



Avis n° 03-A-14 du 25 juillet 2003
relatif à la demande d'avis présentée par la fédération du bâtiment
et des travaux publics de Haute Savoie sur un bordereau de prix unitaires
dans le cadre de la passation de marchés d'eau et d'assainissement de la Haute Savoie

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 30 mai 2002 sous le numéro 02/0056 A, par laquelle la fédération du bâtiment et des travaux publics de Haute Savoie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L.462-1 du code du commerce ;

Vu le livre IV du code du commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

La fédération du bâtiment et des travaux publics de Haute Savoie (fédération BTP 74) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le bordereau de prix unitaires émanant du syndicat mixte départemental d'eau et d'assainissement de la Haute Savoie (SMDEA) utilisé pour la consultation des entreprises en vue de l'attribution des marchés d'eau et d'assainissement de ce département.

Cette fédération souhaite savoir si le fait de demander aux entreprises, dans le cadre de marchés d'adduction d'eau et d'assainissement des communes rurales du département de la Haute Savoie, de répondre aux appels d'offres sous forme de rabais par rapport aux prix unitaires fixés dans un bordereau est conforme au droit de la concurrence. Elle souligne en particulier que ce bordereau :

- comporte des prix théoriques sans rapport avec les données propres aux marchés,
- oblige les entreprises soumissionnaires à fixer leurs prix à un niveau anormalement bas par rapport à leurs coûts réels.

Après avoir décrit le rôle du SMDEA et l'élaboration du bordereau de prix unitaires (I), puis les marchés concernés par ce bordereau (II), le présent avis examine les conditions d'application des règles de la concurrence sur ces marchés (III).

I. - Le SMDEA et le bordereau de prix unitaires

A. - LE SMDEA ET L'ÉTABLISSEMENT DU BORDEREAU DE PRIX UNITAIRES

1. Ce syndicat mixte a été créé en 1978 par le conseil général de Haute Savoie dans le domaine de l'eau et de l'assainissement. Il réunit le département, ses communes rurales et leurs établissements de coopération intercommunale ; selon l'article 9 de ses statuts, son conseil d'administration est présidé par le président du conseil général et composé pour

moitié de conseillers généraux et pour moitié de représentants des communes adhérentes. L'article 2 de ses statuts ne lui assigne pas un rôle de maître d'œuvre, mais de gestionnaire des financements accordés à ces dernières et à leurs établissements de coopération intercommunale : à ce titre, il accorde des financements, provenant du seul département ou d'autres bailleurs publics (agence de l'eau, région, Etat), et il instruit des demandes d'emprunts complémentaires à taux privilégiés au profit des communes.

2. Toutes les communes rurales du département, ont vocation à être adhérentes et, selon le SMDEA, 258 sur environ 290 le sont, mais si l'on tient compte du fait que la trentaine de communes non adhérentes a transféré ses compétences en matière d'eau et d'assainissement aux établissements de coopération intercommunale qui sont eux-mêmes le plus souvent adhérents du syndicat, la couverture des zones rurales par le SMDEA est totale.

3. Le SMDEA édite, depuis sa création, et met fréquemment à jour un bordereau de prix unitaires "*travaux d'assainissement et d'alimentation en eau potable*". Ce document n'émane pas du conseil d'administration du SMDEA, mais d'un comité qui n'a pas d'existence statutaire. Celui-ci révisé, d'une part, si l'évolution de la technique l'exige, la description des prestations, d'autre part, les prix figurant dans le bordereau, selon l'indice des prix du bâtiment ou d'éventuelles évolutions législatives. Il réunit, chaque année, les agents concernés de la DDE et de la DDA qui assurent la maîtrise d'œuvre de certains marchés des communes adhérentes, ainsi que des opérateurs privés, maîtres d'œuvre désignés discrétionnairement par celles-ci. Cette seconde composante serait constituée, chaque année, de sept à neuf bureaux de maîtrise d'oeuvre ; il s'agirait d'opérateurs économiques ayant leur siège dans le département et aucun ne serait jusqu'à présent filiale d'un groupe de maîtrise d'œuvre d'importance nationale. De tels groupes ne seraient pas intéressés par des petits marchés tels que ceux financés par le SMDEA. Les principes de fonctionnement de ce comité et ceux qui le guident dans la révision régulière du bordereau ne font l'objet d'aucun document. En tout état de cause, le SMDEA, comme il ressort des pièces du dossier, a explicitement refusé d'admettre à ce comité la fédération BTP 74, et il semble qu'il observe la même ligne à l'égard des autres entreprises de travaux publics. En l'espèce, il n'est pas contesté par la fédération BTP 74 que le bordereau de prix unitaires est défini exclusivement par un organe auquel adhèrent les acheteurs publics, à l'exclusion des soumissionnaires.

