

**Décision n° 2012-RP-06**  
**du 4 décembre 2012**

concernant le rejet d'une plainte déposée par le ministre du Développement durable et des Infrastructures à l'encontre de deux entreprises de menuiserie dans le cadre d'une prétendue entente avant ouverture d'une soumission publique (référence CC.P.010, référence initiale IC.P.010)

Le Conseil de la concurrence,

Vu la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la plainte à l'encontre de Hees & Peters GmbH (Bitbourg) et de Epper GmbH (Trèves) introduite auprès de l'Inspection de la concurrence par le ministre du Développement durable en date du premier avril 2009;

Vu le rapport du conseiller désigné Marc Feyereisen en date du le 11 septembre 2012 ;

Vu la demande de prise de position transmise au ministre du Développement durable en date du 28 septembre 2012 ;

Le conseiller désigné entendu en ses explications en date du 19 novembre 2012 en l'absence d'une prise de position du ministre du Développement durable ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

## **1. HISTORIQUE DE L'AFFAIRE**

En date du 1<sup>er</sup> avril 2009, le ministre du Développement durable, Département des Travaux Publics a porté plainte contre les deux entreprises allemandes Hees & Peters GmbH et Epper GmbH, situées à Bitbourg respectivement Trèves, pour concertation de prix lors d'une soumission publique du 5 février 2009 concernant les travaux d'équipements spéciaux pour ateliers de menuiserie au Lycée du Nord à Wiltz en se référant aux développements suivants:<sup>1</sup>

En date du 11 décembre 2008 l'Administration des bâtiments publics, après annulation d'une soumission publique antérieure, a lancé une procédure en adjudication publique internationale concernant les travaux d'équipements spéciaux pour ateliers de bois et CNC au Lycée du Nord à Wiltz, la date d'ouverture de la soumission étant fixée au 5 février 2009, la soumission étant ainsi régie par les dispositions de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics ainsi que de ses règlements d'exécution et non par la loi postérieure du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Par courrier du 18 février 2009 le directeur de l'Administration des Bâtiments Publics demande au ministre des Travaux Publics de procéder à l'annulation de cette soumission en raison d'un dépassement du devis définitif de l'ordre de 41,54%. Il y a lieu de préciser que cette lettre ne mentionne aucune irrégularité ou infraction de la part des soumissionnaires.

Un courrier subséquent du 16 mars 2009 du directeur des Bâtiments Publics - Division des travaux neufs, adressé également au ministre, fait mention d'une première analyse du dossier par les bureaux d'études et d'un contrôle approfondi par l'Administration des bâtiments publics.

En date du 26 février 2010 l'Inspection de la concurrence, initialement saisie par le dossier, a transmis au plaignant, donc en l'occurrence au ministre du Développement durable « un questionnaire essentiel à l'avancement de l'analyse du dossier » qui fût jugé assez incomplet. Un rappel a été envoyé en date du 27 juillet 2010, en invitant l'administration à répondre au plus tard dans le délai d'un mois.

## **2. LE MARCHE EN CAUSE**

Le marché visé par la présente affaire est celui de la fourniture et installation de machines d'ateliers et divers mobiliers et petit outillage et des travaux d'extraction de copeaux.

La plainte auprès de l'ancienne l'Inspection de la concurrence concerne la soumission publique du 5 février 2009 avec deux lots, dont le premier concerne deux parties, celle de la fourniture et de l'installation de machines d'ateliers et celle de travaux de menuiserie. Cette soumission pourrait être susceptible, sous réserve des développements ultérieurs, de devoir être analysée dans le cadre d'une éventuelle suspicion d'entente entre une association d'entreprise d'une part et une entreprise agissant en son propre nom.

La définition du marché détermine le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises appartenant à ce marché. Le marché retenu résulte de la superposition du marché de produits et/ou de services et du marché géographique.

## **2.1. Demande de fourniture d'équipements de menuiserie et autres en matière de marchés publics, chaque appel d'offres émanant d'un maître d'ouvrage auquel répondent des offres d'entreprises est à considérer comme un marché en soi<sup>2</sup>.**

Dans la présente affaire, le maître d'ouvrage est l'Administration des Bâtiments Publics, sise à 10, rue du Saint-Esprit, L-1475 Luxembourg. Celle-ci a mis à disposition des soumissionnaires un bordereau de soumission, élaboré par les bureaux d'architectes Goblet Lavandier & Associés, Luxconsult et Scaht, conseillers techniques et assistants au pouvoir adjudicateur. Le soumissionnaire ne dispose d'aucun pouvoir de substitution aux positions établies dans le bordereau de soumission.

La demande est bien définie et spécifiée dans le bordereau de soumission remis aux entreprises de menuiserie intéressées, à savoir :

- Lot 1 : partie 1 : machines d'ateliers et  
partie 2 : extraction de copeaux, ainsi que
- Lot 2 : divers mobilier et petit outillage.

