

Avis n° 2016-187 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 des Autoroutes Rhône Alpes - AREA

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° 2016-116 du 29 juin 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société des Autoroutes Rhône Alpes - AREA (ci-après « AREA ») ;

Vu la saisine de la société AREA enregistrée au greffe de l'Autorité le 18 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 AREA, sur la composition de laquelle l'Autorité a rendu un avis favorable le 29 juin 2016, a adopté le 11 juillet 2016 un projet de règles internes. La société AREA a saisi l'Autorité du projet de règles internes par courriel de son président directeur général enregistré le 18 juillet 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 AREA 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 : 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 3.4 « Convocations aux réunions 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. Au c) « Documents complémentaires fournis sur demande des membres de la commission » de l'article 3.5 « Contenu des dossiers joints aux convocations », il est prévu que sur demande des membres de la commission *« le cas échéant la société met à disposition de chacun des membres de la commission dans un délai de trois jours ouvrés maximum avant la tenue de la réunion de la commission tout document ou renseignement qu'il estime nécessaire pour donner un avis éclairé sur les projets de marchés et sur les avenants qui lui sont soumis »*.
12. 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 deux jours francs.
13. 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 du c) de l'article 3.5, 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 »*.

2.2. Sur les conditions dans lesquelles la commission se réunit et dans lesquelles elle statue : le déport

14. A l'article 3.7 « délibérations », le projet de règles internes prévoit que les membres de la commission s'estimant en situation de conflit d'intérêts avec un soumissionnaire doivent le signaler au Président de la commission et se déporter lors des débats mais également du vote, de tout membre de la commission.
15. 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.

16. En outre, 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'un éventuel déport d'un membre de la commission.
17. Conformément au point 19 de l'avis n° 2016-116 du 29 juin 2016 concernant la composition de la commission des marchés de la société AREA, 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 AREA qui devra saisir l'Autorité avec les compléments apportés. Cette précision mériterait d'être apportée dans le projet des règles internes.

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

18. 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.
19. 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.
20. L'Autorité demande également que les règles internes prévoient une échéance annuelle à ne pas dépasser 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 1 « Missions générales de la commission » du projet des règles internes.

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 présenté par la commission des marchés de la société AREA, sous réserve qu'elles soient modifiées conformément aux points 16, 15, 16, 19 et 20.

Le présent avis sera notifié à la société AREA 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