

Avis n° 2016-165 du 19 juillet 2016

relatif au projet de règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services de la société des Autoroutes du Nord-Est de la France

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'autoroutes ;

Vu l'avis n° 2016-064 du 11 mai 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société des Autoroutes du Nord-Est de la France (ci-après « SANEF ») ;

Vu la saisine de la société SANEF enregistrée au greffe de l'Autorité le 30 mai 2016 et déclarée complète le même jour conformément à l'article 50 du règlement intérieur de l'Autorité ;

Après en avoir délibéré le 19 juillet 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 validation de la composition de sa commission des marchés, par l'avis de l'Autorité n° 2016-064 du 11 mai 2016, la société SANEF a saisi l'Autorité, par courrier de son directeur général

enregistré le 30 mai 2016, du projet de règles internes adopté par la commission des marchés, le 26 mai 2016.

3. Au titre de l'article 2 du décret 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 SANEF 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 dans lesquelles elle 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 III-2 « Transmission des dossiers », 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 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.

2.1.2. Sur le contenu du procès-verbal de séance

11. Au troisième paragraphe du point IV.2 « Procès verbal », l'Autorité estime que la consignation dans le procès-verbal d'observations ou de tout point ayant fait l'objet de discussions lors de la délibération, à la demande d'un membre, est suffisante pour rendre compte du déroulement de la réunion.

2.1.3. Sur le déport

12. Au point IV « Conditions dans lesquelles la commission statue », le projet de règles internes prévoit le déport, lors des débats et du vote, de tout membre de la commission s'estimant en situation de conflit d'intérêts sur un dossier soumis à la commission.
13. 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 vaut après prise en compte d'éventuels déports au sein de la commission.
14. Conformément au point 22 de l'avis n° 2016-064 du 11 mai 2016 concernant la composition de la commission des marchés de la société SANEF, 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 SANEF qui devra saisir l'Autorité avec les compléments apportés. Cette précision mériterait d'être apportée dans le projet des règles internes.

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

15. Après avoir constaté le choix privilégié des sociétés concessionnaires d'autoroute de recourir à l'appel d'offres restreint, l'Autorité de la concurrence mentionnait, dans son avis n° 14-A-13 du

17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, que la procédure restreinte devait être limitée aux marchés pour lesquels elle était strictement nécessaire.

16. 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. Le 2° du I de l'article R. 122-35 du même code prévoit ainsi que les règles internes comprennent les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint.
17. En l'espèce, à l'article V « *conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint* » du projet de règles internes, les possibilités de recours à l'appel d'offres restreint sont limitativement énumérées comme suit : 1° les marchés à enjeu, que cet enjeu résulte soit de l'ouvrage à réaliser en raison notamment de la technicité très particulière de sa réalisation, soit des conditions de réalisation notamment liée à la sécurité des usagers ou du chantier, soit des conditions de sécurité propres à la visite des sites par les entreprises souhaitant présenter une offre, soit de la nécessité d'imposer aux entreprises admises à présenter une offre des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations ; 2° les marchés d'ouvrages d'art non courants au sens de la circulaire n°87-88 du 27 octobre 1987, 3° la mise en œuvre d'un système d'acquisition dynamique ; 4° les marchés de nature particulière comme les marchés de conception-réalisation, les marchés globaux de performance, les partenariats d'innovation, les marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux au sens de l'article 97 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016. Le recours à cette procédure doit, en tout état de cause, être justifié dans le rapport de présentation du projet de marché considéré.
18. Les cas prévus dans le projet de règles internes couvrent ainsi, en pratique, la grande majorité des hypothèses de recours à des marchés de travaux sur un réseau autoroutier concédé. A titre d'exemple, les cas où le recours à l'appel d'offres restreint serait justifié par un motif de sécurité, que ce soit à l'égard des usagers, des entreprises ou des visites de chantier pourraient recouvrir en réalité la grande majorité des marchés de travaux conclus, lesquels doivent être exécutés sur la chaussée et présentent nécessairement un danger lié à l'exploitation de l'autoroute.
19. Dès lors, l'Autorité considère qu'une telle liste des cas de recours à l'appel d'offres restreint est trop large dans sa portée et, qu'en privant d'effet utile l'objectif poursuivi par la nouvelle procédure, la rédaction proposée ne respecte pas le deuxième alinéa du V de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière et le 2° du I de l'article R. 122-35 du même code, qui prévoient une limitation du recours à cette procédure.
20. Le projet de règles internes prévoit également la possibilité pour la société concessionnaire de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre à condition de le justifier dans le rapport de présentation du projet de marché considéré. L'Autorité rappelle que la limitation du nombre de candidats admis à présenter une offre dans le cadre de la procédure d'appel d'offres restreint ne peut être inférieure à cinq et doit être effectuée sur la base de critères objectifs et non-discriminatoires conformément aux dispositions de l'article 47 du décret du 25 mars 2016 susvisé, applicable aux marchés passés par les concessionnaires selon la procédure formalisée. Elle demande ainsi que ce nombre minimal de candidat et les modalités de mise en œuvre de cette limitation soit rappelés dans le projet de règles internes.
21. L'Autorité demande également que soit précisée au titre des « *conditions de limitation du nombre d'entreprises admises à présenter une offre* » la mention « *dans le cas des appels d'offres restreints* ».

