



**Décision n° 03-D-34 du 9 juillet 2003
relative à des pratiques anticoncurrentielles concernant deux marchés
de travaux de terrassement et de réalisation de chaussées en Gironde**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente) ;

Vu la lettre enregistrée le 9 février 1998 sous le numéro F 1023 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de deux marchés publics de travaux de terrassement et de réalisation de chaussées dans le département de la Gironde ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu la décision n° 02-S-02 du 4 septembre 2002 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 14 mai 2003 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) suivants :

I. - Constatations

A. – LES MARCHÉS CONCERNÉS PAR LA SAISINE

Le marché de l'aménagement de l'autoroute A 660 entre Mios et Le Teich

1. L'objet de la consultation portait sur la mise à 2 fois 2 voies de l'autoroute A 660-RN 250, sur la section Mios–Le Teich. Le règlement précisait que le marché serait conclu soit avec une entreprise unique soit avec des entreprises groupées solidaires et autorisait des variantes techniques ne pouvant porter que sur le respect du profil en long et sur les matériaux composant la couche de forme de la chaussée.
2. Un avis d'appel à la concurrence a été publié dans le BOAMP du 17 novembre 1995, fixant la date de remise des offres au 27 décembre 1995 à 16 heures.
3. Le marché était lancé sous la forme d'un appel d'offres ouvert sans option. Le règlement de la consultation indiquait que les critères de jugement des offres seraient examinés dans l'ordre décroissant suivant : prix des prestations, valeur technique des prestations, délai d'exécution, coût d'utilisation des prestations. La commission d'appel d'offres s'est réunie le 5 janvier 1996 et a écarté 4 plis non conformes en raison de qualifications et de références insuffisantes ainsi que de la faiblesse du chiffre d'affaires des entreprises concernées au regard du montant de l'appel d'offres. Onze entreprises ont fait parvenir des offres régulières.

4. La seule offre en variante, émanant du groupement d'entreprises Moter/Screg, n'a pas été acceptée, la DDE ayant estimé que la composition et les caractéristiques du matériau proposé étaient improches. La commission d'ouverture des plis a décidé de retenir la proposition de base du groupement Moter/Screg, moins-disante pour un montant de 18 748 067,41 F (2 858 124,45 € TTC. L'entreprise Moter était désignée comme mandataire et les travaux devaient être réalisés à partir d'une centrale d'enrobés mobile dont disposait la société Screg. L'acte d'engagement du groupement prévoyait en annexe la sous-traitance à l'entreprise CMR d'une partie du marché, pour un montant de 3 000 000 F (457 347,05 € TTC.

Le marché relatif à l'élargissement à 2 fois 3 voies de la rocade périphérique de l'agglomération bordelaise, section Franck / A 62

5. La consultation portait sur 5 lots énumérés comme suit : terrassements - assainissement – chaussées, béton extrudé, génie civil, signalisation horizontale, protection par barrières béton transposables. L'enquête administrative a porté sur le seul premier lot.
6. L'avis d'appel public à la concurrence, publié dans le BOAMP en date du 24 janvier 1996, prévoyait la remise des offres au 20 mars 1996. Le règlement de consultation indiquait que le marché était lancé sous la forme d'un appel d'offres ouvert, sans option ni variante.
7. La commission d'appel d'offres s'est réunie le 27 mars 1996 et a examiné les offres de quatre groupements : le groupement des entreprises Screg, SCR, Sanz, Colas et Malet, celui des entreprises Moter et Lefèvre, celui des entreprises Cochery et Fayard et celui des entreprises Beugnet, Viafrance et Sacer. Le premier groupement, moins-disant avec une soumission de 26 585 191 F (4 052 886,24 €), a remporté le marché, le groupement Moter/Lefebvre arrivant en seconde position.