B. - LA DESCRIPTION DU BORDEREAU DE PRIX UNITAIRES

4. Le bordereau de prix unitaires dans sa version 2000, la seule qui ait été fournie lors de la demande d'avis de la fédération, totalise environ 390 rubriques, accompagnées d'un prix le plus souvent unitaire. Il est divisé en 7 chapitres, le plus souvent axés sur un type d'ouvrages ou de travaux (terrassément ou maçonnerie, canalisation d'alimentation d'eau potable, canalisation d'assainissement et de drainage, fontainiers et accessoires, branchements, travaux divers, plans et dossiers, contrôles de qualité par des organismes certifiés). L'unité usuelle du bordereau est désigné sous le nom d'ouvrage : ce terme désigne soit le matériau (type de conduite, ou de joint de raccordement) qui ne représente en moyenne que 30 % du marché selon le SMDEA, soit l'ouvrage, c'est-à-dire le matériau et son installation. Il est la valeur de référence, affectée d'un prix : ce prix lorsqu'il est unitaire, ce qui est le cas de loin le plus fréquent, se réfère à une unité qui est, selon le type d'ouvrages, le mètre carré, le mètre cube, le mètre linéaire ou la pièce.

5. Des "*plus values*" peuvent s'appliquer aux prix de base pour tenir compte de l'emploi d'un matériau plus cher, ou de conditions d'exécution plus difficiles selon le terrain (tranchée à l'explosif ou à la pelle) ou la nature de la prestation (raccordement à tel type de réseau).

6. A la différence d'autres séries de prix qui ont été censurées par le Conseil de la concurrence telles que la série centrale de prix de l'académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, le bordereau de prix unitaires du SMDEA ne fait apparaître que quelques éléments du prix de revient de chaque "*ouvrage*" : les déboursés de matériaux, de fournitures et de frais divers (frais de chantiers et certains frais généraux). Ne figurent ni déboursés de main d'oeuvre, ni une marge globale forfaitaire. On ne peut toutefois en déduire que les prix unitaires fixés dans le bordereau n'ont pas été calculés ou révisés en intégrant, par exemple, des hypothèses de coût horaire du travail selon le corps de métier, puisque les révisions périodiques de ce bordereau prennent en compte, selon les représentants du SMDEA, des évolutions telles que, par exemple, le passage aux 35 heures.

7. Le bordereau de prix unitaires comporte, en revanche, des valeurs forfaitaires : au chapitre "*Terrassements et maçonneries*", la rubrique 1110 -Installations de chantiers- fixe trois prix selon chacun des trois types de chantier définis par le code du travail, le premier correspondant aux installations les plus importantes et étant estimé à 3900 euros et le troisième correspondant aux installations les plus légères et fixé à 800 euros. Il en va de même au chapitre "*travaux connexes*", (rubrique 1241 -Forage et fronçage horizontaux- et 1260 -Signalisation par feu de circulation alternée-), au chapitre "*canalisation et d'assainissement et drainage*" (rubrique 3804 -Curage hydrodynamique des canalisations-), au chapitre "*Travaux divers*" (rubrique 6202 -Plans de dossiers-, -dossiers récolement infor-).

