

**Avis n° 2016-030 du 23 mars 2016**  
**portant sur le projet de décret relatif à la passation des marchés par les**  
**concessionnaires d'autoroutes**

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après « l'Autorité »),

Saisie pour avis par courrier de la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en date du 29 février 2016 en application de l'article L. 122-22 du code de la voirie routière ;

Vu le code des transports ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, notamment ses articles 13, 15 et 18 ;

Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

Vu le décret n° 2016-234 du 1<sup>er</sup> mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes ;

Vu l'avis n° 2016-008 du 20 janvier 2016 de l'Autorité relatif au projet de décret fixant les modalités d'application des sections 3 à 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière ;

Après en avoir délibéré le 23 mars 2016 ;

**EMET L'AVIS SUIVANT**

1. En application de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et notamment ses articles 13, 15 et 18, un projet de décret fixant les modalités d'application des sections 3 à 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière a été soumis à l'avis de l'Autorité par la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes le 6 janvier 2016. L'Autorité a rendu un avis défavorable (avis n° 2016-008 du 20 janvier 2016) sur ce projet de décret, estimant souhaitable de modifier le projet dans le sens d'un renforcement de sa capacité d'action et des obligations relatives aux commissions des marchés.
2. Suite à la disjonction de certaines dispositions de ce projet de décret par le Conseil d'Etat, seule une partie des dispositions initiales soumises à l'avis de l'Autorité a été reprise par le Gouvernement

dans le décret n° 2016-234 du 1<sup>er</sup> mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes.

3. La disjonction partielle des dispositions figurant dans le projet de décret initial explique la raison pour laquelle aucune disposition réglementaire n'apparaît pour l'instant dans la sous-section 1 « passation des marchés » et la sous-section 3 « référé de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières » de la section 4 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière, le Gouvernement ayant fait le choix d'en différer la rédaction.
4. Le présent projet de décret soumis à l'avis de l'Autorité traite ainsi de ces deux sous-sections et vient assurer leur cohérence avec les dispositions qui seront introduites par le futur décret d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

## **1. SUR L'OBLIGATION D'INFORMATION PREALABLE DE L'AUTORITE POUR L'ENSEMBLE DES MARCHES PASSES PAR LES SOCIETES CONCESSIONNAIRES**

5. La lecture combinée de l'article L. 122-16 du code de la voirie routière et des nouveaux articles R. 122-32 et R. 122-39 du même code permet de conclure que les concessionnaires d'autoroutes concernés devront transmettre les éléments définis expressément à l'article R. 122-39 lorsqu'ils concernent les procédures formalisées énumérées au I de l'article 27 du projet de décret relatif aux marchés publics ou les avenants relevant de l'article R. 122-36. En revanche, aucune disposition réglementaire ne fixe les éléments devant être transmis pour les marchés portant sur d'autres procédures.
6. Ainsi, pour ces marchés, l'Autorité suggère que la liste des éléments à lui transmettre pour répondre à l'obligation d'information préalable prévue à l'article L. 122-16 soit définie par une décision motivée de l'Autorité qui listera les informations attendues. A cet effet, l'Autorité propose que le dernier paragraphe de l'article R. 122-32 soit complété par une phrase ainsi rédigée : « *Lorsque le marché n'en relève pas, cette information est effectuée dans des conditions définies par décision motivée de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.* »

## **2. SUR LES SEUILS APPLICABLES AUX SOCIETES CONCESSIONNAIRES PUBLIQUES**

7. S'agissant des seuils applicables aux concessionnaires, plusieurs régimes distincts et sans cohérence subsistent dans la réglementation actuelle :
  - les sociétés relevant de l'article L. 122-12 du code de la voirie routière, qui sont des sociétés privées, pour lesquelles s'appliquent les seuils définis aux articles L. 122-16 et R. 122-30 (une procédure formalisée à partir de 240 000 euros HT pour les marchés de fournitures et services et 500 000 euros HT pour les marchés de travaux) ;
  - les sociétés relevant de l'article L. 122-13 du code de la voirie routière, qui sont des sociétés publiques, pour lesquelles s'appliquent les seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (209 000 euros HT pour les marchés de fournitures et services et 5 225 000 euros HT pour les marchés de travaux) ou les seuils de procédure formalisée prévus par la convention de délégation lorsqu'ils sont inférieurs (2 000 000 euros HT pour les marchés de travaux).
8. Ainsi, s'agissant des sociétés concessionnaires relevant de l'article L. 122-13 du code de la voirie routière, l'Autorité, par application des articles L. 122-13, L. 122-17 et R. 122-39 du code de la voirie routière, sera informée uniquement des marchés faisant l'objet d'une procédure formalisée

et soumis à l'avis de la commission des marchés. Dès lors, elle ne disposera d'aucune information concernant les marchés de travaux d'un montant inférieur à 2 millions d'euros HT.