B. – LES PRATIQUES DÉNONCÉES

Concernant le marché de l'A660 entre Mios et Le Teich

8. Le rapport d'enquête relève que les écarts entre les offres des sept premiers groupements sont de 1,2, 0,9, 0,8, 0,9, 0,8, 0,6, 3,7 et 3,8 %, ce qui "*revêtirait un caractère relativement constant proche de 1 %, du moins entre les sept premiers groupements*", et ce "*alors même que le devis estimatif et le bordereau des prix contiennent 50 prix différents*". Il note également que, seul, le groupement moins-disant ayant remporté le marché avait présenté une variante et que, seuls, trois des onze groupements soumissionnaires avaient proposé des délais de réalisation réduits (3,5 mois contre 4 mois pour les autres). Il souligne encore que les prix contenus dans le bordereau et le détail estimatif étaient plus précis pour le moins-disant que pour les autres soumissionnaires ("*le groupement Moter/Screg est le seul à faire des propositions de prix très précises* (50 % de soumissions comportant un chiffre après la virgule) *au regard des autres soumissionnaires qui ont tous remis des prix, dans 10 cas sur 50, très arrondis. Cependant, le groupement attributaire n'arrive que 6 fois sur 50 en position de moins disant*") et que ces prix ne s'écartaient que très faiblement de l'estimation administrative. Le rapport d'enquête dénonce, enfin, le fait que le groupement moins-disant a sous-traité près de la moitié de l'exécution du marché aux entreprises constituant le groupement arrivant immédiatement derrière lui lors de l'appel d'offres (Beugnet et EJL) et que la proposition de sous-traitance datait du jour de la réunion de la commission d'appels d'offres pour le marché de l'élargissement de la rocade de Bordeaux.

Concernant le premier lot du marché de l'élargissement à 2 fois 3 voies de la rocade périphérique de l'agglomération bordelaise

9. Le rapport d'enquête relève un parallélisme dans les prix unitaires des soumissionnaires, certaines séries de prix ayant été surévaluées tandis que d'autres étaient sous-évaluées par rapport à l'estimation administrative. Ainsi, la série de prix n° 1 ("services généraux de chantier") comporte, pour une estimation totale de 1 050 000 F (160 071,47 €), des offres comprises entre 3 530 000 F (538 145 €) et 4 340 000 F (661 628,73 €) et, plus précisément, les postes "*installation de chantier*" et "*préparation et entretien*", estimés respectivement à 350 000 F (53 357 €) et 200 000 F (30 489,80 €), font l'objet de soumissions comprises entre 1 950 000 F (297 276 €) et 2 700 000 F (411 612,35 €) pour le premier, et entre 500 000 F (76 225 €) et 825 000 F (125 770 €) pour le second, soit des prix très supérieurs à l'estimation administrative. Inversement, la série de prix n° 5 révèle des prix très inférieurs à l'estimation administrative, de 2 097 810 F (319 809 €) à 2 522 000 F (384 476,42 €) pour une estimation de 3 250 000 F (495 459,31 €) pour le prix 5.04b, de 2 390 000 F (364 353 €) à 2 670 000 F (407 038,88 €) pour une estimation de 3 200 000 F (487 836,86 €) pour le prix 5.05. Il constate également que, seule, l'entreprise moins-disante a déposé une offre en variante.
10. Le rapport d'enquête expose encore que le groupement d'entreprises Screg/SCR Sanz/Colas/Malet, qui a remporté le marché, a modifié sa prestation en recourant à la centrale fixe de traitement "*Bordelaise de Matériaux Enrobés*", alors que la soumission avait porté sur une centrale mobile. Selon le rapport d'enquête, "*le groupement a proposé de ne pas installer de centrale d'enrobage mobile (...) en substituant aux graves bitumes et enrobés recyclés des matériaux fabriqués depuis une centrale fixe de l'agglomération bordelaise*". A cet égard, le chef d'établissement de Colas indique : "*pour le marché de la rocade de Bordeaux, nous avons examiné diverses solutions : poste mobile et poste fixe. Comme nous avons retenu la solution du poste fixe BME et que la production de ce poste allait être bloquée, nous avons décidé de constituer un groupement d'entreprises à partir de la composition principale de BME (...)*".
11. Par ailleurs, le rapport d'enquête relève que "*la composition des groupements d'entreprises soumissionnaires est (...) directement liée à la participation de leurs membres dans le capital des centrales d'enrobés*".
12. Enfin, en tenant compte de la sous-traitance, les modalités d'exécution de ces deux marchés aboutiraient, selon le même rapport, à une répartition, entre les entreprises concernées, très proche du poids respectif des grands groupes nationaux de BTP auxquels elles appartiennent, dans l'ensemble des travaux réalisés dans le département entre 1993 et 1995.
13. L'enquête administrative conclut que l'ensemble de ces éléments, joints à ceux du marché de l'A 660, constituent un faisceau d'indices révélant une concertation entre entreprises de travaux publics afin de procéder à une répartition géographique des marchés tenant compte des parts de marché respectives de chacune d'elles.