8. Enfin, certains prix unitaires figurent, alors même qu'ils ne correspondent pas nécessairement à des coûts réels pour tous les soumissionnaires auxquels le marché peut être attribué : ainsi les rubriques 6101 (location de matériels pour l'épuisement des eaux souterraines), 7101 (location d'un camion) n'ont pas lieu d'être lorsque le soumissionnaire possède déjà ces matériels.

9. A l'appui de ces prix unitaires ou forfaitaires, le SMDEA ne fournit pas de méthode de calcul. Il ne justifie d'autres modalités d'établissement des valeurs de référence que la moyenne des prix effectivement pratiqués entre les attributaires des appels d'offres passés l'année précédant celle où s'appliquera le nouveau bordereau.

II. - L'application du bordereau de prix unitaires au marché concerné

A. - LE MARCHÉ CONCERNÉ EST RÉGI PAR LE BORDEREAU DE PRIX UNITAIRES

10. Le bordereau semble mis à jour à intervalles assez rapprochés : à titre d'exemple, depuis la version de septembre 2000 jointe à la demande d'avis dont le Conseil de la concurrence est saisi, une nouvelle version a été publiée en juin 2002. C'est un document payant : 15,24 euros en version papier et 76,22 euros en version informatique - dans ce dernier cas, les actualisations sont fournies gracieusement-. Sa diffusion semble importante en raison du recours des maîtres d'ouvrage du département à cette série de prix : le SMDEA indique que si les maîtres d'ouvrage sont libres de lancer des appels d'offres sur bordereau blanc, 99 % des marchés passés par eux dans le domaine de l'eau et l'assainissement le sont sous la forme du bordereau de prix unitaires. Ce recours très majoritaire peut s'expliquer par la simplification

évidente qu'apporte à la commune et à son maître d'oeuvre l'utilisation de ce document et le classement des soumissions en fonction de l'importance du rabais global par rapport à la somme des rubriques de prix unitaires contenues dans l'appel d'offres. Il peut aussi résulter du rôle de financeur des équipements en eau et assainissements du SMDEA : les subventions apportées par le syndicat mixte et les emprunts qu'il négocie pour le compte des communes du département, sont en proportion des besoins de financement exprimés par les communes pour ces équipements. Au stade de l'instruction, le lien est évident entre la demande de concours financier et le bordereau : c'est après que le marché a été chiffré par rapport à ce bordereau, que les dossiers de financement sont élaborés. Le bordereau détermine donc le besoin de financement du maître d'ouvrage en le tirant à la baisse par le jeu du moins disant, il exerce donc un effet modérateur sur les appels de fonds des communes au SMDEA. Enfin, la politique du SMDEA semble être de promouvoir le bordereau pour la formalisation des appels d'offres, ainsi qu'il ressort d'une lettre du président du SMDEA en date du 19 août 2002 aux maires et aux présidents d'établissements de coopération intercommunale adhérents, dans laquelle ce syndicat mixte leur recommande, en cas de hausses importantes des prix contenus dans les soumissions, par rapport au bordereau de prix unitaires, "de ne pas hésiter à déclarer leur appel d'offres infructueux". Si ce document n'établit pas le caractère obligatoire de facto du recours à ce bordereau par les maîtres d'ouvrages, il souligne l'importance que lui accorde le SMDEA comme vecteur de sa gestion de la commande publique dans le domaine de l'eau et de l'assainissement.

11. En l'état du dossier, il n'est pas possible de trancher le point de savoir si le maître d'ouvrage admet des variantes ou des modifications par rapport aux postes de ce bordereau, ou si, comme dans le dossier de consultation des entreprises fourni par la fédération, il doit être "*accepté sans modification*".

