

**Avis n° 2016-180 du 14 septembre 2016**  
**relatif au projet de règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et services de la société française du tunnel routier du Fréjus**

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° 2016-117 du 29 juin 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société française du tunnel routier du Fréjus (ci-après « SFTRF ») ;

Vu la saisine de la société SFTRF enregistrée au greffe de l'Autorité le 27 juillet 2016 et déclarée complète le même jour, conformément à l'article 52 du règlement intérieur de l'Autorité ;

Après en avoir délibéré le 14 septembre 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. La commission des marchés de la société SFTRF, sur la composition de laquelle l'Autorité a rendu un avis favorable le 29 juin 2016, a adopté, le 19 juillet 2016 un projet de règles internes. L'Autorité a été saisie par voie électronique par la société SFTRF dudit projet de règles internes, le 27 juillet 2016, enregistrée au greffe de l'Autorité le 29 juillet 2016.

3. Au titre de son article 188, le décret du 25 mars 2016 susvisé s'applique aux marchés et à leurs avenants passés par les concessionnaires d'autoroute qui sont des pouvoirs adjudicateurs pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à concurrence est envoyé à la publication à compter de la date d'entrée en vigueur dudit décret, soit le 1<sup>er</sup> avril 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 SFTRF 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 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 que les règles internes prévoient que la transmission des documents soit effectuée 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 ;
  - ou si un nombre important de dossiers est présenté lors d'une séance de la commission des marchés.

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

11. 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.
12. L'Autorité recommande 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.

## **2.3. 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'autoroutes à ne pas suivre son avis**

13. L'Autorité note que le point VI « 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 » 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, et que cette décision est transmise à l'Autorité par l'intermédiaire du président de la commission des marchés.
14. 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* ».

15. Afin que l'Autorité puisse veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés qui lui sont soumis pour avis, cette dernière doit pouvoir vérifier au travers du document qui retrace les débats et les votes du conseil d'administration, d'une part, les justifications éventuelles qui ont amené à ne pas suivre sa décision et, d'autre part, que les conditions définies par le code de commerce pour les conventions règlementées ont bien été respectées.
16. Aussi, l'Autorité demande que le point VI « 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.

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

17. L'article VIII « Conditions d'accès de la commission aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions » du projet des règles internes prévoit que : *« A sa demande, chacun des membres de la commission peut obtenir dans un délai de trois jours ouvrés maximum : - tout document complémentaire à ceux listés à l'annexe III, - tout renseignement jugé nécessaire pour donner un avis éclairé sur les projets de marchés et sur les avenants soumis pour approbation ».*
18. L'Autorité observe que cette disposition ne permet pas de s'assurer de la communication effective et préalable d'informations complémentaires éventuelles et nécessaires à chacun des membres de la commission des marchés pour pouvoir exercer correctement leur mission, au vu du délai de convocation de cinq jours francs et notamment du délai réduit de convocation de trois jours francs.
19. Ainsi, afin d'éviter, d'une part, que les demandes de transmission d'information ne soient formulées trop tardivement, et, d'autre part, que les informations demandées soient communiquées postérieurement à la date de la commission au cours de laquelle le dossier ayant soulevé une demande d'informations est traité, l'Autorité demande que le paragraphe suivant soit ajouté à l'article I « Périmètre de compétence et attributions » rédigé comme suit : *« Les membres de la commission peuvent solliciter dans un délai raisonnable la communication de tout renseignement qu'ils jugeraient utile pour donner un avis éclairé. Les documents demandés sont communiqués à l'ensemble des membres dans les meilleurs délais et au plus tard en début de séance, le jour de la réunion de la commission au cours de laquelle le dossier ayant soulevé une demande d'informations est traité ».*

#### 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

20. L'Autorité constate que l'article VII « Conditions dans lesquelles la commission est informée de la passation des marchés et des avenants lorsque son avis n'est pas requis » du projet de règles internes prévoit 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 à savoir :
  - 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.
21. L'Autorité note que la société transmet annuellement ces informations à la commission sous forme de tableau, en les limitant toutefois aux marchés et avenant conclus pour un montant supérieur à quatre-vingt-dix mille euros uniquement, ce que ne prévoit pas l'alinéa 4 de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière.

22. L'Autorité demande que les règles internes prévoient que les marchés et avenants conclus pour un montant inférieur à quatre-vingt-dix mille euros soient intégrés à ce dispositif, et que le projet de règles internes comporte un délai impératif 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 I « Création de la Commission » du projet des règles internes.

## 2.6. 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)

23. A l'article IX « conditions dans lesquelles la commission informe l'autorité des conditions de passation et d'exécution des marchés », le projet de règles internes prévoit que le président de la commission transmet à l'Autorité les avis rendus pour la passation des marchés et des avenants qui relèvent de sa compétence et son rapport annuel d'activité accompagné d'un dossier défini à l'annexe II pour le rapport annuel et à l'annexe III pour les projet de marchés.
24. Ces annexes au projet de règles internes définissent le contenu du dossier de présentation des projets de marchés ou d'avenants soumis à l'avis de la commission ainsi que de son rapport annuel d'activité. Or, les annexes ne reprennent pas l'intégralité des éléments listés par les arrêtés du ministère chargé de l'économie du 4 août 2016 publiés au Journal officiel de la République française le 12 août 2016 pris en application du II de l'article R. 122-39 et de l'article R. 122-38 du code de la voirie routière.
25. L'Autorité demande à la commission des marchés de compléter la liste des informations transmises à l'Autorité ou de procéder à un renvoi exprès aux arrêtés pris en application du II de l'article R. 122-39 et de l'article R. 122-38 du code de la voirie routière.
26. Au demeurant, le premier alinéa de l'article R.122-37 du code de la voirie routière prévoit que les avis rendus par la commission sont transmis sans délai à l'Autorité par le président de la commission. Le projet de règles internes ne précisant pas explicitement que la transmission des avis doit être effectuée sans délai, l'Autorité demande que cet article soit complété sur ce point.
27. Cet article du projet de règles internes ne prévoit pas l'obligation d'information de l'Autorité de tout manquement constaté par la commission conformément à ce qui prévu à l'alinéa 2 de l'article R. 122-37 du code de la voirie routière et alors même que cet élément figure à l'article I du projet de règles internes, ni que cette transmission par le président de la commission des manquements à l'Autorité se fait sans délai conformément à l'article R. 122-37.
28. L'Autorité demande de compléter la liste des informations transmises à l'Autorité avec un article 4. relatif à la transmission, par le président de la commission des marchés, de tout manquement constaté par la commission et de la transmission des avis et manquements constatés par ce dernier à l'Autorité sans délai par son président.

## CONCLUSION

L'Autorité émet un avis favorable 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 SFTRF le 19 juillet 2016 sous les réserves mentionnées aux points 16, 19, 22, 25, 26 et 28 du présent avis.

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

*L'Autorité a adopté le présent avis le 14 septembre 2016.*

***Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Marie Picard ainsi que Messieurs Yann Pétel et Michel Savy, membres du collège.***

Le Président

Bernard Roman