

Question écrite n° 01248 de **M. Jean Louis Masson** (Moselle - NI)

- publiée dans le JO Sénat du 02/08/2007 - page 1367

M. Jean Louis Masson attire l'attention de Mme la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi sur le fait qu'à la suite des élections législatives, toutes les questions écrites qui avaient été posées sous la précédente législature et qui n'avaient pas encore obtenu de réponse ont été déclarées caduques. Il lui pose donc à nouveau la question qui avait été adressée à son prédécesseur le 12 janvier 2006 et à laquelle celui-ci n'avait pas répondu. Plus précisément, il attire son attention sur le fait qu'il convient de respecter l'égalité d'accès à la concurrence dans les marchés publics. Or il arrive que, de manière indirecte, certaines collectivités locales essayent de contourner ce principe d'égalité des chances. Ainsi, pour un marché public, l'appel d'offres peut prévoir des pénalités de retard très dissuasives. C'est en fonction de ces pénalités que les entreprises fixent leurs propositions de prix. Toutefois, le caractère plus ou moins discrétionnaire du paiement réel des pénalités a pour conséquence qu'une entreprise bénéficiant par exemple de la bienveillance d'un maire sait qu'elle a peu de risque que celui-ci mette réellement en recouvrement les pénalités. Il souhaiterait qu'elle lui indique si une telle situation ne lui semble pas créer une distorsion de concurrence.

Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi

- publiée dans le JO Sénat du 21/02/2008 - page 340

Les acheteurs publics sont libres de définir le montant des pénalités de retard prévues par le marché. Ils peuvent décider d'en réclamer ou non le versement en fonction, notamment, du fait que le retard pris dans l'exécution des prestations est dû à des circonstances extérieures qui se sont imposées au prestataire ou du caractère exceptionnel de ce retard et de la satisfaction que donne ou non, d'une manière générale, le cocontractant de l'administration. Pour prendre sa décision, l'acheteur public tient également compte des conséquences financières qu'aura, pour la collectivité, le retard pris pour l'exécution des prestations prévues par le marché. Un acheteur qui indiquerait à un candidat, par quelque moyen que ce soit, que les pénalités de retard prévues par le marché ne lui seraient pas appliquées, lui permettant, ce faisant, de présenter une offre ou de proposer un prix plus faible dans son offre, pourrait être poursuivi pour délit de favoritisme, en application des dispositions de l'article L. 432-14 du code pénal. Ce délit est en effet constitué par le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire à la réglementation de la commande publique. L'entreprise qui se verrait attribuer des marchés publics par le biais de telles manoeuvres pourrait, quant à elle, être poursuivie pour recel de favoritisme. De telles manoeuvres peuvent également conduire à l'annulation de la procédure de passation du marché, voire à l'annulation du marché lui-même s'il a déjà été conclu, car elles méconnaissent le principe d'égalité de traitement et de transparence des procédures prévu à l'article 1er du code des marchés publics.