12. Malgré le caractère onéreux de sa diffusion, il semble donc que le bordereau de prix unitaires ait un effet directeur sur le marché de l'équipement rural en eau et assainissement non seulement dans le département de la Haute-Savoie mais aussi, selon le SMDEA, dans les départements voisins de la Savoie et de l'Ain qui recommandent à leurs maîtres d'ouvrage le recours à cette série de prix. Selon le SMDEA, cette série constitue en effet, dans le secteur de l'équipement rural en eau et assainissement, un document d'utilisation immédiate pour les maîtres d'ouvrage en milieu de montagne. En revanche, l'effet directeur n'est pas établi dans ce secteur en milieu urbain : la ville d'Annecy dispose en effet de sa propre série de prix et la nature des ouvrages à réaliser et les difficultés techniques rencontrées en milieu urbain diffèrent par trop de celles qui caractérisent l'adduction d'eau et l'assainissement en milieu rural.

B. – LES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ CONCERNÉ

13. Le marché de l'équipement rural en eau et en assainissement correspond à des opérations de création, d'extension, de modernisation et de mise aux normes de réseaux d'adduction et d'épuration ou d'assainissement, donc à des réalisations de moindre envergure que la construction de stations d'épuration. Cette particularité explique le montant relativement modeste des marchés adjugés. Ainsi, les chiffres provisoires de 2002 indiquent que le plus gros marché adjugé (une opération d'assainissement pour le SIVOM du pays de Gavot) s'élève à 572 000 euros et le plus petit (un marché d'eau par Mont Saxonnex) à 4 305 euros. En données cumulées, les adjudications en 2001 pour les deux secteurs confondus s'élevaient à 164 000 000 de francs, répartis en 101 000 000 pour le l'assainissement et

63 000 000 de francs pour l'eau. Ces montants s'inscrivent dans une tendance de croissance sur le long terme : les marchés enregistrés par le SMDEA sont passés de 42 000 000 de francs en 1993 à 164 000 000 de francs, en 2001, avec, il est vrai, des valeurs discordantes par rapport à cette tendance lourde en 1995 où l'on peut constater une régression à 46 000 000 francs.

14. Cette commande publique en équipement rural en eau et en assainissement se partage en un grand nombre d'attributaires : 58 en 2001, tous issus d'un tissu local d'entreprises du secteur. Au sein des attributaires de cette même année, seules cinq remportent plus de 5 % du montant des marchés et la première adjudicataire, l'entreprise BESSON, plus de 7 %. Malgré cette grande dispersion des attributaires, on note, de 1997 à 2001, la récurrence des 12 premiers attributaires du marché : deux d'entre eux remportent chaque année un de ces douze marchés ; deux autres sont attributaires pendant quatre ans ; sept d'entre ces premiers attributaires le sont pendant trois ans ; cinq sont attributaires par deux fois dans la même période ; et tous semblent avoir leur siège en Haute-Savoie.

Entreprises attributaires (12 premières)	1997	1998	1999	2000	2001
Spie Citra	*	*	*	*	*
Socco	*	*	*	*	*
Besson		*	*	*	*
Sassi	*	*	*	*	
Lathuille	*	*	*		
Bel Morand	*		*		*
SMTP	*		*	*	
Decarroux	*	*	*		
Benedetti	*			*	*
Clapasson		*	*		*
Botoluzzi		*		*	*
Guelpa	*	*			
Didier	*	*			
SMTP			*	*	
SATP			*	*	
EMC				*	*

15. La fédération confirme d'ailleurs que les adjudicataires sur le marché concerné sont exclusivement ou presque des entreprises locales indépendantes des grands groupes nationaux du secteur. Elle attribue ce localisme à la faible attractivité des marchés en cause : indépendamment de l'effet, selon cette fédération, dissuasif du bordereau contesté, des facteurs structurels rendent compte de la physionomie peu ouverte de ce marché public. Ces facteurs sont de nature géographique. Le caractère excentré et montagneux de ce département de "*fond de vallée*" rend onéreux les transports vers les chantiers, la géologie des zones de montagnes accroît les difficultés techniques et d'installation de ces chantiers, les conditions climatiques en altitude réduisent le délai utile à la réalisation des ouvrages. Au surplus,

