

Rapport annuel
**sur les marchés et contrats
passés par les sociétés
concessionnaires d'autoroutes**

Exercice 2016

Sommaire

SYNTHÈSE	3		
PROPOS LIMINAIRES	8		
01			05
Présentation générale et contexte	9	Contrôle des SCA non soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés	54
Rôle de l'Arafer concernant les marchés passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA)	9	Régime juridique des SCA dont les ouvrages sont inférieurs à 200 km et qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs	54
Régime juridique applicable aux SCA pour l'année 2016	11	Détail des achats des petites sociétés concessionnaires	55
Objet du rapport d'activité 2016	14		
02		06	
Périmètre et champ du contrôle de l'Arafer	15	Analyse économique et concurrentielle des marchés des SCA	57
Des prérogatives de contrôle qui ne se limitent pas à l'information préalable des marchés	16	Effectivité de la concurrence dans le secteur des autoroutes concédées	57
		Attribution et exécution des marchés	65
03		Niveau général des prix	66
Composition et règles internes des commissions des marchés des SCA	20	Marchés passés dans le cadre du plan de relance autoroutier	69
Régime juridique avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et de ses décrets d'application	20		
Régime juridique applicable à compter de l'entrée en vigueur de la loi Macron et de ses décrets d'application	20	07	
Coexistence des deux régimes juridiques pour l'exercice 2016 et suivants	21	Contrôle de la passation des projets de contrats d'installations annexes à caractère commercial sur le réseau autoroutier concédé	70
Composition des commissions des marchés	21	Champ d'application	70
Avis de l'Arafer sur la composition de la commission des marchés	23	Dispositif	70
Règles internes des commissions des marchés	29	La réforme introduite par la loi du 6 août 2015	71
Principes dégagés par l'Arafer	31	Volume des contrats à analyser pour l'Arafer	72
04		Le contrôle de l'Arafer	74
Activité des SCA soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés	37	Contrôler la régularité de la procédure d'attribution	74
Détail des marchés passés pour avis à la commission des marchés	41	Contrôler le maintien d'un équilibre concurrentiel sur le marché de la distribution de carburant	75
Contrats et achats inférieurs aux seuils	50	Perspectives 2017	76
		CONCLUSION	77
		ANNEXES	78

SYNTHESE

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après « l'Autorité ») doit établir chaque année un rapport sur les marchés passés par les sociétés concessionnaires pour les besoins de la concession et sur les travaux réalisés en exécution de ces marchés.

Le champ de ce deuxième rapport de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après « l'Autorité ») est plus large que le précédent sur ce sujet, qui se limitait pour l'exercice 2015 aux seules sociétés concessionnaires disposant d'une commission des marchés.

L'Autorité a établi ce rapport à la lumière des dispositions juridiques et contractuelles en vigueur en 2016 qui constitue une année de transition puisque deux dispositifs distincts se sont succédés à la fois s'agissant de la passation des marchés mais également, pour les sociétés concessionnaires soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés, de la composition, de la validation et de la définition des règles internes de cette commission.

Ce rapport constitue ainsi un document de transition tout en rendant compte d'un premier bilan du nouveau cadre juridique applicable à l'ensemble des sociétés concessionnaires ainsi que de l'action de l'Autorité dans ses nouvelles missions.

1. PERIMETRE ET CHAMP DU CONTROLE DE L'AUTORITE

1.1. Périmètre de contrôle de l'Autorité

Les procédures de mise en concurrence des sociétés concessionnaires et les pouvoirs de contrôle octroyés à l'Autorité sont circonscrits aux marchés passés pour les besoins de leur concession. Toutefois, en l'absence de définition légale ou réglementaire de cette notion, chaque société concessionnaire interprète de manière relativement restrictive cette notion excluant de ce fait une partie de leurs achats.

L'Autorité considère qu'une interprétation large de cette notion devrait être retenue, d'un point de vue juridique, pour recouvrir l'ensemble des dépenses engagées pour l'exécution du contrat, y compris les dépenses qui ne sont pas spécifiques à l'exécution d'un contrat de concession d'autoroute.

En l'état du droit, l'interprétation restrictive et propre à chaque société concessionnaire ne paraît pas pouvoir être considérée comme conforme aux dispositions et à l'esprit du code de la voirie routière. Le cas échéant, cette position de l'Autorité pourrait être explicitée dans le cadre de futures lignes directrices.

1.2. Mise en œuvre du contrôle de l'Autorité

Le contrôle de l'Autorité s'étend à tous les marchés et avenants présentés en commissions des marchés par les sociétés concessionnaires.

Compte tenu de l'entrée en vigueur du nouveau cadre réglementaire et de la montée en puissance du nombre de marchés s'y rattachant, l'année 2016 a été l'occasion de nombreux échanges entre les sociétés concessionnaires et l'Autorité, qui a adopté une position d'accompagnement pédagogique.

Le cas échéant, et face à des irrégularités susceptibles de mettre à mal la concurrence loyale et effective visée dans la passation des marchés par les sociétés concessionnaires, l'Autorité dispose également d'une prérogative spécifique pour exercer sa mission de régulateur, qui consiste en la faculté

d'intenter un recours contre les procédures soumises aux obligations de mise en concurrence des sociétés concessionnaires.

Celles-ci doivent ainsi désormais suspendre la signature de leurs marchés ou de leurs avenants durant un délai minimum de 18 jours à compter de la date de réception du dossier par l'Autorité. A défaut, et dès le délai de 18 jours écoulé, le projet de marché peut être signé et exécuté.

Ce délai est en principe concomitant au délai légal que les sociétés concessionnaires sont déjà tenues de respecter entre la notification du rejet de leur offre aux soumissionnaires et la signature du marché définitif qui est porté à 16 jours minimum lorsque la notification est faite par courrier et à 11 jours minimum lorsque la notification est faite par voie électronique.

L'effet du nouveau dispositif réglementaire sur le processus d'attribution des prestations est ainsi compris entre 2 et 5 jours. Ce délai supplémentaire est à rapporter à une durée moyenne de procédure d'environ 5 mois pour un appel d'offres ouvert.

Pour l'exercice 2016, sur les 47 marchés passés selon le nouveau dispositif qui lui ont été soumis, l'Autorité n'a pas estimé nécessaire d'user de cette faculté, les manquements aux règles de passation identifiés ne constituant pas une entrave à l'application d'une concurrence effective et loyale ou compte tenu des effets attendus des recours.

2. ACTIVITE DES SOCIETES SOUMISES A L'OBLIGATION D'INSTITUER UNE COMMISSION DES MARCHES

2.1. Avis de l'Autorité sur la composition de la commission et les règles internes des commissions des marchés

Pour les 9 sociétés concessionnaires soumises à l'obligation d'instituer une commissions des marchés, conformément aux articles L. 122-17, R. 122-34 et R. 122-35 du code de la voirie routière, l'Autorité est désormais saisie pour avis conforme de sa composition et de ses règles internes. Au-delà du délai d'un mois pour la composition de la commission des marchés et deux mois pour les règles internes, son avis est réputé favorable.

Au cours de l'année 2016, l'Autorité a ainsi été saisie par les 9 sociétés concernées pour la mise en place de leurs commissions des marchés respectives et de leurs règles internes. Elle s'est ainsi prononcée sur l'indépendance des membres (18 avis) ainsi que sur la validité des règles internes (19 avis) des commissions au regard des nouvelles obligations en vigueur.

Par ses avis, elle a pu préciser ses modalités d'appréciation du critère d'indépendance et ses attendus en matière de règles internes, afin notamment de permettre aux commissions des marchés de fonctionner d'un point de vue opérationnel en accord avec l'esprit du législateur.

2.2. Activité des sociétés concessionnaires soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés

L'activité des commissions des marchés a été plus importante que durant l'exercice précédent (79 séances pour l'exercice 2016 contre 69 en 2015) tout en restant encore concentrée sur le dispositif juridique antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, compte tenu de l'entrée en vigueur du nouveau dispositif au 5 mai 2016 et de la durée moyenne des procédures de passation.

Les commissions des marchés ont ainsi validé 280 projets de marchés et d'avenants, dont 235 projets de marchés ou d'avenants passés sous le dispositif antérieur et 45 projets de marchés sous le nouveau dispositif.

Dans le cadre de l'ancien dispositif juridique applicable, l'appel d'offres restreint était majoritairement utilisé (132 marchés sur un total de 221 soit 60% des marchés). A l'inverse dans le cadre du nouveau dispositif juridique applicable aux marchés des sociétés concessionnaires, l'appel d'offres restreint devient minoritaire (6 marchés sur un total de 45 soit 13%). Les autres procédures sont peu utilisées dans l'ancien comme dans le nouveau dispositif.

La part des marchés soumis à l'avis des commissions des marchés représente, pour l'exercice 2016, en moyenne 65% du montant total des achats soit un volume global d'environ 960 millions d'euros. Les autres catégories d'achats sont donc minoritaires en valeur mais restent les plus importantes en nombre de marchés/contrats.

La part prépondérante des achats passés pour avis à la commission des marchés devrait augmenter pour les prochains exercices en raison de l'abaissement des seuils de mise en concurrence instaurés par le nouveau dispositif (de 2 000 000 € HT à 500 000 € HT pour les marchés de travaux des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs).

S'agissant de l'analyse des offres dans le nouveau dispositif en vigueur, les sociétés concessionnaires n'utilisent plus le critère unique du prix alors que cette pratique était prépondérante dans les exercices antérieurs. En revanche, certaines méthodes de notation doivent encore être modifiées, en particulier les formules employées pour la valeur financière des offres augmentant de façon disproportionnée les écarts de notes entre les candidats, au point de rendre le critère technique inopérant.

L'Autorité sera attentive dans son contrôle à ce que l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse ne puisse pas être réduite à l'aspect purement financier de l'analyse d'un prix pour les marchés qui nécessitent une multiplicité de critères et s'orientent vers une approche plus globale au travers de critères précis, objectifs et non discriminatoires comme les coûts d'utilisation d'un bien, la provenance des matériaux ou encore leur impact environnemental.

3. ACTIVITE DES SOCIETES QUI NE SONT PAS SOUMISES A L'OBLIGATION D'INSTITUER UNE COMMISSION DES MARCHES

Pour l'année 2016, l'Autorité n'a été informée d'aucun projet de marché ou d'avenant par ces huit sociétés. En effet, compte tenu de leur taille (les huit sociétés concernées représentent 6 % du réseau autoroutier concédé) et de l'intégration initiale d'un contrat global d'exploitation, leurs achats échappent aux obligations de mise en concurrence soit parce que le contrat initial de l'achat concerné a été signé avant la mise en service complète de l'autoroute soit parce que les montants engagés sont inférieurs aux seuils de mise en concurrence.

En 2016, il a néanmoins pu être constaté que leur principal poste de dépenses était lié aux contrats d'exploitation (entre 52 et 89 % du budget total des achats et charges de ces sociétés), les autres dépenses étant essentiellement constituées de frais de mise à disposition de personnel, de frais d'assurances ou encore du paiement de la redevance domaniale (due en application de l'article R. 122-48 du code de la voirie routière).

D'après les données remises par ces sociétés, pour les charges récurrentes comme pour les investissements, en dehors de ce qui est exclu par nature, les achats afférents étaient effectivement dispensés des procédures de mise en concurrence, soit que leurs montants étaient inférieurs aux seuils définis à l'article R.122-39 du code de la voirie routière, soit qu'ils aient été passés avant la mise en œuvre du nouveau dispositif de passation des marchés.

4. ANALYSE ECONOMIQUE ET CONCURRENTIELLE DES MARCHES DES SOCIETES CONCESSIONNAIRES

4.1. La concurrence dans le secteur des autoroutes concédées

Le secteur des travaux publics représentait pour l'exercice 2015 en métropole un chiffre d'affaires de 36,3 milliards d'euros et reste marqué par une forte concentration : sur les 7 800 entreprises recensées comme intervenant dans ce secteur, celles rattachées aux groupes Vinci, Bouygues et Eiffage (les trois « majors ») réalisent ainsi cumulativement autour de 30% du chiffre d'affaires de la filière.

Selon les statistiques publiées par la FNTF, le chiffre d'affaires du secteur routier en métropole¹ représentait 12,2 milliards d'euros pour l'année 2015, soit 33,7 % du secteur des travaux publics. Plus précisément au sein du secteur routier, les 50 premières sociétés, dont 80% sont des filiales des trois majors du BTP, ont réalisé plus de trois quarts du chiffre d'affaires sectoriel.

Aux spécificités de la répartition des opérateurs économiques du secteur des travaux routiers développés ci-dessus, s'ajoute le nombre restreint de sociétés concessionnaires d'autoroutes, 17 sur tout le territoire, et la structure de leur actionariat. Notamment, 5 des 9 sociétés concessionnaires « historiques » appartiennent à des majors du BTP et représentent à elles seules environ 72% du réseau national concédé.

A l'échelle des sociétés concessionnaires et pour l'exercice 2016, 2 156 marchés ont été attribués à des entreprises liées pour un montant total d'environ 160 millions d'euros, soit environ 19 % en moyenne du montant total des achats attribués sur cette période. A titre de comparaison, pour les seuls marchés passés pour avis à la commission des marchés sur l'exercice 2015, 43% du montant total des marchés soumis à ces seuils avait été attribué à des sociétés liées. Parmi l'ensemble des marchés attribués à des entreprises liées en 2016, la part des marchés de travaux est de 86 %.

Concernant les attributaires de ces marchés passés en 2016, les trois principaux groupes de BTP en représentent 55 % en nombre et 50 % en valeur. De manière analogue au secteur des travaux publics et au sous-secteur des travaux routiers, l'Autorité constate la prépondérance de quelques sociétés dans le domaine des travaux autoroutiers concédés.

Ces résultats doivent être interprétés avec prudence, puisque la répartition effective des travaux réalisés peut être sensiblement différente de la répartition des marchés attribués, celle-ci ne tenant compte ni de la cotraitance, ni de la sous-traitance.

4.2. Analyse des montants des offres retenues par rapport aux estimations et des conséquences de ces écarts

En moyenne, pour les marchés pour lesquels une estimation a été communiquée, l'offre retenue est 15 % moins chère que l'estimation des sociétés concessionnaires. Ces écarts, qui sont communs à l'ensemble des sociétés, sont plus marqués pour les sociétés APRR, ASF et ATMB, tout en restant du même ordre de grandeur.

De plus, l'Autorité constate que l'écart moyen entre l'offre la moins disante et l'estimation du marché est de - 21 %, ce qui peut s'expliquer par le fait que les critères de notation retenus par les sociétés concessionnaires tendent à favoriser la sélection des offres les moins disantes.

Enfin, l'écart moyen entre l'offre la moins disante et la moyenne des offres est de - 16 %, tandis que celui entre l'offre la plus onéreuse et la moyenne des offres est de + 22 %. Cette variabilité des offres

¹ Les statistiques de la FNTF distinguent les activités réalisées en métropole et celles réalisées hors métropole (outre-mer inclus).

est du même ordre de grandeur pour l'ensemble des SCA, que celles-ci soient publiques ou privées, liées à un groupe de BTP ou non.

Au-delà de la situation conjoncturelle du secteur des travaux publics, plusieurs facteurs peuvent expliquer en partie ces écarts :

D'une part, ceux-ci peuvent s'expliquer par la complexité technique du chiffrage d'une opération, tant pour les maîtres d'ouvrage /maîtres d'œuvre que pour les soumissionnaires, ce que tend à montrer l'ampleur des écarts entre les différentes offres reçues et les estimations. Dans ces conditions, les maîtres d'ouvrages / maîtres d'œuvres peuvent être incités à faire preuve de prudence et à retenir des méthodes d'estimation conservatrices.

D'autre part, les méthodes de notation et les critères de sélection employés par les sociétés concessionnaires tendent à accorder un poids important, voire prépondérant au critère du prix. Ceci a deux conséquences : favoriser la sélection des offres les moins disantes ; faire émerger des offres très compétitives et inférieures aux estimations lorsqu'elles sont publiées. Ceci est corroboré par le fait que l'écart entre l'offre la moins disante et l'estimation n'est pas beaucoup plus important que celui entre l'offre retenue et l'estimation. Ce constat est particulièrement vrai pour les sociétés APRR, AREA, ATMB et SFTRF.

4.3. Plan de relance autoroutier

Le montant total des marchés passés dans le cadre du PRA sur l'exercice 2016 s'élève à un peu moins de 480 millions d'euros, soit environ 15 % du montant global de ce plan établi à 3,27 milliards d'euros. Les marchés du PRA identifiés en 2016 portent majoritairement sur des travaux (92% en montant).

CONCLUSION

Ce rapport permet de faire le bilan sur une année de transition et contribue à donner une vision plus exhaustive des achats et des procédures d'attribution par les sociétés concessionnaires pour les besoins de leurs concessions.

L'Autorité a pu valider les compositions des commissions des marchés des sociétés concessionnaires ainsi que leurs règles internes, permettant à ces dernières de fonctionner en conformité avec le nouveau dispositif applicable.

Après une première phase d'observation de concertation des sociétés en 2016 à l'occasion de la mise en place du nouveau dispositif, l'Autorité continuera sa démarche de dialogue avec les concessionnaires et d'accompagnement, tout en veillant au strict respect du nouveau cadre qui leur est applicable et s'emploiera à mettre pleinement en œuvre l'ensemble des moyens dont elle dispose pour garantir le respect des dispositions légales et réglementaires.

L'Autorité relève également que, pour les sociétés concessionnaires concernées, la part des marchés attribués à des entreprises liées est inférieure à celle de l'exercice précédent : l'analyse qui sera réalisée lors des prochains exercices permettra de déterminer s'il s'agit d'une baisse ponctuelle survenue lors d'une période de transition ou si elle ressort du nouveau dispositif instauré par le législateur.

PROPOS LIMINAIRES

Le présent rapport porte sur les marchés de travaux, fournitures et services, ainsi que leurs avenants, attribués au cours de l'année 2016 par l'ensemble des concessionnaires d'autoroutes. Le champ de ce deuxième rapport de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après « l'Autorité ») est plus large que le précédent sur ce sujet, qui se limitait pour l'exercice 2015 aux seules sociétés concessionnaires disposant d'une commission des marchés.

L'Autorité a établi ce rapport à la lumière des dispositions juridiques et contractuelles en vigueur en 2016 qui constitue une année de transition puisque deux dispositifs distincts se sont succédés à la fois s'agissant de la passation des marchés mais également, pour les sociétés concessionnaires soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés, de la composition, de la validation et de la définition des règles internes de cette commission.

Ce rapport constitue ainsi un document de transition tout en rendant compte d'un premier bilan du nouveau cadre juridique applicable à l'ensemble des sociétés concessionnaires ainsi que de l'action de l'Autorité dans ses nouvelles missions.

Pour l'élaboration du présent document, l'Autorité a repris certains développements des précédents rapports de la commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroute (ci-après la « CNM ») en les analysant au regard du nouveau cadre juridique en vigueur.

L'Autorité a également souhaité aborder de nouveaux thèmes comme les achats passés en dessous des seuils obligatoires de mise en concurrence, la définition de son périmètre de compétence ou encore sa mission de contrôle.

Enfin, dans la dernière partie du rapport, l'Autorité fait le bilan de son nouveau rôle dans le contrôle des projets de contrats d'installations annexes à caractère commercial sur le réseau concédé.

1. PRESENTATION GENERALE ET CONTEXTE

1.1. Contexte

La concession autoroutière est un contrat de concession par lequel l'Etat (autorité concédante) confie à un opérateur économique (le concessionnaire) pour une durée définie des missions pouvant comprendre la conception, le financement, la construction, l'entretien et l'exploitation d'une infrastructure autoroutière ou d'un ouvrage d'art, en contrepartie de la perception d'un droit d'utilisation de cette infrastructure (le péage) acquitté par l'utilisateur.

Les premiers contrats de concession autoroutière sont apparus en France dans les années 1950. Six sociétés concessionnaires d'autoroute (ci-après, « société concessionnaire » ou « société » ou « concessionnaire » ou « SCA »), anciennement sociétés d'économie mixte, ont été privatisées en 2006. Avec COFIROUTE, une société privée depuis l'origine, ces sept concessionnaires détenus majoritairement par des capitaux privés représentent environ 95 % du chiffre d'affaires du secteur et se répartissent entre trois groupes : le groupe VINCI qui détient les sociétés ASF, COFIROUTE et ESCOTA, le groupe EIFFAGE qui détient les sociétés APRR et AREA et le groupe ABERTIS qui détient les sociétés SANEF et SAPN.

Les groupes VINCI et EIFFAGE détiennent par ailleurs des sociétés de travaux publics susceptibles de répondre aux marchés passés par les sociétés concessionnaires.

Deux sociétés sont détenues majoritairement par un actionnariat d'origine publique depuis leur constitution : ATMB et SFTRF.

Après abandon de la pratique de l'adossement à la suite de l'avis du Conseil d'Etat en date du 16 septembre 1999, neuf nouvelles sociétés à capitaux privés sont devenues concessionnaires d'une unique section d'autoroute : CEVM, ALIS, ARCOUR, ADELAC, A'LIENOR, ALICORNE, ATLANDES, ALBEA et ARCOS².

Aujourd'hui, le secteur autoroutier concédé compte donc dix-huit sociétés réparties comme suit :

- les seize sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement privés qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ;
- les deux sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement publics qui sont des pouvoirs adjudicateurs.

1.2. Rôle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières concernant les marchés passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (ci-après « loi du 6 août 2015 ») et des décrets n° 2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes et n° 2016-552 du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroutes, seules les procédures de passation des neuf sociétés concessionnaires les plus anciennes (sociétés concessionnaires dites « historiques ») étaient réglementées de manière dérogatoire au droit commun, en vertu soit de leur contrat de concession, soit d'une décision de leur conseil d'administration.

Le décret n° 2004-86 du 26 janvier 2004 portant création de la commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes (ci-après « CNM ») avait confié à cette commission la mission de veiller au respect, par les concessionnaires, de leurs obligations inscrites dans les cahiers des charges

² La mise en service de l'ouvrage de cette société étant prévue pour la fin de l'été 2020, ses achats ne sont pas soumis aux présentes dispositions et ne seront pas étudiés dans le cadre du présent rapport.

annexés à leurs conventions de concession en matière de passation et d'exécution des marchés de travaux, fournitures ou services.

La CNM émettait des avis et formulait des recommandations sur :

- la composition et le fonctionnement des commissions des marchés des concessionnaires ;
- les règles définies par ces commissions pour la passation et l'exécution des marchés ;
- le respect par les concessionnaires des règles applicables pour la passation et l'exécution des marchés.

