



**Décision n° 04-D-50 du 3 novembre 2004
relative à des pratiques mises en œuvre lors d'appels d'offres
organisés par le Syndicat Intercommunal d'Assainissement
de la Vallée des Lacs (88)**

Le Conseil de la concurrence (section IV) ;

Vu la lettre enregistrée le 30 juillet 2001, sous le numéro F 1329 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 par la société Entreprise Broglio (ci-après Broglio) et la Société de Travaux Publics des Hautes-Vosges (STPHV) ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu la lettre de la présidente du Conseil de la concurrence en date du 22 avril 2004, notifiant aux parties intéressées et au commissaire du Gouvernement sa décision de faire juger cette affaire par le Conseil sans établissement préalable d'un rapport, conformément aux dispositions de l'article L. 463-3 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Broglio, STPHV et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, et le représentant des sociétés Broglio et STPHV entendus lors de la séance du 22 septembre 2004.

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES MARCHÉS CONCERNÉS

1. Le Syndicat Intercommunal d'Assainissement de la Vallée des Lacs, ci-après SIA, dont le siège est à Gerardmer, a été créé au début des années 1980 et regroupe les communes de Xonrupt-Longemer et de Gerardmer. Pour la période 1991 à 1999, il a engagé un programme pluriannuel d'aménagements de son réseau d'assainissement portant sur 72,5 MF de travaux. La maîtrise d'œuvre a été assurée par les services techniques des communes susvisées. Ainsi, il passe annuellement et pour chaque commune un marché d'assainissement sur la base d'un appel d'offres ouvert.

1. LES SOUMISSIONS DES ENTREPRISES

| 1997 | | | | | | | |
|---|------------------------------|--------------------|---|--|------------------------------|--------------------|---------------------------------------|
| Xonrupt-Longemer | | | | Gerardmer | | | |
| Travaux d'extension du réseau d'assainissement CD 417, le Bas de la Main Voie, VC 11 les Relles Gouttes | | | | Travaux d'extension des réseaux d'assainissement Bout du Lac – Goutte des Sats | | | |
| Date d'ouverture des plis | Entreprises soumissionnaires | | Entreprise attributaire du marché | Date d'ouverture des plis | Entreprises soumissionnaires | | Entreprise attributaire du marché |
| | Noms | Montants F. HT. | | | Noms | Montants F. HT. | |
| 13 mai 1997 | Groupement STPHV Broglio | 799 140 | Groupement STPHV (mandataire) - Broglio | 13 mai 1997 | Groupement Broglio-STPHV | 1 291 675 | Groupement Broglio (mandataire)-STPHV |
| | Peduzzi | 882 950 | | | Peduzzi | 1 316 500 | |
| | Poroli | 905 575 | | | Poroli | 1 421 515 | |
| | SCR | 1 101 000 | | | SCR | 1 458 498 | |
| | Sampietro | 1 342 350 | | | Bonini | 1 560 150 | |
| | Sogea | 1 347 190 | | | Sampietro | 1 861 975 | |
| | Sté Nouv. Mare | 1 382 750 | | | Muller T.P. | 1 866 150 | |
| | Muller T.P. | 1 544 500 | | | Sogea. | 1 965 420 | |
| | | | Sté Nouv. Mare | 2 107 613 | | | |

| 1998 | | | | | | | |
|--|------------------------------|--------------------|-----------------------------------|--|------------------------------|--------------------|--|
| Xonrupt-Longemer | | | | Gerardmer | | | |
| Travaux d'extension du réseau d'assainissement Les Prés Bernard, le Rein des Genièvres, les Relles Gouttes | | | | Travaux d'extension des réseaux d'assainissement Cités A. Frères et Chemin du Larron | | | |
| Date d'ouverture des plis | Entreprises soumissionnaires | | Entreprise attributaire du marché | Date d'ouverture des plis | Entreprises soumissionnaires | | Entreprise attributaire du marché |
| | Noms | Montants F. HT. | | | Noms | Montants F. HT. | |
| 14 mai 1998 | STPHV | 781 895 | STPHV | 14 mai 1998 | STPHV | 1 149 725 | STPHV en groupement avec la société Broglia |
| | Broglia | 877 150 | | Peduzzi | 1 183 450 | | |
| | Peduzzi | 964 350 | | Michel et Fils | 1 221 585 | | |
| | Soloroute | 1 233 125 | | Poroli | 1 488 670 | | |
| | Sté Nouv. Mare | 1 317 135 | | Sté Nouv. Mare | 1 575 690 | | |
| | Poroli | 1 343 100 | | Axima Nord | 1 833 940 | | |
| | Muller T.P. | 1 488 100 | | Muller T.P. | 1 996 515 | | |
| | Eurovia | 1 648 110 | | TPHR | 2 192 600 | | |
| | TPHR | 1 842 400 | | | | | |

