

Avis n° 2016-120 du 29 juin 2016

relatif au projet de règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services de la société Autoroutes Esterel-Côte d'Azur

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

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-17 et R. 122-35 ;

Vu le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;

Vu le décret n° 2016-552 du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroute ;

Vu les avis n°s 2016-044 du 6 avril 2016 et 2016-055 du 20 avril 2016 relatifs à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes Esterel-Côte d'Azur (ci-après « ESCOTA ») ;

Vu la saisine de la société ESCOTA enregistrée au greffe de l'Autorité le 23 mai 2016 et déclarée complète au 25 mai 2016 conformément à l'article 50 du règlement intérieur de l'Autorité ;

Après en avoir délibéré le 29 juin 2016 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. PROCEDURE

1. Conformément au deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière et au II de l'article R. 122-35 du même code, les concessionnaires d'autoroute sont tenus de saisir l'Autorité pour avis conforme concernant le projet de règles internes établi par leur commission des marchés.
2. Après que la composition de sa commission des marchés a été validée par avis de l'Autorité n°s 2016-044 du 6 avril 2016 et 2016-055 du 20 avril 2016, la société ESCOTA a saisi l'Autorité, par courrier de son directeur général enregistré le 23 mai 2016, du projet de règles internes adopté par sa commission des marchés le 19 mai 2016.

3. Au titre de l'article 2 du décret n° 2016-552 du 3 mai 2016 susvisé, les règles internes s'appliquent aux marchés et à leurs avenants passés par les concessionnaires d'autoroute pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à concurrence est lancé postérieurement à la date de publication dudit décret, soit le 5 mai 2016.
4. L'Autorité rappelle que les marchés dont la procédure a été lancée avant cette date ainsi que leurs avenants sont soumis aux stipulations de l'article 6 du cahier des charges annexé à la convention de concession conclue entre l'Etat et la société ESCOTA et aux précédentes règles internes en vigueur.

2. ANALYSE

5. L'article L. 122-14 du code de la voirie routière confie à l'Autorité la mission de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés de travaux, fournitures ou services passés par un concessionnaire d'autoroute dans les conditions de l'article L. 122-12 du même code.
6. En vertu du second alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, « *[l]a commission des marchés est chargée de définir les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services et de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution de ces marchés en application de la présente section. Ces règles, ainsi que la composition de la commission des marchés, sont soumises pour avis conforme à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.* »
7. Aux termes du I de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière, « *[l]es règles internes prévues au deuxième alinéa de l'article L. 122-17 comprennent notamment : 1° Les conditions dans lesquelles la commission se réunit et dans lesquelles elle statue ; 2° Les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint ; 3° Les conditions dans lesquelles la commission est consultée pour avis sur la passation des marchés ou la conclusion des avenants ; 4° Les conditions dans lesquelles la commission est informée de la décision du conseil d'administration ou du conseil de surveillance autorisant la concessionnaire d'autoroutes à ne pas suivre son avis ; 5° Les conditions dans lesquelles la commission est informée de la passation des marchés et de la conclusion des avenants lorsque son avis n'est pas requis ; 6° Les conditions d'accès de la commission aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions ; 7° Sans préjudice des articles R. 122-37 et R. 122-38, les conditions dans lesquelles la commission informe l'Autorité de la régulation des activités ferroviaires et routières des conditions de passation et d'exécution des marchés ; 8° La durée limitée pendant laquelle ces règles sont applicables* ».
8. Dans le cadre de sa mission rappelée au point 5, l'Autorité a la faculté de s'opposer à l'institution de règles internes qui ne comprendraient pas les points mentionnés au I de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière ou qui ne mettraient pas la commission des marchés en mesure de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés qui lui sont soumis pour avis.