La CNM était compétente pour les six sociétés privatisées en 2006 (APRR, AREA, ASF, ESCOTA, SANEF, SAPN) et les deux sociétés à capitaux majoritairement publics (ATMB et SFTRF).

Après l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application précités, les compétences de la CNM ont été transférées à l'Autorité en les renforçant.

1.2.1. Veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés

L'article L. 122-14 du code de la voirie routière confère à l'Autorité la mission de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés définis aux articles L. 122-12 du même code, pour les concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs (ASF, COFIROUTE, ESCOTA, APRR, AREA, SANEF, SAPN, CEVM, ALIS, ARCOUR, ADELAC, A'LIENOR, ALICORNE, ATLANDES, ALBEA et ARCOS), et L. 122-13 du même code, pour les concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs (ATMB et SFTRF).

Les concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et qui souhaitent conclure des marchés de travaux, fournitures ou services pour les besoins de la concession sont ainsi tenus de respecter, sauf exceptions précisées par voie réglementaire, une procédure de publicité et de mise en concurrence. De la même façon, pour la passation de leurs marchés, les concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs doivent appliquer le dispositif prévu par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics ainsi que les dispositions supplémentaires imposées par le code de la voirie routière.

Ce régime plus encadré pour l'attribution des marchés de ces sociétés vise à stimuler et garantir la concurrence entre les opérateurs.

1.2.2. Rendre un avis sur la composition des commissions des marchés et sur leurs règles internes de fonctionnement pour les sociétés soumises à cette obligation

Comme précisé ci-après (cf. partie 3.2), les sociétés concessionnaires les plus importantes doivent instituer une commission des marchés chargée de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution de leurs marchés. Afin de s'assurer que les commissions des marchés mènent à bien les missions qui leur sont imparties, l'Autorité doit, en application de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière, rendre un avis conforme, c'est-à-dire juridiquement contraignant, sur :

- la composition des commissions de marchés des concessionnaires avant toute nomination ou reconduction dans ses fonctions d'un des membres ;
- les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, de fournitures et de services définies par les commissions des marchés avant leur application.

1.2.3. Contrôler les projets de marchés ou d'avenants au-dessus de certains seuils et exercer, le cas échéant un recours en référé sur ces projets

L'article L. 122-20 du code de la voirie routière confère à l'Autorité le pouvoir de saisir le juge des référés – précontractuels et contractuels – en cas de manquement des sociétés concessionnaires aux

obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles elles sont soumises dans le cadre de la passation de leurs marchés de travaux, fournitures et services pour les besoins de la concession. Pour l'application de ces dispositions, l'article R. 122-39 du code de la voirie routière précise que l'Autorité se voit transmettre préalablement à leur signature :

⇒ les marchés passés par :

- les concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs dès lors qu'ils sont soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence (marchés de travaux d'un montant supérieur ou égal à 500 000 € HT et marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur ou égal à 240 000 € HT) ;
- les concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs dès lors qu'ils sont soumis à une procédure formalisée (marchés de travaux d'un montant supérieur à 2 000 000 € HT et marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur ou égal à 209 000 € HT) ;

⇒ certains avenants aux marchés précités :

- le projet d'avenant à un marché soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs, une augmentation du montant initial du marché supérieure à 5 % de ce montant et à un montant de 100 000 € HT ;
- le projet d'avenant à un marché qui ne serait pas soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs une augmentation du montant initial du marché au-delà des seuils suivants :
 - a) s'il s'agit d'une société concessionnaire qui n'est pas un pouvoir adjudicateur, les marchés de travaux d'un montant supérieur ou égal à 500 000 € HT et les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur ou égal à 240 000 € HT ;
 - b) s'il s'agit d'une société concessionnaire qui est un pouvoir adjudicateur, les marchés de travaux d'un montant supérieur à 2 000 000 € HT et les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur ou égal à 209 000 € HT.

1.2.4. Etablir un rapport annuel sur les marchés des sociétés concessionnaires

Les articles L. 122-13 et L. 122-21 du code de la voirie routière disposent que l'Autorité établit chaque année un rapport sur les marchés passés par les concessionnaires pour les besoins de la concession et sur les travaux réalisés en exécution de ces marchés, soit dix-sept sociétés concessionnaires pour l'exercice 2016.

Pour établir son rapport, l'Autorité s'appuie notamment sur les éléments du rapport annuel d'activité défini à l'article R. 122-38 du code de la voirie routière qui doit lui être transmis avant le 31 mars de chaque année par le président de la commission des marchés de chaque concessionnaire soumis à cette obligation (APRR, AREA, ASF, ESCOTA, COFIROUTE, SANEF, SAPN, ATMB et SFTRF).

L'article R. 122-47 du code de la voirie routière prévoit en outre que le rapport annuel de l'Autorité doit être transmis au Parlement, au ministre chargé de la voirie routière nationale (ministère de la Transition écologique et solidaire) et au ministre chargé de l'économie (ministère de l'Economie) concomitamment à sa publication qui intervient au plus tard le 30 juin de l'année en cours.

1.3. Régime juridique applicable aux sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'année 2016

Pour les marchés passés en 2016, le nouveau cadre juridique issu de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application n'était applicable qu'aux marchés dont l'engagement de la consultation ou la date d'envoi de l'avis de marché est intervenu à compter du 5 mai 2016. Pour les marchés dont la procédure de passation a été engagée avant le 5 mai 2016, l'Autorité s'en tiendra donc à une analyse

selon le régime juridique en vigueur, au moment de leur passation, comme elle l'avait fait pour le rapport sur les marchés passés en 2015.

1.3.1. Régime juridique applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application

Antérieurement et conformément aux articles 6 du cahier des charges des contrats de concession, les sociétés concessionnaires APRR, AREA, ASF, ESCOTA, SANEF, SAPN, ATMB et SFTRF :

- devaient mettre en place une commission des marchés composée en majorité de personnalités indépendantes n'ayant aucun lien direct ou indirect avec des entreprises de travaux publics établissant ses règles de fonctionnement et un rapport d'activité annuel et chargée de veiller au respect des procédures de passation des marchés attribués par la société concessionnaire pour les besoins de la concession ;
- devaient recourir à l'une des procédures formalisées prévues à l'article 7 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics :
 - pour les concessionnaires qui n'étaient pas des pouvoirs adjudicateurs, le cahier des charges de la concession imposait que la commission des marchés émette un avis sur l'attribution des marchés suivants :
 - marchés de travaux dépassant le seuil de 2 millions d'euros HT ;
 - marchés de fournitures et de services dépassant le seuil de 240 000 euros HT.
 - pour les concessionnaires qui étaient des pouvoirs adjudicateurs, le cahier des charges de la concession imposait que la commission des marchés émette un avis sur l'attribution des marchés de travaux dépassant le seuil de 2 millions d'euros HT. Elle devait également se prononcer sur la procédure de passation des marchés de fournitures et services conclus pour un montant supérieur à 207 000 euros HT. Il convient, toutefois, de rappeler que, par avenant du 8 mars 2011 à son règlement intérieur, SFTRF avait ramené les seuils de saisine de sa commission interne des marchés à 1 000 000 € HT pour les marchés de travaux et à 150 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services ;
- ne pouvaient se prévaloir de la notion d'entreprises groupées ou liées pour se dispenser d'une procédure de mise en concurrence.

Bien que non concernée par ces obligations, COFIROUTE avait décidé de se soumettre volontairement à des procédures formalisées pour l'attribution de ses marchés passés pour les besoins de la concession, analogues à celles prévues par les cahiers de charges des autres concessionnaires à capitaux majoritairement privés susmentionnés avec notamment :

- l'application du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 précité pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 2 000 000 € HT et pour les marchés de fournitures et services dépassant le seuil de 240 000 € HT ;
- la mise en place d'une commission des marchés qui doit se prononcer sur les marchés passés au-dessus des seuils précités et de certains avenants.

Ces principes ayant été validés par le conseil d'administration de COFIROUTE le 25 juillet 2014, une commission des marchés a été instituée au sein de cette société à compter du mois de janvier 2015. En dehors de toute obligation légale ou réglementaire, l'Autorité a cependant été rendue destinataire du rapport d'activité annuel de la commission des marchés de COFIROUTE sur la partie des marchés passés pour l'année 2016 pour laquelle le nouveau dispositif n'était pas encore applicable.

1.3.2. Régime juridique applicable à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application

En vertu des dispositions de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application pris en la matière, les concessionnaires d'autoroutes doivent désormais se soumettre aux obligations suivantes :

- l'ensemble des sociétés concessionnaires doivent passer leurs marchés pour les besoins de la concession conformément à tout ou partie des dispositions du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Les règles à appliquer pour la passation et l'exécution des marchés dépendent également de la valeur estimée du marché concerné et de la qualité de l'acheteur (pouvoir adjudicateur ou non). Ce dispositif est applicable à tous les marchés pour lesquels une procédure a été envoyée à la publication à compter du 5 mai 2016 ;
- les sociétés concessionnaires, en fonction de la taille du réseau qui leur est concédé, doivent mettre en place une commission des marchés. Celle-ci doit répondre aux caractéristiques mentionnées aux articles L. 122-17 et R. 122-34 du même code au plus tard le 1er juillet 2016 ;
- les sociétés concessionnaires d'autoroutes transmettent à l'Autorité un dossier de présentation pour les marchés ayant fait l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou d'une procédure formalisée pour les sociétés concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs, par l'intermédiaire du président de leur commission des marchés s'ils sont soumis à l'obligation d'en instituer une, ou bien directement s'ils ne sont pas soumis ;
- les sociétés concessionnaires, à l'exception des sociétés qui sont des pouvoirs adjudicateurs, ne peuvent se prévaloir de la notion d'entreprises groupées ou liées pour se dispenser d'une procédure de mise en concurrence ;
- les sociétés concessionnaires ayant l'obligation d'instituer une commission des marchés doivent remettre avant le 31 mars de chaque année à l'Autorité, par l'intermédiaire du président de leur commission des marchés un rapport annuel sur les marchés attribués au cours de l'année précédente.

Les modifications introduites par l'article 41 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique modifiant le code de la voirie routière visent à accentuer le parallélisme entre le dispositif prévu pour la passation des marchés publics et celui régissant la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroutes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, sous réserve de certaines adaptations notamment en matière de seuils. Ces modifications portent sur la durée des marchés, les conditions de leurs modifications et les exceptions à l'applicabilité de ces règles de passation notamment pour cause d'urgence impérieuse. Elles permettent également à l'Autorité de définir elle-même les informations relatives aux marchés passés par les concessionnaires dont elle doit être destinataire.

Ces adaptations législatives nécessitent de modifier la partie réglementaire du code de la voirie routière, et leurs modalités d'application doivent nécessairement être précisées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité en application des articles L. 122-22 et L. 122-28 du code de la voirie routière. L'Autorité a ainsi rendu deux avis, l'un sur le projet de décret³ et l'autre sur le projet d'arrêté⁴ pris en application de cette loi. Ces deux textes n'ont pas encore été publiés au moment où l'Autorité a rédigé le présent rapport.

Le nouveau dispositif reprend ainsi en partie celui qui était déjà applicable aux 9 sociétés concessionnaires historiques en le renforçant sur certains points et en le généralisant à l'ensemble des sociétés concessionnaires. Ainsi, pour permettre à l'Autorité de veiller au respect du dispositif, elle a été notamment dotée de la compétence pour exercer un recours juridictionnel contre les projets de marchés

³ Avis n° 2017-014

⁴ Avis n° 2017-015

ou d'avenants qui lui sont soumis ainsi que de la capacité à recueillir des informations et des données dans le secteur.

Concernant la faculté d'exercer un recours, son intervention n'a toutefois pas d'incidence autre que marginale sur la durée globale de passation des procédures à l'exception du délai de suspension de signature des projets de marchés ou d'avenants pour une durée minimale de 18 jours, délai en principe concomitant à celui qui est laissé aux soumissionnaires évincés pour exercer un recours⁵ (cf. point 2.2.1).

1.4. Objet du rapport d'activité 2016

Le rapport d'activité pour l'année 2016 est le deuxième rapport rendu par l'Autorité dans le cadre de ses nouvelles missions issues de la loi du 6 août 2015. Toutefois, en raison de la publication tardive des deux décrets d'application, la mise en œuvre de l'ensemble du nouveau dispositif de passation des marchés et leurs modalités de contrôle ont été différées au 2 mars 2016 (définition du régime général de contrôle) et au 5 mai 2016 (définition du régime de passation des marchés). L'année 2016 constitue ainsi une année de transition entre les deux régimes.

Le rapport 2016 établit un bilan sur les conditions de passation des marchés de travaux, fournitures ou services des concessionnaires pour les besoins de leurs concessions et sur les conditions dans lesquelles chaque commission des marchés exerce ses missions.

Dans le cadre spécifique à cette année de transition, seront analysés les sujets suivants :

- la définition du périmètre de contrôle de l'Autorité ;
- la notion d'indépendance des membres et la validité des règles internes des commissions des marchés ;
- la passation des marchés ;
- le contrôle réalisé par l'Autorité ;
- l'environnement économique et concurrentiel des marchés des sociétés concessionnaires.

Enfin, le rapport abordera dans une dernière partie, le nouveau régime relatif à la passation des contrats d'exploitation des activités de distribution de carburant, de vente en boutique et de restauration sur les installations annexes au réseau autoroutier concédé en application des articles L. 122-23, L. 122-24, L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, qui prévoient que les sociétés concessionnaires d'autoroutes doivent respecter certaines obligations procédurales pour la passation des contrats dont la publicité a été engagée à compter du 1^{er} avril 2016.

⁵ 11 jours minimum en cas de transmission électronique, 16 jours minimum en cas de transmission par voie papier

2. PERIMETRE ET CHAMP DU CONTROLE DE L'AUTORITE

2.1. Périmètre de contrôle de l'Autorité

Les pouvoirs de contrôle des procédures de mise en concurrence des sociétés concessionnaires conférés à l'Autorité sont circonscrits aux marchés passés pour les besoins de leur concession (articles L. 122-12 et L. 122-13 du code de la voirie routière).

Toute prestation qui ne serait ainsi pas réalisée pour les besoins de la concession échapperait donc par nature aux nouvelles obligations portant sur la passation de ces contrats ainsi qu'au contrôle de l'Autorité.

Cette notion de marchés « passés pour les besoins de la concession » n'est pas précisément définie par le code de la voirie routière et les travaux parlementaires ne permettent pas de mieux la cerner. Elle fait, au demeurant, l'objet d'interprétations différenciées par les sociétés concessionnaires, ces dernières retenant une acception relativement restrictive en excluant notamment une partie de leurs achats, comme l'ont révélé les échanges menés avec celles-ci par l'Autorité.

Les sociétés estiment ainsi selon les cas, que le champ du contrôle de l'Autorité se limite soit à leurs marchés de travaux, soit aux marchés directement nécessaires à l'exécution de leurs missions de service public et qui sont, par ailleurs, spécifiques à l'objet de leur contrat de concession. En pratique, ces définitions conduisent à exclure *a minima* les dépenses liées aux frais généraux et administratifs, les dépenses d'approvisionnement en énergie, ou les dépenses de télécommunications notamment.

En revanche, l'Autorité considère qu'une interprétation large de cette notion devrait être retenue pour recouvrir l'ensemble des dépenses engagées pour l'exécution du contrat, y compris les dépenses qui ne sont pas spécifiques à l'exécution d'un contrat de concession d'autoroute.

Cette interprétation large est notamment cohérente avec les règles applicables en matière de péage qui limitent, en principe, l'objet des recettes tirées du péage, outre la rémunération des capitaux investis par les concessionnaires, à la couverture de dépenses relevant de l'exécution du contrat donc, par définition, des « besoins » de la concession.

Pour autant, les enjeux concurrentiels portent essentiellement sur les prestations de travaux, secteurs sur lesquels des entreprises liées sont susceptibles de candidater, et de manière beaucoup plus marginale sur les prestations de fournitures. Ainsi pour l'exercice 2016, 89% de marchés attribués à des entreprises liées sont des marchés de travaux, contre 11% de marchés de services et moins de 1% de marchés de fournitures. Dans ces conditions, si l'interprétation large de cette notion apparaît a priori la plus fondée juridiquement, son effectivité et sa proportionnalité aux enjeux concurrentiels peuvent légitimement être interrogés (cf la partie 6).

En l'état du droit, l'interprétation restrictive et propre à chaque société concessionnaire ne paraît pas pouvoir être considérée comme conforme aux dispositions et à l'esprit du code de la voirie routière. Le cas échéant, cette position de l'Autorité pourrait être explicitée dans le cadre de futures lignes directrices.

Toutefois, compte tenu de l'enjeu limité des achats actuellement exclus par les concessionnaires, l'Autorité recommande une clarification et une adaptation des textes, afin de réduire le champ du dispositif aux prestations présentant les enjeux les plus importants du point de vue concurrentiel, champ qui devra être précisé lors de travaux complémentaires.

2.2. Des prérogatives de contrôle qui ne se limitent pas à l'information préalable des marchés

2.2.1. Le contrôle de la passation et, le cas échéant, le recours contre les marchés

La principale prérogative dont dispose l'Autorité pour exercer sa mission de contrôle consiste en la faculté d'intenter un recours contre les procédures soumises aux obligations de mise en concurrence des sociétés concessionnaires⁶, l'objectif étant de garantir l'effectivité de la concurrence entre les opérateurs.

Les sociétés concessionnaires doivent désormais suspendre la signature de leurs marchés ou de leurs avenants durant un délai minimum de 18 jours à compter de la date de réception du dossier correspondant par l'Autorité. Durant ce délai, l'Autorité est habilitée à exercer les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-13 du code de justice administrative ou, le cas échéant, les saisines mentionnées aux articles 2 et 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 précitée. A défaut, et dès le délai de 18 jours écoulé, le projet de marché peut être signé et son exécution initiée.

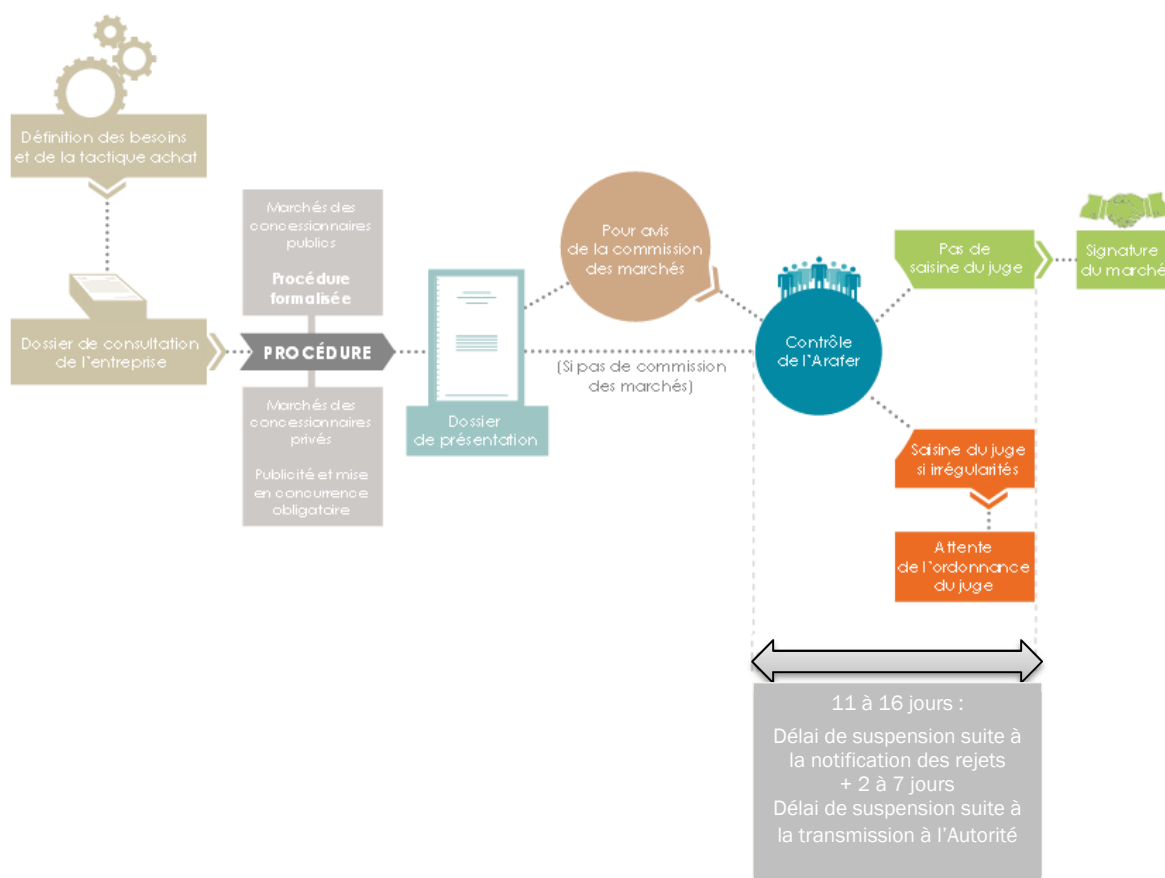
Ce délai est en principe concomitant au délai légal que les sociétés concessionnaires sont déjà tenues de respecter entre la notification du rejet de leur offre aux soumissionnaires et la signature du marché définitif qui est porté à 16 jours au minimum lorsque la notification est faite par courrier et à 11 jours au minimum lorsque la notification est faite par voie électronique.

Ainsi, dans l'hypothèse où les sociétés concessionnaires choisiraient d'optimiser leurs procédures d'achat et donc de procéder simultanément à l'information de l'Autorité et à la notification du rejet de leur offre aux soumissionnaires, **l'obligation d'information de l'Autorité n'a pour seule conséquence que d'allonger de deux à sept jours la durée des procédures de passation de leurs marchés par rapport aux échéances normales qui sont leurs sont déjà applicables. Au regard de la durée moyenne des procédures qui est de 5 mois en moyenne pour un appel d'offres ouvert⁷, ces délais supplémentaires sont sans effet sur la conclusion des contrats comme sur la réalisation des travaux des sociétés soumises à ces règles.**

⁶ En application des dispositions de l'article L. 122-20 du code de la voirie routière

⁷ Les délais varient selon la procédure concernée et peuvent être plus longs pour une procédure restreinte ou plus courts pour un appel d'offres ouvert.

