la diffusion d'informations sur les prix, ne pas divulguer l'identité des participants
- Déclaration de détermination indépendante des offres, d'authenticité des offres et d'absence de concertation
- Clause pénale obligeant le soumissionnaire à payer un montant minimum déterminé à l'adjudicateur en cas de participation à un cartel
- OCDE – utiliser les deux listes de vérification
 - A. pour la conception de la procédure de passation des marchés dans l'optique de la réduction des risques de soumissions concertées
 - B. pour la détection des soumissions concertées dans les marchés publics
- Mettre en place un système de management de la conformité (voir ISO 19600:2014)

LCART ET CARTELS DE SOUMISSION

- **Accords** → conventions avec ou sans force obligatoire, par oral ou écrit, gentlemen's agreement, pratiques concertées, échange d'informations (LCart 4 I)
- **Accords illicites** → Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services sont illicites. L'échange d'informations qui a une influence sur les prix est illicite (LCart 5 I)
- **Accords illicites dits « durs »** → Présomption de la suppression d'une concurrence efficace pour les accords (LCart 5 III):
 - a. qui **fixent** directement ou indirectement **des prix**;
 - b. qui restreignent des quantités de biens ou de services;
 - c. qui opèrent une **répartition géographique** des marchés ou de la clientèle
- **Sanction des accords « durs »** → Jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (LCart 49a I)

MODALITES DES CARTELS DE SOUMISSION

- **Rotation des offres** → les entreprises participent aux marchés et conviennent que chacune remportera à tour de rôle le marché. Probable si marchés réguliers avec des faibles volumes. Exemple en Suisse: Tessin.
- **Offres de couverture** (offres fictives, de complaisance) → une entreprise participante soumet une offre légèrement plus élevée, beaucoup plus élevée ou en le soumettant à des conditions inacceptables. Exemple en Suisse: Basse-Engadine.
- **Répartition des marchés (clients ou zones géographiques)** → les entreprises conviennent qui va servir certaines catégories de clients ou certains marchés géographiques.
- **Suppression des offres** → une entreprise convient de ne pas soumissionner ou de retirer son offre.

CARTELS DE SOUMISSION EN SUISSE

- **Basse-Engadine (2018)**

Hoch und Tiefbauleistungen Engadin I. Amendes totales
≈ 7.5 millions

- **Engadine (2017)**

Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin. Amendes totales
≈ 1 million

- **Val Müstair (2017)**

Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal

- **See-Gaster (2016)**

COMCO du 8 juillet 2016, *Bauleistungen See-Gaster.*
Amendes totales ≈ 5.5 millions.

- **Nettoyage de tunnels (2015)**

Tunnelreinigung. Amendes totales ≈ CHF 161'000

- **Zurich (2013)**

Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. Amendes totales ≈ CHF 489'000

- **Argovie (2011)**

Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. Amendes totales ≈ CHF 3,8 millions.

- **Berne (2009)**

Elektroinstallationsbetriebe Bern. Amendes totales ≈ CHF 1,2 millions.

- **Tessin (2007)**

Pavimentazioni stradali in Ticino/Strassenbeläge Tessin

EXEMPLES DE CARTELS DE SOUMISSION

Basse-Engadine (COMCO du 26.03.2018, Hoch und Tiefbauleistungen Engadin I). Exemple d'échanges et d'accord entre soumissionnaires

Markus Hermann

Von: Markus Hermann [markus.hermann@bezzola-denoeth.ch]
Gesendet: Montag, 14. Februar 2011 15:39
An: [REDACTED]
Betreff: AW: Postautogarage Scuol

Verlauf: Empfänger Gelesen
Gelesen: 14.02.2011 16:07

Bist somit ca. 5% über meinem Preis. Passe meinen noch um ca. 1.5% nach oben an.

Gruss Markus

[REDACTED] [REDACTED]@lazzarini.ch]
Gesendet: Montag, 14. Februar 2011 14:18
Betreff: Postautogarage Scuol

Hallo Marcus,
hier noch unseres Angebot Nr. 2 der Baumeisterarbeiten als .pdf.

Baugrubenaushub folgt.

Gruss
[REDACTED]
[REDACTED]

LAZZARINI

Lazzarini AG
Cho d'Punt 11, 7503 Samedan
Tel: 081 851 10 51
Fax: 081 851 10 52
Mail: daniel.domenig@lazzarini.ch

WEITERE SUBMITTENE
UNBEKANNT.
SITUATION UNKLAR ?
OB WIRKLICH ANSPRACHE .

From: [REDACTED]@lazzarini.ch>
To: [REDACTED]@bezzola-denoeth.ch>
Subject: Submission St. Valentin
Sent: 07.09.2011 08:36:50 +00:00
Attachments: SKMBT_C35311090710210.pdf
Embedded graphics: 1

Hallo Markus,

Eingabe Lazzarini AG.

Wie immer gebe ich "KEIN" Rabatt und Skonto!