malgré le caractère frontalier du département, et malgré l'harmonisation des directives communautaires et des normes techniques, les facteurs qui viennent d'être évoqués détournent également de ce marché les concurrents potentiels italiens et suisses. Au total, conjugués aux montants, dont on a vu qu'ils étaient modestes, des marchés concernés, ces données dissuadent les entreprises n'y ayant pas leur siège de soumissionner pour ce type d'équipements en Haute-Savoie. Il convient de souligner que ces barrières à l'accès au marché considéré jouent également en sens inverse : la difficulté de déplacement pour un convoi de travaux publics dissuade les adhérents de la fédération de répondre aux appels d'offres hors du département.

III. - Les conditions d'exercice de la concurrence

16. Le Conseil de la concurrence rappelle que, dans le cadre d'un avis rendu en application de la procédure prévue par l'article L.462-1 du code de commerce, il ne lui appartient ni de se prononcer sur un cas particulier ni de qualifier des pratiques précisément identifiées. Sous ces réserves, les éléments de réponse suivants peuvent être apportés à la demande de la fédération BTP 74.

A. - SUR LES PRIX ANORMALEMENT BAS QUI RÉSULTERAIENT DU RECOURS AU BORDEREAU DE PRIX DU SMDEA.

17. La fédération estime que l'obligation de soumissionner sous forme de rabais par rapport aux prix unitaires du bordereau impose aux entreprises de déposer des offres inférieures à leurs prix de revient afin de s'assurer un volume d'activité suffisant pour maintenir leurs effectifs. Elle soutient que les prix des attributaires des marchés dans le secteur en cause sont anormalement bas et que, l'incidence modératrice du bordereau sur les prix a été relevée par la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à laquelle elle avait demandé un premier avis et qui lui a répondu par lettre du 17 mai 2000.

18. La notion de prix anormalement bas peut revêtir deux significations : la première renvoie à l'infraction prévue par l'article L. 420-5 et suppose l'existence de prix, offerts à des consommateurs, pratiqués par un opérateur économique en vue d'évincer d'un marché déterminé ses concurrents, la seconde découlerait du niveau de prix unitaires fixé dans le bordereau de telle sorte que les soumissionnaires ne puissent répondre aux appels d'offres qu'en proposant des prix inférieurs à leurs prix de revient étant observé qu'un tel comportement n'est prohibé par le droit de la concurrence que dans certaines circonstances et à condition qu'il soit le fait d'un opérateur en position dominante sur un marché.

19. Concernant le premier point, dans un arrêt du 3 juillet 1998 Société moderne d'assainissement, confirmant une décision 97-PB-02 du Conseil de la concurrence en date du 27 mai 1997, la cour d'appel de Paris a jugé qu'un prix ne saurait être qualifié d'anormalement bas au sens de l'article L. 420-5 qu'à l'égard d'un consommateur. Elle a défini celui-ci comme "*la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis*". Elle en a déduit qu'un syndicat intercommunal "*intervenue pour subdéléguer une mission de service public confiée aux communes et pour satisfaire, non ses besoins, mais ceux de ses habitants des communes syndiquées*" ne pouvait être qualifié de consommateur à qui avait été proposé un niveau de