— Déroulé d'une procédure de marché soumise pour information à l'Arafer —



Pour l'exercice 2016, sur les 47 marchés passés selon le nouveau dispositif qui lui ont été soumis, l'Autorité a mené une analyse détaillée de 39 d'entre eux conformément à sa stratégie de contrôle⁸. Elle n'a pas estimé nécessaire d'user de cette faculté de recours, les manquements aux règles de passation identifiés ne constituant pas une entrave à l'application d'une concurrence effective et loyale et compte tenu des pouvoirs du juge sur la décision attaquée.

A titre d'exemple, lors de l'analyse des projets, outre des irrégularités relevées dans l'avis d'appel public à la concurrence tels que l'absence d'indication de la valeur estimée du marché à la rubrique II.2.6) ou l'indication d'une juridiction erronée en cas de recours à la rubrique VI.4.1), l'Autorité a constaté l'utilisation de méthodes de notation et de critères de sélection qui pourraient aboutir à neutraliser le critère technique⁹.

L'Autorité a privilégié en 2016 une démarche de dialogue et de concertation pour comprendre les pratiques des sociétés concernées et identifier les éventuelles améliorations à apporter au regard des obligations, parfois complexes, leur incombant. **Les marchés analysés ont ainsi fait l'objet de réunions d'échanges avec les concessionnaires¹⁰ et/ou de mesures d'instruction.**

A ce jour, les sociétés concessionnaires ont globalement suivi les demandes formulées lors de ces réunions ou dans les courriers, excepté pour certaines l'obligation de publier l'estimation des projets de

⁸ Compte tenu du nombre potentiel de marchés dont elle est destinataire du fait du nouveau dispositif, l'Autorité a décidé de prioriser son contrôle sur les marchés les plus importants en montant et/ou qui présentent un enjeu en termes concurrentiels

⁹ Voir le 4.2.7 relatif aux critères de sélection et aux méthodes de notation

¹⁰ APRR-AREA : 13/10/2017 et 12/12/2017 ; VINCI Autoroutes : 09/11/16 et 10/01/2017 ; SANEF-SAPN : 17/11/2016 et 21/12/2016 ; ATMB : 13/01/2017.

marchés ou encore celle d'utiliser une méthode de notation et de critères de sélection qui ne privent pas d'effet le critère technique.

Passé cette première phase d'adaptation, pour les prochains exercices, l'Autorité rappelle que certains points doivent encore être améliorés dans la procédure de passation comme la motivation du non-allotissement ou la définition de marchés passés pour les besoins de la concession.

Sur ce dernier point, les sociétés concessionnaires ayant fait le choix d'exclure certaines catégories d'achats des obligations de publicité et de mise en concurrence, l'Autorité serait fondée à exercer un recours contre tout contrat qui n'aurait pas fait l'objet des mesures obligatoires adéquates y compris si celui-ci ne lui a pas été transmis pour information¹¹. Toutefois, à ce stade, elle estime que la priorité doit être portée sur l'examen des marchés de travaux, sans préjudice de la clarification qu'il serait utile d'apporter à cette définition (cf. supra).

2.2.2. Les autres prérogatives de l'Autorité en matière de contrôle des marchés des sociétés concessionnaires

Outre sa compétence qui lui a été conférée pour exercer un éventuel recours contre les projets de marchés ou d'avenants des sociétés concessionnaires, l'Autorité qui a pour mission **de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés**¹² dispose de prérogatives supplémentaires propres à lui permettre d'exercer une mission plus large que le seul contrôle de la passation des marchés.

L'Autorité peut notamment *recueillir toutes les informations utiles auprès [...] des fournisseurs de services à destination des entreprises de transport public routier dans ces aménagements ou les concessionnaires d'autoroutes ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information*¹³. Enfin, l'Autorité *peut recueillir des données, procéder à des expertises et mener des études et toutes actions d'information nécessaires dans le secteur des autoroutes concédées*¹⁴.

Ces dispositions permettent à l'Autorité de compléter son information dans le cadre de l'analyse des projets qui lui sont transmis de façon systématique ou de procéder à des collectes de données. Les informations supplémentaires recueillies par ce biais lui servent à réaliser des analyses statistiques plus poussées et à identifier, le cas échéant, des manquements qui ne pourraient être décelés à la simple lecture de projets de contrats.

En effet, si une irrégularité de procédure peut être facilement décelable et faire l'objet d'un recours de l'Autorité avant la signature des marchés, les entorses à la concurrence ne peuvent être généralement identifiables qu'ex-post et doivent être étayées par des analyses économiques approfondies.

2.2.3. La compétence de l'Autorité en matière de concurrence et l'articulation avec les instances spécialisées

Dans le domaine de la régulation concurrentielle des marchés, la compétence de l'Autorité dans le secteur des autoroutes n'est pas exclusive de celles de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (ci-après « DGCCRF ») et de l'Autorité de la concurrence.

De manière générale, la DGCCRF et l'Autorité de la Concurrence veillent à l'exercice d'une concurrence suffisante entre les opérateurs, sous l'angle de l'interdiction des pratiques concertées, au sens de

¹¹ L'autorité est fondée à demander de façon régulière la transmission des contrats/marchés qui ne lui auraient pas été transmis pour information préalable afin de s'assurer que ces derniers ne relèvent pas des besoins de la concession

¹² Article L. 122-14 du code de la voirie routière

¹³ Article L. 1264-2 du code des transports

¹⁴ Article L. 122-31 du code de la voirie routière

l'article L. 420-1 du code de commerce, ou de l'exploitation abusive d'une position dominante, au sens de l'article L. 420-2 du même code. Ces interdictions, bien qu'elles participent d'un même objectif général de concurrence, appartiennent à un corpus juridique distinct des obligations en matière de passation de marché prévues par le droit de la commande publique et le code de la voirie routière : la qualification d'une pratique sur la base du code de commerce n'implique pas nécessairement de manquements aux règles de passation et, inversement, un acheteur qui ne respecte pas les règles de passation ne commet pas nécessairement d'infraction au regard des règles de concurrence (dans la pratique, un manquement aux règles de passation n'est pas nécessairement constitutif, à lui-seul, d'une pratique anticoncurrentielle prohibée par le code de commerce).

L'Autorité, comme les autres régulateurs sectoriels, n'est pas compétente pour contrôler ou sanctionner les manquements au code de commerce. Inversement, ni l'Autorité de la concurrence, ni la DGCCRF ne sont compétents pour contrôler ou sanctionner les manquements aux règles de passation qui relèvent de la régulation sectorielle. Cette dualité entre d'une part la régulation dite « ex post » ou de « droit commun » et d'autre part la régulation dite « ex ante » ou sectorielle n'est pas propre au secteur des transports et se retrouve dans la plupart des autres secteurs régulés (communications électroniques, énergie) : elle s'accompagne d'obligations d'informations réciproques entre ces différentes autorités (voir notamment l'article L. 1264-15 du code des transports pour les relations entre l'Autorité et l'Autorité de la concurrence). En tout état de cause, cette dualité n'exclut pas les cas où les pratiques prohibées pourraient recouper les champs de compétences des différentes Autorités et venir être sanctionnées à la fois par l'Autorité de la concurrence et par l'Autorité sectorielle.

La DGCCRF dispose toutefois, de manière tout à fait spécifique au secteur des autoroutes, d'un droit de présence au sein des commissions des marchés des concessionnaires d'autoroutes, avec le même niveau d'information que les autres membres de la commission. Cette présence ne modifie aucunement le champ de répartition des compétences et de pouvoirs de contrôle ou d'enquête dont disposent ces trois autorités administratives :

- en cas de manquement au droit de la commande publique ou de doutes, constatés à l'occasion d'une réunion, la DGCCRF peut en informer l'Autorité ; cela permet à cette dernière d'être informée en amont de l'envoi de l'avis de la commission des marchés ; il appartiendra alors à l'ARAFER de qualifier le manquement et, le cas échéant, de mettre en œuvre les pouvoirs que lui confère la loi (demandes d'informations complémentaires, recours précontractuel ou contractuel, saisine de l'Autorité de la concurrence si les faits lui paraissent devoir relever des règles de concurrence) ;
- les informations recueillies dans le cadre de ces réunions peuvent être des éléments utiles à la DGCCRF pour mieux cibler les enquêtes qu'elle mène en matière de concurrence, lesquelles ne peuvent toutefois être lancées que dans le cadre du processus prévu à cette effet par le code de commerce (qui implique notamment des échanges formels préalables avec l'Autorité de la Concurrence). Si cette enquête permet de qualifier une pratique, l'Autorité de la concurrence en sera saisie et l'Autorité en sera informée en application de l'article L. 1264-15 susmentionné.

3. COMPOSITION ET REGLES INTERNES DES COMMISSIONS DES MARCHES DES SCA

3.1. Régime juridique avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application pris en la matière

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, les neuf sociétés concessionnaires d'autoroutes historiques¹⁵ avaient institué une commission des marchés en application de l'article 6 du cahier des charges annexé à leur contrat de concession ou d'une décision de leur conseil d'administration.

Cette commission devait être composée en majorité de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les entreprises de travaux publics.

La commission des marchés était notamment chargée de :

- définir les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, de fournitures et de services. Les règles internes devaient notamment préciser que les personnalités siégeant à la commission ne pouvaient prendre part au vote s'ils avaient un quelconque lien direct ou indirect avec les soumissionnaires concernés ;
- veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés. A ce titre, elle émettait un avis sur l'attribution des marchés soumis à une procédure formalisée.

La commission des marchés a été dénommée selon la société considérée « commission consultative des marchés du concessionnaire¹⁶ », « commission des marchés autoroutiers¹⁷ », « commission des marchés¹⁸ », « commission consultative des marchés autoroutiers¹⁹ » ou encore « commission consultative des marchés²⁰ ».

3.2. Régime juridique applicable à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application

La loi du 6 août 2015 et ses deux décrets d'application sont venus notamment réformer les engagements des sociétés concessionnaires d'autoroutes en matière de passation de marchés.

L'alinéa 1 de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière et le I de l'article R. 122-33 du même code prévoient qu'une commission des marchés doit être instituée, pour toute concession d'autoroute dont la longueur excède 200 km pour les concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou 50 km pour les concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs. La commission ainsi instituée doit être composée en majorité de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires²¹.

Le deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière dispose que la commission des marchés est chargée de :

- veiller au respect des procédures de passation et d'exécution de ces marchés en application de la présente section ;
- définir les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, fournitures et service, qui seront soumises pour avis conforme à l'Autorité.

¹⁵ APRR, AREA, ASF, ATMB, ESCOTA, SANEF, SAPN, SFTRF. Pour COFIROUTE depuis le 1er janvier 2015

¹⁶ Pour la société ESCOTA.

¹⁷ Pour la société COFIROUTE.

¹⁸ Pour la société ATMB, APRR et AREA, SANEF et SAPN.

¹⁹ Pour la société ASF.

²⁰ Pour la société SFTRF.

²¹ Pour rappel, à l'article 6 du cahier des charges des contrats de concession, il était mentionné « entreprises de travaux publics ».

Conformément aux articles L. 122-17, R. 122-34 et R. 122-35 du code de la voirie routière, l'Autorité est saisie pour avis conforme de la composition des commissions de marchés et des règles internes pour la passation et l'exécution des marchés. Au-delà d'un délai d'un mois pour la composition de la commission des marchés et deux mois pour les règles internes, son avis est réputé favorable.

3.3. Coexistence des deux régimes juridiques pour l'exercice 2016 et les exercices suivants

Selon l'article 4 du décret n°2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes, l'institution des commissions des marchés et la définition de règles internes en application des dispositions précitées devaient intervenir au plus tard le 1^{er} juillet 2016. Jusqu'à cette date, les commissions des marchés instituées conformément aux dispositions antérieures²² restaient compétentes.

Deux types de commissions des marchés régies par des règles internes distinctes ont donc coexisté durant l'exercice 2016. Ces deux instances continueront à coexister jusqu'à ce que l'intégralité des marchés passés avant l'entrée en vigueur du nouveau dispositif soit exécutée.

Les commissions des marchés issues de l'ancien dispositif pourront ainsi continuer à examiner les procédures engagées avant le 5 mai 2016 conformément aux anciennes règles internes (date d'entrée en vigueur du décret du 3 mai 2016 précité relatif à la passation des marchés) tandis que les nouvelles commissions examineront les procédures engagées à compter du 5 mai 2016 conformément aux nouvelles règles internes.

Cependant pour les rapports annuels qui seront produits par l'Autorité à partir de 2018, sauf modification législative ou réglementaire significative, le régime juridique devrait se stabiliser.

3.4. Composition des commissions des marchés

3.4.1. Contexte juridique et pouvoirs de l'Autorité

a. Une commission composée en majorité de membres indépendants

Conformément à l'article 6 du cahier des charges annexé aux contrats de concession, les commissions des marchés des concessionnaires devaient être composées « *en majorité de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec des entreprises de travaux publics* ». La CNM a ainsi toujours porté son contrôle sur le recensement des personnalités qualifiées d'indépendantes et sur le nombre de réunions pendant lesquelles ces personnalités indépendantes étaient majoritaires.

Les dispositions plus précises issues de la loi du 6 août 2015 précitée ont permis à l'Autorité de réaliser un contrôle plus approfondi de l'indépendance des membres.

Reprenant les principes de l'ancien article 6 précité, le premier alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière exige que la commission des marchés instituée par les concessionnaires soit « *composée en majorité de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires* ». Aux termes du I de l'article R. 122-34 du même code, il est ensuite précisé que l'indépendance est appréciée à l'égard du concessionnaire, des entreprises qui y sont liées au sens du II de l'article 19 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, des attributaires passés et des soumissionnaires potentiels.

²² Conformément à l'article 6 du cahier des charges annexé aux contrats de concession ou conformément à la décision de son conseil d'administration pour COFIROUTE.

Il s'agit de garantir l'indépendance des membres de la commission vis-à-vis du concessionnaire lui-même, des entreprises qui lui sont liées et vis-à-vis des entreprises de travaux publics susceptibles de conclure ou d'avoir conclu des marchés avec ce concessionnaire. Cette précision a permis à l'Autorité de réaliser un contrôle plus complet de l'indépendance des membres.

b. Saisines des sociétés concessionnaires pour la nomination des membres des commissions

L'Autorité dispose de plusieurs outils pour analyser et contrôler l'indépendance des membres des commissions.

- Définition du contenu des saisines dans les lignes directrices de l'Autorité

L'Autorité a précisé les éléments d'information dont elle doit nécessairement disposer pour procéder à son examen. Elle a proposé un modèle de formulaire de déclaration d'intérêts qu'elle a annexé à ses lignes directrices en date du 23 mars 2016 relatives à l'instruction des saisines des concessionnaires transmises au titre de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière par les concessionnaires pour la composition de leur commission des marchés²³.

Dans ses lignes directrices, conformément au I de l'article R. 122-34 du même code, l'Autorité précise que la saisine du concessionnaire relative à toute décision de nomination ou de reconduction d'un membre doit contenir à la fois des éléments relatifs au membre proposé (son identité, la nature des fonctions exercées, celles précédemment exercées), une déclaration d'intérêts ainsi que des éléments relatifs à son mandat (sa durée et ses conditions financières notamment).

- Contenu des saisines

Les premières saisines pour la composition de la commission des marchés se sont échelonnées du 9 mars 2016 au 13 mai 2016 selon les concessionnaires. Les saisines des trois premières sociétés transmises avant la publication des lignes directrices précitées ne contenaient dès lors pas les formulaires de déclaration d'intérêts sous la forme du modèle annexé aux lignes directrices en date du 23 mars 2016. L'analyse globale du dossier transmis par ces trois sociétés ne revêtait donc pas la même exigence formelle que pour les saisines transmises après le 23 mars 2016.

En outre, alors même que les lignes directrices étaient déjà publiées, l'Autorité a constaté que les sociétés Sanef et Sapn n'avaient pas repris le modèle de formulaire annexé aux lignes directrices. Certaines déclarations d'intérêts n'ayant pas repris tous les éléments recensés dans les lignes directrices et nécessaires à l'Autorité pour exercer son office, cette dernière a demandé aux sociétés concernées de compléter leurs dossiers.

De manière générale, aucune des premières saisines transmises par les concessionnaires n'était complète lors de l'envoi initial si bien que toutes ont fait l'objet d'un complément sur demande de l'Autorité²⁴. Ces demandes d'informations complémentaires ont permis d'obtenir des précisions sur la liste des membres qualifiés d'indépendants par le concessionnaire, la nature et les fonctions actuellement et précédemment exercées par les membres pressentis, les clients auprès desquels les membres ont travaillé, la nature et le montant des participations financières détenues dans le capital d'une société dont l'objet social entre dans le champ de compétence de la commission ou les conditions financières et de durée du mandat.

Lors de la saisine, le *curriculum vitae* des membres pressentis ne lui ayant pas été transmis, l'Autorité a dû systématiquement le demander afin de rendre compte de manière complète des liens et des intérêts directs et indirects, professionnels comme personnels, entretenus ou détenus avec des personnes ou organismes et qui sont de nature à exercer une influence sur la participation de ce membre dans ses fonctions au sein de la commission de marchés. En effet, si la déclaration d'intérêts fournit des

²³ Décision de l'Autorité n° 2016-029 du 23 mars 2016

²⁴ Conformément à l'article 51 du règlement intérieur de l'Autorité (ancien article 50 remplacé par l'article 51 en application de la décision n° 2016-136 du 12 juillet 2016 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité)

informations sur les trois dernières années, l'appréciation par l'Autorité de l'intensité du lien unissant un membre potentiel et l'une des entités listées à l'article R. 122-34 du code de la voirie routière peut se retrouver faussée lorsqu'un lien d'intérêt a été entretenu durant une longue période ou a été d'une intensité particulièrement forte.

- Demande d'informations et mesures d'instruction

L'Autorité peut demander tout élément d'information utile à l'instruction de la saisine dès lors qu'elle constate qu'il manque au dossier un élément suffisamment développé pour éclairer son avis²⁵ ou lorsque le dossier comprend des incohérences ou des imprécisions.

L'Autorité a fait usage de ce pouvoir à l'occasion des saisines des sociétés APRR et AREA. Il s'agissait de disposer du détail des actions, obligations et autres participations détenues par un des membres pressenti sous quelque forme que ce soit au sein du concessionnaire et de ses entreprises liées.

La réponse du concessionnaire à cette mesure d'instruction a démontré que ce formulaire n'avait pas été rempli avec suffisamment d'exhaustivité puisque des liens d'intérêts avec une entreprise liée au concessionnaire ont finalement pu être caractérisés à l'issue de l'analyse des éléments transmis.

Afin d'éviter ces étapes successives qui alourdissent inutilement l'instruction menée par l'Autorité et afin de permettre une validation rapide de la composition de la commission, **il pourrait être utile d'inscrire directement dans le code de la voirie routière une liste non exhaustive des informations à fournir lors de sa saisine.**

3.4.2. Les avis de l'Autorité sur la composition de la commission des marchés

Après instruction des saisines reçues au 1^{er} semestre 2016 relative à la mise en place des nouvelles commissions des marchés, l'Autorité a rendu 18 avis (cf. tableau ci-dessous) : 5 avis défavorables, 4 avis favorables avec réserves et 9 avis favorables.

²⁵ en application de l'article 38 du règlement intérieur de l'Autorité

Avis rendus par l'Autorité en 2016 sur la composition de la commission des marchés

	1ères saisines			2ndes saisines ou courrier de régularisation		
	Date de saisine	Date et numéro de l'avis	Avis de l'Autorité	Date de saisine ou du courrier de régularisation	Date de l'avis	Avis de l'Autorité
APRR	02/05/2016	01/06/2016 N° 2016-087	Avis défavorable	20/06/2016	29/06/2016 N° 2016-206	Avis favorable
AREA	02/05/2016	01/06/2016 N° 2016-086	Avis défavorable	20/06/2016	29/06/2016 N° 2016-205	Avis favorable
ATMB	09/05/2016	29/06/2016 N° 2016-118	Avis défavorable	06/07/2016	19/07/2016 N° 2016-164	Avis favorable
ASF	08/03/2016	06/04/2016 N° 2016-045	Avis favorable avec réserves	12/04/2016	20/04/2016 N° 2016-057	Avis favorable
COFIROUTE	09/03/2016	06/04/2016 N° 2016-043	Avis favorable avec réserves	11/04/2016	20/04/2016 N° 2016-056	Avis favorable
ESCOTA	15/03/2016	06/04/2016 N° 2016-044	Avis favorable avec réserves	12/04/2016	20/04/2016 N° 2016-055	Avis favorable
SANEF	23/03/2016	20/04/2016 N° 2016-058	Avis défavorable	29/04/2016	11/05/2016 N° 2016-064	Avis favorable
SAPN	23/03/2016	20/04/2016 N° 2016-059	Avis défavorable	27/04/2016	11/05/2016 N° 2016-063	Avis favorable
SFTRF	13/05/2016	08/06/2016 N° 2016-089	Avis favorable avec réserves	15/06/2016	29/06/2016 N° 2016-117	Avis favorable

Pour apprécier l'indépendance des membres pressentis, l'analyse de l'Autorité s'est portée tant sur les membres eux-mêmes et leurs éventuels liens d'intérêts avec les concessionnaires et soumissionnaires, qu'aux conditions d'exercice de leur mandat.

L'Autorité s'est ainsi opposée à l'institution d'une commission des marchés dont la composition ne respecterait pas les conditions tenant à la présence majoritaire de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires. Elle a par ailleurs rendu des avis favorables avec réserves, lorsque les conditions d'exercice du mandat des membres pressentis ne permettaient pas de garantir de manière effective leur indépendance dans cet exercice.

a. Les liens d'intérêts attachés au membre pressenti

Conformément au troisième alinéa de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, l'Autorité apprécie l'indépendance du membre pressenti à l'égard de plusieurs opérateurs économiques avec lesquels un lien d'intérêt serait susceptible de remettre en cause cette indépendance.

- Les liens d'intérêts avec le concessionnaire

A l'occasion de son analyse sur la composition des commissions des marchés, l'Autorité a conclu, pour cinq d'entre elles, à l'existence d'un lien d'intérêt établi entre le membre pressenti et le concessionnaire.

Elle a considéré qu'un des membres pressentis ne pouvait être regardé comme un membre indépendant en raison de l'activité d'auto-entrepreneur qu'il avait exercé auprès du concessionnaire durant la période de trois ans précédant la saisine²⁶.