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

22. 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.
23. 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 pour 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

24. L'Autorité note que le point VII « Conditions dans lesquelles la Commission est informée de la décision du conseil d'administration autorisant la société à ne pas suivre son avis » 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 en respectant les conditions définies par le code du commerce concernant notamment les conventions règlementées. Les règles internes prévoient en outre que la décision du conseil d'administration est transmise sans délai par le président de la commission à l'Autorité.
25. 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 règlementées* ».
26. 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, vérifier les justifications éventuelles qui ont amené à ne pas suivre sa décision.
27. L'Autorité demande à ce titre que le point VII « Conditions dans lesquelles la Commission est informée de la décision du conseil d'administration autorisant la société à ne pas suivre son avis » soit complété pour intégrer la motivation de la décision du conseil d'administration.

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

28. L'Autorité constate qu'au point IX « 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 » du projet de règles internes prévoit que chaque membre de la commission peut demander à tout moment des précisions et des justifications sur tout marché ou avenant pour lequel il souhaiterait obtenir des précisions supplémentaires.
29. Toutefois, les règles internes ne rappellent pas les deux catégories d'informations obligatoires mentionnées au quatrième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière pour lesquelles la commission doit être informée lorsque son avis n'est pas requis. Il conviendrait ainsi de faire figurer au sein de cette disposition que la société concessionnaire adresse à la commission des marchés :

- les avenants aux marchés soumis à l'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 ;
30. L'Autorité demande que les règles internes prévoient également 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.

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

31. L'article X « Conditions d'accès de la Commission aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions » du projet des règles internes prévoit que : *« Tout membre de la Commission des marchés peut demander que lui soit communiqué dans un délai de trois jours ouvrés à compter de sa demande tout document relatif à tout marché et que lui soit fourni tout renseignement qu'il estime nécessaire à sa compréhension des projets de marchés et sur les avenants qui sont soumis à l'approbation de la Commission ».*
32. L'Autorité observe que si le délai de trois jours ouvrés à compter de la demande paraît en règle générale suffisant pour permettre aux membres de la commission des marchés d'exercer correctement leur mission, le projet de règles internes devrait en outre prévoir que les informations demandées soient fournies au plus tard le jour de la séance de la commission, dans le cas où la question serait formulée plus tardivement.
33. L'Autorité demande qu'au point X soit ajouté le paragraphe suivant : *« Les réponses aux demandes d'information formulées par l'un des membres de la CM sont communiquées à l'ensemble des membres 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)

34. Au point XI « Conditions dans lesquelles la Commission informe l'Autorité des conditions de passation et d'exécution des marchés », l'Autorité demande que conformément à l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, il soit précisé au premier paragraphe que les avis de la commission sont transmis sans délai par le président de la commission *« par voie électronique ».*
35. L'Autorité demande également que soit inséré un deuxième paragraphe relatif à la transmission sans délai, par le président de la commission des marchés, de la décision motivée du conseil d'administration lorsque la société refuse de suivre l'avis de la commission des marchés, cette hypothèse n'étant pas prévue alors que cette transmission constitue un élément d'information essentiel pour l'Autorité dans son travail d'instruction.

2.8. Sur les attributions de la commission des marchés

36. Le projet des règles internes ne reprend pas, au point I, l'attribution définie à l'alinéa 4 de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière relative à sa mission d'informer sans délai l'Autorité de

tout manquement qu'elle constate dans des délais qui permettent à l'Autorité d'engager le recours mentionné à l'article L. 122-20 du code de la voirie routière.

37. L'article L. 122-21 du code de la voirie routière prévoit également que la commission des marchés établit annuellement un rapport sur les marchés et travaux réalisés en exécution de ces marchés. Toutefois, le point I du projet de règles interne ne prévoit pas une telle compétence.
38. Aussi, l'Autorité demande, au titre du deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière et de l'article L. 122-21 du même code, que soient expressément ajoutés à l'article I « Attributions de la Commission » du projet, deux alinéas rédigés comme suit : « *d'informer sans délai l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières de tout manquement qu'elle constate* », et « *d'établir annuellement un rapport sur les marchés définis à l'article L. 122.12 du code de la voirie routière et les travaux réalisés en exécution des ces 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 adopté par la commission des marchés de la société SANEF.

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

L'Autorité a adopté le présent avis le 19 juillet 2016.

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

Le Président

Pierre Cardo