prix anormalement bas. Les compétences du syndicat intercommunal pour le traitement des ordures ménagères de l'aire de Fréjus-Saint Raphaël (SITOM), dans l'arrêt précité, et celles du SMDEA, en l'espèce, ne sont toutefois pas identiques. Alors que le SITOM passait des appels d'offres pour les communes dans le domaine qui lui est subdélégué, le SMDEA n'assure pas, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, le rôle de maître d'oeuvre des marchés d'eau et d'assainissement des communes de Haute Savoie. Son intervention, en l'état du dossier, se borne à financer et à conseiller les communes rurales pour leur équipement en eau et en assainissement. En l'état des éléments figurant au dossier, il semble que ce sont les communes rurales adhérentes de ce syndicat qui passent les marchés. Dans la mesure où elles satisfont ainsi leurs besoins propres, elles remplissent certes la première des conditions pour être qualifiées de consommatrices, mais il resterait encore à établir que les communes concernées de Haute-Savoie sont dépourvues de l'"*expérience particulière dans le domaine où elles contractent*". Il conviendrait, à cet égard, de se pencher sur les circonstances particulières dans lesquelles elles ont agi, de vérifier à quel maître d'oeuvre elles ont eu, le cas échéant, recours, d'examiner si l'utilisation du bordereau du SMDEA a pu suppléer l'inexpérience des plus petites communes. Enfin, il conviendrait d'établir qu'un opérateur économique a utilisé le bordereau de prix pour évincer ses concurrents de la commande publique sur le marché de l'équipement rural en eau et en assainissement de la Haute-Savoie.

20. Concernant le second point, il convient d'observer que si, en 2000 et 2001, le pourcentage des rabais cumulés a été faible, il a été plus important en volume entre 1993 et 1999. Ainsi, a-t-il été de 22 % en 1993, et n'est jamais descendu en deçà de 15 % jusqu'en 1998. Même en rapportant à la conjoncture déprimée du début des années 1990 la moyenne des rabais dans les marchés d'équipement rural en eau et en assainissement en Haute-Savoie, l'importance de ce pourcentage de rabais, conduirait plutôt à s'interroger sur l'éventuelle surévaluation des prix unitaires contenus dans le bordereau, au moins jusqu'en 1998, que sur leur fixation à un niveau inférieur aux prix de revient des offreurs.

B. L'ATTEINTE AU LIBRE JEU DU MARCHÉ

21. La fédération BTP 74 estime que le bordereau en cause fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant l'établissement de prix sans rapport avec les données propres aux marchés.

1. Les principes applicables

22. S'il reconnaît la grande commodité d'emploi des bordereaux de prix unitaires pour les collectivités locales, le Conseil de la concurrence a, à maintes reprises, relevé les effets anticoncurrentiels des séries de prix, bordereaux de prix unitaires, études de prix etc., dès lors qu'ils sont de nature à restreindre l'autonomie des entreprises dans la formation de leurs prix et l'indépendance des offres sur les marchés privés ou publics.

23. Tout d'abord, les séries de prix peuvent indirectement inciter au respect de règles de l'art qui imposent des normes parfois inadaptées aux ouvrages à effectuer et aux caractéristiques de chaque marché (décision n° 99-D-08 du 2 février 1999 relative à des pratiques mises en oeuvre par l'Académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics). Elles peuvent aussi refléter des combinaisons de facteurs de production impliquant des paramètres (avec, par exemple, des quantitatifs de main d'oeuvre, établis par spécialiste de chaque corps de métier) sans rapport avec les facteurs de productivité de chaque entreprise (même

décision). Elles peuvent être d'autant plus restrictives de concurrence qu'elles incluent des valeurs forfaitaires (de frais généraux, de marge bénéficiaire) et prohibent ou limitent les rabais par rapport aux prix unitaires (avis 91-A-07 du 24 septembre 1991 relatif à une série de prix édictée par la ville de Nancy).

24. La première conséquence de cette restriction de l'autonomie des entreprises est d'accroître la rigidité des prix qui ne sont plus fixés en fonction des caractéristiques propres à l'entreprise, notamment, sa productivité, et des conditions du marché. La seconde est une surévaluation du niveau des prix, malgré l'existence de rabais. Cette surévaluation peut favoriser une dérive inflationniste si la diffusion de la série est importante (avis 88-A-14 calcul de prix dans le secteur du bâtiment des travaux publics des Pyrénées atlantiques) et si elle comporte un caractère directeur en servant de référence directe à d'autres marchés, notamment, privés.

25. Par ailleurs, l'indépendance des offres peut être limitée dès lors que l'existence d'une série de prix facilite les échanges d'information, voire les concertations sur les prix.