L'Autorité a considéré que ne pouvaient être qualifiés d'indépendants deux membres pressentis participant en qualité de salariés aux investissements et au suivi des participations financières de la société qui les emploie dans le groupe de sociétés détenant le concessionnaire, alors même que la société dont ils sont salariés détient, même indirectement, une part importante du capital du concessionnaire. L'un des salariés en question avait d'ailleurs indiqué avoir participé à une opération de refinancement touchant directement le concessionnaire²⁷. La CNM avait d'ailleurs fait état de cette situation dans ses rapports depuis 2010.

Il convient de noter que l'Autorité a porté la même appréciation à l'égard des commissions des marchés des concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs puisqu'elle a considéré, pour deux membres pressentis, que la détention d'un mandat d'administrateur au sein du concessionnaire constitue un lien effectif et actuel entre ces membres et le concessionnaire pouvant remettre en cause l'indépendance des membres dans le cadre de leurs fonctions au sein de la commission des marchés du concessionnaire²⁸.

- Les liens d'intérêts avec les entreprises liées au concessionnaire

L'Autorité a mis en évidence pour deux des commissions des marchés l'existence de liens d'intérêts entre les membres de ces commissions et les entreprises liées aux concessionnaires²⁹.

Ainsi, l'Autorité a considéré qu'un des membres pressentis, dont le lien d'intérêt avec le concessionnaire est également caractérisé, ne pouvait être regardé comme membre indépendant en raison de l'activité d'auto-entrepreneur qu'il avait exercé auprès d'une entreprise liée au concessionnaire durant la période de trois ans précédant la saisine dans la mesure où « *elle laisse préjuger d'un lien d'intérêt suffisamment important et direct avec le concessionnaire pour influencer les décisions que le membre doit rendre dans le cadre de sa participation à la commission des marchés [de ce même concessionnaire]* »³⁰.

En outre, la circonstance qu'un membre pressenti détienne une participation financière conséquente dans le capital d'une société définie comme une entreprise liée au concessionnaire ainsi que les droits de vote en résultant a conduit l'Autorité à caractériser l'existence d'un lien d'intérêt effectif et actuel entre ce membre et l'entreprise liée alors même que ce membre avait cessé ses activités, tant professionnelles que représentatives, au sein de l'entreprise liée depuis plus de trois ans³¹.

- Les liens d'intérêts avec les attributaires passés et/ou les soumissionnaires potentiels

L'examen des liens d'intérêts avec les attributaires passés et les soumissionnaires potentiels est destiné à assurer l'indépendance des membres de la commission vis-à-vis des entreprises de travaux publics susceptibles de conclure ou d'avoir conclu des marchés avec ce concessionnaire.

²⁶ Avis n° 2016-045 du 6 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) et avis n° 2016-043 du 6 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIRROUTE)

²⁷ Avis n° 2016-087 du 1er juin 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR) et avis n° 2016-086 du 1er juin 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société des autoroutes Rhône Alpes – AREA

²⁸ Avis n° 2016-118 du 29 juin 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

²⁹ On entend par entreprises liées au concessionnaire celles définies au II de l'article 19 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

³⁰ Avis n° 2016-045 et n° 2016-043 précités

³¹ Avis n° 2016-087 et n° 2016-086 précités

L'Autorité a ainsi pu considérer que la détention d'un mandat au sein du conseil d'administration d'une société dont un des principaux actionnaires est une entreprise de travaux publics, d'une part, susceptible de répondre en qualité de soumissionnaire aux marchés passés par le concessionnaire et, d'autre part, attributaire passé à l'occasion de la passation de précédents marchés avec ce concessionnaire constitue un lien d'intérêt entre le membre détenant ce mandat, des soumissionnaires potentiels et des attributaires passés ne permettant pas de qualifier ce membre d'indépendant³².

Dans le même sens, l'Autorité a estimé que ne pouvait être qualifié d'indépendant le membre qui avait exercé dans les trois années précédant la saisine la fonction de directeur général d'une société dont le capital est détenu en partie par des entreprises de travaux publics susceptibles de répondre en qualité de soumissionnaire aux marchés passés par le concessionnaire et qui avaient également déjà été attributaires à l'occasion de la passation de précédents marchés avec ce concessionnaire³³.

En outre, une personne proposée pour être membre, qui aurait déjà été autorisée à siéger en qualité de membre indépendant au sein de commissions des marchés de concessionnaires appartenant à un groupe d'entreprises de travaux publics susceptibles de répondre en qualité de soumissionnaire aux marchés passés par le concessionnaire pour lequel sa candidature est proposée, ne peut être regardée comme une personnalité indépendante et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec le concessionnaire, les entreprises qui y sont liées, les attributaires passés et les soumissionnaires potentiels au sens des articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière³⁴.

Comme indiqué plus haut, l'institution des commissions des marchés en application de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière devait intervenir au plus tard le 1er juillet 2016 conformément à l'article 4 du décret n° 2016-234 du 1er mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes.

Il convient de relever que toutes les sociétés concessionnaires ont respecté cette date limite à l'exception de la société ATMB dont la dernière saisine est intervenue le 6 juillet 2016 et a donné lieu à un avis favorable de l'Autorité le 19 juillet 2016. Ce retard n'a toutefois pas eu de conséquence dans la mesure où la société ATMB n'a pas engagé de procédure de passation tant que la commission des marchés n'était pas régulièrement constituée.

b. Les conditions générales régissant le mandat des membres proposés

Conformément au deuxième alinéa de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, l'Autorité est destinataire des informations relatives aux conditions, notamment financières et de durée, régissant le mandat des personnes pressenties comme membres indépendants de la commission des marchés.

Ces conditions constituent l'un des éléments qui doit permettre de garantir, avec le degré d'assurance exigé, l'indépendance requise par la loi des membres de la commission des marchés à l'égard des acteurs économiques listés à l'article R. 122-34 du code de la voirie routière.

A cet égard, la limitation du mandat dans le temps combinée à son caractère irrévocable est une condition rigoureusement nécessaire pour assurer l'indépendance des membres. La limitation de la durée du mandat fait obstacle à ce que des liens d'intérêts puissent, en raison de l'écoulement du temps, se créer avec le concessionnaire d'autoroutes au point de placer le membre dans une situation où son indépendance pourrait progressivement être remise en cause. Le caractère irrévocable du mandat garantit en outre au membre une vraie liberté de décision dès lors que ni son attitude, ni son positionnement sur les dossiers ne sont susceptibles de le conduire à être démis de ses fonctions par le concessionnaire. Compte tenu de la jurisprudence applicable et de la pratique habituelle des organes collégiaux, l'Autorité a estimé que le mandat des membres des commissions des marchés ne devait pas excéder neuf ans, renouvellement compris.

³² Avis n° 2016-087 et n° 2016-086 précités

³³ Avis n° 2016-087, n° 2016-086 et n° 2016-118 précités

³⁴ Avis n° 2016-058 et n° 2016-059 précités

Le caractère non renouvelable du mandat, gage d'indépendance en ce qu'il annihile toute pression pouvant peser sur le membre dans la période précédant une éventuelle reconduction, est apparu comme une bonne pratique que l'Autorité a recommandé vivement à chaque concessionnaire d'adopter, sans toutefois l'y contraindre.

En revanche, pour l'Autorité, si la société décidait d'instaurer un mandat renouvelable, ce renouvellement ne pourrait intervenir qu'une seule fois, afin d'éviter que la pression ne devienne telle durant le mandat qu'elle porterait nécessairement atteinte à l'indépendance dont le membre doit faire preuve.

L'Autorité a ainsi émis quatre avis favorables avec des réserves relatives aux conditions de durée du mandat et deux avis défavorables comportant des observations sur les conditions régissant le mandat.

A ce titre, elle a demandé aux sociétés ASF, Escota et COFIROUTE dont l'ensemble des membres indépendants des commissions des marchés disposaient d'un mandat sans limitation de durée, de fixer des mandats d'une durée maximale de neuf ans présentant, en outre, sauf empêchement de longue durée ou manquement grave du membre à ses obligations, un caractère irrévocable³⁵.

De même, face aux mandats de deux ans avec possibilité indéfinie de renouvellement des membres indépendants de la commission des marchés des sociétés SANEF et SAPN, l'Autorité a suggéré d'instaurer un mandat renouvelable au plus une fois d'une durée maximale de neuf ans présentant, en outre, sauf empêchement de longue durée ou manquement grave du membre à ses obligations, un caractère irrévocable³⁶.

L'Autorité a également formulé cette demande à la société SFTRF dont les membres indépendants de la commission des marchés disposaient d'un mandat valable pour cinq ans mais potentiellement renouvelable sans limitation³⁷.

Les recommandations émises par l'Autorité à l'occasion de ces six avis ont été suivies par les concessionnaires d'autoroutes concernés. Les sociétés ASF, Escota et COFIROUTE se sont rangées aux recommandations de l'Autorité en présentant des mandats limités à neuf ans et irrévocables. Les mandats des membres indépendants des commissions des sociétés SANEF et SAPN ont désormais une durée de trois ans renouvelable un fois et sont irrévocables. Enfin, la société SFTRF a proposé une durée de mandat fixée à six ans avec une possibilité de renouvellement limitée à trois ans, ajoutant également le caractère irrévocable de ce mandat.

En outre, l'Autorité a recommandé, eu égard au lien entre l'indépendance effective du membre déclaré comme tel et sa compétence en matière de marchés, de prévoir un renouvellement par tiers ou par moitié des membres indépendants afin d'éviter un renouvellement simultané au terme de la durée de l'ensemble des mandats. L'Autorité a invité les sociétés concessionnaires d'autoroutes à renouveler en priorité les membres qui ont exercé cette même fonction depuis le plus grand nombre d'années au sein de la commission des marchés existant préalablement à l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière. Aucune des sociétés n'a souhaité suivre cette recommandation à ce jour.

³⁵ Avis n° 2016-045 du 6 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes du Sud de la France (ASF), Avis n° 2016-043 du 6 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE), Avis n° 2016-044 du 6 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société Autoroutes Esterel-Côte d'Azur (ESCOTA)

³⁶ Avis n° 2016-058 du 20 avril 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société des Autoroutes du Nord-Est de la France (SANEF), l'avis n° 2016-059 relatif à la composition de la commission des marchés de la société des Autoroutes Paris-Normandie (SAPN)

³⁷ Avis n° 2016-089 du 8 juin 2016 relatif à la composition de la commission des marchés de la société française du tunnel routier du Fréjus (SFTRF)

3.4.3. Composition des commissions des marchés en exercice

L'Autorité a examiné les éléments relatifs à la tenue des commissions des marchés et à la présence effective des membres qualifiés d'indépendants lors de l'examen des projets de marchés qui ont été transmis durant l'année 2016. L'Autorité note ainsi que la composition de chacune des commissions des marchés des sociétés concessionnaires est identique à celle validée par l'Autorité dans ses avis à l'exception des sociétés ASF et COFIROUTE qui ont fait le choix de ne retenir, en plus de leur président, que les membres qualifiés d'indépendants par l'Autorité.

Les sociétés concessionnaires ont en effet la possibilité de ne procéder à la nomination effective que de certains membres de la commission parmi ceux soumis à l'avis de l'Autorité à condition que celle-ci soit majoritairement composée de membres qualifiés d'indépendants.

L'Autorité relève que le dispositif règlementaire pourrait être complété afin que les sociétés concessionnaires lui transmettent de manière systématique pour information la liste définitive des membres désignés pour siéger à la commission des marchés suite à l'avis qu'elle a rendu. Ceci permettrait d'éviter un écart entre la liste des membres effectivement retenus par les concessionnaires et la composition soumise à l'avis de l'Autorité. Un dispositif identique à celui prévu pour l'envoi des règles internes définitives avant leur entrée en vigueur tel que prévu par le dernier alinéa de l'article R.122-35 pourrait par exemple être envisagé.

3.4.4. Bilan du dispositif de contrôle de la composition des commissions des marchés

L'avis préalable de l'Autorité sur la composition de la commission a d'abord permis d'écarter la présence de personnalités ayant un lien d'intérêt avec le concessionnaire, les entreprises liées au concessionnaire ou encore avec les attributaires passés et/ou les soumissionnaires potentiels alors que ces derniers étaient initialement présentés par les sociétés concessionnaires comme indépendants.

Le dispositif d'avis conforme de l'Autorité sur la composition de la commission des marchés constitue également un niveau de garantie supplémentaire du contrôle de la passation des marchés des sociétés concessionnaires. A cet égard, en cas de fausse déclaration ayant une incidence sur la composition de la commission des marchés, les projets de marchés examinés s'exposeraient au risque d'une invalidation par le juge.

Toutefois, le dispositif reste perfectible et pourrait intégrer une actualisation obligatoire en cas de changement de situation et, pour être complet, un mécanisme de sanction en cas de fausse déclaration lors de la nomination d'un membre.

Des dispositions pourraient par exemple être ajoutées dans les dispositions du code de la voirie routière comme l'obligation d'actualiser la déclaration en cas de changement de situation et de transmettre cette actualisation à l'Autorité. L'Autorité pourra alors décider de rendre un avis si elle estime que le changement a des conséquences sur l'indépendance du membre concerné. L'Autorité pourrait également définir elle-même ces obligations à condition de disposer d'un pouvoir règlementaire supplétif en la matière.

Au demeurant, le système déclaratif institué n'est assorti d'aucune sanction en cas de fausse déclaration de la part d'un des membres ou de la société concessionnaire. **Pour assurer les conditions d'une plus grande transparence, celui-ci pourrait être assorti d'un dispositif de sanctions en cas de déclaration erronée ou frauduleuse d'un membre.**

3.5. Les règles internes des commissions des marchés

L'annexe 1 au présent rapport expose les différences entre les règles internes de l'ancien et du nouveau dispositif.

3.5.1. Le contrôle des règles internes avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et ses deux décrets d'application pris en la matière

En application des dispositions du décret du 26 janvier 2004 précité³⁸, dans le dispositif antérieur, la CNM émettait des avis et formulait des recommandations sur les règles définies par ces commissions pour la passation et l'exécution des marchés de travaux, de fournitures et de services de ces sociétés ainsi que sur le respect de ces règles.

Toutefois, les documents rendus publics par la CNM et portés à la connaissance de l'Autorité ne présentaient aucune recommandation ou avis sur le contenu de ces règles.

3.5.2. Le contrôle actuel des règles internes

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, les règles internes doivent répondre aux prescriptions minimales définies par voie réglementaire. Une fois les projets de règles établis par les commissions des marchés, les sociétés concessionnaires les adressent pour avis conforme à l'Autorité.

a. La définition réglementaire du contenu des règles internes

Conformément aux dispositions de l'article R. 122-35 susvisé, les règles internes doivent traiter au minimum les points suivants :

- 1° Les conditions dans lesquelles la commission se réunit et dans lesquelles elle statue ;
- 2° Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, 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 le 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 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.

³⁸ Décret n°2004-86 du 26 janvier 2004 portant création de la Commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrages d'art

b. L'avis conforme de l'Autorité sur les règles internes des commissions des marchés

Le tableau ci-dessous présente la liste des avis rendus par l'Autorité sur les règles internes des commissions des marchés des sociétés concessionnaires.

Avis rendus par l'Autorité en 2016 sur les projets de règles internes établis par les commissions des marchés

	1ères saisines			2èmes saisines			3ème saisine		
	Date de saisine	Date et numéro de l'avis	Avis	Date de saisine	Date de l'avis	Avis de l'Autorité	Date de saisine	Date de l'avis	Avis
APRR	18/07/2016	14/09/2016 N° 2016-186	Avis favorable avec réserves	27/09/2016	05/10/2016 N° 2016-206	Avis favorable			
AREA	18/07/2016	14/09/2016 N° 2016-187	Avis favorable avec réserves	27/09/2016	05/10/2016 N° 2016-205	Avis favorable			
ASF	23/05/2016	29/06/2016 N° 2016-119	Avis défavorable	21/07/2016	14/09/2016 N° 2016-182	Avis favorable			
ATMB	09/05/2016	24/05/2016 N° 2016-075	Avis défavorable	25/07/2016	14/09/2016 N° 2016-185	Avis favorable avec réserves	20/09/2016	28/09/2016 N° 2016-200	Avis favorable
COFIROUTE	23/05/2016	29/06/2016 N° 2016-121	Avis défavorable	26/07/2016	14/09/2016 N° 2016-184	Avis favorable			
ESCOTA	23/05/2016	29/06/2016 N° 2016-120	Avis défavorable	22/07/2016	14/09/2016 N° 2016-183	Avis favorable			
SANEF	27/05/2016	19/07/2016 N° 2016-165	Avis favorable avec réserves	29/07/2016	14/09/2016 N° 2016-181	Avis favorable			
SAPN	27/05/2016	19/07/2016 N° 2016-166	Avis favorable avec réserves	29/07/2016	14/09/2016 N° 2016-179	Avis favorable			
SFTRF	20/07/2016	14/09/2016 N° 2016-180	Avis favorable avec réserves	22/09/2016	28/09/2016 N° 2016-201	Avis favorable			

Après instruction des saisines reçues entre le mois de mai et le mois de septembre relatives aux règles internes des nouvelles commissions des marchés, l'Autorité a rendu 19 avis (cf. tableau ci-dessus) : 4 avis défavorables, 6 avis favorables avec réserves et 9 avis favorables.

A l'exception de la société ATMB, les sociétés concessionnaires d'autoroutes, ont toutes saisi l'Autorité entre le 23 mai et le 20 septembre 2016 de projets de règles internes établis par leurs commissions des marchés régulièrement constituées au sens des dispositions des articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière et ayant reçu un avis favorable de l'Autorité.

La société ATMB avait transmis à l'Autorité, le 9 mai 2016 un projet de règles internes alors même que la composition de sa commission des marchés n'avait pas fait l'objet d'un avis de l'Autorité. Ce premier projet de règles internes a fait l'objet d'un avis défavorable de l'Autorité³⁹ puisque les règles proposées n'avaient pas été validées par une commission des marchés régulièrement constituée au sens des articles L. 122-17 et R. 122-34 du code de la voirie routière. La composition de la commission des marchés ayant été validée par l'Autorité le 19 juillet 2016⁴⁰, la société ATMB a présenté à l'Autorité un

³⁹ Avis n° 2016-075 du 24 mai 2016.

⁴⁰ Avis n° 2016-164.

projet de règles internes adopté par sa commission des marchés régulièrement constituée le 25 juillet 2016.

A l'occasion de l'instruction des projets de règles internes transmis par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, l'Autorité a analysé le contenu des règles proposées, en vérifiant, d'une part, que les huit points obligatoires mentionnés à l'article R. 122-35 du code de la voirie routière y avaient bien été traités et d'autre part, que ces règles permettaient aux commissions des marchés de veiller effectivement au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés qui leur sont soumis pour avis.

3.5.3. Les principes dégagés par l'Autorité

L'Autorité a ainsi eu l'occasion de se prononcer sous forme de réserves ou de recommandations sur les règles internes qui lui ont été présentées et notamment sur les huit points listés à l'article R. 122-35 du code de la voirie routière.

a. Sur les conditions dans lesquelles la commission se réunit et dans lesquelles elle statue

- Le délai de convocation et de transmission des documents aux membres des dossiers soumis à l'examen de la commission des marchés

L'Autorité a vérifié que les règles internes permettent bien aux membres de la commission de disposer d'un temps suffisant pour examiner les documents qui leur seraient transmis afin de pouvoir exercer correctement leur office durant les séances.

En s'appuyant notamment sur le régime applicable aux commissions des marchés des collectivités territoriales⁴¹, elle a considéré comme raisonnable une convocation et l'envoi des documents en vue de la préparation de la séance cinq jours francs avant la date de la commission. L'Autorité a constaté que toutes les sociétés prévoyaient l'envoi de la convocation et la transmission des dossiers simultanément et dans ce délai minimal.

Néanmoins, l'Autorité a recommandé qu'un délai de transmission plus important soit pris en compte en cas de présentation d'un dossier complexe (par exemple avec un cas d'offre anormalement basse ou une procédure comprenant des étapes de négociation) ou d'un nombre important de dossiers lors d'une séance de la commission des marchés. A l'exception de la société SFTRF, toutes les sociétés concernées ont suivi cette recommandation.

L'Autorité a accepté le principe d'une seconde convocation dans un délai réduit (en l'espèce deux ou trois jours francs) quand le quorum n'était pas atteint lors de la première convocation en recommandant néanmoins que ce délai réduit ne soit possible qu'en cas d'ordre du jour non modifié. Cette recommandation a été suivie par toutes les sociétés concernées.

- Le contenu du procès-verbal de séance

L'objectif pour l'Autorité était de pouvoir retracer dans les procès-verbaux des commissions des marchés les échanges intervenus lors de la commission des marchés. Ces échanges, lorsqu'ils sont retranscrits de façon suffisamment exhaustive, peuvent permettre de mieux appréhender le niveau d'exigence des membres de la commission comme leur rôle exact dans le choix d'attribution final.

L'Autorité a donc recommandé que les procès-verbaux contiennent les recommandations, les observations ainsi que les éventuelles réserves émises par l'un des membres de la commission des marchés.

⁴¹ Article 25 du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics

- Le quorum

Afin de ne pas priver d'effet utile la règle selon laquelle la commission des marchés des sociétés concessionnaires doit être composée en majorité de membres indépendants, l'Autorité a vérifié que les projets de règles internes qui lui étaient soumis prévoyaient un quorum obligeant la commission des marchés à rendre un avis 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.

- Le déport de membres indépendants

L'Autorité a examiné dans les projets de règles internes l'existence d'un mécanisme de déport d'une personnalité déclarée indépendante et ses effets en cas d'examen d'un dossier sur lequel un éventuel lien d'intérêt d'un de ces membres qualifiés d'indépendants apparaîtrait.

L'obligation de prévoir un tel mécanisme de déport, malgré l'avis de l'Autorité sur l'indépendance des membres de la commission, vient de la difficulté à apprécier l'indépendance des membres vis-à-vis de l'ensemble des soumissionnaires potentiels, ces derniers ne pouvant pas tous être connus au jour de l'adoption de l'avis par l'Autorité sur la composition de la commission.

On rappellera également que l'avis de l'Autorité sur l'indépendance des membres de la commission doit permettre de constituer une majorité de personnalités indépendantes en son sein, ce qui signifie que des membres sont susceptibles d'avoir été considérés comme non indépendants.