Sur la base des constatations qui précèdent, le rapporteur a proposé au Conseil de prononcer un non-lieu.

II. – Discussion

14. L'article L. 464-6 du code de commerce énonce : "*Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été*

mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure".

Concernant le marché de l'A 660 entre Mios et Le Teich

15. Les caractéristiques des offres relevées dans le rapport d'enquête (écart de prix, degré de précision différent des offres) ne sont pas d'une nature telle qu'elles ne puissent s'expliquer autrement que par un scénario d'échanges d'informations avec désignation de l'attributaire du marché préalablement au dépôt des offres et présentation d'offres de couverture par les autres soumissionnaires.
16. Par ailleurs, aucun élément du dossier ne permet de présumer qu'il existerait un lien entre le marché de l'A 660 et celui de la rocade périphérique et que la concomitance, relevée par le commissaire du Gouvernement dans ses observations, entre la proposition de sous-traitance sur le premier marché et la réunion de la commission d'appel d'offres du deuxième marché, ne soit pas le fruit d'une simple coïncidence. Enfin, et en l'absence de tout élément tendant à démontrer un échange d'informations à objet ou effet anticoncurrentiel préalable au dépôt des offres, le recours extensif à la sous-traitance de la part de l'entreprise qui a remporté le marché ne peut en lui-même constituer la preuve que les entreprises concernées se sont concertées préalablement au dépôt de leurs offres pour désigner le futur titulaire du marché.

Concernant les pratiques relevées sur le premier lot du marché de l'élargissement à 2 fois 3 voies de la rocade périphérique de l'agglomération bordelaise

17. Les éléments du dossier ne permettent pas de réunir un faisceau d'indices graves, précis et concordants de nature à établir que les entreprises concernées se sont concertées préalablement au dépôt des offres en vue de désigner le titulaire du marché.
18. En premier lieu, le fait qu'une seule entreprise, la société Screg, ait proposé une variante par rapport à son offre principale ne peut être considérée comme révélatrice d'une concertation anticoncurrentielle.
19. En second lieu, il est de jurisprudence constante (voir, notamment, cour d'appel de Paris, 18 février 2003 SA Lyonnaise des Eaux France) que le parallélisme de comportement peut être la résultante de décisions identiques mais indépendantes, prises par des entreprises s'adaptant naturellement à un même contexte sur un même marché. Au cas d'espèce, le fait que, dans les offres déposées par les entreprises, certaines séries de prix relatives à l'installation et à la préparation de chantier soient, de façon parallèle, supérieures ou inférieures à l'estimation du maître d'ouvrage pourrait s'expliquer par une erreur d'évaluation entachant cette estimation, ainsi que le soutiennent les entreprises mises en cause, suivant une thèse qu'aucun élément du dossier ne permet de rejeter.
20. En troisième lieu, la circonstance que le groupement Screg//SCR Sanz/Colas/Malet, attributaire du marché, ait, successivement, envisagé d'utiliser une centrale mobile, en raison de l'indisponibilité de la centrale fixe dont ses membres étaient actionnaires, puis modifié son offre pour une centrale fixe, ne peut être analysée comme révélatrice d'une concertation anticoncurrentielle, s'agissant de décisions communes prises dans le cadre normal du fonctionnement du groupement. De même, le fait que ce groupement rassemble les actionnaires de la centrale fixe apporte une justification technique à la constitution dudit groupement et n'indique pas que ce dernier aurait eu pour objet, ou pour potentialité d'effet, de faire disparaître la concurrence.
21. Enfin, les correspondances signalées entre les parts prises dans les deux marchés par les entreprises Screg et Colas, SCR Sanz, Beugnet, Malet, Jean Lefebvre et Moter et les parts des groupes respectifs auxquels ces entreprises appartenaient, dans les travaux réalisés dans le département de la Gironde au cours des années 1993, 1994 et 1995, n'autorisent

d'autre constatation que celle d'une relative stabilité des parts de marché des groupes concernés, ce qui, en l'absence de tout autre indice, ne permet pas d'établir l'existence d'une concertation visant à la répartition des marchés.

22. Il résulte de ce qui précède qu'il convient de faire application de l'article L. 464-6 du code de commerce.

DECISION

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Fontaine, par Mme Pasturel, vice-présidente, M. Nasse, vice-président, M. Robin, membre.

La secrétaire de séance,
Christine Charron

La vice-présidente,
Micheline Pasturel

© Conseil de la concurrence