## **2.2. Offre de fourniture d'équipements de menuiserie et autres**

L'offre concernant les travaux d'équipements spéciaux pour ateliers de menuiserie se limite strictement à la fourniture telle que définie dans le bordereau de soumission.

L'article 59 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 dispose que les offres non conformes aux dispositions ne sont pas prises en considération.

Il n'existe donc pas de substitution du point de vue de l'offre.

## **2.3. Portée géographique de la fourniture d'équipements de menuiserie et autres**

En matière de marchés publics, les dispositions communautaires, reprises en droit national dans le livre II de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics<sup>3</sup> en ce qui concerne les marchés de travaux, fournitures et services, ne s'appliquent qu'à partir d'un certain seuil. Lorsqu'un marché à conclure dépasse ce seuil, la publication au niveau européen des avis de marché est requise.

a) Les seuils en vigueur au moment de la publication de la soumission sont officialisés dans le Mémorial B n° 11 du 13 février 2006, p.107. Les seuils sont indiqués hors T.V.A. Pour les marchés de travaux, les seuils actuels sont les suivants :

Seuil des marchés couverts par l'AMP<sup>4</sup> : 5 278 227 €

Seuil des marchés non couverts par l'AMP : 5 000 000 €

<sup>2</sup> Conseil de la concurrence, France, décision n° 95-D-76 du 29 novembre 1995 ; Cour d'appel Paris, 14 janvier 2003, p.36 ; Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 juillet 2004, n° 03-11.430, JCP E 2004, N°1449 ; cf. également décision n° 07-D-15 du 9 mai 2007 du Conseil de la concurrence français relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France.

<sup>3</sup> Dans la présente affaire, l'ancienne loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics a encore été d'application. Celle-ci a cependant été remplacée par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Ce seuil était de 5 millions d'euros en janvier 2009.

<sup>4</sup> Accord relatif aux Marchés Publics qui fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire en vertu de la Décision du Conseil de l'U.E. 94/800/CEE du 22 décembre 1994, portant adoption des accords conclus dans le cadre des négociations multilatérales du cycle d'Uruguay, Accord de Marrakech du 15 avril 1994, approuvé par le Grand-Duché de Luxembourg par la loi du 12 décembre 1994.

### **La notion de petit lot: 1.000.000 €**

Il importe de souligner que si un ouvrage est réparti pour sa réalisation en plusieurs lots, les dispositions du livre II sont applicables lorsque la valeur cumulée des marchés égale ou dépasse les montants précités (article 21 de la loi sur les marchés publics).

En l'espèce la soumission relative à la fourniture d'équipement de menuiserie est soumise aux dispositions du livre II de la loi et du règlement. Lorsqu'un marché à conclure dépasse ce seuil, la publication au niveau européen des avis de marché est requise.

### **3. INFRACTIONS / GRIEFS**

#### **• Première soumission publique du 10 mars 2006**

Comme initialement relevé, il y a lieu de souligner qu'une première soumission sur les mêmes travaux a été lancée le 10 mars 2006 et qu'il était prévu de disposer des installations pour juin 2007.

Suite à un certain nombre d'irrégularités des offres (manque de documents administratifs et techniques) des trois soumissionnaires d'époque, la soumission a été annulée sur base de l'article 91 1) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003<sup>5</sup>, ceci par l'arrêté ministériel du 19 décembre 2006 coulé en force de chose décidée.

L'adjudicataire a ensuite reporté la deuxième soumission jusqu'à la fin 2009 du fait que le planning initial n'a pas pu être respecté et qu'une solution transitoire au chantier a pu être trouvée.

Le Ministère a prévu de procéder à une nouvelle mise en adjudication après l'annulation, conformément aux dispositions de l'article 91 du règlement précité.

#### **• Hausse artificielle des prix?**

Aux fins d'être exhaustif et au vu de l'ampleur et des devoirs étendus accomplis, il y a lieu de relever qu'au niveau de la première soumission publique, le devis total approuvé en date du 2 décembre 2005 s'élevait à EUR 1 477 633,62.- TTC et les offres recueillies des trois soumissionnaires (Hees& Peters, H. Epper GmbH et Muller & fils) lors de la première soumission étaient en moyenne de 4,56 % supérieures au montant approuvé. Seule l'offre remise par Epper/Otto arrivait à un résultat inférieur au devis estimatif des bureaux d'architecte.

La différence entre le devis approuvé fin 2005 (EUR 1 477 633,62.- TTC) et le devis approuvé fin 2008 (1 609 236,30.- TTC) est de 8,91%, ce qui correspond exactement à la variation des indices semestriels des prix à la construction d'octobre 2005 (618,55 pts) à octobre 2008 (673,64 pts), indices qui semblent être utilisés comme référence<sup>6</sup> pour le calcul du devis établi par l'architecte.