L'Autorité a donc estimé nécessaire de prévoir un mécanisme de déport pour prévenir ces situations et de maintenir, conformément à la volonté du législateur, une majorité de membres indépendants au sein de la commission.

1) A quelle occasion ladite personnalité doit-elle se déporter ?

L'Autorité a ainsi estimé que les liens d'intérêts susceptibles d'exercer une influence dans le cadre des fonctions de membre de la commission des marchés pouvaient imposer un déport à toutes les étapes de l'analyse (vis-à-vis d'un opérateur économique qui soumet sa candidature et/ou son offre).

2) A quel moment de la réunion de la commission des marchés, la personnalité indépendante doit-elle se déporter ?

L'Autorité a indiqué, dans ses avis, que le déport devait s'étendre aux débats en séance ainsi qu'au vote, considérant que la présence d'un membre ayant un lien d'intérêt lors des débats pourrait influencer le choix final de la commission des marchés.

3) Quelles conditions doivent être réunies pour que la commission des marchés délibère de manière régulière alors que l'un ou plusieurs de ses membres se sont déportés ?

Conformément à la volonté du législateur, et comme pour les règles liées à la définition du quorum, l'Autorité a estimé nécessaire de prévoir dans les règles internes un mécanisme de déport qui ne fasse pas obstacle à ce que soit maintenue malgré ce déport, une majorité de membres indépendants au sein de la commission à chaque séance.

A l'occasion de l'instruction des règles internes de la société ATMB, l'Autorité a constaté que sa commission des marchés était composée de deux personnalités indépendantes en plus de son président. Elle en a déduit que le déport d'une de ces personnes bloquerait le processus d'attribution du marché car la commission des marchés ne pourrait pas rendre un avis faute d'être régulièrement composée. Aussi, l'Autorité a conseillé à la société ATMB de revoir la composition de sa commission des marchés en procédant à l'ajout d'un ou de plusieurs membres indépendants. La société ATMB s'est engagée, dès le mois de septembre 2016, à étudier cette faculté afin de soumettre ultérieurement à

l'Autorité une nouvelle composition de sa commission des marchés, ce qu'elle n'a pas encore fait à ce jour⁴².

4) Quelles sont les conséquences en cas de départ d'un membre ?

L'Autorité a rappelé que les membres de la commission des marchés doivent tenir informées la société concessionnaire d'autoroutes ainsi que l'Autorité de tout changement qui aurait une incidence sur le contenu de leurs déclarations d'intérêts. Aussi, en cas de départ de l'un des membres qualifiés indépendants, l'Autorité devra nécessairement être saisie d'une déclaration d'intérêts mise à jour. Si tel n'était pas le cas, comme évoqué au 3.4.4, les projets de marchés examinés par la suite par une commission susceptible d'être irrégulièrement constituée pourraient être invalidés par le juge en cas de contentieux.

b. Pour les SCA qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint

Concernant les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, le deuxième alinéa du V de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière prévoit que le recours à l'appel d'offres restreint doit être limité aux cas prévus dans les règles internes des commissions des marchés. Conformément à ces dispositions et à celles de l'article R. 122-35 du même code, les règles internes doivent prévoir les conditions dans lesquelles il peut être recouru à l'appel d'offres restreint.

Lors de l'analyse des projets de règles internes, l'Autorité a considéré que :

- laisser à la libre appréciation du maître de l'ouvrage le recours à l'appel d'offres restreint ne constituait pas un cas de limitation répondant aux dispositions de l'article précité ;
- indiquer ne pas vouloir limiter le nombre de candidats invités à soumissionner en cas d'appel d'offres restreint n'était pas une limitation du recours à l'appel d'offres restreint mais une modalité particulière d'application de cette procédure ;
- une liste prévoyant un nombre de cas de limitation tel qu'*in fine* le recours à l'appel d'offres restreint semble toujours possible, prive d'effet utile les dispositions du code de la voirie routière ;
- le recours à l'appel d'offres restreint doit être motivé dans le rapport de présentation de la procédure.

L'Autorité a par ailleurs recommandé aux commissions des marchés d'envisager aussi la limitation du recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif pour lesquelles une phase de sélection des candidats existe.

Toutes les réserves et demandes de l'Autorité ont été suivies, en revanche sa recommandation concernant l'interdiction de fixer un nombre minimal de candidats en cas d'utilisation de la procédure concurrentielle avec négociation ou de dialogue compétitif a été reprise par les seules commissions des marchés des sociétés concessionnaires ASF, COFIROUTE et ESCOTA.

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

L'Autorité a suggéré aux commissions des marchés d'exercer pleinement leur office en ne se limitant pas à rendre un avis sur des propositions d'attribution faites par la société, mais en s'impliquant aussi plus en amont d'une procédure afin, le cas échéant, d'être associées à toutes les étapes du processus de sélection. Par exemple, la commission des marchés pourrait intervenir pour valider une stratégie d'achat (pertinence de l'allotissement, des critères de sélection des candidatures et des critères d'attribution des offres) et/ou à l'issue de la phase de sélection des candidatures quand certaines sont rejetées.

⁴² Pour cette société, cela signifie qu'aucun départ ou aucune absence de l'un de ses membres indépendants n'est envisageable.

Cette recommandation a été reprise partiellement par certaines commissions des marchés (APRR, AREA, ATMB, SANEF, SAPN et SFTRF), leurs règles internes ayant prévu que les sociétés se donnent la possibilité de saisir leur commission des marchés à toutes les étapes essentielles de la procédure.

d. 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

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 ».

Dès lors, en application de ces dispositions, et afin que la commission puisse veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés qui lui sont soumises pour avis, l'Autorité a considéré que la commission doit pouvoir vérifier au travers du document qui retrace les débats et les votes du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, d'une part, les justifications éventuelles qui ont amené à ne pas suivre son avis et, d'autre part, que les conditions définies par le code de commerce pour les conventions réglementées ont bien été respectées.

Dans ses avis, l'Autorité a ainsi demandé que la décision du conseil d'administration ou du conseil de surveillance soit motivée et que cette décision soit transmise sans délai au Président de la commission des marchés qui devra la transmettre à l'Autorité dans le cadre des éléments du dossier de présentation du marché concerné.

e. Sur les conditions dans lesquelles la commission est informée de la passation des marchés et la conclusion des avenants lorsque son avis n'est pas requis

Pour renforcer le niveau général d'information de la commission des marchés, nouvelle instance centrale dans la procédure de passation des procédures, et conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière⁴³, l'Autorité a également vérifié que les règles internes prévoient une échéance à ne pas dépasser par la société concessionnaire pour informer la commission des projets de marchés ou d'avenants pour lesquels son avis n'est pas requis. En l'absence d'un délai précis pour la transmission de ces informations dans les règles internes, la dernière phrase de l'article L. 122-17 perd tout effet utile.

Ainsi l'Autorité a demandé que les règles internes prévoient une échéance annuelle à ne pas dépasser pour la transmission de ces éléments, les sociétés ayant repris généralement pour date limite, celle de la transmission du rapport annuel sur les marchés ou une date qui précède cette transmission.

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

L'Autorité a examiné la nature des informations transmises aux membres de la commission ainsi que les délais dans lesquels ces informations sont envoyées en veillant à ce que ces modalités leur permettent d'exercer correctement leur office.

L'Autorité note que dans les projets de règles internes qui lui ont été soumis, les dossiers envoyés aux membres de la commission des marchés sont suffisamment détaillés et qu'ils leur sont transmis au plus tard avant la séance de la commission des marchés.

⁴³ Les informations devant être portées à la connaissance de la commission des marchés sont :

- les avenants aux marchés passés selon une procédure formalisée ou adaptée au sens des dispositions de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière ;
- la liste des entreprises avec qui le concessionnaire d'autoroutes conclut des marchés passé sans procédure.

L'Autorité constate que les membres de la commission disposent des documents nécessaires et d'un délai raisonnable pour prendre connaissance des dossiers jusqu'au jour de la séance.

Toutefois, l'Autorité a également envisagé l'hypothèse où l'un des membres aurait une question à poser sur les documents reçus et a ainsi demandé, d'une part, que les règles internes prévoient ce cas, et d'autre part, que les réponses apportées soient communiquées à tous les membres de la commission et transmises dans les meilleurs délais (sans incidence de la date de la demande de renseignements complémentaires) et, au plus tard, en début de séance, le jour de la réunion de la commission des marchés au cours de laquelle le dossier ayant soulevé la demande est traitée.

Enfin, quand ces documents ne leur étaient pas déjà transmis lors de la convocation, l'Autorité a considéré que les membres des commissions des marchés devaient pouvoir consulter, à leur demande, pour chaque marché présenté à leurs votes, le dossier de consultation des entreprises, les candidatures ainsi que les offres des soumissionnaires.

g. 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)

L'Autorité a vérifié si l'ensemble des mentions du code de la voirie routière relatives à la transmission des informations à la commission était bien repris et si les conditions de transmission étaient respectées. Sur ce point l'Autorité a eu l'occasion d'indiquer que :

- le président de la commission des marchés devait lui transmettre :
 - o l'avis de la commission des marchés par voie électronique ;
 - o la décision du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sans délai ;
- les manquements constatés par la commission des marchés devaient lui être transmis sans délai ;
- si les règles internes listaient les pièces qui devaient être transmises à l'Autorité au titre du dossier de présentation de marchés au sens du II de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière ou du rapport annuel au sens de l'article R. 122-38 du même code, alors il convenait que les règles internes reprennent avec exactitude la liste des informations et des documents mentionnés dans les arrêtés du 4 août 2016 qui précisent :
 - o 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 routière⁴⁴ ;
 - o la liste des documents annexés au rapport annuel des commissions des marchés des concessionnaires d'autoroutes mentionnés à l'article R. 122-38 du code de la voirie routière⁴⁵ ;
- un simple renvoi des règles internes aux arrêtés susmentionnés était suffisant et satisfaisant.

h. Sur la durée limitée pendant laquelle les règles internes sont applicables

L'Autorité s'est attachée à vérifier que les règles internes prévoient bien une limitation de leur durée d'application conformément aux dispositions du 8° de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière. L'Autorité a considéré que la commission des marchés devait prévoir une limitation de la durée de validité des règles internes conformément aux dispositions précitées, en se fondant par exemple sur la durée du mandat des membres indépendants de la commission. En effet, dès lors que la composition de la commission des marchés aura été renouvelée, celle-ci doit pouvoir être en mesure de définir les nouvelles règles internes qu'elle souhaitera voir s'appliquer pour la passation et l'exécution des

⁴⁴ Arrêté du 4 août 2016, EINC1601451A.

⁴⁵ Arrêté du 4 août 2016, EINC1621197A.

marchés, conformément aux compétences qui lui sont dévolues aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière.

Des règles internes ne prévoyant aucune limitation ou une limitation ne permettant pas ce réexamen au moment du renouvellement des membres ont ainsi été jugées non conformes. Par ailleurs, l'Autorité a pu constater, dans certains projets soumis pour avis, que les modalités de révision ou de modification des règles internes n'étaient pas explicites. Aussi, a-t-elle demandé que :

- les modalités à suivre lorsqu'un membre sollicite une révision soient précisées ;
- le document mentionne expressément que les règles internes sont modifiées dans les mêmes conditions de forme que leur adoption.

i. Sur les attributions des commissions des marchés

L'Autorité a examiné dans les règles internes si les prérogatives de la commission des marchés évoquées au deuxième alinéa de l'article L. 122-17 et au R. 122-38 du code de la voirie routière étaient rappelées, à savoir qu'il revient à la commission des marchés de définir les règles internes pour la passation et l'exécution des marchés et d'établir un rapport d'activité annuel. A défaut, dans ses avis, elle a demandé que les règles internes mentionnent expressément toutes ces attributions de la commission des marchés.

3.5.4. Bilan du dispositif de contrôle de l'Autorité sur les règles internes des commissions

Tous les projets de règles internes transmis par les concessionnaires d'autoroutes ont fait l'objet d'avis favorables avec réserves de l'Autorité (à l'exception de la première saisine d'ATMB qui a fait l'objet d'un premier avis défavorable). Suite à ces avis, de nouvelles règles internes modifiées ont été adoptées par les commissions des marchés et ont été présentées à l'Autorité.

L'Autorité a observé que ces nouveaux projets de règles internes tenaient compte de l'intégralité des réserves qu'elle avait formulées. Certaines commissions des marchés ont de plus repris à leur compte les recommandations de l'Autorité. Aussi, les avis rendus par l'Autorité sur les seconds projets de règles internes ont tous été favorables.

L'Autorité note qu'aucune société concessionnaire n'avait une commission des marchés avec des règles internes régulièrement validées au 1^{er} juillet 2016 comme le prévoyait l'article 4 du décret n°2016-234 du 1^{er} mars 2016 précité, ce retard étant dû notamment à la publication tardive du second décret d'application de la loi. En outre, aucune société concessionnaire n'a signalé avoir validé après la date limite du 1^{er} juillet 2016 un marché dont la procédure a été lancée à compter du 5 mai 2016 dans une commission qui ait été régulièrement constituée et dont les règles internes aient été validées préalablement par l'Autorité.

Enfin, conformément au dernier alinéa du II de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière, toutes les sociétés concessionnaires ont transmis les règles définitives avant leur entrée en vigueur.

Les règles définies par la commission des marchés et validées par l'Autorité ont désormais un caractère opposable. En conséquence, l'Autorité invite les membres des commissions des marchés à s'assurer de leur application effective et rappelle qu'elle pourra être amenée à en vérifier la mise en œuvre par tout moyen et qu'un projet de marché encourt l'irrégularité si ce dernier est pris en application de règles contraires à celles qui ont été validées par l'Autorité.

4. ACTIVITE DES SOCIETES SOUMISES A L'OBLIGATION D'INSTITUER UNE COMMISSION DES MARCHES

4.1. Activité des commissions des marchés

Le tableau ci-dessous présente l'activité des commissions des marchés en 2016, selon que celles-ci se soient réunies sous l'empire des règles de l'ancien dispositif ou du nouveau dispositif.

Nombre de séances de commissions de marchés en 2016 et présence de la DGCCRF

Sociétés	2016 ancien dispositif	2016 nouveau dispositif	2016 Total	2015	Présence DGCCRF en 2016	Présence DGCCRF en 2015
ATMB	5	2	7	8	0	6
SFTRF	6	1	7	5	2	0
APRR	5	2	7	7	7	7
AREA	2	2	4	4	4	4
ASF	14	4	18	11	14	12
COFIROUTE	10	1	11	12	10	11
ESCOTA	9	1	10	7	8	7
SANEF	10	3	15	8	14	8
SAPN		2				
Total	61	18	79	69	59	62

a. Nombre de séances de commissions

Le nombre de séances de commissions des marchés s'établit à 79 pour l'exercice 2016 contre 69 en 2015. Cette augmentation peut s'expliquer par la mise en place du nouveau dispositif réglementaire venu abaisser les seuils des procédures soumises à l'avis de la commission ainsi que par le lancement des premières études ou des premiers travaux en vue de la mise en œuvre du plan de relance autoroutier (ci-après « PRA »).

Pour le seul exercice 2016, malgré l'abaissement des seuils de mise en concurrence pour certaines sociétés, l'Autorité constate également que le nombre de séances des commissions des marchés est globalement largement plus élevé dans leurs formes relevant de l'ancien dispositif réglementaire.

Plusieurs facteurs permettent d'apporter des éléments d'analyse concernant la répartition du nombre de séances de commissions durant l'exercice 2016.

D'une part, le délai moyen de passation d'une procédure (4 mois et demi pour l'exercice 2016), c'est-à-dire le temps nécessaire à la publication, l'analyse et enfin l'attribution d'un projet conduit à ce que les marchés publiés à partir du 5 mai 2016 ne peuvent être attribués avant septembre ou octobre de la même année. La première saisine de l'Autorité sur la base d'un marché lancé dans le cadre du nouveau dispositif a d'ailleurs eu lieu le 22 septembre 2016. Les marchés passés sous l'ancien dispositif ont pu quant à eux être lancés tout au long de l'année 2015 et jusqu'au 4 mai 2016.

D'autre part, les sociétés concessionnaires ont accéléré la passation des marchés issus du PRA sur la fin de l'année 2015 et le début de l'année 2016 en raison de la nécessité d'engager les premières études ou les premiers travaux de ce plan. D'après les données remises par les sociétés concessionnaires dans leurs rapports, 478 879 207€ soit 35% des marchés passés sur l'exercice 2016 sont ainsi liés au PRA.

Enfin, les commissions des marchés n'ont pu valablement se réunir en étant régulièrement constituées conformément au nouveau dispositif réglementaire qu'à partir du dernier trimestre 2016 compte tenu de la sortie tardive des décrets d'application évoquée ci-dessus.

b. Présence de la DGCCRF aux commissions des marchés

La représentation de la DGCCRF est régulière au cours l'année 2016 à l'exception des commissions des marchés des sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement publics qui ne sont pas concernées par les problématiques d'attribution à des sociétés liées. Ces concessionnaires disposent par ailleurs de contrôles externes supplémentaires en raison de leur statut comme celui du contrôle général économique et financier. La présence des représentants de la DGCCRF est inchangée sur ce point par rapport à l'exercice 2015.

Après vérification, l'Autorité note qu'en application des dispositions du III de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, le ou les représentants de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont destinataires de l'ensemble des documents communiqués par la commission des marchés.

En revanche, l'Autorité note que contrairement aux dispositions du même article, les représentants de la DGCCRF ne sont pas systématiquement mis en copie des communications qui lui sont adressées. Elle invite ainsi les sociétés concessionnaires à se conformer à cette disposition qui permet à la DGCCRF de suivre les échanges pouvant intervenir suite à la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle de l'Autorité.

c. Bilan des avis

Les tableaux ci-dessous présentent le nombre d'avis rendus par les commissions des marchés en 2016, respectivement sous l'empire des règles de l'ancien dispositif et du nouveau dispositif.

Nombre et résultats des avis des commissions des marchés en 2016 dans l'ancien dispositif

Sociétés	Avis favorables	Dépôts
ATMB	11	-
SFTRF	15	-
APRR	29	4
AREA	3	-
ASF	66	-
COFIROUTE	20	-
ESCOTA	10	-
SANEF	59	-
SAPN		
Total	213	4

Nombre et résultats des avis des commissions des marchés en 2016 dans le nouveau dispositif

Sociétés	Avis favorables	Dépôts
ATMB	5	-
SFTRF	4	-
APRR	5	-
AREA	0	-
ASF	12	-
COFIROUTE	5	-
ESCOTA	2	-
SANEF	12	-
SAPN	2	-
Total	47	-

L'Autorité constate que pour l'année 2016, aucun avis défavorable n'a été rendu.

Elle note cependant qu'en décembre 2016, une commission des marchés n'a pas suivi la proposition de l'entreprise sur un lot portant sur des travaux de mise en accessibilité des installations ouvertes au Public (IOP) en Ile-de-France. En effet, à la lecture du procès-verbal de la séance, la position de la commission a amené une modification de la proposition initiale du responsable du marché qui proposait une attribution à l'un des soumissionnaires. Ce désaccord n'est pas explicitement représenté dans le vote final, puisque celui-ci n'a pas porté sur la proposition initiale d'attribution mais sur la proposition alternative de déclarer l'appel d'offres infructueux, comme cela ressort du procès-verbal.

L'Autorité note favorablement que les débats et les questions des membres de la commission des marchés peuvent influencer sur la proposition initiale et le choix porté par la société concessionnaire et constate que l'avis défavorable de la commission n'a pas été comptabilisé pour ce dossier conformément au déroulé des échanges.

- La tenue des procès-verbaux

Si aucune disposition légale ou réglementaire n'impose aux commissions des marchés un formalisme particulier sur le contenu des procès-verbaux des séances, l'Autorité remarque que ses recommandations précédentes⁴⁶ sur le contenu de ces documents ont été suivies dans l'ensemble.

Les procès-verbaux prennent différentes formes selon les commissions concernées et retracent plus ou moins exhaustivement la teneur des débats et des échanges intervenus durant la séance mais font apparaître distinctement au minimum : l'objet du marché avec le nom de l'attributaire pressenti et le montant auquel il est envisagé d'attribuer le projet, le nom des membres et leur signature, les abstentions ou dépôts quand ils existent ainsi que l'issue du vote.

- Les dépôts

L'Autorité note que pour les sociétés APRR et AREA, lorsque la commission était encore régie par l'ancien dispositif, l'un de ses membres s'est déporté à quatre reprises dans la mesure où il avait eu

⁴⁶ Voir point 3.3.3 du rapport annuel sur l'activité des commissions des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2015

l'occasion de conseiller un des soumissionnaires, ce qui constituait un lien d'intérêt susceptible d'orienter son vote.

Cette démarche est positive même s'il doit être noté qu'elle résulte d'une attitude purement individuelle, ce qui peut en limiter la portée. L'Autorité rappelle, à cet égard, que lorsqu'elle s'est prononcée sur la composition des commissions des marchés de ces sociétés, elle avait estimé que les liens du membre concerné avec des soumissionnaires potentiels ne permettaient pas de regarder le membre proposé comme une personnalité indépendante compte tenu des nouvelles exigences légales et réglementaires.

- Les votes

L'Autorité note que quelle que soit la société concessionnaire concernée, aucune n'indique le détail du vote de chacun des membres.

- Nombre de marchés et avenants par commission

Le tableau ci-dessous présente le nombre de marchés et d'avenants examinés par les commissions des marchés en 2016, respectivement sous l'empire des règles de l'ancien dispositif et du nouveau dispositif.

Détail du nombre de marchés et d'avenants par commission en 2016 selon le dispositif en vigueur

Sociétés	Ancien dispositif		Nouveau dispositif	
	Nombre de marchés	Nombre d'avenants	Nombre de marchés	Nombre d'avenants
ATMB	11	6	5	0
SFTRF	13	5	1	0
APRR	37	0	5	0
AREA	4	0	0	0
ASF	65	1	12	0
COFIROUTE	20	0	6	0
ESCOTA	10	4	2	0
SANEF	49	0	12	0
SAPN	10	0	2	0
Total	219	16	45	0

Les commissions des marchés ont validé 280 projets de marchés et d'avenants sur 79 réunions soit en moyenne 3,5 projets par commission. On remarque cependant que pour l'année 2016, l'activité est essentiellement concentrée sur les marchés et les avenants passés dans l'ancien dispositif avec 219 projets de marchés ou d'avenants sur 61 commissions alors que seuls 45 projets de marchés ont été passés durant 18 commissions dans le nouveau dispositif.

Comme pour le nombre de séances de commissions, cette différence s'explique à la fois par la durée moyenne de passation d'une procédure, et du fait des délais nécessaires aux sociétés concessionnaires pour constituer régulièrement leur commission conformément au nouveau cadre réglementaire.

4.2. Détail des marchés passés pour avis à la commission des marchés

4.2.1. Répartition des marchés par type de procédure

Les tableaux ci-dessous présentent la répartition par catégorie de procédures des marchés examinés par les commissions des marchés en 2016, respectivement sous l'empire des règles de l'ancien dispositif et du nouveau dispositif.

Répartition des marchés par catégorie de procédures en 2016 dans l'ancien dispositif

Société	Procédures soumises à l'avis de la commission				Procédures soumises volontairement à l'avis de la commission			TOTAL
	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Procédures négociées	Dialogue compétitif	MAPA ouvert	MAPA restreint	Autres	
ATMB	10	0	0	0	1	0	-	11
SFTRF	8	1	4	0	0	0	-	13
APRR	7	29	0	1	0	0	-	37
AREA	1	3	0	0	0	0	-	4
ASF	6	55	1	0	1	2	-	65
COFIROUTE	3	17	2	0	0	0	-	22
ESCOTA	6	4	0	0	0	0	-	10
SANEF	26	22	0	1	0	0	-	49
SAPN	9	1	0	0	0	0	-	10
Total	76	132	7	2	2	2	0	221

Pour les marchés soumis à l'avis de la commission des marchés, sur l'ensemble des sociétés concessionnaires, on constate que pour l'exercice 2016, **dans le cadre de l'ancien dispositif juridique applicable, l'appel d'offres restreint était ainsi majoritairement utilisé** (132 marchés sur un total de 221 soit 60% des marchés). Pour certaines sociétés cependant, l'Autorité constate que l'appel d'offres ouvert était déjà majoritaire (ESCOTA, SANEF et SAPN).

Répartition des marchés par catégorie de procédures en 2016 dans le nouveau dispositif

Société	Procédures soumises à l'avis de la commission				Procédures soumises volontairement à l'avis de la commission			TOTAL
	Appel d'offres ouvert	Appel d'offres restreint	Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif	Procédure adaptée ouverte	Procédure adaptée restreinte	Procédure négociée (article 30)	
ATMB	3	2	0	-	-	-	0	5
SFTRF	0	0	0	-	-	-	1	1
APRR	3	1	1	-	-	-	0	5
AREA	0	0	0	-	-	-	0	0
ASF	12	0	0	-	-	-	0	12
COFIROUTE	6	0	0	-	-	-	0	6
ESCOTA	2	0	0	-	-	-	0	2
SANEF	10	2	0	-	-	-	0	12
SAPN	1	1	0	-	-	-	0	2
Total	37	6	1	0	0	0	1	45

Dans le cadre du nouveau dispositif juridique applicable aux marchés des sociétés concessionnaires, l'appel d'offres restreint est désormais devenu minoritaire (6 marchés sur un total de 45 soit 13%). Cette tendance reste à confirmer sur une durée et sur un nombre de marchés plus significatifs.

L'Autorité observe que ce changement est lié en partie aux limitations apportées dans les règles internes des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs pour recourir à cette procédure en application du 2° du I du R.122-35 du code de la voirie routière soit 7 sociétés sur les 9 soumises à ce dispositif. Ces limitations ont été intégrées directement dans leurs nouvelles règles internes par ces sociétés en application des articles précités, ou à la demande de l'Autorité au moment de sa saisine sur le projet de règles internes lorsque les limitations proposées n'étaient pas suffisantes.

Pour les quelques procédures d'appel d'offres restreint qui ont été lancées dans le cadre du nouveau dispositif, ces dernières sont conformes aux nouvelles limitations imposées par les dispositions du 2° du I de l'article R.122-35 précité.

L'Autorité remarque que, quel que soit le dispositif juridique, en dehors de l'appel d'offres ouvert ou restreint, les sociétés concessionnaires ont peu utilisé les autres procédures autorisées par la réglementation en vigueur : la procédure négociée et le dialogue compétitif pour l'ancien dispositif en application du chapitre III du titre III décret du 30 décembre 2005⁴⁷ ; la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif en application du décret du 25 mars 2016 précité.

⁴⁷ décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics

En outre, pour l'exercice 2016, sur les 8 procédures autres que l'appel d'offres devant être soumises à l'avis obligatoire de la commission des marchés, 4 d'entre elles font suite à un appel d'offres ouvert ou restreint déclaré infructueux ayant été relancé selon la procédure négociée.

La prépondérance de ces procédures chez les concessionnaires s'explique en partie par le cadre juridique, au sein duquel, dans l'ancien comme dans le nouveau dispositif, la procédure de droit commun reste l'appel d'offres. L'utilisation des autres procédures est encadrée, les possibilités d'y recourir étant limitativement énumérées.

Dans le cadre du nouveau régime juridique applicable pour la passation des marchés des sociétés concessionnaires, une souplesse devrait cependant permettre aux sociétés concessionnaires d'utiliser plus facilement la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif. Ainsi, en application du II de l'article R.122-31 du code de la voirie routière, pour tous les marchés de travaux qui n'entreraient pas dans les cas limitativement énumérés au II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 précité, les sociétés peuvent utiliser indifféremment ces deux procédures dès lors que la valeur estimée de leur besoin est inférieure à 2 millions d'euros HT.

4.2.2. Part des marchés soumis à la commission des marchés

Le détail de la répartition des achats par société et par catégorie d'achats est joint en annexe 2 au présent rapport.

La part des marchés soumis à l'avis des commissions des marchés représente, pour l'exercice 2016, en moyenne 65% du montant total des achats des sociétés concessionnaires, soit un volume global de 956 729 578,60 €.

Pour l'exercice 2015, l'Autorité avait calculé que cette même tranche représentait 58% du montant total des achats réalisés par les sociétés concessionnaires.

Cette part prépondérante devrait augmenter pour les prochains exercices en raison de l'abaissement des seuils de mise en concurrence instaurés par le décret du 3 mai 2016 précité (de 2 000 000 € HT à 500 000 € HT pour les marchés de travaux des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs)⁴⁸. L'abaissement de ces seuils vise, dans l'esprit du législateur, à garantir de manière effective que la majorité des achats (en montant) des sociétés concessionnaires fasse l'objet d'une procédure transparente et objective de mise en concurrence, au bénéfice de l'ensemble des opérateurs économiques.

L'Autorité examinera lors de son contrôle si les sociétés concessionnaires respectent les obligations auxquelles sont soumis ces achats et rappelle aux membres des commissions des marchés qu'en application des dispositions de l'article L.122-17 du code de la voirie routière, la commission des marchés est également chargée de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés soumis à son avis.

4.2.3. Typologie des avenants soumis à la commission des marchés

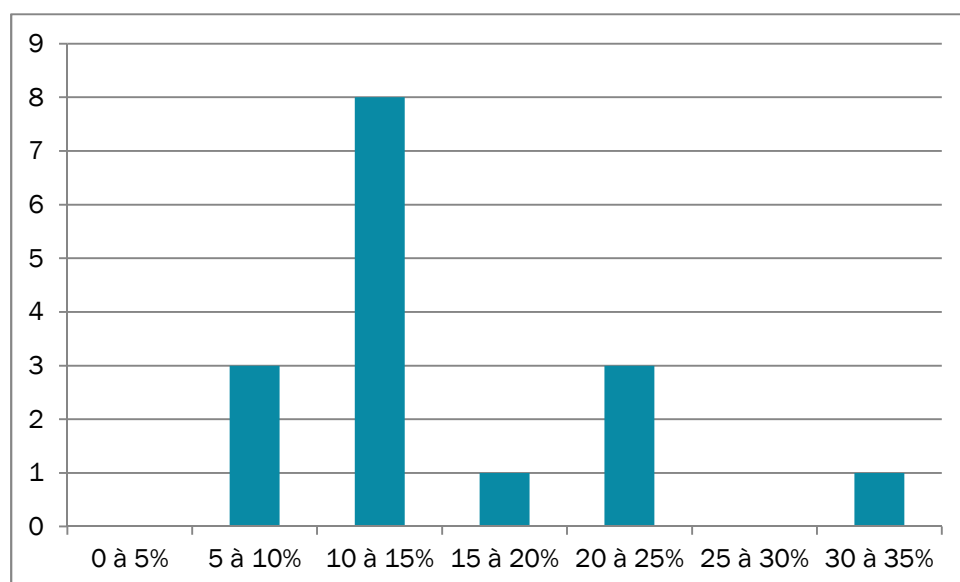
Les tableaux ci-dessous présentent le détail des avenants examinés par les commissions des marchés en 2016, ainsi que la répartition des avenants en fonction du pourcentage d'augmentation par rapport au montant du marché initial.

⁴⁸ Cf article R.122-30 du code de la voirie routière

Détail des avenants examinés par les commissions des marchés en 2016

	Nombre d'avenants	Ratio MIN montant avenant / montant marché initial ⁴⁹	Ratio moyen montant avenant / montant marché initial ⁵⁰	Ratio MAX montant avenant / montant marché initial ⁵¹
Services	8	6 %	16 %	32 %
ASF	1	32 %	32 %	32 %
ATMB	3	8 %	14 %	19 %
ESCOTA	1	19 %	19 %	19 %
SFTRF	3	6 %	13 %	16 %
Travaux	8	6 %	16 %	34 %
ATMB	3	6 %	9 %	12 %
ESCOTA	3	12 %	25 %	34 %
SFTRF	2	11 %	14 %	17 %
Total général	16	6 %	16 %	34 %

Répartition des avenants en pourcentage d'augmentation par rapport au montant du marché initial pour l'ensemble des SCA



⁴⁹ Le ratio MIN se rapporte à l'avenant dont le ratio entre son montant et le montant du marché initial est le plus petit.

⁵⁰ Le ratio moyen est la moyenne arithmétique pour l'ensemble des avenants des ratios entre leur montant et le montant du marché initial afférent.

⁵¹ Le ratio MAX se rapporte à l'avenant dont le ratio entre son montant et le montant du marché initial est le plus grand.

L'Autorité constate **qu'aucun avenant à un marché passé en application du nouveau dispositif juridique n'a été soumis à l'avis des différentes commissions des marchés**. Ceci est dû principalement au fait que les marchés passés dans le cadre du nouveau dispositif sont trop récents pour que des avenants puissent déjà avoir été conclus en 2016. Seuls 16 avenants ont été soumis pour avis à la commission des marchés durant l'exercice 2016 selon l'ancien dispositif.

Pour les commissions des marchés qui ont été amenées à donner leur avis sur ces projets, ne sont visés que les avenants relatifs à des marchés passés au-dessus des seuils de mise en concurrence alors en vigueur, seuils qui étaient supérieurs à ceux qui sont applicables dans le nouveau dispositif pour les sociétés qui ne sont pas pouvoirs adjudicateurs, et selon les règles internes de chaque société concessionnaire qui définissaient les seuils de présentation devant la commission des projets d'avenants considérés. A cet égard, la CNM rappelait dans son rapport d'activité de 2014⁵² la disparité entre les sociétés concessionnaires pour les seuils de soumission des avenants aux avis des commissions⁵³.

L'augmentation des montants initiaux est très variable selon la société considérée ou l'avenant considéré. Elle est comprise entre 6 % et 34 % et est en moyenne de l'ordre de 16 %. Toutefois, l'Autorité ne disposant d'aucune information sur les éventuels avenants qui auraient pu être passés en dessous des seuils évoqués ci-dessus, ces taux ne sauraient être interprétés et ne reflètent pas la réalité des augmentations susceptibles d'être intervenues.

Au demeurant, l'Autorité n'ayant pas été saisie pour information des avenants en question puisqu'ils portaient sur des marchés passés selon un dispositif pour lequel elle n'était pas compétente, elle n'est pas en mesure de porter une appréciation à ce sujet.

Pour les prochains exercices, **l'Autorité estime que le nombre et le montant des avenants seraient susceptibles de décroître par rapport aux exercices précédents** compte tenu des nouvelles dispositions qui devraient être applicables en matière de modification des marchés aux sociétés concessionnaires en application des nouveaux principes évoqués dans la loi Sapin II⁵⁴. Ces dispositions permettent en effet de prévoir dès la conclusion du contrat des possibilités de modifications anticipées par les acheteurs qui seront prévues au sein de clauses de réexamen, ou prestations supplémentaires, sans qu'il y ait d'avenant.

4.2.4. Marchés déclarés infructueux ou sans suite

a. Marchés déclarés infructueux

Sur l'ensemble des sociétés concessionnaires, seules ASF et COFIROUTE ont déclaré des procédures infructueuses suite à un appel d'offres initial pour ensuite relancer directement la procédure sans publicité mais avec mise en concurrence.

L'Autorité rappelle que **les conditions pour déclarer une procédure infructueuse sont limitativement encadrées dans l'ancien comme dans le nouveau régime juridique**.

La décision de déclarer une procédure infructueuse ne peut être décidée sans une argumentation juridique étayée et sans l'avis préalable de la commission des marchés. Or, à la lecture des procès-verbaux, 3 procédures déclarées infructueuses sous l'ancien dispositif avaient déjà été relancées et négociées sans que la commission se soit prononcée au préalable. Bien qu'aucun texte ne l'impose, l'Autorité suggère qu'une telle décision fasse l'objet d'un avis préalable de la commission des marchés, puisque la déclaration d'infructuosité détermine le régime juridique de la nouvelle procédure qui en est

⁵² Voir point 4.5 du rapport d'activité 2014

⁵³ Dans le nouveau dispositif, les seuils de déclenchement des avenants sont encadrés par les textes réglementaires et la commission des marchés est informée de tous les avenants qui ne sont pas soumis à son avis (voir les points 1.2.3 et 3.5.3.e.)

⁵⁴ Dans l'hypothèse où les décrets d'application appliqueraient aux SCA les dispositions de l'article 139 du décret du 25 mars 2016 précité.

le prolongement (procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, procédure négociée avec publicité et mise en concurrence etc...).

En outre, conformément aux dispositions de l'article L.122-17 du code de la voirie routière la commission des marchés est chargée de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés soumis à son avis.

Dans le nouveau dispositif, comme évoqué au 4.1.c, une seule procédure a été déclarée infructueuse suite aux débats intervenus durant la commission des marchés ce qui semble conforme au rôle que doit tenir la commission dans la validation de la décision d'infructuosité.

b. Marchés déclarés sans suite

Aucun marché n'a été déclaré sans suite sur l'exercice 2016.

4.2.5. Autres catégories de contrats ou d'achats soumis à l'avis de la commission

Seules ASF et ATMB ont décidé de présenter à leur commission des projets de contrats issus d'une procédure qui ne nécessite pas un avis préalable de cette instance.

Cette démarche tend à encadrer les modalités de passation de contrats qui sont par nature librement organisés et passés. Compte tenu de la taille moyenne des opérateurs économiques du secteur (voir à cet effet les développements de la partie 6.1.1), l'Autorité note qu'une publication plus large pourrait probablement permettre à un plus grand nombre de petites ou moyennes sociétés de candidater sur ces projets.

4.2.6. Nomenclature interne

Lors de la réalisation d'un achat, les sociétés concessionnaires doivent en définir le périmètre et la durée afin de déterminer la procédure de mise en concurrence applicable (durée du projet, entités géographiques concernées, etc.). Au préalable, elles doivent avoir identifié le périmètre de leurs achats, périmètre qui peut répondre à une organisation ou une stratégie particulière de la société considérée.

A titre d'exemple, les travaux de renouvellement des enrobés sont souvent traités en considérant qu'il s'agit d'un segment d'achat particulier auquel des opérateurs économiques spécialisés peuvent répondre, et en définissant une zone géographique d'intervention limitée en raison notamment de la nécessité d'approvisionner rapidement la zone de travaux par des centrales de production avec un produit maintenu à une certaine température. Pour des projets particuliers, certaines sociétés choisissent cependant d'y adjoindre (sans les isoler dans un lot à part) des travaux de signalisation horizontale ou verticale.

Ces différents choix initiaux peuvent ainsi influencer le montant global de la procédure mais également l'allotissement ou non du projet. Dans ces conditions, l'Autorité suggère aux sociétés concessionnaires de prendre les mesures nécessaires afin de pouvoir motiver ce choix de manière claire et objective, mesure utile notamment en cas de recours d'un candidat ou d'un soumissionnaire non retenu.

L'un des moyens d'y parvenir est de dresser la cartographie de l'ensemble de ses achats au sein d'une nomenclature interne afin de déterminer les règles de computation des seuils en application de l'article 21 du décret du 25 mars 2016 précité et de déterminer la procédure applicable pour un projet donné.

A la connaissance de l'Autorité, pour l'exercice 2016, seule la société ATMB dispose d'une nomenclature interne dont elle a lui transmis une copie. Dans ces conditions, l'Autorité suggère aux autres concessionnaires d'établir une nomenclature interne, afin de renforcer la sécurité juridique de leurs procédures.

4.2.7. Critères et méthodes de notation employés

a. Principe de pluralité de critères de sélection et d'offre économiquement la plus avantageuse

Le principe d'une pluralité de critères de sélection permettant de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse par opposition à la sélection du moins-disant sur le critère unique du prix est spécifique aux acheteurs soumis aux règles de la commande publique. Celui-ci a été consacré dès 2004⁵⁵ dans la réglementation de la commande publique puis confirmé par la jurisprudence. Les critères utilisés sont choisis librement par l'acheteur à condition qu'ils ne soient pas discriminatoires et qu'ils soient liés à l'objet du marché considéré ou à ses conditions d'exécution.

Ainsi, le nouveau dispositif applicable à l'ensemble des sociétés concessionnaires, l'article 62 relatif aux méthodes d'attribution des marchés dans sa rédaction du décret du 25 mars 2016 précité, **prévoit que la sélection des offres doit être réalisée en utilisant une pluralité de critères de sélection et par exception le critère unique du prix**. La jurisprudence nationale est venue confirmer cette approche dans plusieurs décisions de principe et préciser la catégorie de prestations pouvant faire l'objet d'une sélection sur le critère unique du prix.

Il a ainsi été jugé que seuls les marchés dont l'objet est courant, permettent l'utilisation du critère unique du prix comme des fournitures courantes portant sur des produits standardisés ayant des caractéristiques et des qualités similaires quel que soit l'opérateur économique considéré (exemple : l'achat de carburant ou de fournitures de bureau⁵⁶). En revanche, pour des prestations complexes, où la qualité est variable selon les opérateurs considérés, où le savoir-faire, la technicité du prestataire sont déterminants (exemple : des travaux pour la mise en place d'un itinéraire alternatif sur une route départementale), le recours au critère unique du prix est proscrit car il ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse⁵⁷.

S'agissant des marchés de travaux des sociétés concessionnaires, ces derniers ne sauraient être considérés comme standards bien que certaines prestations ou certains prix unitaires constituant ces marchés puissent être considérés comme tels. En effet prises dans leur globalité, les opérations objets des marchés de travaux nécessitent une technicité et un savoir-faire du prestataire, qu'il convient de prendre en compte dans l'analyse des propositions de chaque concurrent (par exemple sur l'organisation du chantier ou encore la bonne prise en compte de contraintes particulières d'exploitation).

Les critères de sélection utilisés par les acheteurs doivent donc être adaptés à l'objet du marché et le juge veille également à ce que les méthodes de notation n'aient pas pour effet de neutraliser l'un des critères et ainsi de fausser la pondération annoncée aux soumissionnaires⁵⁸.

L'Autorité sera donc attentive dans son contrôle à ce que l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse ne puisse pas être réduite à l'aspect purement financier de l'analyse d'un prix pour les marchés qui nécessitent une multiplicité de critères et s'oriente vers une approche plus globale au travers de critères précis, objectifs et non discriminatoires comme les coûts d'utilisation d'un bien, la provenance des matériaux ou encore leur impact environnemental.

b. Critères de sélection

Le tableau ci-dessous présente les modalités d'utilisation des critères de sélection retenues par les SCA dans leurs analyses des marchés passés en 2016 sous l'empire des règles de l'ancien dispositif.

⁵⁵ Article 53 du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics

⁵⁶ http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/autres_groupes_travail/guide-prix-dans-mp.pdf

⁵⁷ CE, 6 avr. 2007, Département de l'Isère, n° 298584

⁵⁸ CE, 3 nov. 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362

Répartition des critères de sélection par valeur dans les analyses des SCA dans l'ancien dispositif

Société	Nombre de marchés avec critère unique du prix	Nombre de marchés avec pluralité de critères	% moyen du critère prix	% moyen du critère technique	% moyen des autres critères
ATMB	nc ⁵⁹	nc	nc	nc	nc
SFTRF	0	7	69%	29%	3%
APRR	nc	nc	nc	nc	nc
AREA	nc	nc	nc	nc	nc
ASF	4	30	59%	41%	nc
COFIROUTE	3	17	58%	42%	nc
ESCOTA	1	8	50%	50%	nc
SANEF	nc	nc	nc	nc	nc
SAPN	nc	nc	nc	nc	nc
Total	8	62	59%	40%	3%

Seules les sociétés ASF, COFIROUTE, ESCOTA et SFTRF ont remis des données concernant l'utilisation des critères de sélection pour les marchés passés dans le cadre de l'ancien dispositif juridique.

Le tableau ci-dessous présente les modalités d'utilisation des critères de sélection retenus par les SCA dans leurs analyses des marchés passés en 2016 sous l'empire des règles du nouveau dispositif.

Répartition des critères de sélection par valeur dans les analyses des SCA dans le nouveau dispositif

Société	Nombre marchés avec critère unique du prix	Nombre marchés avec pluralité de critères	% moyen critère prix	% moyen critère technique	% moyen autres critères
ATMB	0	4	44%	50%	6%
SFTRF ⁶⁰	-	-	-	-	-
APRR	0	5	60%	36%	4%
AREA					
ASF	0	12	58%	42%	-
COFIROUTE	0	6	60%	40%	-
ESCOTA	0	2	60%	40%	-
SANEF	0	12	80%	20%	-
SAPN	0	2	80%	20%	-
Total	0	43	63%	35%	5%

⁵⁹ Non communiqué

⁶⁰ Pas de marché avec publicité et mise en concurrence conclu en 2016 dans le nouveau dispositif

Les critères de sélection utilisés et la pondération qui leur est appliquée par les sociétés concessionnaires sont assez hétérogènes. Néanmoins, pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, l'Autorité note un changement de pratique entre l'ancien et le nouveau dispositif juridique puisque **désormais plus aucune société n'utilise le critère unique du prix. Pour l'ensemble des sociétés, le critère du prix reste globalement majoritaire sans que cette proportion ne puisse être qualifiée d'excessive.**

L'Autorité note ce changement de pratique des sociétés concessionnaires par rapport au précédent exercice, puisque ce critère était alors prépondérant pour l'ensemble des sociétés concessionnaires détenues majoritairement par des capitaux privés.

4.2.8. Méthodes d'analyse

L'Autorité ne dispose pas du détail des méthodes d'analyses utilisées dans le cadre de l'ancien dispositif et ainsi, aucune tendance particulière ne peut être dégagée.

a. Méthodes d'analyses du critère financier

Le tableau joint en annexe 4 présente les méthodes de notation du critère financier utilisées par les sociétés concessionnaires dans leurs analyses des marchés passés en 2016 sous l'empire des règles du nouveau dispositif.

Les méthodes d'analyse des offres retenues par les différentes sociétés concessionnaires sont relativement hétérogènes.

Pour les sociétés APRR, AREA, ASF, COFIROUTE et ESCOTA, les analyses financières qui sont jointes aux rapports de présentation ou aux rapports d'analyse sont très détaillées notamment pour les marchés de travaux et ces dernières analysent poste par poste les écarts significatifs entre les propositions des candidats par rapport à l'estimation initiale.

D'autres sociétés en revanche comme SANEF ou SAPN remettent une analyse globale des prix sans examiner le détail de chacun des postes ou les écarts à l'estimation.

L'Autorité remarque que les méthodes de notation employées par certaines sociétés (APRR, AREA, ASF, COFIROUTE et ESCOTA) pour leurs marchés de travaux augmentent de façon disproportionnée les écarts en valeur absolue sur le critère prix entre les différents candidats.

b. Méthodes d'analyses de la valeur technique

Concernant les méthodes d'analyses des critères techniques, les pratiques sont également très différentes selon les sociétés considérées. A la lecture des dossiers qui lui ont été transmis, malgré des analyses parfois très détaillées notamment pour les marchés de travaux d'entretien ou de renouvellement de chaussées, **l'Autorité a constaté que certaines analyses consistaient principalement à examiner la conformité des offres aux prescriptions des cahiers des charges.**

La conformité des offres aux prescriptions imposées dans les pièces du marché constitue une obligation de sorte qu'un écart conduisant à considérer une offre comme non conforme implique que celle-ci soit regardée comme irrégulière. L'analyse des offres régulières doit ensuite se faire selon les critères de sélection énoncés dans le dossier de consultation et l'avis d'appel public à la concurrence, ces critères devant permettre de déterminer la meilleure proposition (l'offre économiquement la plus avantageuse au sens du droit de la commande publique) et non viser à vérifier la conformité des offres aux prescriptions des documents de la consultation.

L'Autorité a enfin examiné des dossiers dans lesquels les écarts entre les candidats sur le critère technique pouvaient être considérés comme marginaux alors même que les propositions des soumissionnaires auraient pu être mieux départagées⁶¹. Dans une telle situation, en appliquant une méthode de notation des offres financières qui tend à augmenter substantiellement les écarts de points, le critère technique peut devenir alors inopérant, et ce, quelle que soit la pondération qui lui est appliquée.

4.3. Contrats et achats inférieurs aux seuils

A titre liminaire, l'Autorité précise que pour leurs achats d'un montant inférieur aux seuils définis à l'article R.122-30 du code de la voirie routière, les sociétés concessionnaires ne disposent pas toutes à ce jour d'outils permettant de dissocier dans leurs achats les fournitures des services. C'est la raison pour laquelle certaines sociétés ont choisi de regrouper ces prestations au sein de la catégorie des services dans les données remises à l'Autorité. Le total obtenu en nombre ou en montant sur ces deux catégories de prestations ne correspond donc pas à ce qui est réellement dépensé. Pour les prochains exercices, les sociétés concessionnaires devront mettre en place les outils de suivi nécessaires pour identifier ces données.

4.3.1. Achats d'un montant inférieur à 90 000 euros hors taxes

Pour la majorité des sociétés concessionnaires, les achats d'un montant inférieur à 90 000 € représentent en moyenne 20% du montant total de leurs achats pour un volume global de 214 866 066 €. Une société (ESCOTA) présente un taux particulièrement élevé avec 49% du total de ses achats inférieurs à ce seuil.

A titre de comparaison, pour l'exercice 2015, l'Autorité avait calculé que les achats d'un montant inférieur à 90 000 € représentaient 26% du montant total des achats réalisés.

Une rationalisation des achats pourrait être envisagée pour réduire le nombre de dépenses de faible montant car plus le montant dépensé est faible, plus le coût de traitement de chacun de ces achats est élevé.

4.3.2. Achats d'un montant supérieur ou égal à 90 000 euros hors taxes et inférieurs aux seuils de mise en concurrence

Pour la majorité des sociétés concessionnaires, les achats d'un montant supérieur à 90 000 € mais inférieurs aux seuils obligatoires de publicité et de mise en concurrence représentent en moyenne 14% du montant total de leurs achats pour un volume global de 178 540 980 €.

A titre de comparaison, pour l'exercice 2015, l'Autorité avait calculé que cette même tranche représenterait 16% du montant total des achats réalisés sur la base des seuils actuellement en vigueur.

Comme évoqué au paragraphe 4.2.2, cette part devrait a priori diminuer au profit de la part des marchés soumis à l'avis de la commission des marchés du fait de l'abaissement du seuil instauré par les dispositions de l'article R.122-30 du code de la voirie routière pour les marchés de travaux des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs (seuil initial à 2 000 000 €HT passé à 500 000 €HT).

⁶¹ Par exemple le dossier d'une société dans le quel les notes techniques redressées allaient de 93,9 à 100 (soit 6,1 points d'écarts seulement entre le meilleur et le moins bon des candidats alors que l'analyse permettait de valoriser les différences entre les candidats par des écarts plus significatifs), la note technique étant pondérée à 40% du poids de la note globale alors que pour le critère du prix avec une formule de notation proportionnelle avec un coefficient 3, les écarts allaient de 44,1 à 100 (soit 65,9 points d'écarts entre le meilleur et le moins bon des candidats) la note du prix étant pondérée à 60% du poids de la note globale.

4.3.3. Marchés subséquents à un accord-cadre passés au cours de l'année dont le montant est supérieur à 90 000 euros hors taxe et inférieurs aux seuils de mise en concurrence

Ces achats concernent 4 sociétés concessionnaires mais représentent en moyenne 4% du montant total des achats de ces sociétés pour un montant cumulé de 19 296 670 €. Aucune tendance particulière ne peut être dégagée sur ce point sur l'exercice 2016.

Ces contrats n'étant pas soumis par nature à l'avis des commissions et les sociétés concessionnaires n'ayant pas à en transmettre une revue exhaustive dans le dispositif précédent, l'Autorité n'est pas en mesure de réaliser une comparaison avec les exercices antérieurs.

Pour les prochains exercices, l'Autorité invite les membres des commissions des marchés à se faire remettre, à une échéance annuelle au minimum et en temps utile pour en permettre la prise en compte dans la rédaction du rapport annuel, un état exhaustif des marchés subséquents passés en application des accords-cadres soumis à son avis préalable.

4.3.4. La liste des bons de commandes passés au cours de l'année relevant des 1° et 2° du I de l'article R. 122-39

Ces achats concernent 5 sociétés concessionnaires mais ne représentent en moyenne que 6% du montant total des achats de ces sociétés pour un montant cumulé de 9 416 145 €. Aucune tendance particulière ne peut être dégagée sur ce point sur l'exercice 2016.

Ces achats n'étant pas soumis par nature à l'avis des commissions et les sociétés concessionnaires n'ayant pas à en transmettre une revue exhaustive dans le dispositif précédent, l'Autorité n'est pas en mesure de réaliser une comparaison avec les exercices antérieurs.

Pour les prochains exercices, l'Autorité invite les membres des commissions des marchés à se faire remettre, à une échéance annuelle au minimum et au moment de la rédaction du rapport annuel, un état exhaustif des dépenses réalisées par voie de bons de commandes passés en application des accords cadres soumis à son avis.

4.4. Les profils acheteurs

En application des dispositions du I de l'article 39 du décret du 25 mars 2016, toutes les sociétés concessionnaires doivent disposer d'un profil acheteur, c'est-à-dire d'une plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires.

Le tableau ci-dessous présente les modalités d'accès au profil acheteur des SCA durant l'exercice 2016.

Tableau récapitulatif des profils acheteurs des SCA durant l'exercice 2016

Sociétés	Profils acheteurs
ATMB	L'accès aux documents du marché était restreint. Les informations complémentaires pouvaient être obtenues sur le site d'ATMB et également sur demande par mail ou par voie postale.
SFTRF	https://marchespublics-tunneldufrejus.omnikles.com/xmarches/okmarche/page/listingPortailappli.do;jsessionid=1967344F077DCF6C50145A970CA83C7F?instance=151
APRR	https://www.marches-securises.fr/entreprise/?module=liste_consultations&presta=%3Btravaux%3Bautres&liste_dept=69&
AREA	https://www.marches-securises.fr/entreprise/?module=liste_consultations&presta=%3Btravaux%3Bautres&liste_dept=69&
ASF	https://consultations-asf.omnikles.com/
COFIROUTE	L'accès aux documents du marché était restreint et la communication du DCE (dossier de consultation des entreprises) se faisait après demande par mail pour que COFIROUTE fournisse un mot de passe permettant d'accéder aux documents.
ESCOTA	https://consultations.escota.com/xmarches/indexfs.do#mainContainer
SANEF	https://www.achatpublic.com/sdm/ent/gen/index.jsp
SAPN	https://www.achatpublic.com/sdm/ent/gen/index.jsp

Pour l'exercice 2016, seules les sociétés ATMB et COFIROUTE ne proposaient pas de profil acheteur conforme aux dispositions de l'article 39 I du décret du 25 mars 2016 précité et les opérateurs intéressés devaient se signaler pour obtenir le dossier de consultation, la société concessionnaire ayant la charge de leur transmettre le dossier.

L'Autorité a signalé ce point aux sociétés concernées, qui, désormais, disposent toutes d'un profil acheteur conforme à l'exception de la société ATMB. L'Autorité rappelle que ces plateformes doivent être conformes aux prescriptions de l'arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs⁶².

4.5. La programmation de la liste des investissements à 5 ans

En application du 1° du IV de l'article R.122-31 du code de la voirie routière, la programmation de l'ensemble des investissements prévus par le contrat de concession pour les cinq années à venir est publiée sur le profil d'acheteur des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs.

Le tableau ci-dessous présente les modalités d'accès aux programmations respectives des SCA durant l'exercice 2016.

⁶² JORF n°0099 du 27 avril 2017

Liste des liens par SCA sur lesquels les investissements à 5 ans sont répertoriés

Sociétés	Publication des investissements à 5 ans
ATMB	non applicable
SFTRF	non applicable
APRR	http://aprr.com/fr/les-investissements/le-plan-de-relande-autoroutier
AREA	http://aprr.com/fr/les-investissements/le-plan-de-relande-autoroutier
ASF	https://consultations-asf.omnikles.com/
COFIROUTE	https://corporate.vinci-autoroutes.com/fr/presentation/societes-vinci-autoroutes/COFIROUTE/COFIROUTE-programme-investissements
ESCOTA	https://consultations.escota.com/xmarches/indexfs.do#mainContainer
SANEF	https://www.planderelance.sanef.com/
SAPN	https://www.planderelance.sanef.com/

Seules les sociétés ASF et ESCOTA ont aujourd'hui publié cette liste sur leur profil acheteur conformément aux obligations qui lui sont imposées. Toutes les autres sociétés ont bien publié cette liste mais sur leur propre site internet uniquement et non sur leur profil acheteur.

Sur la programmation, l'Autorité relève qu'aucun formalisme particulier n'est imposé aux sociétés concessionnaires. Les informations minimales à faire figurer dans ce document pourraient être précisées par arrêté ou, éventuellement, par l'Autorité dans le cadre de son pouvoir réglementaire supplétif.

5. LE CONTROLE DES SOCIETES CONCESSIONNAIRES NON SOUMISES A L'OBLIGATION D'INSTITUER UNE COMMISSION DES MARCHES

La loi du 6 août 2015 a étendu à l'ensemble des concessionnaires d'autoroute l'encadrement de la passation de leurs marchés, soit huit sociétés en plus des neufs concessionnaires historiques avec cependant des souplesses pour les huit sociétés dites « récentes » ou « petites ».

En effet, comme exposé ci-dessus, les neuf sociétés historiques (les six anciennes sociétés d'économie mixte, COFIROUTE et les deux sociétés à capitaux publics) sont soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés, chargée de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution des marchés applicables. Les huit autres sociétés, en raison de leurs dimensions modestes, ne sont pas soumises à cette obligation. **En revanche, elles sont soumises aux mêmes obligations de publicité et de mise en concurrence pour la passation de leurs marchés publiés à partir du 5 mai 2016 ainsi qu'à l'information préalable de l'Autorité avant leur signature.**

Pour l'année 2016, l'Autorité n'a été informée d'aucun projet de marché ou d'avenant par ces huit sociétés. L'Autorité a dès lors souhaité connaître le détail de leurs achats afin de s'assurer qu'aucun d'entre eux n'aurait dû faire l'objet d'une procédure de publicité et/ou de mise en concurrence et ainsi être porté à la connaissance de l'Autorité préalablement à sa conclusion.

5.1. Le régime juridique des sociétés concessionnaires dont les ouvrages sont inférieurs à 200 km et qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs

Comme indiqué précédemment (voir point 3.2), l'article R. 122-33 a fixé à 200 km le seuil de longueur des ouvrages concédés en deçà duquel les concessionnaires d'autoroute qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs sont dispensés de l'obligation d'instituer une commission des marchés.

Les huit concessionnaires concernés ont tous été créés depuis le début des années 2000 à la suite des procédures ouvertes par la Commission européenne au milieu des années 1990 et des avis du Conseil d'Etat, qui ont eu pour effet de mettre fin à la pratique de l'adossement (financement de nouvelles sections moins rentables par les recettes tirées de l'exploitation des sections déjà exploitées, grâce à l'allongement de la durée de la concession).

Depuis le début des années 2000, les principaux ouvrages autoroutiers nouvellement mis en concession font désormais l'objet d'une procédure de mise en concurrence ad hoc et donc d'un contrat de concession spécifique, exécuté en règle générale par une société de projet, qui regroupe un ou plusieurs constructeurs, un ou plusieurs financeurs et un exploitant.

Ceci a des effets directs sur le régime de passation des marchés de ces sociétés et sur leurs achats :

- ⇒ La longueur des ouvrages autoroutiers concédés depuis le début des années 2000 est limitée, les ouvrages exploités par les huit sociétés « récentes » ne représentant que 6 % du réseau autoroutier français, et reste toujours inférieure au seuil de 200 km susmentionné. Ainsi, les huit sociétés récentes sont toutes dispensées de l'obligation d'instituer une commission des marchés.
- ⇒ Pour les concessionnaires dont les ouvrages ne sont pas encore en service, leurs achats ne sont pas soumis aux règles de passation fixées par le code de la voirie routière, à tout le moins pour ceux de leurs achats tendant à l'exécution des obligations inscrites dans leur cahier des charges initial.
- ⇒ Pour les concessionnaires dont les ouvrages sont en service, ceux-ci étant récents, voire très récents, les achats et investissements engagés pour leur entretien et leur renouvellement sont

nécessairement réduits et donc vraisemblablement inférieurs aux seuils de mise en concurrence⁶³.

- ⇒ Par ailleurs, les ouvrages étant généralement exploités par une société tierce dans le cadre d'un contrat global conclu par le concessionnaire avant leur mise en service, les dépenses d'exploitation courantes afférentes sont supportées par cette société tierce et ne sont donc pas soumises aux règles de passation fixées par le code de la voirie routière. Ainsi, le principal poste d'achat des huit sociétés « récentes » est constitué du paiement de leur cocontractant dans le cadre du contrat d'exploitation et ne se rapporte donc pas à un achat engagé en 2016 qui aurait dû faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence. Le périmètre des autres postes d'achat liés à l'exploitation de leurs ouvrages étant réduit, les dépenses engagées sont dès lors limitées et donc vraisemblablement inférieures aux seuils de mise en concurrence.

5.2. Détail des achats des petites sociétés concessionnaires

Comme explicité ci-dessus, les huit sociétés concessionnaires récentes et non soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés sont de manière générale peu susceptibles de conclure des projets de marchés ou d'avenants dont les montants dépasseraient les seuils définis à l'article R.122-39 du code de la voirie routière.

Cependant, cette situation n'est pas purement hypothétique, en particulier pour les plus anciennes pour lesquelles un programme de maintenance est devenu nécessaire. L'Autorité pourrait donc être destinataire de projets de marchés ou d'avenants. Celle-ci a donc demandé aux huit sociétés récentes de lui transmettre différents éléments d'information pour l'exercice 2016 afin de comprendre la structure de leurs achats et de leurs dépenses et s'assurer qu'aucun de ces achats n'aurait dû faire l'objet d'une procédure en mise en concurrence.

Répartition des principales dépenses des petites SCA en volume

Dépenses	Fondement de l'exception à la mise en concurrence	ADELAC	ALBEA	ALICORNE	ALIENOR	ALIS	ARCOUR	ATLANDES	CEVM	Moyenne
Contrat d'exploitation	2° du L. 122-12 CVR	89%	63%	53%	56%	52%	65%	52%	75%	62%
Assurance	2° du L. 122-12 CVR	6%	6%	4%	1%	6%	2%	1%	9%	4%
Prêt de personnel	2° ou du 3° du L. 122-12 CVR	5%	8%	10%	3%	4%	-	1%	-	5%
Loyers	3° du L. 122-12 CVR	0%	-	-	1%	0%	-	0%	1%	0%
Autres	Dépenses inférieures aux seuils de mise en concurrence	-	10%	17%	13%	21%	15%	21%	5%	16%
Redevance domaniale	N/A	-	13%	17%	26%	17%	18%	24%	10%	19%
TOTAL		100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

⁶³ Voir à cet effet le rapport annuel 2015 sur la synthèse des comptes des SCA

En 2016, les dépenses liées au contrat d'exploitation ont représenté entre 52 et 89 % du budget total des achats et charges de ces sociétés. Par ailleurs, elles ont dépensé entre 1 et 10% pour les frais de mise à disposition de personnel, entre 1 et 9% en frais d'assurances ainsi qu'entre 10 et 26% pour le paiement de la redevance domaniale (en application de l'article R. 122-48 du code de la voirie routière).

Leurs achats échappent donc généralement à l'obligation de mise en concurrence soit parce que le contrat initial de l'achat visé a été signé avant la mise en service complète de l'autoroute en application du 2° ou du 3° de l'article L.122-12 du code de la voirie routière (contrats conclus avant la mise en service de l'autoroute ou qui font partie des exclusions listées à l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics) soit parce que les montants engagés sont inférieurs aux seuils de mise en concurrence.

Une clarification et une harmonisation des pratiques pourraient être ultérieurement engagées à l'initiative de l'Autorité et en concertation avec les sociétés concernées, puisque celles-ci ne justifient pas l'exception à la mise en concurrence sur les mêmes fondements juridiques pour un objet similaire (à titre d'exemple, pour l'une, les prestations de mise à disposition de personnel sont exclues du fait de l'absence de caractère onéreux de la prestation, tandis qu'une autre considère que les contrats ont été signés avant la mise en service de l'autoroute).

Concernant les investissements, d'après les informations données par ces sociétés, les dépenses relevées sont des achats ponctuels liés à des opérations spécifiques de maintenance et de renforcement du réseau. Pour les motifs développés ci-dessus, notamment la date récente de mise en service des autoroutes concédées à ces sociétés, les besoins liés à la maintenance du réseau sont également plus réduits que pour les sociétés historiques dont le réseau est plus ancien.

D'après les données remises par ces sociétés, pour les charges récurrentes comme pour les investissements, en dehors de ce qui est exclu par nature, les montants sont inférieurs aux seuils définis à l'article R.122-39 du code de la voirie routière ou ont été passés avant la mise en œuvre du nouveau dispositif.

6. ANALYSE ECONOMIQUE ET CONCURRENTIELLE DES MARCHES DES SOCIETES CONCESSIONNAIRES

6.1. Effectivité de la concurrence dans le secteur des autoroutes concédées

L'instauration d'un régulateur chargé de veiller à l'effectivité de la concurrence des marchés des sociétés concessionnaires a pour origine les risques sectoriels spécifiques identifiés notamment par l'Autorité de la Concurrence et la Cour des comptes, qui avaient constaté la part importante des marchés de travaux attribués à des entreprises liées par les sociétés concessionnaires concernées. Partant de ce constat et souhaitant aller au-delà des stipulations contractuelles préexistantes, le législateur leur a imposé une partie des règles de la commande publique relative aux procédures de passation des marchés, afin de mieux encadrer l'attribution de leurs contrats.

La mission de l'Autorité consiste donc à veiller à la bonne application des règles de la commande publique qui leur sont applicables et, de manière générale, à l'exercice d'une concurrence effective et loyale sur les marchés passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes.

6.1.1. Secteur autoroutier concédé et travaux publics⁶⁴

Le secteur autoroutier recouvre trois principaux segments d'activité du secteur des travaux publics: le génie civil (construction de routes, voies ferrées, ouvrages d'art, réseaux, etc.), les travaux de préparation (terrassement, forages et sondages) et enfin les travaux d'installation électrique sur la voie publique (principalement l'éclairage).