26. En amont, il en est ainsi lorsque des entreprises soumissionnaires sont associées à l'établissement de séries centrales des maîtres d'ouvrages.

27. A plusieurs reprises (décisions 2000-D-34 et 2001-D-31) le Conseil de la concurrence a rappelé qu'en matière de marchés publics, une entente anticoncurrentielle entre entreprises peut, notamment, prendre la forme d'échanges d'informations antérieurement au dépôt des offres, qu'il s'agisse de l'existence de compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur disponibilité en personnel ou en matériel, de leur intérêt ou de leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou des prix qu'ils envisagent de proposer. De tels échanges sont en effet, de nature à limiter l'intensité de la concurrence entre les entreprises qui y participent et sont, comme tels, prohibés.

28. En application de ces principes, le conseil a considéré, dans les deux décisions susvisées, que la participation, spontanée ou à la demande du maître d'ouvrage, d'entreprises appelées ensuite à concourir, à la refonte de bordereaux de prix unitaires avait pour objet et pour effet potentiel de réduire l'indépendance des offres que présenteraient ultérieurement ces entreprises. Cette analyse repose sur le fait qu'à l'occasion du travail de révision du bordereau, les entreprises sont nécessairement conduites à échanger des informations sur leurs capacités techniques et leurs structures de coût, ainsi que sur les prix souhaités par elles.

29. Si par deux arrêts, des 9 janvier 2001 et 12 janvier 2002, la cour d'appel de Paris a annulé ces décisions, ces annulations ont été motivées par des considérations liées aux faits des espèces, mais n'ont nullement remis en cause les principes sur lesquels les deux décisions étaient fondées.

30. En aval, le Conseil observe que la simplicité du bordereau de prix unitaires et la transparence des soumissions réalisées sous forme de rabais sont de nature à favoriser un alignement des comportements des soumissionnaires, au moyen d'offres de couverture. Toutefois, ainsi qu'il l'a relevé dans un avis n°00-A-16 du 14 juin 2000, en cas de série de prix et si la concurrence est évaluée sur la base de rabais en pourcentage, l'indépendance des offreurs est préservée si le marché est passé dans un secteur caractérisé par "*un rapide renouvellement des matériels et une entrée relativement fréquente des offreurs*", à la

différence de "*travaux comportant des prestations répétitives dont les prix de référence sont directement établis par le demandeur, et auxquelles ne peuvent avoir accès qu'un petit nombre d'entreprises spécialisées*".

31. En définitive, le seul avantage communément reconnu, en matière de concurrence, aux bordereaux de prix unitaires serait de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés (décision Académie d'architecture mentionnée ci-dessus).

2. Analyse du bordereau

32. Au regard des constats, ainsi effectués dans le cadre de la jurisprudence du Conseil de la concurrence, le bordereau de prix unitaires du SMDEA apparaît ne pas totalement favoriser l'autonomie des entreprises dans la fixation de leurs prix ou dans la détermination de leurs offres, principe qu'il n'évoque jamais.

33. En termes de productivité et de combinaison des facteurs de production, ce bordereau apparaît, au premier abord, moins exhaustif et, partant, moins contraignant que d'autres séries de prix qui comportent des déboursés de main d'œuvre et des coefficients de marges bénéficiaires. Cependant, par ce barème, le SMDEA et les collectivités adhérentes n'en substituent pas moins leur appréciation à celle des opérateurs sur quatre points :