Pour la deuxième soumission publique du 5 février 2009 le devis fût établi par différents bureaux d'architectes, notamment

Lot 1 : partie 1 : machines d'ateliers → Luxconsult S.A.

Partie 2 : extraction de copeaux → Goblet Lavandier & Associés Ingénieur-Conseils S.A.

Lot 2 : divers mobilier et petit outillage → Scaht Architecture et Développement

<sup>5</sup> si aucune des offres ne répond aux conditions prescrites ou si le pouvoir adjudicateur a considéré la soumission comme n'ayant pas donné de résultat satisfaisant. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre, préalablement à l'annulation, l'avis de la Commission des soumissions.

<sup>6</sup> Voir p.10/12 point 9

Vu que les deux bordereaux de soumission de 2006 et 2009 portent sur des travaux d'installation apparemment identiques, on pourrait être amené à analyser pourquoi les offres de février 2009 se présentent en moyenne de 41,54% supérieures au devis définitif adapté alors qu'en 2006 les offres n'étaient que de 4,56% supérieures au devis approuvé.

	<u>2006</u>				
	<u>devis</u>	<u>H&amp;P</u>	<u>diff</u>	<u>Epper</u>	<u>diff</u>
<b>Lot 1 parties 1&amp;2</b>	1 259 210,67	1 348 667,86	7,10%	1 189 907,13	-5,50%
<b>Lot 2</b>	218 422,95	255 531,77	16,99%	261 359,35	19,66%
<b>TOTAL</b>	<b>1 477 633,62</b>	<b>1 604 199,63</b>	<b>8,57%</b>	<b>1 451 266,48</b>	<b>-1,78%</b>

	<u>2009</u>				
	<u>devis</u>	<u>H&amp;P</u>	<u>diff</u>	<u>Epper</u>	<u>diff</u>
<b>Lot 1 parties 1&amp;2</b>	1 461 011,61	2 123 465,69	45,34%	2 037 221,67	39,44%
<b>Lot 2</b>	148 224,68	199 245,78	34,42%	195 462,86	31,87%
<b>TOTAL</b>	<b>1 609 236,29</b>	<b>2 322 711,47</b>	<b>44,34%</b>	<b>2 232 684,53</b>	<b>38,74%</b>
<b>Diff. 2009/2006</b>		<b>718 511,84</b>	<b>44,79%</b>	<b>781 418,05</b>	<b>53,84%</b>

Sans vouloir entrer dans le détail d'une éventuelle justification de cette flambée des prix et des facteurs qui auraient pu la déclencher, il y a lieu au stade actuel de la procédure de se limiter à constater qu'un arrêté ministériel du 3 avril 2009 coulé en force de chose décidée a procédé à l'annulation de la soumission pour dépassement du devis définitif de 41,54% tout en recourant à la faculté, en conformité de l'article 47 de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, de recourir à un marché négocié.

Par ailleurs, les autorités compétentes ont repris les négociations par la suite avec les deux soumissionnaires Hees & Peters et H. Epper GmbH et ont finalement signé un contrat pour les travaux soumis, certaines fournitures et prestations ayant été réaménagées, avec la société Hees & Peters au vu de la motivation suivante :

*« Vu que les prix des offres renégociées sont acceptables, vu la demande expresse de la direction du Lycée du Nord à Wiltz et comme convenu lors de la réunion que vous avez eu avec les représentants du lycée le 23 mars 2010 dans les locaux de votre ministère, je propose de confier l'exécution des travaux à l'entreprise Hees & Peters pré-qualifiée, aux prix et conditions de son offre du 11 mai 2010, s'élevant à EUR 836790,23 + EUR 147'668 86 (T.V.A.) = EUR 984'459,09 TTC.*

*Il est à noter que l'offre est de 40,17 % inférieure au devis estimatif, ce qui est dû principalement aux différentes étapes de négociations et au fait que d'autres équipements dont par exemple ceux de l'informatique ne font plus partie du présent marché. Notons à titre d'information que les positions 1.171-1.190 regroupant ce lot informatique totalisent la somme de 123'103.- TTC dans l'offre Hees & Peters émise initialement. Ces équipements font partie de demandes d'offres séparées. »*

- **La plainte formulée**

Dans sa lettre du 16 mars 2009 le directeur de l'Administration des bâtiments publics énonce les raisons qui ont conduit son service à estimer être en présence d'une entente ou d'une concertation tombant sous les prescriptions du droit de la concurrence qui se lisent comme suit :

