Version publique du document

Avis n° 2016-185 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 concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont Blanc

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 l'avis n° 2016-164 du 19 juillet 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont Blanc (ci-après « ATMB ») ;

Vu la saisine de la société ATMB enregistrée au greffe de l'Autorité le 25 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 ATMB, sur la composition de laquelle l'Autorité a rendu un avis favorable le 19 juillet 2016, a adopté les les 12, 18 et 19 juillet 2016 un projet de règles internes. La société ATMB a saisi l'Autorité du projet de règles internes par courriel de son directeur général enregistré le 25 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 1er 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 ATMB 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 1.2 « saisine de la Commission », 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.

11. L'alinéa 2 de l'article 1.2 « saisine de la Commission » précise que le délai minimum de cinq jours francs avant la date prévue de la réunion est réduit à trois jours francs en l'absence de quorum à la précédente réunion de la commission.

12. Le principe d'une réduction du délai de convocation lorsque la condition tenant aux règles de quorum n'est pas remplie lors de la précédente réunion n'est acceptable qu'à la condition que l'ordre du jour ne soit pas modifié. L'Autorité suggère donc que soit ajouté à l'article 1.2 la possibilité d'organiser une nouvelle réunion dans un délai qui est réduit à trois jours francs si l'ordre du jour n'est pas modifié.

2.1.2. Sur le quorum

13. A l'article 1.3 « fonctionnement et avis de la commission » du projet de règles internes, il est indiqué que « *la commission des marchés ne peut valablement se réunir que si la majorité de ses membres permanents assistent à la séance, soit deux membres* ».

14. L'Autorité rappelle que la commission des marchés de la société ATMB est composée de trois membres dont deux ont été considérés comme indépendants aux termes de l'avis n° 2016-164 du 19 juillet 2016 susvisé. La rédaction proposée permet de contourner 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.

15. Compte tenu de la composition de la commission sur laquelle l'Autorité a rendu un avis favorable le 19 juillet 2016, le quorum ne peut être atteint en cas d'absence de l'un des membres indépendants. L'Autorité demande ainsi que le projet de règles internes soit modifié afin de prévoir que la commission des marchés ne peut valablement se réunir que si une majorité de membres indépendants au sens des articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière assiste à la séance et qu'à défaut, celle-ci soit à nouveau convoquée.

2.1.3. Sur le déport

16. L'article 1.3 « fonctionnement et avis de la commission » pose le principe du déport des personnalités indépendantes qui présenteraient au jour de la réunion de la commission un risque de conflit d'intérêts. A ce titre il prévoit : « *En cas de risque de conflit d'intérêt, les membres concernés ne prennent pas part aux débats portant sur l'analyse du dossier ni au vote* ».

17. Conformément au point 21 de l'avis n° 2016-164 du 19 juillet 2016, 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 ATMB qui devra saisir l'Autorité avec les compléments apportés. Cette précision mériterait d'être apportée dans le projet de règles internes.

18. L'Autorité note qu'au regard de la composition de la commission des marchés de la société ATMB qui est constituée, au titre de ses membres permanents disposant seuls d'une voix délibérative, de deux membres indépendants et du président de la commission (non indépendant), cette règle de déport peut conduire en pratique à un blocage de la prise de décision de la commission.

19. En effet, la commission 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, de sorte qu'aucun déport d'un de ses membres indépendants n'est envisageable compte tenu du nombre de personnalités déclarées indépendantes.

20. Afin de prévenir cette éventuelle difficulté, l'Autorité suggère à la société d'examiner l'opportunité de modifier la composition de sa commission des marchés en procédant à l'ajout d'un ou plusieurs membres indépendants au sens des articles L .122-17 et R.122-34 du code de la voirie routière.

2.2. 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

21. L'Autorité note que l'article 4 « avis du conseil d'administration sur la décision du concessionnaire de ne pas suivre l'avis de la commission des marchés » prévoit que « *le concessionnaire ne peut refuser de suivre l'avis de la commission des marchés que par une décision de son conseil d'administration soumise à l'ensemble des conditions définies par le code de commerce en matière de conventions réglementées. La décision du conseil d'administration autorisant le concessionnaire à ne pas suivre l'avis de la commission est transmise à l'ARAFER par l'intermédiaire 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 motivation qu'elle doit revêtir.

22. 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* ».

23. 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 règlementées ont bien été respectées.

24. 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 transmise 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.

25. L'Autorité demande à ce titre que l'article 4 « avis du conseil d'administration sur la décision du concessionnaire de ne pas suivre l'avis de la commission des marchés » 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.

2.3. 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

26. L'Autorité constate que les règles internes ne prévoient pas expressément l'information de la commission des marchés par le concessionnaire concernant la liste des entreprises avec lesquelles le concessionnaire conclut des marchés entrant dans le champ des réserves mentionnées à l'article L. 122-16 du code de la voirie routière ni les avenants des marchés soumis à publicité et mise en concurrence et ne répondant pas aux caractéristiques des 3° et 4° de l'article R. 122-39 du même code.

27. L'Autorité demande ainsi à la commission des marchés de compléter ses règles internes en reprenant les dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière à ce sujet.

28. L'Autorité demande également que les règles internes prévoient un délai impératif pour la transmission de cette liste ainsi que de celle des avenants aux marchés soumis à avis de la commission pour lesquels l'avis de la commission des marchés n'est pas requis 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 à l'article 7 « Information de l'ARAFER » du projet des règles internes.

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

29. L'article 6 « Accès de la commission aux informations » prévoit que les renseignements et documents demandés par les membres de la commission « *doivent être transmis dans un délai de 3 jours ouvrés à compter de la réception de la demande par le concessionnaire* ».

30. 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.

31. 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 dernier paragraphe de l'article 6 soit remplacé par le paragraphe suivant : « *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* ».

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 ATMB, sous réserve qu'il soit modifié conformément aux points 15, 25, 27, 28 et 31.

Le présent avis sera notifié à la société ATMB 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