| 1999 | | | | | | | |
|---|------------------------------|--------------------|--|--|------------------------------|--------------------|------------------------------------|
| Xonrupt-Longemer | | | | Gerardmer | | | |
| Travaux d'extension du réseau d'assainissement Le Trou de Terre, le Gazon et les Relles Gouttes | | | | Travaux (1 ^{er} et 2 ^{ème} lot) d'extension des réseaux d'assainissement Boulevard de Colmar, Chemin des Charmilles, Chemin des charmilles, chemin de la Droite du Lac et Montée de Forgotte | | | |
| Date d'ouverture des plis | Entreprises soumissionnaires | | Entreprise attributaire du marché | Date d'ouverture des plis | Entreprises soumissionnaires | | Entreprises attributaire du marché |
| | Noms | Montants F. HT. | | | Noms | Montants F. HT. | |
| 11 juin 1999 | Groupement STPHV-Screg-Est | 1 425 960 | Groupement STPHV (mandataire) -Screg-Est | 11 juin 1999 1 ^{ER} LOT | STPHV | 991 795 | STPHV |
| | Broglio | 1 574 850 | | | Broglio | 1 081 140 | |
| | Axima | 1 917 700 | | | Michel | 1 115 240 | |
| | SA Mare | 2 071 580 | | | Sté Nouv. Mare | 1 136 180 | |
| | STPI | 2 331 810 | | | Soloroute | 1 325 735 | |
| | | | | | Sogea Est | 1 354 554 | |
| | | | | | Mullet TP | 1 581 705 | |
| | | | | | | | |
| | | | | | | | |
| | | | | | | | |
| | | | | | | | |
| | | | | 11 juin 1999 2 ^{ième} LOT | Broglio | 1 222 580 | Entreprise Broglio |
| | | | | | STPHV | 1 235 695 | |
| | | | | | Sté Nouv. Mare | 1 287 732 | |
| | | | | | Michel | 1 313 805 | |
| | | | | | Sogea Est | 1 459 917 | |
| | | | | | Muller TP | 1 808 783 | |

2. LA SITUATION DES ENTREPRISES ATTRIBUTAIRES

- La société Entreprise Broglio, sise à Corcieux (88430), est une société par action simplifiée au capital de 700 000 euros. Son activité est le bâtiment travaux publics, la fabrication et le négoce de matériaux de construction et le transport de marchandises pour compte d'autrui.
- La Société de Travaux Publics des Hautes-Vosges (STPHV) sise à Xonrupt-Longemer (88400), est une SARL dont l'activité est la maçonnerie béton, le terrassement, le creusement, les travaux publics et particuliers.

B. LES PRATIQUES RELEVÉES

1. EN CE QUI CONCERNE LES TRAVAUX D'EXTENSION DES RÉSEAUX D'ASSAINISSEMENT TRANCHE 1997

a) Le marché passé par la commune de Xonrupt-Longemer

4. Il concerne les travaux d'extension du réseau d'assainissement C.D, 417 le Bas de la Main Voie, VC 11 et les Relles Gouttes. Le responsable des services techniques municipaux à l'hôtel de ville de Xonrupt-Longemer a déclaré le 7 octobre 1999 : "*En 1997, le marché des travaux d'extension du réseau d'assainissement concernant la commune de Xonrupt-Longemer a été attribué à un groupement d'entreprises STPHV (mandataire) et Broglio de Corcieux (88). Ce groupement a également été attributaire du marché de travaux d'adduction d'eau potable sur la commune. Les travaux de ces deux marchés ont été réalisés dans leur entière intégralité par la seule société STPHV...*".
5. Le 7 mars 2000, la secrétaire de la société STPHV, a indiqué : "*... le groupement Broglio (mandataire) – STPHV a été déclaré attributaire du marché d'assainissement de la commune de Gerardmer ... au titre du programme 1997. Les travaux ... ont été entièrement réalisés par la seule société SA Broglio de Corcieux (88). En compensation, la société STPHV a, dans le cadre d'un groupement STPHV (mandataire) – Broglio, entièrement réalisé les travaux du marché d'assainissement de la commune de Xonrupt-Longemer passé par ce même SIA de la Vallée des Lacs pour la même année 1997. Il en a été de même pour le marché de travaux sur le réseau d'eau potable lancé à la même période par la commune de Xonrupt-Longemer. Ce marché a été attribué au groupement STPHV (mandataire) -Broglio, les travaux ayant été réalisés dans leur intégralité par la seule société STPHV*".
6. Les sommes versées par la collectivité au groupement d'entreprises STPHV – Broglio en règlement du marché de travaux d'extension du réseau d'assainissement ont ensuite été virées sur le compte bancaire de la société STPHV. Ainsi ont été versés à la société STPHV 831 309,07 francs TTC et 132 078,59 francs TTC correspondant au décompte final des travaux du 12 juin 1998, soit au total 963 387,66 francs TTC. Une somme totale de 589 045, 61 F, correspondant au montant du marché relatif au réseau d'eau potable, a été versée à l'entreprise STPHV.

b) Le marché passé par la Commune de Gerardmer

7. Il concerne les travaux d'extension du réseau d'assainissement Bout du Lac – Goutte des Sats. Ce marché a été attribué au groupement Broglio (mandataire)-STPHV pour un montant de 1 557 760,05 francs TTC (1 291 675 francs HT) et les travaux ont été réalisés dans leur totalité, par la société Broglio, ainsi que l'a confirmé la secrétaire de la société STPHV, le 7 mars 2000, la société STPHV, ayant en "*compensation*", réalisé la totalité des travaux du marché d'assainissement de la commune de Xonrupt-Longemer.

2. EN CE QUI CONCERNE LES TRAVAUX D'EXTENSION DES RÉSEAUX D'ASSAINISSEMENT TRANCHE 1998.

a) Le marché passé par la commune de Xonrupt-Longemer

8. Il concerne les travaux d'extension du réseau les Prés Bernard, le Rein des Genièvres, les Relles Gouttes. La secrétaire de la société STPHV a déclaré, le 23 septembre 1999 : "*En ce qui concerne l'appel d'offres de Xonrupt-Longemer (en 1998...), l'entreprise Broglio ne cherche pas à obtenir ces marchés qui se situent sur notre commune d'implantation*".
9. Les entreprises STPHV et Broglio ont déposé, le 30 avril 1998, des propositions de prix individuelles. L'offre de la société STPHV contient douze prix unitaires sur 20 sans aucune modification par rapport à ceux déposés en 1997 par le groupement STPHV (mandataire)-Broglio ; sept prix unitaires sur 20 sont en hausse dont six dans une fourchette de + 6,66 % à + 16,66 %, et un en doublement de prix (installation de chantier) ; le prix unitaire est en baisse de 20 à - 43,47 % pour la "*plus value pour fouilles en terrain rocheux*", diminution qui serait liée à la connaissance technique du sous-sol de leur commune par les dirigeants de STPHV.
10. L'offre de prix faite par la société Broglio, le 30 avril 1998, est supérieure de + 12,2 % à celle de STPHV. Elle comporte seize prix unitaires sur 20 à la hausse dans une fourchette allant de + 1,69 % à + 185,71 % ; quatre prix unitaires sur 20 à la baisse, entre - 5,88 % et - 57,62 %. Parmi ces derniers prix, deux d'entre eux, fourniture et pose de grave 0/100 (- 5,88 %) et fourniture de pose de boîtes de branchement en PVC de diamètre 400 (- 9,09 %), ne sont pas cohérents avec ceux de l'offre déposée le même jour, pour le marché de la commune de Gerardmer où ils sont respectivement plus élevés de + 5,88 % et + 9,09 %.

b) Le marché passé par la commune de Gerardmer

11. Il concerne les travaux d'extension des réseaux Cités A. Frères et chemin du Larron. L'offre en groupement des sociétés STPHV (mandataire)-Broglio qui s'élève à 1 386 568,35 francs TTC, est datée du 30 avril 1998.
12. Lors de la tranche de travaux réalisés en 1997 sur Gerardmer, ces deux sociétés avaient déposé une offre conjointe d'un montant supérieur, soit 1 557 760,05 francs TTC, les travaux ayant été réalisés dans leur totalité par la société Broglio.
13. Les travaux de la tranche 1998 ont été réalisés séparément par ces deux entreprises. La société Broglio a exécuté les travaux sur le réseau d'assainissement du chemin du Larron. Elle a présenté trois situations provisoires pour des travaux effectués en août 1998 (situation n° 1 pour 255 761,08 francs TTC), septembre 1998 (situation n° 2 pour 350 915,36 francs TTC) et octobre 1998 (situation n° 3 pour 43 924,02 francs TTC) qui ont été créditées le 20 janvier 1999 sur le compte bancaire du groupement pour une somme de 650 600,46 francs TTC. Cette somme a été virée ensuite sur le compte de la société Broglio.
14. L'entreprise STPHV a présenté une situation n° 4 d'un montant de 702 736,20 francs TTC pour des travaux exécutés dans la Cité A. Frères en juin 1999. Ce montant a été crédité sur le compte bancaire du groupement puis viré le 17 septembre 1999 sur le compte de la société STPHV. Les sommes versées s'élèvent à 1 353 336,66 francs TTC, le décompte définitif n'ayant pas été produit par le mandataire à l'époque des constatations.

15. L'étude des offres de ce groupement en 1997 et 1998 fait apparaître que douze prix unitaires sur dix-huit sont plus élevés dans une fourchette allant de + 5 % à 200 % ; trois prix unitaires sur 18 sont sans modification ; trois prix unitaires sur 18 sont minorés de - 25 % sur le poste 27, relatif aux câbles et canalisations lors d'un croisement de canalisations pour un angle supérieur à 45° et de - 90 % sur le poste 8, relatif à une plus value sur terrassement en terrain rocheux. La connaissance du sous-sol par la société STPHV serait à l'origine de cette dernière baisse de prix.

3. EN CE QUI CONCERNE LES TRAVAUX D'EXTENSION DES RÉSEAUX D'ASSAINISSEMENT TRANCHE 1999

a) Le marché passé par la commune de Xonrupt-Longemer

16. Il concerne les travaux d'extension du réseau le Trou de Terre, le Gazon et les Relles Gouttes. La secrétaire de la société STPHV a précisé, le 23 septembre 1999 : "*...En ce qui concerne l'appel d'offres de Xonrupt-Longemer (... , en 1999) l'entreprise Broglio ne cherche pas à obtenir ces marchés qui se situent sur notre commune d'implantation ...*".
17. Le 7 mai 1999, la société STPHV en groupement avec la société Screg-Est et la société Broglio ont déposé des offres de prix séparées.
18. Le 23 septembre 1999, le chef de l'agence Screg-Est sise à Anould (88) a indiqué : "*... Nous avons eu connaissance ... des trois appels d'offres lancés en avril 1999 par le S.I.A de la Vallée des Lacs. Nous avons demandé les dossiers de consultation... . Après analyse, nous avons décidé de ne pas répondre à ces trois dossiers... Nous avons, cependant, été contactés par la société STPHV de Xonrupt-Longemer pour la communication de tarifs d'enrobés et d'enduits bi-couches pour l'appel d'offres de XONRUPT – programme 1999 – le Trou de Terre – le Gazon – les Relles Gouttes. Nous avons alors décidé de participer à l'appel d'offres en co-traitance avec STPHV, Screg-Est se chargeant des travaux de réfection de la route (fourniture et mise en œuvre d'enrobés et d'enduits superficiels). J'ai communiqué à M. X... de STPHV nos prix pour les postes concernés du DQE, à savoir les postes 5 et 5.1. M. X... s'est chargé de compléter l'ensemble du DQE qui a été adressé au SIA de la Vallée des Lacs ... Je ne me suis pas préoccupé du détail de son offre pour la partie réseaux que Screg-Est n'exécutait pas...". Ainsi, hormis deux d'entre eux, les prix unitaires repris dans l'offre de groupement STPHV (mandataire) – Screg-Est ont été fixés par les dirigeants de STPHV.*
19. Par rapport à la consultation de 1998 et sur 21 postes permettant la comparaison, la proposition du groupement STPHV (mandataire) – Screg-Est, est en augmentation avec douze hausses de prix unitaires dans une fourchette oscillant de + 1,69 % à + 66,66 %, sept prix unitaires sans changement et deux minorations de prix unitaires de - 16 % sur le poste "*fourniture et pose de tuyaux béton de diamètre 400*" et - 42,85 % sur le poste "*réfection de pelouse*".
20. L'offre de prix remise, le 7 mai 1999, par la société Broglio est cependant plus élevée de + 10,4 %. Or, les coûts des principales fournitures nécessaires à la réalisation des travaux d'assainissement en cause n'ont pas subi de hausse significative entre 1998 et 1999 par rapport aux achats effectués par la société STPHV. Il résulte, en effet, des factures recueillies que le prix du produit Tout-Venant Concassé 0/31.5 vendu par la Société Nouvelle d'Équipement du Valtin et la société Ballastière du Neune a varié successivement de - 0,62 % et + 2,17 %, et le prix du produit Grave Concassé 0/31 vendu par la société Sablières Geromoises de + 2,49 %. S'agissant du produit Tout-Venant Brut 0/100 distribué par les sociétés Sablières Geromoises et Ballastière du Neune, il a varié pour la première

de + 2,88 % et pour la seconde de + 1,86 %. En ce qui concerne les tubes de canalisation en PVC diamètre 125 fournis par la société Brossette BTI, il a varié toujours sur la même période, de – 36,36 %.

b) Le marché passé par la commune de Gerardmer

21. Il concerne l'extension des réseaux boulevard de Colmar, Chemin des Charmilles, Chemin de la Droite du Lac et Montée de Forgotte (1^{er} et 2^{ème} lots). Le 23 septembre 1999, la secrétaire de la société STPHV a déclaré : "*...La société STPHV soumissionne régulièrement aux appels d'offres pour les travaux d'assainissement lancés par le SIA de la Vallée des Lacs....*

Préalablement à la remise des offres fixée au 10 mai 1999, j'ai été contactée téléphoniquement par Monsieur Y... Jacques (fils de Monsieur Michel Y...) qui souhaitait réaliser un groupement de nos entreprises sur les 2 lots de Gerardmer.

Je lui ai répondu que la société STPHV préférait soumissionner à titre individuel et qu'elle était fortement intéressée par le lot n°1.

La société STPHV a, en conséquence, porté son effort de prix sur le lot n° 1 avec majoration de certains prix unitaires sur le lot n° 2 afin de ne pas être retenue.... Nous avons été déclarés attributaires du lot n°1 de Gerardmer...".

22. Entendu à la même date, le directeur de la société Broglio a précisé : "*L'entreprise Broglio est spécialisée dans le terrassement, la pose de canalisations, la construction de bâtiments industriels... .*

S'agissant des marchés du Syndicat Intercommunal de la Vallée des Lacs tranche 1999, mon entreprise était particulièrement intéressée par le lot 2 pour lequel j'ai établi une étude précise sur la base des prix du programme 1998".

Certains postes ont été majorés de manière substantielle pour tenir compte des raisons suivantes :

- *les résultats 1998 obtenus pour ce marché étaient particulièrement médiocres ;*
- *le chantier 1999 présente des difficultés techniques particulières :*
 - *des conditions d'accès difficiles (passages étroits) ;*
 - *des chantiers découpés en trois parties ;*
 - *des obligations liées à l'application du fascicule 70 qui exige la présence d'une seconde équipe.*

Pour le poste " plus value terrassement en terrain rocheux", j'ai déterminé un prix de 10 francs le mètre cube en pensant ne pas rencontrer de terrain rocheux. Depuis 15 jours, nous avons débuté les travaux et avons eu la mauvaise surprise de rencontrer plusieurs éperons rocheux qui ont nécessité la mise en œuvre de pelles plus puissantes.

Etant dans l'impossibilité matérielle de réaliser les 2 lots, j'ai procédé à un choix. S'agissant du lot n° 1, j'ai remis une offre de prix dans le seul but de récupérer la caution.

Je n'ai fait aucune étude de prix, j'ai rempli directement le bordereau unitaire.

La réalisation du lot numéro 2 est évaluée à deux mois de travail pour 10 salariés.

Pour ces deux lots de la tranche 1999, je souhaitais profiter de l'opportunité que deux lots soient proposés pour constituer un groupement solidaire avec l'entreprise STPHV à

Xonrupt-Longemer. Aussi, j'ai contacté préalablement à l'étude des dossiers Mademoiselle Sophie X..., responsable de la comptabilité et qui est mon interlocuteur habituel dans l'entreprise.

Elle a pris acte de ma proposition pour la soumettre aux dirigeants de STPHV lesquels m'ont fait savoir qu'ils refusaient cette proposition.

Je leur ai alors indiqué que pour ma part j'étais uniquement intéressé par le lot numéro 2, le lot numéro 1 étant plus proche de leur entreprise.

Je n'ai donné aucune indication à un membre de l'entreprise STPHV quant aux prix que ma société projetait d'adresser au Syndicat de la Vallée des Lacs pour le lot numéro 2.

De même avant d'avoir remis mon offre au Syndicat je n'ai reçu aucune information relative aux prix que l'entreprise STPHV se proposait de remettre pour le lot numéro 1".

23. L'intéressé a remis une étude manuscrite des prix du détail estimatif pour le deuxième lot tranche 1999. La rubrique quantité de ce document contient en manuscrit le prix unitaire de chaque poste proposé par le groupement STPHV-Broglio pour le marché correspondant de 1998. Cette étude de prix s'élève à 1 222 580 francs HT, soit le montant de l'offre remise le 7 mai 1999 à la collectivité par la société Broglio. L'intéressé a procédé à des majorations de prix sur les postes les plus importants du détail estimatif :
- 4, Fourniture et mise en œuvre de grave naturelle 0.100 (de 90 francs à 110 francs le mètre cube de 1998 à 1999) ;
 - 5, Fourniture et mise en œuvre de concassé 0.31,5 (de 105 francs à 150 francs le mètre cube de 1998 à 1999) ;
 - 10, Fourniture et pose de canalisations PVC CR8 :
 - diamètre 160 (de 95 francs à 149 francs le ml de 1998 à 1999),
 - diamètre 125 (de 85 francs à 139 francs le ml de 1998 à 1999).
24. Sur ce dernier poste, l'intéressé avait opéré une première revalorisation de 95 francs à 145 francs pour les canalisations de diamètre 160, et de 85 francs à 135 francs pour les canalisations de diamètre 125.
25. L'offre de prix remise par la société Broglio pour le lot n°2 (1 222 580 francs) peut être rapprochée de l'estimation du maître d'ouvrage (1 224 940 francs HT). Malgré les majorations de prix qu'elle a opérées, cette société se place en-dessous de l'estimation du maître d'ouvrage, à concurrence de - 0,19 %. S'agissant de l'offre de la société STPHV, elle est supérieure de + 0,88 % à cette estimation.
26. En ce qui concerne le lot n°1, l'offre de prix communiquée le 7 mai 1999 par la société Broglio à la collectivité est de 1 081 140 francs HT. Or la prévision établie par le maître d'ouvrage s'élève à 1 059 900 francs HT. En conséquence, seule l'entreprise STPHV a remis une offre conforme en terme de prix (991 795 francs HT).

C. LES GRIEFS NOTIFIÉS

27. Au vu des constatations qui précèdent, les griefs ci-après ont été notifiés :
- aux sociétés STPHV et Entreprise Broglio d'avoir, pour les marchés d'assainissement des communes de Xonrupt-Longemer et Gerardmer passés en 1997, fait des offres,

sous forme de groupement, non justifiées tant sur le plan technique qu'économique, pratiques leur ayant permis de se répartir, avant la date limite de remise des offres, les marchés en cause, ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence et qui sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

- aux sociétés STPHV et Entreprise Broglio de s'être concertées en 1998, avant la date limite de remise des offres, lors de la passation du marché de la commune de Xonrupt-Longemer, avec présentation d'une offre de couverture par la société Entreprise Broglio afin que la société STPHV soit déclarée attributaire du marché, pratiques ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence et qui tombent sous le coup des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;
- aux sociétés STPHV et Entreprise Broglio d'avoir, pour le marché de la commune de Gerardmer passé en 1998, fait une offre sous forme de groupement non justifié tant sur le plan technique qu'économique, pratique qui a limité le nombre d'offres indépendantes ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence, et qui tombe sous le coup des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;
- aux sociétés STPHV et Entreprise Broglio de s'être, pour le marché de la commune de Xonrupt-Longemer passé en 1999, concertées avant la date limite de remise des offres avec présentation d'une offre de couverture par la société Entreprise Broglio, pratique ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence et qui tombe sous le coup des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;
- aux sociétés STPHV et Entreprise Broglio d'avoir, pour le marché de la commune de Gerardmer passé en 1999, avant la date limite de remise des offres, échangé des informations sur le lot qui les intéressait, afin d'en désigner à l'avance l'attributaire, la société non intéressée par ledit lot ayant déposé une offre de couverture, pratique ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence et qui tombe sous le coup des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

II. Discussion

A. SUR LES PRATIQUES

1. EN CE QUI CONCERNE LES MARCHÉS PASSÉS EN 1997

28. Ainsi que la cour d'appel de Paris a rappelé dans deux arrêts, du 5 décembre 2000 et du 30 mars 2004, "*si la formulation d'une offre groupée ne constitue pas en elle-même une offre illicite, cette offre doit être justifiée par des nécessités techniques ou des économies d'échelle et ne doit pas avoir pour effet ou pour objet d'éliminer la concurrence sur le marché considéré*".
29. Les groupements sont anticoncurrentiels s'il résulte des circonstances et conditions dans lesquelles ils ont été constitués, qu'ils ont été conclus en vue de couvrir une pratique anticoncurrentielle, notamment une répartition de marché.
30. Parmi les indices de nature à établir le caractère anticoncurrentiel d'un groupement, le Conseil a relevé, dans une décision n° [04-D-20](#), que "*l'absence de nécessités techniques et*

économiques de nature à justifier ces groupements peut faire présumer de leur caractère anticoncurrentiel".

31. En défense, les sociétés STPHV et Broglio font valoir que leurs capacités ne leur auraient pas permis séparément de soumissionner et d'exécuter dans des conditions correctes les chantiers, les deux marchés s'étant déroulés en même temps et dans des lieux différents. De plus, elles font état de leurs compétences techniques complémentaires. La société STPHV avait une connaissance particulière du sous-sol du chantier de Xonrupt-Longemer, ce qui lui permettait de l'exécuter sans études de sol onéreuses. La société Broglio qui est spécialisée dans le terrassement et la pose de canalisations avait une bonne connaissance du sous-sol et des infrastructures de la ville de Gerardmer. En outre, les entreprises indiquent qu'il convenait de réaliser deux chantiers dans le même temps et dans des lieux différents, ce qui pouvait causer des retards, voire rendre nécessaires des travaux supplémentaires en raison des allers et retours entre les deux endroits et expliquent ainsi l'exécution séparée des marchés. Enfin, les sociétés Broglio et STPHV soutiennent qu'elles ont procédé au partage des travaux après l'attribution des marchés à leur groupement et que celui-ci a sous-traité les chantiers à l'une ou l'autre des entreprises le composant.
32. Les sociétés STPHV et Broglio n'expliquent leur soumission en groupement par aucune considération économique ou technique sérieuse. Les deux marchés n'ont pas été exécutés en même temps et chacun d'eux avait une dimension compatible avec la taille de chacune des entreprises. Les deux entreprises ont la même envergure et spécialisation, aucune synergie n'ayant été mise en œuvre entre elles pour la réalisation des travaux. Elles se situent géographiquement à proximité des lieux de réalisation des travaux et ont pu les exécuter de manière indépendante, l'une à Xonrupt-Longemer, l'autre à Gerardmer. Cet état de fait est confirmé par leur soumission indépendante pour le marché de Xonrupt-Longemer en 1998, l'entreprise STPHV s'étant vu attribuer le marché.
33. Il ressort des déclarations de la secrétaire de STPHV, consignées aux paragraphes 8 et 16 de la présente décision, que les marchés de Xonrupt-Longemer n'intéressaient pas l'entreprise Broglio, car ces marchés se situaient sur la commune d'implantation de STPHV qui les a seule exécuté.
34. En se groupant pour soumissionner, les deux entreprises se sont réparties les marchés de Xonrupt-Longemer et Gerardmer et ont opéré une compensation afin que chaque entreprise perçoive une somme équivalente pour l'exécution des travaux ainsi qu'en atteste la déclaration de la secrétaire de la société STPHV du 7 mars 2000, ci-dessus rapportée au paragraphe 5 et le décompte des sommes perçues indiqué en paragraphe 7.
35. La constitution de ce groupement a permis des échanges d'informations qui ont eu des répercussions sur les offres déposées en 1998 et en 1999, relatives à des marchés de travaux semblables, qui ont permis de prolonger en 1998 et en 1999 le partage de marchés initié par le groupement de 1997 et qui sont ainsi venues renforcer l'objet anticoncurrentiel du groupement de 1997.
36. Dès lors, en se groupant pour soumissionner en 1997, les sociétés STPHV et Broglio ont limité le nombre d'offres indépendantes et perturbé le jeu normal de la concurrence, pratiques ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence, qui sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

2. EN CE QUI CONCERNE LES MARCHÉS PASSÉS EN 1998

37. S'agissant du marché de Xonrupt-Longemer les sociétés STPHV et Broglio ont présenté le 30 avril 1998 des offres individuelles. L'offre de la société STPHV la moins-disante

comprend par rapport à l'offre présentée en 1997 par le groupement STPHV (mandataire)-Broglia, douze prix unitaires sur vingt sans modification, sept prix unitaires supérieurs, un prix unitaire inférieur, tandis que l'offre de la société Broglia est supérieure de 12,20 % à celle faite par la société STPHV.

38. La société Broglia qui connaissait les prix retenus en 1997 explique qu'elle a dû s'adapter aux nouvelles normes apparues en matière de matériaux de construction et former son personnel. Elle fournit un récapitulatif des investissements qu'elle a effectués en matériel, et un tableau des plans de formation qu'elle a assurés en 1998, 1999 et 2000. Elle soutient que dans ce cadre, elle ne pouvait pas faire de prix plus compétitifs. D'ailleurs, son offre n'est pas la plus élevée. Elle se situe en seconde position.
39. Ces explications ne peuvent être retenues car elles sont sans rapport avec les variations de prix constatées et indiquées au paragraphe 10. L'absence d'intérêt pour les marchés de Xonrupt-Longemer et les prix retenus pour répondre à l'appel d'offres par les entreprises Broglia et STPHV constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant que ces dernières se sont concertées avant le dépôt de leurs offres, afin que la société STPHV soit attributaire du marché, la société Broglia s'étant bornée à déposer une offre de couverture faussant ainsi le jeu de la concurrence et tombant sous le coup des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.
40. S'agissant du marché de Gerardmer, l'offre en groupement des sociétés STPHV (mandataire)-Broglia, en date du 30 avril 1998, est inférieure à celle déposée en 1997 conjointement par ces deux sociétés et trouve son explication dans la connaissance du sous-sol par la société STPHV. Ces deux sociétés ont effectué chacune une partie des travaux, à des périodes différentes.
41. Les sociétés Broglia et STPHV justifient leur soumission en groupement de la même manière que pour les marchés passés en 1997. Elles soutiennent qu'il s'agit d'une décision d'organisation de la réalisation des travaux.
42. Les éléments recueillis ne montrent pas que la soumission en groupement a eu pour objet la répartition des marchés comme l'année précédente et n'a pas répondu à des considérations techniques relatives à l'organisation et à la réalisation de travaux par chaque entreprise composant le groupement.
43. En conséquence, il n'est pas établi qu'en se groupant en 1998 pour déposer leur offre, les sociétés Broglia et STPHV ont limité le nombre d'offres indépendantes et faussé le jeu de la concurrence.

3. EN CE QUI CONCERNE LES MARCHÉS PASSÉS EN 1999

44. S'agissant du marché concernant la commune de Xonrupt-Longemer, comme pour le marché de 1998, il ressort des déclarations de la secrétaire de la société STPHV que l'entreprise Broglia ne cherchait pas obtenir le marché. Cette entreprise a, cependant, présenté une offre d'un montant supérieur à celle du groupement STPHV Screg-Est qui a fait l'offre la moins-disante bien qu'elle soit elle-même en augmentation par rapport à celle de l'année précédente et a été attributaire du marché.
45. La société Broglia fait à nouveau valoir que l'augmentation de son offre est justifiée par les investissements qu'elle a dû effectuer en matériel à la suite de la mise en place de nouvelles normes techniques rendues obligatoires et aux frais de formation des salariés qui en ont résulté.

46. Ces explications doivent être écartées car elles sont sans rapport avec les modalités d'exécution du marché de travaux et avec les augmentations de prix constatées sur différents postes de l'offre concernant le coût des fournitures qui n'avait pas subi de hausse significative.
47. L'ensemble des éléments qui précèdent constitue un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant l'existence, avant la remise des offres, d'une concertation entre les sociétés STPHV et Broglio avec dépôt d'une offre de couverture par cette dernière afin que la société STPHV soit attributaire du marché, en groupement avec la société Screg-Est. Cette pratique qui a trompé le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence a eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence et tombe sous le coup des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.
48. S'agissant du marché de Gerardmer comprenant deux lots, les déclarations convergentes de la secrétaire de la société STPHV et de M. Broglio, directeur de la société Broglio, ci-dessus rapportées aux paragraphes 21 et 22, montrent que les deux entreprises, après avoir écarté la présentation d'une offre en groupement, se sont entendues pour se répartir les lots en fonction de leur intérêt et présenté des offres de couverture pour le lot qui ne les intéressait pas.
49. Ainsi, l'entreprise STPHV a été déclarée attributaire du lot n°1 et l'entreprise Broglio attributaire du lot n° 2. En ce qui concerne le lot n° 1, la société STPHV a présenté une offre inférieure à l'estimation du maître de l'ouvrage même si elle a procédé à une revalorisation de certains prix unitaires tandis que l'offre de la société Broglio, établie sans aucune étude de prix, était supérieure à cette estimation. En ce qui concerne le lot n° 2, la société Broglio a présenté une offre inférieure à l'estimation du maître de l'ouvrage tout en procédant à la revalorisation des prix unitaires des mêmes postes que dans l'offre de la société STPHV pour le lot n° 1 tandis que l'offre de la société STPHV dont les prix étaient majorés pour ne pas être retenue, était supérieure à l'estimation du maître de l'ouvrage.
50. Les sociétés Broglio et STPHV soutiennent qu'un appel téléphonique ayant pour objet d'échanger des propos au sujet des appels d'offres en cours ne saurait prouver qu'elles se soient réparti les marchés.
51. En l'occurrence, la société STPHV intéressée par le lot n° 1, la société Broglio intéressée par le lot n°2, auraient pu soumissionner chacune pour un de ces lots. La proposition de M. Y... qui souhaitait "*profiter de l'opportunité que deux lots soient proposés pour constituer un groupement solidaire avec l'entreprise STPHV...*", et la présentation réciproque d'offres de couverture sur le lot qui n'intéressait pas les entreprises montrent à l'évidence que l'objectif recherché par les entreprises était de se répartir les lots à un prix plus élevé que ceux constatés sur le marché de 1998. Les tableaux joints au rapport d'enquête font apparaître les postes qui ont été revalorisés par la société Broglio en ce qui concerne le lot n° 2, les variations de prix allant de + 8,3 % à 63,5 % et par la société STPHV en ce qui concerne le lot n°1, les variations de prix allant de 5,9 % à 550 %.
52. Ces éléments établissent qu'avant la date limite de remise des offres, les sociétés STPHV et Broglio ont échangé des informations sur les travaux du marché que chacune souhaitait réaliser afin de désigner à l'avance l'attributaire de chaque lot, l'autre société déposant une offre de couverture d'un montant supérieur sur le lot qui ne l'intéressait pas.
53. Ces pratiques qui ont trompé le maître de l'ouvrage sur la réalité de la concurrence ont eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence et tombent sous le coup de l'application de l'article L. 420-1 du code de commerce.

B. SUR L'EFFET ANTICONCURRENTIEL

54. La constitution d'un groupement qui a eu pour objet la répartition des marchés des appels d'offres de l'année 1987, puis les échanges d'informations et la concertation qui ont conduit les entreprises, agissant individuellement en ce qui concerne l'appels d'offres du marché de Xonrupt-Longemer de 1998 et les appels d'offres de 1999, à déposer des offres de couverture ont nécessairement eu un effet anticoncurrentiel en autorisant l'attribution des différents marchés à l'entreprise préalablement désignée en vue de préserver une position acquise sans correspondre à l'utilisation la plus économique de leurs ressources, trompant ainsi le maître de l'ouvrage et le marché sur la réalité de la concurrence, lors des appels d'offres.

C. SUR LES SANCTIONS

55. Aux termes de l'article L. 464-5 du code de commerce, "*le Conseil, lorsqu'il statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 peut prononcer les mesures prévues au I de l'article L. 464-2 (...)*". Toutefois, en vertu des dispositions de l'article 22 alinéa 2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, applicables à l'époque de la commission des faits, la sanction pécuniaire prononcée, dans le cadre de la procédure simplifiée, ne peut excéder 500 000 F (76 244,51 euros) pour chacun des auteurs des pratiques prohibées.
56. En l'espèce, les pratiques sont graves par nature. Le SIA de la Vallée des Lacs (88) a organisé, de 1997 à 1999, six appels d'offres pour la réalisation de travaux d'extension des réseaux d'assainissement dans les communes de Gerardmer et de Xonrupt-Longemer. Les cinq marchés à propos desquels les sociétés Broglio et STPHV se sont concertées leur ont été attribués. Dans un arrêt en date du 24 mars 1998, société SADE-Compagnie générale de travaux hydrauliques, la chambre commerciale de la cour de cassation a approuvé le motif de l'arrêt de la cour d'appel objet du pourvoi, selon lequel "*la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique*". En outre, ces pratiques ont été mises en œuvre par des entreprises d'envergure locale privilégiées par leur proximité du lieu des chantiers et par leur connaissance du sous-sol. Leur gravité résulte encore du fait que par leurs agissements les sociétés Broglio et STPHV ont trompé le maître de l'ouvrage sur la réalité des entreprises en concurrence. Elles ont aussi limité l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises si elles s'étaient déterminées de manière indépendante.
57. Le dommage à l'économie résulte du nombre des marchés concernés par les pratiques répétées pendant plusieurs années soit au moyen du groupement, soit par une concertation et le dépôt d'offres de couverture qui ont été un facteur de réduction de la concurrence ayant entraîné une hausse des prix constatée, en particulier, dans l'appel d'offres des lots du marché de Gerardmer de l'année 1999. Il doit cependant être relativisé étant donné l'étroitesse des marchés concernés, leur caractère pluriannuel et leur spécificité. L'écart entre l'offre de l'entreprise la moins-disante et les offres des entreprises autres que les sociétés STPHV et Broglio dans les différents appels d'offres atténue le dommage causé par ces pratiques car il tend à montrer que les entreprises implantées localement sont les plus capables d'évaluer correctement les travaux concernant des marchés pluriannuels d'aménagement des réseaux d'assainissement mais cette constatation rend d'autant plus nécessaire l'existence d'une concurrence réelle entre ces entreprises.

58. Le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Entreprise Broglio, lors du dernier exercice clos (31 décembre 2003), s'élève à 4 065 045 euros. Au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 40 600 euros.
59. Le chiffre d'affaires réalisé en France par la société STPHV lors du dernier exercice clos (31 mars 2004) s'élève à 1 854 503 euros. Au vu des éléments individuels et généraux tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 18 500 euros.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Entreprise Broglio et STPHV ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société Entreprise Broglio, une sanction de 40 600 euros ;
- à la société STPHV, une sanction de 18 500 euros.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme de Mallmann, par Mme Aubert, vice-présidente, présidant la séance, Mme Behar-Touchais ainsi que MM. Flichy, Gauron, Piot et Ripotot, membres.

La secrétaire de séance,

La vice-présidente, présidant la séance

Christine Charron

Françoise Aubert