### **3. SUR LE REFERE DE L'AUTORITE DE REGULATION DES ACTIVITES FERROVIAIRES ET ROUTIERES**

9. Le III de l'article R. 122-39 prévoit un délai minimal de 18 jours entre la date de réception par l'Autorité du dossier mentionné au II du même article et la date de signature du marché par le concessionnaire. L'Autorité se félicite de ce délai qui répond aux observations formulées dans son avis en date du 20 janvier 2016. Un tel délai de 18 jours permettra ainsi à l'Autorité d'être mise en mesure d'exercer pleinement son contrôle et, le cas échéant, de saisir le juge des référés dans l'hypothèse d'un manquement constaté.
10. En revanche, aucun délai en ce sens n'est prévu s'agissant des avenants soumis à l'avis de la commission des marchés. L'Autorité regrette cette absence de délai, qui lui est pourtant nécessaire pour pouvoir mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction et, le cas échéant, saisir le juge des référés afin de s'opposer à la signature d'un avenant irrégulier.
11. L'Autorité demande à cet effet que soit modifié le III comme suit : « *Un délai minimal de 18 jours est respecté entre la date de réception par l'Autorité du dossier mentionné au II et la date de signature du marché ou de l'avenant par le concessionnaire* ».
12. Sur le II de l'article R. 122-39, l'Autorité attire l'attention du Gouvernement sur l'ambiguïté qui résulte du positionnement des termes « *par voie électronique* », lesquels semblent pouvoir s'appliquer à la signature des marchés et des avenants comme à la transmission du dossier de présentation évoqués dans la même phrase. En outre, l'emploi des termes « *le cas échéant* » ne paraît pas approprié, puisque tous les marchés ou avenants visés par l'article R. 122-39 doivent faire l'objet de l'avis de la commission des marchés.
13. Afin de prévenir toute incertitude sur l'interprétation à en donner, l'Autorité propose de rédiger le II du nouvel article R. 122-39 comme suit : « *Préalablement à la signature du projet de marché ou d'avenant, un dossier de présentation est transmis par voie électronique à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières. Ce dossier de présentation comprend le montant du marché ou de l'avenant, une description de la procédure de passation, ainsi que l'avis de la commission et les autres éléments précisés par arrêté conjoint du ministre chargé de la voirie nationale et du ministre chargé de l'économie, pris après avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.* »

### **4. SUR LA LIMITATION DU PRINCIPE DU RECOURS A L'APPEL D'OFFRES RESTREINT**

14. Le second alinéa du point V du nouvel article R. 122-31 prévoit que « *par dérogation au dernier alinéa de l'article 67, le recours à l'appel d'offres restreint pour les marchés de travaux passés par le concessionnaire relevant du 3° de l'article R. 122-33 est limité aux cas prévus par les règles internes de sa commission des marchés* ».
15. L'Autorité relève qu'il n'existe pas de 3° à l'article R. 122-33 et que le renvoi devrait porter sur le 1° du même article, à savoir les concessionnaires d'autoroutes relevant de l'article L. 122-12 et dont la longueur contractuelle des ouvrages de la concession est supérieure à 200 km.

## CONCLUSION

Sous réserve des observations mentionnées plus haut et des propositions d'amendement de rédaction figurant en annexe, l'Autorité émet un avis favorable sur le projet de décret relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroutes.

Le présent avis sera notifié à la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et publié sur le site internet de l'Autorité.

*L'Autorité a adopté le présent avis le 23 mars 2016.*

***Présents : Monsieur Pierre Cardo, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Madame Marie Picard ainsi que Messieurs Jean-François Bénard, Yann Pétel et Michel Savy, membres du collège.***

Le Président

Pierre Cardo

## Annexe : liste des propositions d'amendement au projet de décret

Art. R. 122-31 (V) - second alinéa (point 14)

« Toutefois, par dérogation au dernier alinéa de l'article 67, le recours à l'appel d'offre restreint pour les marchés de travaux passés par le concessionnaire relevant du 1° de l'article R. 122-33 est limité aux cas prévus par les règles internes de sa commission des marchés. »

Art. R. 122-32. - dernier alinéa (point 6)

« En outre, lorsque le marché relève de l'article R. 122-39, la mesure d'information est effectuée dans les conditions prévues à cet article. **Lorsque le marché n'en relève pas, cette information est effectuée dans des conditions définies par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières par décision motivée.** »

Art R. 122-39 (III) - (point 14)

« Un délai minimal de 18 jours est respecté entre la date de réception par l'Autorité du dossier mentionné au II et la date de signature du marché ou de l'avenant par le concessionnaire. »

Art R. 122-39 (II) (point 11)

« ~~Le projet de marché ou d'avenant fait l'objet d'une transmission à l'autorité préalablement à la signature, par voie électronique, d'un.~~ **Préalablement à la signature du projet de marché ou d'avenant, un dossier de présentation est transmis par voie électronique à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières. Ce dossier de présentation comprend le montant du marché ou de l'avenant, une description de la procédure de passation, ainsi que l'avis de la commission et les autres éléments précisés par arrêté conjoint du ministre chargé de la voirie nationale et du ministre chargé de l'économie, pris après avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.** »