Gruss
[REDACTED]
[REDACTED]



Lazzarini AG
Cho d'Punt 11, 7503 Samedan
Tel: 081 851 10 51
Fax: 081 851 10 52
Mail: daniel.domenig@lazzarini.ch

EXEMPLES DE CARTELS DE SOUMISSION

Basse-Engadine (COMCO du 26.03.2018, Hoch und Tiefbauleistungen Engadin I). Exemple d'échanges entre soumissionnaires

Offerte Sprecher

From: [REDACTED]@vtxmail.ch>
To: [REDACTED]@foffa-conrad.ch
Date: Wed, 04 Mar 2009 10:05:38 +0100

Hallo Alex

Wie besprochen wäre ich Dir dankbar wenn Du mir die Offerte Sprecher Senden könntest.

Mit freundlichen Grüßen

René

[REDACTED]
impraisa da fabrica
7527 Brail / Zernez
7532 Tschierv

Telefon +41(0)81 850 15 15
Fax +41(0)81 850 15 16
Natel +41(0)79 406 72 43
Mail [REDACTED]

Offerte Sprecher

From: Foffa & Conrad SA [REDACTED]@foffa-conrad.ch>
To: [REDACTED]
Date: Wed, 04 Mar 2009 10:19:42 +0100
Attachments: G9 031 0603 BAUMEISTERARBEITEN.01s (128.76 kB)

Hallo René

Wie besprochen sende ich dir die Offerte Sprecher. Ich hoffe es funktioniert.

Gruss Alex

EXEMPLES DE CARTELS DE SOUMISSION

Engadine COMCO du 02.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q

Exemple d'échanges entre soumissionnaires

43. Es liegt eine E-Mail vom [...], 15.16 Uhr, von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter D], Lazzarini, inkl. Anlage „[...]“ mit folgendem Inhalt vor:52

„Hallo [Mitarbeiter D].

Im Anhang die entsprechende SIA mit der Eingabe von Bezzola Denoth.

***Bitte ca. [2–5] % höher bleiben.** Tendenzuell ist die [...] günstig und es wäre vorteilhaft im speziellen diese Kapitel zu heben.*

Eingabe Bezzola Denoth

Brutto: Sfr. [...]

Netto inkl. MwSt. Sfr. [...]

Gruß [Mitarbeiter A]“

EXEMPLES DE CARTELS DE SOUMISSION

Indice de collusion visible : offres identiques de deux entreprises

Konditionen

		Angebot Unternehmer
Brutto:		Fr. 216'420.-
Abzüglich Rabatt	1.0%	Fr. —
Zwischentotal 1		Fr. 216'420.-
Abzüglich Skonto (60 Tg.)	2.0%	Fr. 4'328.40
Zwischentotal 2		Fr. 212'091.60
Zuzüglich MwSt.	8.0%	Fr. 16'967.35
Auftragswert netto		Fr. 229'058.95

Konditionen

		Angebot Unternehmer
Brutto:		Fr. 216'420.-
Abzüglich Rabatt	1.0%	Fr. —
Zwischentotal 1		Fr. 216'420.-
Abzüglich Skonto (60 Tg.)	2.0%	Fr. 4'328.-
Zwischentotal 2		Fr. 212'092.-
Zuzüglich MwSt.	8.0%	Fr. 16'967.36
Auftragswert netto		Fr. 229'059.36

EXEMPLES DE CARTELS DE SOUMISSION

Indice de collusion visible : variation importante des offres d'une même entreprise pour des travaux comparables

<u>Erdarbeiten</u> Maschinelles Aushub	Fr./m ³ 3.00	Fr./m ³ 7.00	+ 133.3 %
<u>Erdarbeiten</u> Handaushub	Fr./m ³ 60.00	Fr./m ³ 106.00	+ 76.7 %
<u>Erdarbeiten</u> Dammbau, exkl. Materiallieferung	Fr./m ³ 2.80	Fr./m ³ 4.50	+ 60.7 %
<u>Erdarbeiten</u> Transporte innerhalb der Bau- stelle	Fr./m ³ 1.80 Fr./m ³ 2.10 Fr./m ³ 2.60	Fr./m ³ 4.10 Fr./m ³ 4.40 Fr./m ³ 4.80	+ 127.8 % + 109.5 % + 84.6 %
<u>Fundationsschicht</u> Lieferung Kiessand II, frostsicher	Fr./m ³ 32.00	Fr./m ³ 42.90	+ 34.1 %
<u>Fundationsschicht</u> Einbringen von Kiessand	Fr./m ³ 3.20	Fr./m ³ 7.50	+ 134.4 %
<u>Fundationsschicht</u> Planie erstellen	Fr./m ² 0.50	Fr./m ² 1.50	+ 200.0 %
<u>Pflästerungen/Abschlüsse</u> Lieferung von Pflastersteinen	Fr./m ¹ 5.50	Fr./m ¹ 7.50	+ 36.4 %