2.1. Sur les conditions dans lesquelles la commission se réunit et statue

2.1.1. Sur le délai et le contenu des documents transmis aux membres concernant les dossiers soumis à l'examen de la commission des marchés

9. A l'article V-1 « Convocation », l'Autorité estime que le délai minimum de cinq jours francs avant la date prévue de la réunion est raisonnable pour que les membres de la commission puissent prendre connaissance des dossiers et remplir correctement leur mission.
10. L'Autorité recommande toutefois de prévoir, en pratique, la transmission des documents dans un délai supérieur au délai de cinq jours francs dans les cas suivants :
 - si un dossier complexe est soumis à la commission des marchés ;
 - si un nombre important de dossiers est présenté lors d'une séance de la commission des marchés.
11. Par ailleurs, à l'article V-1 « Convocation » du projet de règles internes, l'Autorité constate que les documents mentionnés audit article et devant être transmis aux membres de la commission des marchés sont suffisants pour leur permettre de se prononcer en toute connaissance de cause.

2.1.2. Sur les documents tenus à la disposition des membres de la commission

12. A l'article V-1 « Convocation », le projet de règles internes prévoit que le dossier complet de consultation des entreprises ainsi que les offres des candidats sont tenus à la disposition des membres de la commission des marchés. Cette formulation ne prévoit pas la transmission des candidatures alors même que les membres de la commission doivent pouvoir accéder à l'ensemble de la proposition des opérateurs économiques pour pouvoir vérifier les éléments d'analyse qui leur seront donnés et ainsi exercer pleinement leur mission.
13. L'Autorité demande ainsi que le projet de règles internes soit modifié afin de prévoir la mise à disposition des candidatures et des offres des candidats et/ou des soumissionnaires. Dès lors, au point a) « pour les projets de marchés » de l'article V-1 « Convocation », la rédaction suivante doit être adoptée : « *Le dossier de consultation des entreprises complet ainsi que l'ensemble des candidatures et des offres (...)* ».

2.1.3. Sur le contenu du procès-verbal de séance

14. Au quatrième paragraphe du point b) « Avis sur l'attribution des marchés et sur la conclusion des avenants » de l'article V-2 « Délibérations », l'Autorité estime que la seule consignation dans le procès-verbal de « recommandations » émises par des membres n'est pas suffisante pour pouvoir retracer l'ensemble des éléments susceptibles d'être formulés par chacun d'entre eux.
15. Aussi, l'Autorité demande que soient consignés au procès-verbal, outre les recommandations, « les observations et éventuelles réserves émises par un membre de la commission ».

2.1.4. Sur le vote des membres de la commission des marchés ayant voix délibérative

16. Au deuxième paragraphe du point b) « Avis sur l'attribution des marchés et sur la conclusion des avenants » de l'article V-2 « Délibérations », il est prévu que chaque membre de la commission des marchés ayant voix délibérative émet un avis sur le choix de l'attributaire du marché présenté ou sur l'avenant qui lui est soumis. Or, à la lecture de l'article R. 122-36 du code de la voirie routière,

il revient à la commission des marchés d'émettre un avis sur le projet de marché ou d'avenant qui lui est soumis et non à ses membres ayant voix délibérative : ces derniers émettent ainsi un vote dont résultera l'avis de la commission des marchés. A ce titre, l'Autorité demande que le paragraphe susmentionné soit modifié.

2.1.5. Sur le déport

17. Au point b) « Avis sur l'attribution des marchés et sur la conclusion des avenants » de l'article V-2 « Délibérations », le projet de règles internes prévoit le déport, lors des débats, des membres indépendants et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires qui présenteraient au jour de la réunion de la commission un quelconque lien d'intérêt avec l'un des soumissionnaires ayant participé à la consultation.
18. L'Autorité estime que le déport s'étend également au vote qui suit les débats. En effet, le vote d'un membre ayant un lien d'intérêt avec l'un des soumissionnaires ne permet pas de garantir le respect des conditions de la composition de la commission posées au premier alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, tenant à la présence majoritaire de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires. L'Autorité demande ainsi que la règle de déport porte également sur le vote.
19. En outre, l'Autorité considère que les liens d'intérêt susceptibles d'exercer une influence dans le cadre des fonctions de membres de la commission des marchés s'étendent à l'ensemble des candidats à une consultation. Or, le projet de règles internes qui lui est soumis ne traite que du cas de liens entretenus avec les soumissionnaires. Ainsi, l'Autorité demande que les règles internes intègrent, s'agissant du lien d'intérêt, l'ensemble des candidats ayant participé à la consultation et non les seuls soumissionnaires.
20. Enfin, l'Autorité demande que les règles internes de la commission des marchés mentionnent expressément que la règle selon laquelle la commission des marchés ne peut valablement rendre un avis qu'en présence d'une majorité de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires au sens des articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière s'applique y compris en cas de déport d'un membre de la commission.
21. Conformément aux points 19 de l'avis n° 2016-044 du 6 avril 2016 et 3 de l'avis n° 2016-055 du 20 avril 2016 concernant la composition de la commission des marchés de la société ESCOTA, l'Autorité rappelle que chacun des membres est tenu de porter à la connaissance de la société concessionnaire ainsi qu'à celle de l'Autorité tout changement qui aurait une incidence sur le contenu de leur déclaration d'intérêts. Aussi, à l'occasion du déport d'un membre déclaré indépendant et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires, si le lien d'intérêt constaté n'a pas déjà été précisé par le membre concerné dans sa déclaration initiale, ce dernier devra nécessairement actualiser sa déclaration auprès de la société ESCOTA qui devra saisir l'Autorité des compléments apportés.

2.2. Sur les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint

22. Après avoir constaté le choix privilégié des sociétés concessionnaires d'autoroute de recourir à l'appel d'offres restreint, l'Autorité de la concurrence, dans son avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, a mentionné que la procédure restreinte devait être limitée aux marchés pour lesquels elle était strictement nécessaire.

23. Le deuxième alinéa du V de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière, créé par le décret du 3 mai 2016 susvisé, dispose ainsi que le recours à l'appel d'offres restreint, pour les marchés de travaux passés par les concessionnaires relevant de l'article L. 122-12 du même code, doit être limité aux cas prévus dans les règles internes de leur commission des marchés.
24. En l'espèce, à l'article II « Recours à l'appel d'offres restreint » du projet de règles internes, il est indiqué que le recours à l'appel d'offres restreint relève de l'appréciation du maître d'ouvrage en fonction de la complexité technique de l'objet et/ou des modalités d'exécution du marché. L'Autorité considère que le fait de laisser à la libre appréciation du maître de l'ouvrage le recours à l'appel d'offres restreint ne constitue pas un cas de limitation répondant aux dispositions du deuxième alinéa du V de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière.
25. Par ailleurs, l'article II « Recours à l'appel d'offres restreint » du projet de règles internes prévoit également qu'en cas de recours à l'appel d'offres restreint, il n'y aura pas de limitation du nombre de candidats invités à soumissionner. Or, la décision d'interdire la fixation d'un nombre de candidats admis à poursuivre la procédure ne constitue pas une limitation du recours à la procédure d'appel d'offres restreint mais relève des modalités particulières d'application de cette procédure.
26. Le projet de règles internes ne contient donc pas de limitation du recours à la procédure d'appel d'offres restreint. Il ne peut en conséquence être regardé comme répondant, sur ce point, aux obligations définies par les dispositions des articles R. 122-31 et R. 122-35 du code de la voirie routière.
27. L'Autorité demande que les règles internes prévoient, conformément à ces dispositions, une limitation du recours à l'appel d'offres restreint et qu'en cas d'utilisation de cette procédure, une motivation du maître de l'ouvrage figure dans le dossier de présentation du projet de marché.
28. En outre, par parallélisme avec les dispositions du projet de règles internes mentionnées au point 25 et applicables à la procédure d'appel d'offres restreint, l'Autorité recommande d'étendre le principe de non-limitation du nombre de candidats invités à soumissionner aux autres procédures comportant une phase de sélection des candidats, c'est-à-dire la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif.

2.3. Sur les conditions dans lesquelles la commission est consultée pour avis sur la passation des marchés et la conclusion des avenants

29. L'Autorité note que l'article I « Périmètre de compétence et attributions » du projet de règles internes reprend les dispositions de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière et du I de l'article R. 122-39 du même code concernant les projets de marchés et d'avenants devant être soumis à l'avis de la commission des marchés.
30. Le projet de règles internes n'étant pas suffisamment explicite concernant le contenu de l'avis de la commission des marchés sur les projets d'avenant qui lui sont soumis, l'Autorité demande que les éléments précisés à cet égard par le concessionnaire au cours de l'instruction, qui lui ont été adressés par courriel en date du 7 juin 2016, soient repris à l'article I « Périmètre de compétence et attributions » du projet de règles internes, à savoir « *Les modalités de recours à l'avenant correspondent à la description de la situation nécessitant le recours à l'avenant et portent également sur l'équilibre économique de ce dernier* ».
31. L'Autorité recommande également que l'avis de la commission des marchés puisse être requis au moment des phases de sélection des candidatures pour toutes les procédures dans lesquelles une telle étape est prévue.

2.4. Sur les conditions dans lesquelles la commission est informée de la décision du conseil d'administration ou du conseil de surveillance autorisant le concessionnaire d'autoroute à ne pas suivre son avis

32. L'Autorité note que le point d) « Décision d'attribution du marché/décision de conclusion d'avenant » de l'article V-2 « Délibérations » du projet de règles internes prévoit que le conseil d'administration est saisi dans le cas où la société déciderait de ne pas suivre l'avis de la commission des marchés conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière sans préciser dans quel délai cette décision doit être transmise à la commission ni la forme qu'elle doit prendre.
33. Or, conformément au troisième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, *« le concessionnaire ne peut refuser de suivre l'avis de la commission des marchés que par une décision de son conseil d'administration ou de son conseil de surveillance, soumise à l'ensemble des conditions définies par le code de commerce pour les conventions réglementées »*.
34. Dès lors, conformément à ces dispositions, et afin que la commission puisse veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés qui lui sont soumis pour avis, cette dernière doit pouvoir, au travers du document qui retrace les débats et les votes du conseil d'administration, d'une part, vérifier les justifications éventuelles qui ont amené à ne pas suivre sa décision et, d'autre part, s'assurer que les conditions définies par le code de commerce pour les conventions réglementées ont bien été respectées.
35. De plus, en application du II de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière ainsi que de l'article R. 122-39-1 du même code, le président de la commission des marchés doit transmettre sans délai à l'Autorité un dossier de présentation du marché préalablement à sa signature, qui ne peut intervenir dans un délai inférieur à dix-huit jours à compter de sa réception par l'Autorité. Dès lors, et pour que le dossier de présentation soit considéré comme complet par l'Autorité, la décision du conseil d'administration de ne pas suivre l'avis de la commission doit impérativement être remise à l'Autorité avec l'ensemble du dossier de présentation du marché afin qu'elle puisse accomplir la mission de contrôle qui lui est confiée.
36. L'Autorité demande à ce titre que le point d) « Décision d'attribution du marché/décision de conclusion d'avenant » de l'article V-2 « Délibérations » soit complété pour intégrer la motivation de la décision du conseil d'administration ainsi que sa transmission sans délai au président de la commission des marchés.

2.5. Sur les conditions dans lesquelles la commission est informée de la passation des marchés et de la conclusion des avenants lorsque son avis n'est pas requis

37. L'Autorité constate que l'article I « Périmètre de compétence et attributions » du projet de règles internes prévoit que les deux informations mentionnées au quatrième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière sont transmises annuellement à la commission des marchés, soit :
 - les avenants aux marchés soumis à avis de la commission, pour lesquels l'avis de la commission des marchés n'est pas requis ;
 - la liste des entreprises avec lesquelles la société conclut des marchés qui entrent dans le champ des exceptions de l'article L. 122-16 du code de la voirie routière.
38. L'Autorité demande que les règles internes prévoient une échéance annuelle à ne pas dépasser pour la transmission de ces éléments afin, le cas échéant, que la commission puisse informer l'Autorité d'un éventuel manquement à cette obligation comme cela est prévu au quatrième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière et au 3°) de l'article VI-1 « Information de l'ARAFER » du projet de règles internes.

