

Avis n° 2016-133 du 6 juillet 2016

relatif au projet d'arrêté fixant le contenu du dossier de présentation à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières relatif aux marchés et avenants passés par les concessionnaires d'autoroutes prévu au II de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière

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 17 juin 2016 en application du II de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière ;

Vu le code des transports ;

Vu le code de la voirie routière ;

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'autoroutes ;

Après en avoir délibéré le 6 juillet 2016 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. En application du II de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière, préalablement à la signature des marchés ou des avenants listés au I de l'article R. 122-39 du même code, le concessionnaire ou, lorsqu'il dispose d'une commission des marchés, le président de cette commission, transmet par voie électronique à l'Autorité un dossier de présentation dont le contenu peut être précisé par arrêté conjoint du ministre chargé de la voirie routière nationale et du ministre de l'économie, pris après avis de l'Autorité.
2. Lors de l'examen du contenu de ce dossier de présentation, l'Autorité, qui est chargée de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés des sociétés concessionnaires, pourra constater d'éventuels manquements et engager, le cas échéant, les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-13 du code de justice administrative et aux articles 2 et 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, ou encore engager les mesures de contrôle et d'enquête dont elle dispose. Pour les projets de marchés mentionnés aux 1° et 2° du I de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière, les concessionnaires devront respecter un délai minimum de 18 jours à compter de la réception du dossier de présentation par l'Autorité et jusqu'à la date de signature du marché.

3. Le présent projet d'arrêté soumis à l'avis de l'Autorité établit la liste des éléments devant figurer dans le dossier de présentation qui lui sera soumis pour examen, préalablement à la signature des marchés et avenants visés aux 1° à 4° du I de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière.

1. SUR LE DOSSIER DE PRÉSENTATION DES PROJETS DE MARCHÉS RELEVANT DU 1° ET DU 2° DU I DE L'ARTICLE R. 122-39 DU CODE DE LA VOIRIE ROUTIERE

4. Eu égard à la mission impartie à l'Autorité de s'assurer du respect, par les concessionnaires d'autoroutes, des règles de publicité et de mise en concurrence qui leur sont applicables, il apparaît opportun d'ajouter deux éléments au contenu du dossier de présentation tel que prévu à l'article 2 du projet d'arrêté examiné.
5. D'une part, au 4° de cet article qui prévoit l'inclusion d'une liste des candidatures et des offres reçues, l'Autorité préconise d'ajouter la mention suivante « *et la date de leur réception* ». Cet ajout permettrait à l'Autorité de vérifier que seules auront été admises les candidatures et les offres remises dans les délais impartis aux candidats par le concessionnaire.
6. D'autre part, au 6° de cet article relatif à l'analyse des candidatures et des offres, l'Autorité suggère de préciser que la grille d'analyse doit être accompagnée de la méthode d'analyse « *et de notation* » au regard des critères d'attribution. Cet ajout permettrait à l'Autorité de disposer d'explications exhaustives relatives à la méthode suivie par le concessionnaire pour l'application des critères d'attribution du marché.

2. SUR LE DOSSIER DE PRÉSENTATION DES PROJETS DE MARCHÉS RELEVANT DU 1° DE L'ARTICLE R. 122-39-1 DU CODE DE LA VOIRIE ROUTIERE

7. L'article 3 du projet d'arrêté est relatif aux marchés qui seront conclus par les sociétés concessionnaires d'autoroutes sans publicité ni mise en concurrence préalables. Il précise que le dossier de présentation d'un tel projet de marché mentionne dans lequel des cas limitativement énumérés aux I et II de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 susvisé il se situe.
8. Afin de permettre l'exercice d'un contrôle effectif par l'Autorité, il apparaît essentiel de disposer également d'une présentation des motifs pour lesquels le concessionnaire estime que le marché considéré correspond effectivement à l'un des cas énumérés au I ou au II de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 susvisé.
9. Il est ainsi proposé d'ajouter au premier paragraphe de l'article 3, une mention (soulignée ci-après) selon laquelle le dossier de présentation préalable comprend « *celle des hypothèses énumérées aux I et II de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 susvisé à laquelle il répond, les éléments permettant de justifier que le concessionnaire se situe effectivement dans cette hypothèse et (...)* ».

3. SUR LE DOSSIER DE PRÉSENTATION DES PROJETS D'AVENANTS RELEVANT DU 3° ET DU 4° DE L'ARTICLE R. 122-39 DU CODE DE LA VOIRIE ROUTIERE

10. Le 2° de l'article 4 du présent projet d'arrêté prévoit que des éléments descriptifs du projet d'avenant soient contenus dans le dossier de présentation, parmi lesquels une description de « *l'impact [de l'avenant] sur l'équilibre économique du contrat initial* ».

11. Au regard de la terminologie habituellement utilisée en matière de commande publique, l'Autorité relève que les termes d' « *équilibre économique* » du contrat renvoient essentiellement à l'équilibre des relations économiques entre les parties au contrat.
12. L'Autorité considère que l'influence de l'avenant sur la dimension financière du contrat initial est l'un des critères au regard desquels la validité dudit avenant doit être examinée. Elle estime néanmoins que son contrôle devra se concentrer non sur la modification de l'équilibre économique entre les parties, mais sur l'ampleur de la modification de l'économie du contrat induite par l'avenant, en particulier l'évolution du montant du marché par rapport à son montant initial.
13. Pour les besoins du contrôle effectué par l'Autorité sur les avenants conclus par les concessionnaires d'autoroutes, la formulation suivante pourrait ainsi être privilégiée « *l'impact [de l'avenant] sur l'économie du contrat initial* ».

CONCLUSION

Sous les réserves mentionnées aux points 5, 6, 9 et 13, l'Autorité émet un avis favorable sur le projet d'arrêté fixant le contenu du dossier de présentation à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières relatif aux marchés et avenants passés par les concessionnaires d'autoroutes prévu au II de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière.

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 6 juillet 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