*« Après vérification, il ressort que les 2 entreprises ont indiqué des prix identiques pour une valeur de 67,22 % respectivement de 70,07 % du montant total du lot 1 « installations de menuiserie », c'est-à-dire que sur un total de 120 positions du lot 1, 93 positions (correspondant à 77,5 %) affichent la même valeur de part et d'autre. Je dois donc exprimer mon doute quant à la libre concurrence sur ce marché et il me semble possible que les 2 entreprises se soient concertées avant la remise de l'offre.*

*De même, les positions 1.1.66 à 1.1.69 ont été indiquées avec une valeur de EUR 0.00.- dans les dossiers de soumission des 2 entreprises. Rien que pour cette non-conformité d'après l'art. 57 sur les marchés publics, la soumission doit être annulée.*

*Finally, je tiens à relever que l'entreprise Epper GmbH a indiqué à la page 22 du cahier des charges qu'elle exécutera les travaux en association momentanée avec l'entreprise Hees & Peters. Cet engagement solidaire, signé en date du 4 mars 2009 et par lequel les parties concernées désignent Epper GmbH comme mandataire, est joint en annexe. Or l'entreprise Hees & Peters a aussi remis une offre en son propre nom.*

*L'offre de Hees & Peters ne peut donc suivant l'art. 2 (3) du règlement grand-ducal sur les marchés publics, être prise en considération. »*

L'article 2 (3) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 (ci-après le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003) dispose « qu'une même personne ne peut pas faire partie de plus d'une association. Ne peut être prise en considération une offre en nom personnel émanant d'une personne si celle-ci remet parallèlement une offre en association avec une ou plusieurs autres personnes.

La société Hees & Peters GmbH ayant participé une fois au nom de l'association momentanée (avec Epper GmbH) et une seconde fois en son propre nom, il paraissait évident que l'offre remise en nom propre dût être rejetée.

Hees & Peters GmbH avait ainsi logiquement connaissance des prix des différentes positions du bordereau à la fois dans l'offre déposée en nom personnel et dans l'offre commune. Il se peut même que Hees & Peters GmbH ait repris en grande partie des positions de sa propre offre pour l'offre commune et que les prix des autres positions émanent de calculs de l'associé momentané Epper GmbH.

Il semble évident que dans le cadre d'une honnêteté commerciale une entreprise garde pour un même chantier ses propres prix au même niveau que de les changer d'une offre à l'autre, tout en devant savoir qu'il est interdit de participer deux fois à la même offre de prix de sorte qu'il paraît évident que la majorité des prix des positions du bordereau soient identiques.

En vertu de l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence intitulé « Interdiction des ententes », « sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à: 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions... »



Il est de jurisprudence qu'un concours de volontés tel que défini par cet article suppose nécessairement une pluralité d'acteurs, une apparence de la pluralité cachant parfois une unité. (voir dans ce contexte : Jurisclasseur commercial, Fas. 141, p. 1)

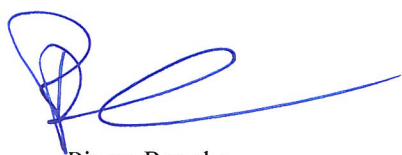
Etant donné que la même entreprise Hees & Peters GmbH a participé deux fois à la soumission, une fois en nom propre et une fois en association avec Epper GmbH, le Conseil estime ne pas être en présence d'une pluralité mais d'un seul acteur et que l'on ne saurait reprocher une entente à Hees & Peters GmbH qui a repris les mêmes prix tant dans son offre individuelle que dans son offre collective en association momentanée avec Epper GmbH.

Conscient de cette problématique et aux fins d'éviter que l'apparence de la pluralité cache parfois une unité, le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 a tout justement interdit une participation parallèle d'une société agissant d'une part en nom propre et d'autre part en association. Cette interdiction évite *ab initio* une possibilité de concertation d'accord à ce niveau en évitant de surplus toutes sortes d'échanges inévitables d'informations préalables à l'ouverture d'une soumission.

Au vu de tous ces éléments, en l'absence de pluralité d'acteurs, aussi qualifiés « *d'opérateurs économiques étant habilités de déterminer de manière autonome la politique qu'ils entendent suivre sur le marché* », et en l'absence d'une possibilité de collusion anticoncurrentielle, un concours de volontés exigeant comme élément constitutif au moins deux acteurs, le Conseil

- retient qu'aucune atteinte à l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence n'a été commise.
- prononce la décision définitive de rejet de la plainte du ministre du Développement durable déposée le premier avril 2009

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg le 4 décembre 2012.



Pierre Rauchs

Président



Jean-Claude Weidert

Conseiller



Mattia Melloni

Conseiller

#### **Indication sur les voies de recours**

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre de la présente décision prise en formation collégiale en vertu de l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ce recours est formé par requête signée d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés par les conseils des Ordres des avocats dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jour où vous avez pu en prendre connaissance.