2.6. Sur les conditions d'accès de la commission aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions

39. L'article I « Périmètre de compétence et attributions » du projet de règles internes prévoit que : « *La CM peut accéder à l'ensemble des informations nécessaires à l'exécution de ses missions. Tout membre de la CM souhaitant accéder à une telle information se rapproche, avec un délai suffisant, du président de la CM à cet effet. Toute information nécessaire à l'exécution des missions de la CM, ainsi demandée par ce membre, lui est communiquée par l'intermédiaire du Président de la CM, dans un délai raisonnable, en fonction de la nature de l'information demandée, et compatible avec la bonne exécution des missions de la CM* ».
40. L'Autorité observe que la notion de délai suffisant ne permet pas de s'assurer de la communication préalable d'informations complémentaires éventuelles et nécessaires à chacun des membres de la commission des marchés pour pouvoir exercer correctement leur mission.
41. L'Autorité demande que le paragraphe suivant soit ajouté à l'article I « Périmètre de compétence et attributions » rédigé comme suit : « *Les réponses aux demandes d'information formulées par l'un des membres de la CM sont communiquées à l'ensemble des membres dans les meilleurs délais et au plus tard en début de séance, le jour de la réunion de la CM au cours de laquelle le dossier ayant soulevé une demande d'informations est traité* ». L'Autorité rappelle en outre que les membres de la commission peuvent, le cas échéant, émettre des réserves, s'abstenir ou voter défavorablement et que la commission des marchés peut surseoir à statuer.

2.7. Sur les conditions dans lesquelles la commission informe l'Autorité des conditions de passation et d'exécution des marchés (sans préjudice des articles R. 122-37 et R. 122-38 du code de la voirie routière)

42. A l'article VI-1 « Information de l'ARAFER », l'Autorité demande à ce que soit complétée la liste des informations qui lui sont transmises par un point 4°) relatif à la transmission sans délai, par le président de la commission des marchés, de la décision motivée du conseil d'administration refusant de suivre l'avis de la commission des marchés.

2.8. Sur la durée limitée pendant laquelle ces règles sont applicables

43. L'Autorité constate que la durée de validité des règles internes a été fixée à la fin du contrat de concession de la société ESCOTA, soit à ce jour, le 29 février 2032. Une telle échéance ne peut raisonnablement constituer une limitation de durée, telle que requise en application de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière, puisque les règles internes ne trouveront de facto plus à s'appliquer à l'échéance de la concession. L'Autorité demande à la commission des marchés de prévoir une limitation de la durée de validité des règles internes conformément aux dispositions précitées, en se fondant sur la durée du mandat des membres indépendants de la commission. En effet, dès lors que la composition de la commission des marchés aura été renouvelée, celle-ci doit pouvoir être en mesure de définir les règles internes qu'elle souhaitera voir s'appliquer à la passation et à l'exécution des marchés, conformément aux compétences qui lui sont dévolues aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière.
44. L'Autorité note, par ailleurs, que le projet de règles internes prévoit la possibilité d'une révision à la demande de l'un des membres de la commission ou en cas d'évolutions législatives ou réglementaires. Elle demande à cet effet que ces règles précisent les modalités de leurs révisions ou modifications en faisant apparaître, d'une part, les modalités à suivre lorsqu'un membre de la commission des marchés sollicite une révision des règles internes et, d'autre part, la mention selon laquelle toute modification doit être réalisée dans les mêmes conditions de forme que leur adoption initiale.

2.9. Sur l'attribution de la commission des marchés

45. Le projet de règles internes ne reprend pas l'attribution définie à l'article L. 122-17 du code de la voirie routière relative au pouvoir de la commission des marchés de définir les règles internes. Aussi, l'Autorité demande, au titre du deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, que soit expressément mentionnée à l'article I « Périmètre de compétence et attributions » du projet que « *La commission des marchés est chargée de définir les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés* ».

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis défavorable sur le projet de règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services présenté par la commission des marchés de la société ESCOTA.

Le présent avis sera notifié à la société ESCOTA et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 29 juin 2016.

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

Le Président

Pierre Cardo