- des coûts figurent dans ce document qui ne correspondent pas nécessairement à des solutions pratiques adoptées par les entreprises pour la réalisation de l'ouvrage ;
- il en va de même de certaines valeurs forfaitaires, certes peu nombreuses et qui constituent des éléments résiduels dans un marché important, mais non négligeables dans des marchés modestes ;
- la grande majorité des prix unitaires reflète une appréciation des marchés qui, malgré la possibilité de "*plus-values*", ne tient pas nécessairement compte de la variété des caractéristiques de chacun d'eux : la fédération du BTP 74 souligne, à juste titre, que la notion de prix unitaire est peu adaptée à des ouvrages dont, par exemple, certains sont réalisés en altitude et d'autres en vallée ;
- l'estimation des prix ne repose sur aucune méthode, mais inclut, selon une équation non précisée, deux paramètres : la moyenne des prix des attributions de l'année écoulée, et l'incidence de facteurs macroéconomiques (indice du BTP, passage aux trente cinq heures etc...). Or cette estimation peut avoir pour effet de conforter la position des attributaires qui connaissent les caractéristiques de ce marché, alors même que celui-ci est peu attractif, du fait de ses faibles volumes et de sa situation géographique, pour les offreurs extérieurs à la Haute Savoie.

34. Concernant l'indépendance des offres des entreprises, le SMDEA respecte à juste titre le principe d'exclusion des entreprises soumissionnaires de la refonte de ce barème. Sous réserve que la participation des maîtres d'œuvre au comité de révision du bordereau ne serve pas de relais aux soumissionnaires potentiels, il convient de reconnaître dans cette exclusion une précaution indispensable contre les risques d'entente souvent relevés par le Conseil de la concurrence. En revanche, au stade de la consultation, le marché concerné et le type de soumission peuvent se conjuguer pour faciliter l'échange d'informations entre les soumissionnaires. En effet, la concurrence se joue sur un rabais unique en pourcentage par rapport à des prix connus de tous et le secteur est caractérisé par des travaux répétitifs et des

ouvrages peu diversifiés (raccordements etc.), et dominé par des entreprises locales, au contraire du cas décrit dans l'avis n° 2000-A-16.

35. Enfin, aucun élément en possession du Conseil à ce stade d'analyse ne permet de considérer que le bordereau de prix unitaires qui lui a été soumis pour avis constituerait une barrière à l'accès à la commande publique pour les plus petites entreprises du seul fait de son caractère onéreux. En effet, le tarif de ce bordereau, joint à la possibilité de le reproduire, ne s'avère pas réellement dissuasif.

36. Il ne semble pas non plus établi que ce document exerce l'effet inflationniste qui est souvent attaché aux séries de prix.

37. En revanche, s'il est exact que ce bordereau est élaboré et révisé en toute indépendance par rapport aux fournisseurs, il n'en est pas moins de nature à engendrer un effet de rigidité sur les prix, notamment par son mode de calcul des prix unitaires, et à favoriser le risque d'alignement des offres. Il peut ainsi constituer un frein au libre exercice de la concurrence dans un marché qui se signale déjà par son faible degré d'ouverture à l'égard des opérateurs extérieurs à la Haute-Savoie.

38. En conclusion et de manière générale, il apparaît au Conseil de la concurrence qu'en raison de la grande commodité d'emploi qui peut résulter des bordereaux de prix unitaire, leur utilisation peut ne pas être exclue, toutefois il est souhaitable que les effets de rigidification des prix en structure et en niveaux qu'ils emportent, ainsi que les risques d'échanges d'informations entre entreprises qu'ils comportent, donnent lieu à un certain nombre d'aménagements destinés à les atténuer.

39. Au nombre de ces aménagements le Conseil suggère :

- l'exclusion des entreprises directement ou indirectement intéressées à l'élaboration ou à la révision des bordereaux de prix unitaires ;
- la suppression, autant que cela sera possible, des valeurs forfaitaires ;
- le libellé des rubriques en points de référence laissant aux soumissionnaires le soin de proposer en euros leurs soumissions en fonction des caractéristiques qui leur sont propres, afin d'obtenir des prix relatifs plus indépendants ;
- l'admission de la possibilité de proposer des variantes par rapport aux rubriques de la série afin de ne pas figer l'état de la technique et de permettre aux soumissionnaires de faire des offres qui reflètent réellement leur prix de revient.

Délibéré, sur le rapport de M. Soyez, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente et M. Jenny, vice-président.

La rapporteure générale adjointe,

Valérie Michel-Amsellem

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen