

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 99-D-64 du 26 octobre 1999

relative à des pratiques relevées lors de la passation d'un marché de construction d'un atelier mécano-plastique à Auray dans le Morbihan

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 7 novembre 1997 sous le numéro F 988 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'ententes relevées à l'occasion d'un marché de construction d'un atelier mécano-plastique à Auray dans le Morbihan ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société ARMEP, M. Jean Bauer, la société Seribat construction ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société ARMEP, de M. Jean Bauer, de la société Seribat construction entendus, le SIDEPA ayant été régulièrement convoqué ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

A. - LES MARCHES

La société Armoricaire Mécano-Plastique (ARMEP), qui a pour activité principale la production de pièces destinées en particulier à l'industrie des cosmétiques et qui est installée depuis 1965 sur la zone artisanale de Kerbois à Auray dans le Morbihan, a envisagé durant l'année 1993 de construire de nouveaux locaux, plus vastes et mieux adaptés à ses besoins.

Après avoir demandé à divers cabinets d'architecture de lui proposer une esquisse et un avant-projet sommaire, la société ARMEP présélectionna le projet établi par le cabinet d'architecture Jean Bauer, projet que ce dernier chiffré avec l'aide de la société Seribat construction, entreprise générale du bâtiment.

Dans le cadre du montage financier de son projet, la société ARMEP entra en contact à l'automne 1993 avec le Syndicat intercommunal pour le développement économique du Pays d'Auray (SIDEPA) qui, en assurant la maîtrise d'ouvrage de la construction, permettait à l'entreprise de bénéficier de subventions de la part de la région Bretagne et du département du Morbihan. Les bâtiments construits sous la maîtrise d'ouvrage du SIDEPA devaient être ensuite rétrocédés à la société ARMEP, dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA). Deux marchés furent donc passés par le SIDEPA.

Un marché négocié de maîtrise d'œuvre fut conclu en application de l'article 108 bis du code des marchés publics le 28 octobre 1994 par le président du SIDEPA au vu d'une délibération du conseil syndical du 27 octobre 1998 avec le cabinet d'architecte Jean Bauer pour un montant de 444 750 F TTC.

Un second marché public de construction sur appel d'offres ouvert aux entreprises générales et aux groupements d'entreprises fut conclu le 2 janvier 1995 par le président du SIDEPA en application des articles 295 et suivants du code des marchés publics avec la société Seribat construction pour un montant de 10 832 924 F TTC. Ce marché englobait l'ensemble des travaux afférents à la construction de l'atelier industriel, tous corps d'état confondus.

B. - LES PRATIQUES CONSTATEES

1. Les offres

Pour le marché de maîtrise d'œuvre, le SIDEPA n'a procédé par lui-même à aucun recensement des candidatures potentielles. Seule la société ARMEP a procédé à un recensement des candidats à la fin de l'année 1993 et au début de l'année 1994.

Pour le marché de construction, les offres déposées sont résumées dans le tableau ci-après :

Seribat construction	Groupement Le Douairon	Grands Travaux Bretons	L'Entreprise industrielle	Groupement Cardinal
10 832 924,00 F TTC	14 426 506,66 F TTC	15 191 304,40 F TTC	15 366 284,23 F TTC	15 476 521,84 F TTC

L'offre déposée par la société Seribat construction, moins-disante, a été retenue. Les écarts qui séparaient cette offre des autres offres étaient de + 33 % s'agissant de l'offre du groupement dont le mandataire était la Société nouvelle André Le Douairon, de + 40,2 % s'agissant de l'offre de la société Grands travaux bretons (GTB), + 41,8 % s'agissant de l'offre de l'Entreprise Industrielle et de + 42,8 % s'agissant de l'offre du groupement dont le mandataire était l'entreprise Cardinal SA.

L'enquête administrative n'a pas permis de retrouver de sous-détail des prix proposés par la société Seribat construction alors même que ce document devait être fourni par l'ensemble des candidats dans le but de permettre un contrôle de la cohérence des prix proposés.

2. Les contacts noués entre les différentes personnes concernées par les marchés

De nombreux contacts ont été établis dès la fin de l'année 1993 entre la société ARMEP pour le compte de laquelle le SIDEPA a passé deux marchés publics, M. Jean Bauer, architecte, la

société Seribat construction et le SIDEPA. Ces contacts se sont poursuivis jusqu'à l'automne 1994. Il sont attestés par diverses déclarations et pièces communiquées par les intervenants.

M. Alain Des Beauvais, directeur commercial de la société ARMEP, a confirmé l'existence de contacts au cours de son audition le 9 décembre 1996 : « *Je pense que c'est vers la fin de l'année 1993 que nous avons décidé de demander à des bureaux d'études, ou à des entreprises en disposant, d'établir un projet de nouvelle usine en le chiffrant. (...) Ont été sollicités : Delta Industrie, Pol Moreau, à Plouhinec, ETBO à Landaul, Cobi Engineering à Dinan, Jean Bauer à Paris, Espace Ingeneering à St Grégoire. A l'issue de cette consultation, il est apparu qu'un seul de nos interlocuteurs avaient bien compris ce que nous voulions avec une organisation du bâtiment en U et les services centraux au milieu. Il s'agissait de l'avant projet de M. Bauer. (...) Dans le contexte de l'époque, c'est à dire celui d'un marché privé, nous entendions traiter avec l'un d'entre eux si son projet nous convenait au point de vue prix et conception. (...) Dès la deuxième consultation, M. Bauer m'a dit qu'il fallait une entreprise capable de faire le travail très vite si nous voulions emménager en août 1994. L'entreprise SERIBAT est donc arrivée assez tôt dans le projet Bauer (...) M. Bauer est venu quelque fois avec M. PINEAU pendant la période d'étude, au cours du 1^{er} semestre 1994. (...)* ».

M. Jean Bauer a déclaré, le 17 décembre 1996 : « *J'ai été informé du lancement de l'étude initiale lancée par ARMEP, alors que je commençais le chantier de l'entreprise LIDL, à Sautron. C'est M. Bonneau, PDG d'ARMEP qui m'a fourni cette information. ... Cela s'est passé à la fin août 1993. J'ai pris contact avec M. Alain De Beauvais qui a confirmé l'étude en me disant que j'étais le dernier candidat et qu'il me faudrait faire vite pour fournir ma réponse (...). Le délai de 15 jours à 3 semaines donné pour rendre réponse a été suffisant. Cet avant-projet a plu à ARMEP. Mais il n'était pas encore chiffré (...) Cela se passait à peu près en septembre ou octobre 1993. Le chiffrage de Seribat était supérieur au budget prévu. J'ai fait une seconde maquette correspondant à un projet moins onéreux. Ce projet a encore été amélioré par la suite, de telle sorte qu'il y a eu trois ou quatre projets sur cette affaire en ce qui me concerne. Je pense que j'ai su que j'étais retenu pour cette opération vers février ou mars 1994. (...) J'ai connu M. Pineau de Seribat construction quand nous avons construit le LIDL de Sautron. Son entreprise et moi-même avons décidé de partir ensemble sur le projet ARMEP dès cette époque (...)* ».

M. Jean Pineau, gérant de la société Seribat construction, auditionné le 4 avril 1996, a déclaré : « *Nous connaissions l'architecte M. Bauer depuis un an et demi... C'est lui qui nous a proposé le projet d'ARMEP vers mai-juin 1994.(...) Jean BAUER a été retenu pour cette opération et nous nous sommes présentés séparément, alors qu'à l'origine, il s'agissait d'un dossier commun à réaliser pour ARMEP et non pour le SIDEPA (...) Nous avons eu trois approches différentes au moment des discussions avec ARMEP avant l'appel d'offres publics : 13 MF, 11,5 MF et 9,5 MF (hors frais d'architecte). Je ne sais pas pourquoi notre offre est proche de l'estimation de l'architecte. Il est vrai qu'il n'y a pas eu de changement fondamental dans les prix donnés directement à ARMEP-projet. Il faut d'ailleurs noter que si notre offre était proche de l'estimation, c'est parce que nos chiffres globaux ont été transmis à l'architecte via ARMEP. Nous avons eu des discussions triangulaires sur ce sujet. Par la suite, dans le cadre de l'exécution du marché, j'ai toujours considéré ARMEP (M. Des Beauvais) comme maître d'œuvre délégué ».*

M. Pinard a apporté les précisions suivantes lors de son audition le 1^{er} octobre 1996 : « *J'ai rencontré M. Des Beauvais récemment, il m'a rappelé les conditions dans lesquelles l'opération de construction de la nouvelle usine avait été lancée. L'entreprise possédait un terrain sur la zone de KERBOIS, à proximité de son usine de l'époque. Sa direction a*

envisagé la construction de nouveaux locaux sur ce terrain. Pour ce faire, elle a consulté plusieurs bureaux d'études et entreprises afin de définir son projet à partir des besoins de l'activité (...). Les propositions de ces différentes entreprises ont été adressées directement à ARMEP, car il n'était pas encore prévu que le SIDEPA prendrait en charge cette opération».

3. La décision de recourir à une maîtrise d'ouvrage du SIDEPA

Plusieurs documents éclairent la décision de passer par une maîtrise d'ouvrage public, à savoir :

- une lettre adressée le 3 novembre 1993 par M. Alain Bonneau, président-directeur général de la société ARMEP, au président du SIDEPA par laquelle il indique : *« Je vous confirme mon accord pour la construction d'une usine de 5000 m2 environ pour un coût de 9 000 000 F (bâtiment prêt à fonctionner). La maîtrise d'ouvrage pourra être assurée par le SIDEPA »* ;

- une lettre adressée le 22 novembre 1993 par M. Alain Bonneau, président-directeur général de la société ARMEP au président du SIDEPA par laquelle il précise : *« Je vous confirme qu'ARMEP est prête à réaliser un nouveau bâtiment industriel de 5000 m2 environ sur le terrain qu'elle possède à Kerbois. Le coût global de l'opération est de 9 millions de francs. Si le SIDEPA peut s'engager sur les points suivants : 1/ rachat du site actuel incluant la maison 4 000 000 2/ subventions 1 000 000 F, la société ARMEP fournira les 4 millions restants pour boucler l'opération. Le SIDEPA assurerait alors, la maîtrise d'ouvrage pour faciliter le montage »* ;

- une première délibération du 23 novembre 1993 du comité syndical du SIDEPA par laquelle le SIDEPA s'engage à se porter acquéreur des terrains et bâtiments de l'ancienne usine ARMEP ;

- une seconde délibération du comité syndical du 23 novembre 1993 par laquelle le SIDEPA s'engage, entre autres, à accepter la maîtrise d'ouvrage de la construction d'un bâtiment industriel d'environ 5300 m2 pour un montant de 9 millions de francs.

M. Pinard, secrétaire du SIDEPA, a précisé lors de son audition le 1^{er} octobre 1996 : *« Dans les mêmes moments, la direction d'ARMEP a contacté d'abord la mairie d'Auray, puis le syndicat, pour l'aider dans son montage financier. En effet, son conseil d'administration avait donné un accord sur la construction, mais à condition de ne pas dépasser un investissement de 10 MF, et de limiter son emprunt à 50 % de ce montant. D'où la recherche d'un acheteur, privé de préférence, des locaux anciennement exploités, et également la recherche d'aides publiques. Il n'y a pas eu de candidats à l'achat des locaux. Le syndicat a considéré qu'il était de sa vocation de valoriser une friche industrielle potentielle. D'où ses décisions prises le 23 novembre 1993. Auparavant, la société avait confirmé sa demande par deux courriers des 3 et 22 novembre 1993. Après le 23 novembre 1993, ARMEP n'est plus intervenue directement dans nos procédures, compte tenu de leur caractère public. Mais elle n'en a pas été écartée. Il fallait en effet qu'elle puisse suivre l'évolution du dossier et l'infléchir en fonction de ses propres impératifs (...)*».

M. Bauer a indiqué à ce sujet le 17 décembre 1996 : *«Jusque dans le courant de l'été 1994, je ne savais pas que l'affaire serait traitée en marché public. Jusqu'à cette époque nous étions donc dans un autre contexte, celui d'un marché privé. Je ne sais même pas si ARMEP savait à l'époque que l'opération serait passée en marché public».*

M. Alain Des Beauvais a précisé, le 9 décembre 1996 : *« Pendant la période des études, j'ai recherché les possibilités d'une nouvelle implantation sur un autre site au regard des avantages dont pouvait bénéficier l'entreprise. J'ai eu de nombreux contacts à ce sujet. (...) En fait, c'est le SIDEPA qui a fait la démarche dans notre direction après avoir constaté que 40 % de notre personnel était domicilié à Auray. Sa proposition de vente en l'état de futur achèvement présentait l'avantage de diminuer le coût de l'usine dans la mesure où les subventions du département ou de la région ne peuvent être versées qu'aux SICOMI ou aux collectivités publiques. En outre, la reprise de l'ancienne usine était aussi particulièrement intéressante. Nous avons décidé de rester à Auray quand le dossier a été pris en charge par le SIDEPA ».*

M. Pineau a déclaré lors de son audition le 4 avril 1996 : *« Au départ, il devait s'agir d'un appel d'offres privé. Plus tard, ce chantier était lancé sous appel d'offres public : nous l'avons su en septembre 1994.(...) Pour des questions de subventions, le dossier a dû passer en appel d'offres public (...) La pièce n°4 jointe en annexe est le compte rendu interrompu d'une réunion prévue initialement chez ARMEP et déplacée à la mairie d'Auray. La décision ayant été prise de la non participation d'entreprises, dans l'éventualité d'un marché public, j'ai été prié de quitter la salle par M. Pinard du SIDEPA qui ignorait ma qualité d'entrepreneur ».* La réunion qui est évoquée par M. Pineau s'est tenue le 28 juillet 1994.

La décision de recourir à une maîtrise d'œuvre du SIDEPA a été motivée essentiellement, sinon exclusivement, par des préoccupations financières, à savoir permettre le versement de subventions par le département du Morbihan et la région Bretagne.

4. Les conditions de passation du marché de maîtrise d'œuvre par le SIDEPA avec le cabinet d'architecte Bauer

L'article 314 bis du code des marchés publics applicable aux marchés de maîtrise d'œuvre des collectivités locales imposait au SIDEPA de publier un avis afin de recenser l'ensemble des candidatures pour comparer leur compétence et leurs moyens, ce qui n'a pas été fait.

M. Pinard a indiqué à ce sujet, lors de son audition le 1^{er} octobre 1996 : *« C'est donc ARMEP qui a choisi le concepteur, M. Bauer, dont le projet correspondait le mieux à ses besoins, notamment à la fonctionnalité interne et externe de l'entreprise. C'est donc ARMEP qui a fourni aux candidats tous les renseignements nécessaires à l'établissement de leurs propositions. Et c'est elle qui disposait de leurs réponses (...). Toute la partie « études » était supervisée par ARMEP, avant le 27 octobre 1994, date à laquelle M. Bauer a été officiellement retenu comme concepteur par le comité syndical. Le désir de conserver l'usine sur le pays d'Auray, avec maintien et création de nouveaux emplois nous interdisait de tirer un trait sur tout le travail de conception déjà réalisé par le cabinet BAUER. Si nous avions repris la procédure dans le cadre du code des marchés, nous n'aurions pas respecté les délais et il y aurait eu de grandes chances que M. Bauer soit retenu, mais avec des honoraires peut-être plus élevés ».*

M. Bauer a déclaré, lors de son audition le 17 décembre 1996 : *« Je pense que j'ai été retenu pour cette opération vers février ou mars 1994. Jusque dans le courant de l'été 1994, je ne savais pas que l'affaire serait traitée en marché public (...). C'est au cours d'une réunion pendant l'été que j'ai appris que j'étais implicitement retenu pour la maîtrise d'œuvre de l'opération. Vers la fin de l'été, alors que le permis de construire était déjà obtenu, j'ai appris que l'opération serait faite en marché public ».*

5. Le déroulement de l'appel d'offres pour le marché de construction conclu par le SIDEPA avec la société Seribat construction : l'obligation de recourir au procédé Astron

Le recours au procédé Astron n'était pas directement imposé par les documents de consultation des entreprises rédigés par M. Bauer. Toutefois, le cahier des clauses techniques particulières du lot n°6 relatif à la charpente métallique imposait une pente de toiture de 6 % et l'utilisation de panneaux translucides, caractéristiques de ce procédé, et l'article 2.04 du règlement de consultation des entreprises interdisait toute variante.

Les groupements d'entreprises pilotés par les sociétés Cardinal et Le Douairon ont fait savoir dans leurs soumissions qu'ils étaient dans l'impossibilité de respecter le cahier des clauses techniques particulières sur ce point.

M. Bauer a indiqué, lors de son audition le 17 décembre 1996, à propos de la rédaction des documents techniques du marché : *« Seribat est un concessionnaire Astron. C'est un procédé américain avec des structures assez légères ; (...). J'ai rédigé les pièces de mon propre marché puis celles destinées à l'exécution des travaux, c'est à dire CCAP, CCTP et plans (...) Les prescriptions techniques contenues dans le CCTP du lot n°6 et celles du lot n°7 « couverture charpente », imposant des panneaux translucides incolores sont effectivement une des caractéristiques du procédé Astron. Il est vrai que nous aurions dû élargir les possibilités de réponses en bacs avec étanchéité multicouches (...) Mais rien n'empêchait un candidat de soumissionner avec un procédé Astron en demandant à cette société l'autorisation et les monteurs. Je n'ai pas souvenir que l'un des candidats ait téléphoné pour signaler cette erreur. Il s'agit bien d'un oubli, ou d'une erreur car il n'était pas question de favoriser Seribat ».*

6. Les éléments postérieurs à l'appel d'offres

Le délai de réalisation des travaux fixé à six mois dans le dossier de consultation des entreprises a été porté à sept mois dans le marché signé par la société Seribat construction avec le SIDEPA.

M. Bauer a déclaré lors de son audition le 17 décembre 1996 ne pouvoir justifier cet allongement de délai : *« Je suis incapable de vous dire pourquoi le délai d'exécution des travaux, fixé dans l'appel d'offres à 6 mois, a été porté à 7 mois dans le marché de SERIBAT. Je ne peux pas dire que cet allongement était consécutif aux travaux supplémentaires demandés par ARMEP, car je ne m'en suis pas occupé ».*

Des travaux supplémentaires ont été réalisés courant 1995 pour un montant total de 2 704 867,80 F TTC soit environ 25 % du marché initial.

M. Hubert Durlet, directeur industriel de la société ARMEP, a précisé, lors de son audition le 4 avril 1996 : *« Nous avons enlevé une partie des prestations d'électricité et des fluides qui étaient en dépassement par rapport au montant du marché. Nous avons fait réaliser nous-mêmes les travaux correspondants, mais avec l'accord et sous la responsabilité de Seribat ».*

M. Pineau a déclaré, le 4 avril 1996, à propos de ces travaux supplémentaires : « *Nous avons été appelé à réaliser 3,2 MF TTC en plus du marché pour la société ARMEP, mais nous n'avons pas amorti un centime de frais généraux sur cette affaire* ».

M. Alain Des Beauvais a, quant à lui, déclaré le 9 décembre 1996 : « *Des travaux supplémentaires ont été exécutés par SERIBAT et ses sous-traitants. Cela résulte d'un problème d'organisation interne. Dans un premier temps, pendant la phase administrative dont j'étais responsable, on a évacué l'aspect technique. Une fois que l'accord a été conclu avec le SIDEPA, le dossier est passé au domaine technique, sous la responsabilité de M. Durllet. D'où des apports non pris en charge par le marché, que nous avons réglés directement à Seribat. Je me souviens de certaines de ces prestations supplémentaires : - surface des bureaux plus grande ; - une mezzanine dans le service qualité ; - un chemin pour les ponts roulants dans l'atelier ; - des bureaux en mezzanine dans les locaux de production (injection et outillage) ; - un auvent à l'extérieur pour le déchargement des camions. M. Bauer n'a pas été rémunéré pour ces travaux supplémentaires* ».

C. - LES GRIEFS NOTIFIES PAR LE RAPPORTEUR

Sur la base des pratiques décrites ci-dessus, un grief commun a été notifié, sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, à l'encontre de la société ARMEP, du cabinet d'architecture Jean Bauer, de la société Seribat construction et du Syndicat intercommunal du Pays d'Auray (SIDEPA) pour avoir mis en œuvre une concertation ayant eu pour objet et pu avoir pour effet de permettre, à l'occasion de la construction d'un atelier mécano-plastique à Auray, l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre au cabinet d'architecture Jean Bauer et l'attribution du marché de construction à la société Seribat construction, candidats présélectionnés par la société ARMEP.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Considérant qu'aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée : « *Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de service y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* » ;

Considérant que la société ARMEP et M. Jean Bauer font valoir que selon une jurisprudence constante la décision d'attribution d'un marché public relève de la compétence des tribunaux administratifs et échappe, en conséquence, à tout contrôle du Conseil de la concurrence ; qu'ils ajoutent qu'en l'espèce, l'argumentation développée par le rapporteur repose sur le non respect des procédures du code des marchés publics par le SIDEPA à l'occasion de la passation du marché de maîtrise d'œuvre avec M. Bauer, architecte, et du marché de construction avec la société Seribat construction, ce qui ne saurait caractériser une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qu'il s'agit donc d'un litige relevant de la juridiction administrative et non de la compétence du Conseil de la concurrence définie par l'article 53 de l'ordonnance précitée et qu'en conséquence, la saisine doit être déclarée irrecevable par application de l'article 19 de cette même ordonnance ;

Considérant que la société Seribat construction soutient pour sa part qu'en l'absence de démonstration de l'existence d'une concertation dans le but de désigner le futur titulaire du marché, seule demeure la décision administrative d'attribution du marché et que ce type de décision, par laquelle le pouvoir réglementaire organise le service public, n'est pas un acte de production, de distribution ou de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Mais considérant que, si la Cour de cassation a jugé (Cass Com 14 décembre 1993 Société Guy Couach Plascoa) que la décision d'attribution d'un marché public par une personne publique constitue une décision administrative relevant de la seule compétence des juridictions administratives et non une activité de « *production, de distribution ou de service* » au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence demeure compétent pour qualifier au regard de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 les comportements de concertation mis en œuvre par la société ARMEP, M. Bauer, la société Seribat Construction ainsi que le SIDEPA lors de la passation par ce dernier de deux marchés publics pour la construction des nouveaux locaux de la société ARMEP, comportements qui sont distincts de l'acte administratif lui-même et qui n'émanent d'ailleurs pas uniquement du SIDEPA, collectivité publique qui a pris la décision d'attribution du marché ; que l'exception d'incompétence doit donc être écartée ;

Sur la procédure

Considérant qu'aux termes de l'article 18 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires* » ; qu'aux termes de l'article 21 du même texte : « *Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés* » ;

Considérant que, si la société ARMEP a soutenu dans ses écritures qu'en violation des textes précités elle n'avait pas reçu copie des observations déposées par les autres parties suite à la notification des griefs, ce moyen, dont l'exactitude matérielle n'était pas établie, a été retiré lors de la séance du Conseil ; qu'il n'y a donc plus lieu de se prononcer sur le moyen ;

Sur les pratiques relevées

Considérant que la société américaine Mécano-Plastique (ARMEP) a pris la décision dans le courant de 1993 de construire de nouveaux locaux plus vastes et mieux adaptés à ses besoins, notamment aux contraintes techniques liées aux procédés de fabrication qu'elle met en œuvre et aux exigences de sa clientèle ; qu'à cette fin, elle a demandé à plusieurs bureaux d'études et à des cabinets d'architecture de lui proposer une esquisse et un avant-projet de construction ; qu'à l'issue de cet appel d'offres, elle a retenu le projet du cabinet d'architecture Jean Bauer, projet que ce dernier avait établi et chiffré après avoir consulté la société Seribat, entreprise générale de bâtiment ;

Considérant que, parallèlement, dans le cadre de sa recherche d'un financement du projet, la société ARMEP a pris des contacts avec plusieurs collectivités locales désireuses d'accueillir des entreprises industrielles ainsi qu'avec le Syndicat intercommunal pour le développement économique du pays d'Auray (SIDEPA) sur le territoire duquel elle était implantée ;

Considérant qu'après avoir étudié les différentes propositions des collectivités locales voisines, la société ARMEP a considéré que la proposition de financement du SIDEPA était la plus intéressante ; que cette proposition comprenait le versement de subventions par la région et le département pour le rachat par le SIDEPA à l'ARMEP de bâtiments situés dans la zone industrielle de Kerbois ; que ces subventions ne pouvant bénéficier qu'à une collectivité publique, il était nécessaire que la maîtrise d'ouvrage de la construction soit assurée par le SIDEPA, ARMEP s'engageant à acheter le bâtiment dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement ; qu'ainsi, le SIDEPA ne prenait en charge que le risque de l'opération -qu'au demeurant il partageait avec la commune d'Auray- le bâtiment étant destiné à revenir en toute propriété à ARMEP, qui supportait la totalité de son coût, déduction faite des subventions ; que le SIDEPA -qui n'avait ni les moyens, ni la possibilité de définir les caractéristiques du bâtiment, ni d'apprécier le coût d'une construction qui ne lui était pas destiné, et qui était spécialement conçue sur les instructions et pour les besoins spécifiques de l'ARMEP- ne devait intervenir que comme un opérateur intermédiaire ;

Considérant que la société ARMEP avait retenu le projet du cabinet Bauer, après une deuxième consultation, comme correspondant le mieux à ses besoins ; qu'elle avait par ailleurs fixé à 10 millions le plafond de la dépense qu'elle acceptait d'engager et que cette exigence avait conduit le cabinet Bauer à modifier les plans initiaux et à consulter à nouveau les entreprises de bâtiment susceptibles de répondre à la demande ; qu'à la suite de ces consultations, la société Seribat lui était apparue comme la seule entreprise en mesure de respecter les limites financières fixées par la société ARMEP ;

Considérant que c'est dans ces conditions qu'un marché négocié de maîtrise d'œuvre a été passé, le 28 octobre 1994, par le président du SIDEPA avec le cabinet d'architecte Jean Bauer pour un montant de 444 750 F TTC et qu'un appel d'offres ouvert aux entreprises générales et aux groupements d'entreprises a été lancé par le SIDEPA, le 27 octobre 1994, à l'issue duquel, la proposition moins-disante de la société Seribat d'un montant de 10 832 924 F TTC a été retenue ;

Considérant que, si le principe d'un recours à une maîtrise d'ouvrage publique du SIDEPA a été arrêté dès l'automne 1993 entre le SIDEPA et la société ARMEP ainsi qu'en attestent les courriers adressés par M. Alain Bonneau, dirigeant de la société ARMEP, au SIDEPA le 3 et le 22 novembre 1993 et les deux délibérations prises par le conseil syndical du SIDEPA le 23 novembre 1993, cette décision n'a été confirmée définitivement et n'a commencé à être mise en oeuvre sur le plan administratif que durant l'été 1994, soit peu de temps avant le lancement officiel des appels d'offres ; que M. Alain Des Beauvais, directeur commercial de la société ARMEP, a déclaré sur ce point, le 9 décembre 1996 : « *Pendant la période des études, j'ai recherché les possibilités d'une nouvelle implantation sur un autre site au regard des avantages dont pouvait bénéficier l'entreprise. J'ai eu de nombreux contacts à ce sujet. Je me souviens de la proposition de Questembert qui nous offrait le terrain et de Ploermel dont la formule de location-vente était intéressante* » ;

Considérant que, si la société ARMEP, M. Bauer et la société Seribat construction ont entretenu des contacts réguliers durant la première partie de l'année 1994, ces contacts avaient pour objet de mettre au point l'avant-projet du cabinet Bauer, retenu par la société ARMEP ; que ces contacts ont conduit à l'élaboration de projets successifs, en raison notamment des limites financières imposées par ARMEP ;

Considérant qu'il ne peut être fait grief à la société ARMEP d'avoir poursuivi la mise au point et le chiffrage de son projet avec le cabinet Bauer et la société Seribat ; qu'en effet, la société

ARMEP, futur propriétaire et utilisateur de bâtiment, tant que l'appel d'offres public n'avait pas été lancé, était seule à même de préciser ses besoins, notamment d'un point de vue technique ;

Considérant que, dans ces conditions, la société ARMEP ne pouvait pas définir son projet sans une association étroite avec le maître d'œuvre ; que la circonstance que le SIDEPA, qui offrait ses services à la société ARMEP et dont l'intervention comme maître d'ouvrage n'avait pour seule justification que la règle selon laquelle les subventions publiques ne pouvaient être versées qu'à un organisme public, n'ait pas procédé à un recensement préalable des candidats à la maîtrise d'œuvre comme l'impose l'article 314 bis du code des marchés publics ne permet pas, au cas d'espèce, de conclure à l'existence d'une pratique anticoncurrentielle ; qu'au surplus, la société ARMEP avait déjà procédé à une consultation et à une mise en concurrence des candidats les plus aptes à assurer la maîtrise d'œuvre du projet, ainsi que l'a indiqué M. Alain Des Beauvais, le 9 décembre 1996 : « *Je pense que c'est vers la fin de l'année 1993 que nous avons décidé de demander à des bureaux d'études, ou à des entreprises en disposant, d'établir une projet de nouvelle usine en le chiffrant (...) Ont été sollicités : Delta Industrie, Pol Moreau à Plouhinec, ETBO à Landaul, Cobi Engineering à Dinan, Jean Bauer à Paris, Espace Engineering à St Grégoire* » ; que M. Pinard, secrétaire administratif du SIDEPA, a confirmé cette mise en compétition des maîtres d'œuvre lors de son audition le 1^{er} octobre 1996 : « *les propositions de ces différentes entreprises ont été adressées directement à ARMEP car il n'était pas encore prévu que le SIDEPA prendrait en charge cette opération* » ;

Considérant que, si l'offre remise par la société Seribat construction lors de l'appel d'offres public pour le marché de construction était très nettement inférieure aux offres déposées par les autres candidats et ne comportait pas de chiffrage détaillé permettant d'en vérifier la cohérence, la preuve n'est cependant pas rapportée que ladite offre ne correspondait pas aux prix pratiqués pour des travaux de même nature à la date de remise des offres ; que, d'ailleurs, des offres comparables ont été présentées successivement par cette société, tout d'abord directement à la société ARMEP dans le cadre de la réponse à l'appel d'offres privé, puis dans le cadre de la procédure d'appel d'offres public ; que la différence entre l'offre de Seribat et celles de ses concurrents ne peut constituer à elle seule l'indice d'une offre anormalement basse, c'est-à-dire incompatible avec le coût de l'exécution des travaux dans les règles de l'art : que, dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, le Conseil observait qu'« une offre ne saurait être qualifiée d'« anormalement basse » par seule référence aux autres offres... car une telle référence n'aurait aucun lien avec la compétitivité réelle de l'entreprise soumissionnaire qui dépend notamment de la structure de ses coûts, de sa productivité, de sa compétence technique et de sa santé financière », que, par ailleurs, les études menées dans le cadre du projet de marché de conception-réalisation en liaison avec le cabinet Bauer avaient permis à la société Seribat construction d'affiner ses propositions et d'évaluer ses coûts avec précision, ce qui peut expliquer de façon plausible l'écart séparant sa proposition des soumissions concurrentes ; qu'enfin, si la société Seribat construction n'a pas fourni d'études détaillées des prix, cette circonstance ne suffit pas à démontrer que l'offre remise était anormalement basse ; que, par ailleurs le fait que la société Seribat construction se serait ainsi trouvée dans une situation plus avantageuse que les autres candidats au moment du lancement des appels d'offres, ce qui n'est pas contesté, ne saurait suffire à caractériser une pratique anticoncurrentielle dès lors que le droit de la concurrence n'impose pas que tous les offreurs présents sur un même marché doivent se trouver dans une situation identique, sauf si les différences entre eux résultent de pratiques discriminatoires ; que l'avantage concurrentiel

dont a bénéficié la société Seribat peut s'expliquer par les études qu'elle avait effectuées avec le cabinet Bauer dans le cadre d'une mise au point indispensable du projet de construction à la suite des appels d'offres privés effectués par ARMEP ; que ces contacts s'inscrivaient dans le cadre de relations d'affaires habituelles entre un demandeur et un offerant et qu'ils ne sauraient être qualifiés de pratiques discriminatoires au regard du droit de la concurrence ;

Considérant qu'aucun élément n'est fourni à l'appui de l'affirmation selon laquelle certains travaux auraient été volontairement exclus de l'appel d'offres pour le marché de construction lancé par le SIDEPA ou encore de l'affirmation selon laquelle les travaux supplémentaires demandés par ARMEP, après la passation du marché avec la société Seribat, soit auraient été fictifs, soit auraient eu pour objet de compenser la perte que cette société aurait accepté de subir en présentant une offre anormalement basse ; qu'aucune preuve n'a donc été apportée de l'existence d'une concertation en vue de permettre à la société Seribat construction de présenter une offre minorée en lui promettant une commande de travaux supplémentaires sur lesquels elle aurait pu réaliser des profits de nature à compenser les pertes prétendument consenties sur le marché initial ; que les factures détaillées figurant au dossier concernent une série de travaux supplémentaires dont il n'est pas démontré que l'un ou plusieurs d'entre eux n'auraient pas été effectués ou qu'ils auraient été manifestement surévalués ; qu'en séance, M. Alain Des Beauvais, directeur commercial de la société ARMEP, a expliqué que des travaux d'adaptation étaient rendus nécessaires en raison des contraintes techniques propres à l'activité de la société tenant en particulier à la réalisation de la chaîne de fabrication ; que ces travaux n'auraient pu être entièrement arrêtés au moment de l'appel d'offres, qu'ils correspondaient à des modifications et des aménagements demandés par ARMEP et ont fait l'objet de devis ; qu'au surplus, ils ont été directement réglés par ARMEP à Seribat et que la dépense totale (marché initial plus travaux d'adaptation) a été inférieure au montant initial du marché proposé par l'entreprise la moins-disante après Seribat ;

Considérant que la circonstance que le cahier des clauses techniques particulières rédigé par M. Bauer imposait pour le lot n° 6 (charpente) une pente de toiture de 6 % et l'usage de plaques translucides, caractéristiques du procédé Astron dont la société Seribat était concessionnaire, ne saurait suffire à démontrer une volonté d'évincer du marché les autres entreprises dans la mesure où il n'est pas contesté que l'utilisation du procédé Astron permettait des économies substantielles et un gain de temps dans le montage ; qu'au surplus, il n'est pas davantage contesté que la société Seribat construction ne disposait que d'une licence non exclusive pour l'utilisation de ce procédé ; qu'enfin, certaines entreprises ont répondu à l'appel d'offres sans élever d'objections sur ce point ;

Considérant, enfin, qu'il n'est pas démontré que la décision d'allonger la durée de réalisation des travaux de six mois à sept mois prise par le SIDEPA après la date limite de dépôt des offres aurait été préméditée et qu'ainsi la société Seribat construction aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel indu ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède et compte tenu des circonstances ayant conduit le SIDEPA à assurer la maîtrise d'ouvrage pour le compte de la société ARMEP, qu'il n'est pas établi, en l'espèce, que les pratiques susanalysées aient eu pour objet ou aient pu avoir pour effet de fausser la concurrence ; qu'en conséquence, il n'est pas démontré que la société ARMEP, M. Bauer, la société Seribat construction et le SIDEPA aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

DÉCIDE :

Article unique : Il n'est pas établi que la société ARMEP, M. Jean Bauer, la société Seribat construction et le Syndicat intercommunal pour le développement du pays d'Auray (SIDEPA) aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de M. Bresse, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, Mmes Mader, Perrot, MM. Bidaud, Lasserre et Piot, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président, présidant la séance,

Pierre Cortesse

© Conseil de la concurrence