Le secteur des travaux publics représentait pour l'exercice 2015 un chiffre d'affaires de 36,3 milliards d'euros (avec une prévision de + 6% sur la production sur l'exercice 2016) et **reste marqué par une forte concentration**. En effet, **sur les 7 800 entreprises recensées comme intervenant dans le secteur, Vinci, Bouygues et Eiffage qui en sont les trois « majors », réalisent cumulativement autour de 30% du chiffre d'affaires de la filière.**

⁶⁴ Sources : fiches XERFI sur les travaux publics et sur les travaux routiers ; recueil de statistiques 2015 de la FNTP

Tableau de la répartition des acteurs pour le secteur des travaux publics

■ Principaux acteurs intervenant en France dans le secteur (*)

Acteurs	Principaux domaines d'activité	CA consolidé 2015	Poids dans le secteur en France
VINCI	Construction, énergie, concessions	38,5 Md€	
BOUYGUES	Construction, promotion immobilière, audiovisuel, télécommunication	32,4 Md€	
EIFFAGE	Construction, énergie, concessions	13,9 Md€	
NGE	Travaux publics	1,48 Md€ (2014)	
ENGIE	Énergie	69,9 Md€	
VEOLIA	Eau, propreté, énergie	25,0 Md€	
FAYAT	Construction et matériels de chantier	3,44 Md€ (exercice clos le 30/09/2015)	
SPIE BATIGNOLLES	Construction et énergie	1,80 (2014)	

(*) Liste non exhaustive / Source : Xerfi d'après opérateurs et Greffes des Tribunaux de Commerce

Ces sociétés s'appuient généralement sur un réseau d'entreprises implantées sur l'ensemble du territoire et elles bénéficient d'un savoir-faire et d'une expérience leur permettant de se voir régulièrement attribuer des contrats relatifs à la réalisation de grands projets d'infrastructures (lignes LGV, extension de portions d'autoroutes, etc.). Enfin, ces groupes assurent à leurs filiales des conditions d'approvisionnement favorables grâce à l'exploitation de nombreuses carrières (granulats) et usines (production de bitume, de liants, etc.).

Ces « majors » peuvent être concurrencés par d'autres acteurs comme Fayat, Spie Batignolles ou Demathieu & Bard et plus particulièrement par les spécialistes des travaux publics, au premier rang desquels NGE (Guintoli, TSO, NGE Génie Civil, etc.). Ce dernier, qui a réalisé plus de 1,5 milliard d'euros de chiffre d'affaires en 2014, a d'ailleurs fait l'acquisition de TP Marmin en mars 2015, une société basée à Calais (62), ce qui lui a permis de densifier son maillage territorial.

Selon les statistiques publiées par la FNTF, le chiffre d'affaires du secteur routier en métropole⁶⁵ représentait 12,2 milliards d'euros pour l'année 2015, en baisse de 8,8 % par rapport à 2014, soit 33,7 % du secteur des travaux publics. A l'exception de l'année 2013 qui a connu une hausse, on constate un mouvement de baisse continu sur ce secteur depuis 2012.

Au sein du secteur routier, les 50 premières sociétés, dont 80% sont des filiales des trois majors du BTP (Bouygues, Vinci et Eiffage) ont réalisé plus de trois quarts du chiffre d'affaires sectoriel.

Selon ces mêmes statistiques, le chiffre d'affaires généré par les travaux réalisés pour le compte des sociétés concessionnaires d'autoroutes représentait 854 millions d'euros en 2015, soit 7 % du chiffre d'affaires du secteur routier et plus généralement 2,3 % de celui du secteur des travaux publics.

Enfin, selon les informations publiées par la FNTF, les entreprises du secteur des travaux publics présentent de manière générale une spécialisation importante par type d'activité⁶⁶. S'agissant des travaux routiers, lorsqu'une entreprise réalise son chiffre d'affaires maximum pour cette activité (1 354

⁶⁵ Les statistiques de la FNTF distinguent les activités réalisées en métropole et celles réalisées hors métropole (outre-mer inclus).

⁶⁶ La FNTF identifie 10 catégories d'activité pour l'ensemble du secteur, dont les terrassements, les fondations, les travaux souterrains, les travaux électriques, les voies ferrées....

entreprises sur 7 511), celui-ci représente en moyenne 87 % du chiffre d'affaires total de cette entreprise.

Les entreprises présentes dans les travaux publics sont majoritairement des TPE qui opèrent principalement à une échelle locale dans le cadre de contrats de sous-traitance. Début 2014, plus de 85% des professionnels du secteur employaient moins de 10 salariés.

6.1.2. Spécificités du secteur autoroutier concédé

Sur tout le territoire, on dénombre à ce jour 17 sociétés concessionnaires d'autoroute. Parmi celles-ci, 5 des 9 sociétés concessionnaires « historiques » appartiennent à deux des trois majors du BTP et représentent à elles seules environ 72% du réseau national concédé.

Par ailleurs, parmi les 8 sociétés concessionnaires « récentes », 7 d'entre elles ont pour actionnaire, direct ou indirect, généralement minoritaire, un ou plusieurs groupes de BTP, notamment Bouygues, Eiffage, Fayat, NGE, Spie Batignolles et Vinci.

6.1.3. Nombre moyen de candidatures et d'offres par marché

Pour l'exercice 2016, le nombre moyen de candidatures et d'offres par marché a été identifié pour les marchés passés soumis à l'avis de la commission des marchés. Lors de son précédent rapport, les données transmises par les sociétés concessionnaires n'avaient pas permis d'opérer cette distinction, raison pour laquelle aucune comparaison avec l'exercice précédent ne sera développée ici.

Nombre moyen de candidatures et d'offres déposées par marché par SCA dans la procédure d'appel d'offres ouvert

Appels d'offres ouverts (SCA)	Nombre de marchés avec information disponible	Montant marché moyen	Nombre moyen de candidatures déposées	Nombre moyen d'offres reçues
APRR	10	1 796 273	4,3	4,3
AREA	1	566 784	4,0	4,0
ASF	19	1 662 407	4,1	3,8
ATMB	13	2 939 040	4,2	4,0
Cofiroute	8	1 325 557	4,4	4,1
ESCOTA	2	1 698 736	2,0	2,0
SANEF	30	1 949 739	4,2	4,1
SAPN	10	1 702 931	3,8	3,7
SFTRF	8	322 468	2,3	2,3
Total	101	1 786 395	4,0	3,8

Nombre moyen de candidatures et offres déposées par marché par SCA dans la procédure d'appel d'offres restreint

Appels d'offres restreints (par SCA)	Nombre de marchés avec information disponible	Montant marché moyen	Nombre moyen de candidatures déposées	Nombre moyen de candidatures admises	Nombre moyen d'offres reçues
APRR	29	6 287 299	9,8	9,0	6,8
AREA	3	4 061 585	7,0	6,0	4,3
ASF	54	5 939 410	6,4	5,5	4,6
ATMB	2	520 318	9,5	5,0	5,0
Cofiroute	15	4 551 135	5,6	4,2	3,7
ESCOTA	4	2 235 291	6,3	5,5	3,8
SANEF	27	4 651 650	11,0	8,3	6,7
SAPN	2	302 375	18,0	14,0	11,0
SFTRF	1	23 796 685	6,0	6,0	6,0
Total	137	5 426 930	8,1	6,8	5,5

Selon les données communiquées par les sociétés concessionnaires, pour les marchés passés au-dessus du seuil de 90 000 €, pour la procédure d'appel d'offres restreint, le nombre moyen de candidatures par marché est de 8,1 et le nombre moyen de candidatures admises est de 6,8. L'écart entre le nombre de candidatures déposées et le nombre de candidatures admises est lié principalement à l'utilisation encore majoritaire en 2016 de la faculté de limiter le nombre de candidats admis à remettre une offre dans cette procédure.

Pour cette procédure, le nombre moyen d'offres par marché est de 5,5, la différence s'expliquant notamment par la durée de ces procédures⁶⁷ (plus de 5 mois) qui peut entraîner un abandon de certains candidats pourtant admis à remettre une offre.

Pour les appels d'offres ouverts, l'Autorité note qu'il n'y pas de différence notable entre le nombre moyen de candidatures déposées et le nombre d'offres reçues.

L'Autorité constate qu'en moyenne, le nombre d'offres reçues en appel d'offres restreint reste supérieur à celui de l'appel d'offres ouvert. Néanmoins, compte tenu du faible nombre d'appel d'offres ouverts pour l'exercice 2016, cette tendance reste à confirmer pour les prochains exercices.

A ce jour l'Autorité ne dispose pas d'informations sur l'identité des candidats ou des soumissionnaires qui lui permettraient de faire un rapprochement entre l'appartenance à un groupe de BTP du candidat/soumissionnaire et son comportement en tant qu'opérateur économique selon la catégorie de société concessionnaire à laquelle il répond (appartenant à un groupe de BTP ou non).

On constate également une grande hétérogénéité selon les sociétés concernées dans le nombre moyen de candidatures ou d'offres reçues sans pouvoir, compte tenu des éléments disponibles, expliquer précisément ces écarts.

Pour les prochains exercices, compte tenu des restrictions apportées à l'utilisation de la procédure restreinte par les règles internes des commissions des marchés⁶⁸, l'écart entre le nombre moyen de candidatures et le nombre moyen d'offres devrait a priori se réduire.

⁶⁷ Voir le 2.2.1

⁶⁸ Voir à cet effet la partie 3.5.3.b du présent rapport

6.1.4. Répartition des marchés attribués par groupe de BTP

Le détail de la répartition en montant des marchés des sociétés concessionnaires par groupe de BTP est joint en annexe 3 au présent rapport.

Les tableaux ci-dessous présentent la répartition par groupe de BTP des marchés attribués dont le montant est supérieur à 90 000 € : le premier présente la répartition en nombre de marchés, le second présente par SCA la répartition en valeur des marchés attribués aux différents groupes de BTP et le troisième par groupe de BTP représente la répartition en valeur des marchés remportés parmi les différentes SCA. L'Autorité précise que pour l'exercice 2016, aucune donnée ne lui a été transmise concernant l'identité des candidats et des soumissionnaires autres que ceux qui ont été attributaires. Pour les prochains exercices il paraît utile de pouvoir en disposer pour affiner ses analyses.

Nombre de marchés de travaux attribués par SCA par groupe de BTP en 2016

SCA	Vinci	Bouygues	Eiffage	NGE	SPIE Batignolles	Autres	Total général
APRR	20	22	29	4	3	38	116
AREA	4	4	7	1		9	25
ASF	81	21	10	13	3	99	227
ATMB	1	13			1	7	22
COFIROUTE	93	18	11	2	1	26	151
ESCOTA	20	4	3	12		29	68
SANEF	27	13	12	9	3	69	133
SAPN	4	3	1		2	16	26
SFTRF	1	1	1				3
Total général	251	99	74	41	13	293	771

On observe ainsi que les trois principaux groupes de BTP ont été attributaires de 55 % en nombre et 50 % en valeur des marchés passés en 2016 (voir à cet effet le tableau en annexe 3). Comme dans le secteur des travaux publics ou celui des travaux routiers, l'Autorité constate donc une prépondérance d'un groupe de quelques sociétés dans le domaine des travaux autoroutiers concédés.

Répartition en valeur par SCA des marchés de travaux attribués par groupe de BTP en 2016

SCA	Vinci	Bouygues	Eiffage	NGE	SPIE Batignolles	Autres	Total général
APRR	17%	19%	25%	3%	3%	33%	100%
AREA	16%	16%	28%	4%	0%	36%	100%
ASF	36%	9%	4%	6%	1%	44%	100%
ATMB	5%	59%	0%	0%	5%	32%	100%
Cofiroute	62%	12%	7%	1%	1%	17%	100%
ESCOTA	29%	6%	4%	18%	0%	43%	100%
SANEF	20%	10%	9%	7%	2%	52%	100%
SAPN	15%	12%	4%	0%	8%	62%	100%
SFTRF	33%	33%	33%	0%	0%	0%	100%
Total général	33%	13%	10%	5%	2%	38%	100%

S'agissant de la répartition par groupe de BTP des marchés de travaux attribués par chaque SCA, on constate une grande hétérogénéité des parts de marchés entre les différentes SCA.

S'agissant des SCA ayant des entreprises liées dans le secteur des travaux publics, on constate que la part de marché des entreprises liées a tendance à être plus élevée s'agissant des marchés passés par les SCA qui leur sont liées que s'agissant des marchés passés par les SCA avec lesquels ils n'ont pas de lien. En particulier, la part de marché des entreprises du groupe Vinci ressort comme très significativement supérieure s'agissant des marchés passés par COFIROUTE. Ressort également comme très importante la part de marché du groupe Bouygues s'agissant des marchés passés par la société ATMB.

Il peut enfin être noté la part significative des marchés de travaux attribués par les SCA à des entreprises non liées aux principaux groupes de BTP.

Répartition en valeur par SCA des marchés de travaux gagnés par chaque groupe de BTP en 2016

SCA	Vinci	Bouygues	Eiffage	NGE	SPIE Batignolles	Autres	Total général
APRR	8%	22%	39%	10%	23%	13%	15%
AREA	2%	4%	9%	2%	0%	3%	3%
ASF	32%	21%	14%	32%	23%	34%	29%
ATMB	0%	13%	0%	0%	8%	2%	3%
COFIROUTE	37%	18%	15%	5%	8%	9%	20%
ESCOTA	8%	4%	4%	29%	0%	10%	9%
SANEF	11%	13%	16%	22%	23%	24%	17%
SAPN	2%	3%	1%	0%	15%	5%	3%
SFTRF	0%	1%	1%	0%	0%	0%	0%
Total général	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

En examinant la répartition des marchés remportés par chacun des principaux groupes présents dans le secteur du BTP, l'Autorité remarque que les groupes liés à des SCA sont plus présents dans les sociétés concessionnaires qu'ils détiennent. Ainsi, s'agissant des entreprises du groupe EIFFAGE, les marchés contractualisés avec APRR et AREA représentent 49 % des marchés qu'elles ont remportés en 2016 dans le secteur autoroutier concédé. De même, s'agissant des entreprises du groupe Vinci, les marchés contractualisés avec ASF, COFIROUTE et ESCOTA représentent 77 % des marchés qu'elles ont remportés en 2016 dans le secteur autoroutier concédé.

De manière générale, les résultats présentés ci-dessus doivent être interprétés avec prudence, puisque la répartition effective des travaux réalisés peut être sensiblement différente de la répartition des marchés attribués, celle-ci ne tenant pas compte de la cotraitance. En effet, lorsque les sociétés répondent en groupement pour un marché donné, il est considéré, dans les tableaux ci-dessus, par défaut et faute de données plus précises, que ce marché a été intégralement attribué au mandataire du groupement, indépendamment de la part réelle des travaux qu'il réalisera, et donc que les cotraitants du mandataire ne sont pas attributaires de ce marché.

Ainsi, en examinant également la présence de sociétés liées pour chacun des différents groupements, il en ressort qu'un nombre supplémentaire d'entreprises liées sont positionnées comme cotraitants (cf. tableau ci-dessous).

Nombre de marchés de travaux par SCA attribués à un groupement pour lesquels un groupe de BTP est cotraitant en 2016⁶⁹

SCA	Bouygues	Eiffage	NGE	SPIE Batignolles	Vinci	Autres
APRR	12	10	5	-	19	23
AREA	-	3	0	-	1	2
ASF	1	-	7	2	17	17
ATMB	1	1	-	-	-	2
COFIROUTE	5	1	-	-	1	9
ESCOTA	1	-	4	-	3	14
SANEF	2	-	4	-	8	32
SAPN	-	-	-	-	1	3
SFTRF	-	1	-	-	-	7

Dans ces conditions, s'il était tenu compte de la part des travaux réalisés par chaque membre des groupements, la part des marchés de chaque groupe de BTP pourrait être, le cas échéant, significativement modifiée par rapport aux résultats exposés ci-dessus, cette modification pouvant intervenir à la hausse comme à la baisse, puisqu'un marché attribué à une société liée peut faire l'objet d'un groupement auquel participe des sociétés non liées et/ou être sous-traité à des sociétés non liées, et inversement. L'Autorité s'attachera dans ces prochains rapports à mieux tenir compte de la cotraitance dans l'appréciation des parts de marché respectives des différents groupes de BTP.

6.1.5. Entreprises liées

Pour l'exercice 2016, concernant les cinq sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs susceptibles d'attribuer un marché à une entreprise liée aux groupes auxquels elles appartiennent (APRR, AREA, ASF, COFIROUTE, ESCOTA) 2156 marchés ont été attribués à des entreprises liées pour un montant de 161 382 883 € soit environ 19 % en moyenne du montant total des achats attribués sur cette période par ces 5 sociétés.

En montant, l'essentiel des marchés attribués aux entreprises liées concerne cependant les marchés supérieurs au seuil de 90 000 € puisque pour cette catégorie, 1091 marchés ont été attribués à des entreprises liées pour un montant de 125 639 852 € soit environ 10 % en moyenne du montant total des achats attribués sur la période.

D'après les calculs de l'Autorité, pour les seuls marchés de travaux passés pour avis à la commission des marchés (> 2M €HT) sur l'exercice 2015, 43,3% du montant total était attribué à des sociétés liées.

En prenant en compte l'ensemble des achats des sociétés concessionnaires, on constate que la proportion de marchés attribués à des entreprises liées pour l'exercice 2016 représenterait un cinquième du total des achats de ces sociétés.

A ces chiffres devront toutefois être ajoutées les parts de marchés attribués à un groupement dont le mandataire est une société indépendante mais dans lequel un ou plusieurs co-traitants sont des sociétés liées. Pour ces marchés, l'Autorité ne dispose pas à ce jour de la répartition entre les membres du groupement et donc du montant supplémentaire qui peut être attribué aux sociétés liées. Pour les

⁶⁹ Le tableau se lit ainsi : « Les entreprises du groupe Eiffage sont cotraitantes de 10 marchés attribués par APRR en 2016 ». Plusieurs entreprises peuvent être cotraitantes pour un même marché.

prochains exercices, l'Autorité demandera aux sociétés concessionnaires d'indiquer obligatoirement cette répartition quand celle-ci est connue⁷⁰.

L'Autorité a néanmoins identifié l'attribution faite à des sociétés liées en nombre d'entreprises liées pour chacun des différents groupements (voir point **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** du présent rapport). Il en ressort qu'un nombre important d'entreprises liées est positionné comme co-traitant et que la part des marchés qui sera affectée à ces sociétés pourrait modifier le montant obtenu dans le présent paragraphe.

Les montants sous-traités à des entreprises liées ne sont pas non plus identifiés dans les données remises par les sociétés concessionnaires dans le cadre du présent rapport. Pour les prochains exercices, l'Autorité demandera aux sociétés concessionnaires d'indiquer également le montant des prestations sous-traitées à des sociétés liées.

A contrario, il faudra soustraire de la part attribuée aux entreprises liées identifiée dans le présent rapport, le montant éventuellement exécuté par un co-traitant ou un sous-traitant qui ne serait pas une entreprise liée. Pour les prochains exercices, l'Autorité demandera aux sociétés concessionnaires d'indiquer cette répartition quand celle-ci peut être identifiée.

Parmi l'ensemble des marchés attribués à des entreprises liées, la part des marchés de travaux est de 86 %. D'un point de vue concurrentiel, cette catégorie de prestations reste donc celle pour laquelle l'Autorité sera la plus attentive dans l'exercice de son office.

Pour les fournitures et les services, les sociétés concessionnaires n'étant pas en mesure de les distinguer en dehors des achats soumis pour avis à la commission, aucune tendance réelle ne peut être dégagée mais l'Autorité sera également attentive à l'attribution de marchés à des sociétés liées pour ces catégories de prestations.

6.1.6. Transparence des procédures

Pour les marchés qui lui ont été transmis pour information, l'Autorité remarque que le nombre minimum de supports de publicité ainsi que les durées de publication requises ont bien été respectés par les sociétés concessionnaires. Pour les marchés les plus importants, une publication supplémentaire est généralement réalisée sur un support spécialisé comme la revue Le Moniteur et/ou Marchés online.

Cependant, l'Autorité note que pour l'exercice 2016, toutes les sociétés concessionnaires n'ont pas utilisé un profil acheteur répondant aux prérequis techniques imposés par l'article 31 du décret du 25 mars 2016 précité⁷¹. Le profil acheteur doit notamment permettre d'accéder gratuitement et immédiatement aux documents de la consultation et constitue ainsi une modalité de transparence et de publicité essentielle.

L'Autorité a signalé aux sociétés concessionnaires concernées la nécessité de se conformer à cette obligation et sera attentive à l'évolution de leurs pratiques sur ce point.

6.1.7. Politique d'allotissement

Destiné à susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à des marchés, l'allotissement permet aux petites et moyennes entreprises de candidater et de soumissionner à des projets qui, s'ils n'étaient pas allotis, dépasseraient leurs capacités techniques ou financières.

⁷⁰ Pour un accord cadre ou certains marchés spécifiques, la répartition entre les membres du groupement montant peut ne pas être connue au moment de l'attribution.

⁷¹ Voir à cet effet la partie 4.4 du présent rapport

Pour l'exercice 2016, concernant les marchés soumis à l'avis de la commission des marchés, sur les 249 marchés, 181 étaient des marchés allotis pour un montant cumulé de 207 252 218 € soit 21% de ces marchés, ce qui signifie que 79% de ces procédures ne font pas l'objet d'un allotissement. Une telle stratégie qui peut s'expliquer notamment par la recherche d'une mutualisation est licite. Toutefois, compte tenu des objectifs évoqués ci-dessus d'accès aux marchés par des sociétés plus petites, elle doit au préalable avoir été précisément justifiée.

En application des dispositions de l'article 12 du décret du 25 mars 2016 précité, l'Autorité rappelle à cet égard que l'acheteur qui décide de ne pas allouer un marché public répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée doit motiver ce choix dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article 105 du même décret. Dans les marchés soumis à son contrôle, l'Autorité note que cette justification n'est pas toujours suffisamment développée.

L'Autorité a signalé aux sociétés concessionnaires concernées la nécessité de se conformer à cette obligation et sera attentive à l'évolution de leurs pratiques sur ce point.

6.2. Attribution et exécution des marchés

6.2.1. Attribution des marchés et exécution des marchés

L'attribution d'un marché consiste à opérer un choix sur une proposition technique et financière pour un projet donné, projet dont la durée peut excéder le seul exercice étudié dans le présent rapport. A titre d'exemple, si un marché est notifié pour 8 mois le 20 septembre 2016, l'exécution pourra s'étaler jusqu'en mai 2017. Pour l'exercice 2016, pour les marchés soumis à l'avis de la commission, la durée moyenne pour laquelle sont passés les marchés est de 37 mois.

Les analyses issues du présent rapport mettent ainsi à jour le bilan des marchés attribués durant l'exercice 2016 et non ce qui a été dépensé durant cette période. Il s'agit d'une projection des dépenses des sociétés concessionnaires sur plusieurs exercices qui devra être ultérieurement affinée par un bilan des dépenses effectives.

L'Autorité sera amenée à établir des bilans complémentaires et à demander aux sociétés concessionnaires des données relatives aux dépenses exécutées en application des présents marchés conformément aux dispositions de l'article L. 122-20 du code de la voirie routière. Les écarts entre le montant prévisionnel des marchés attribués et leur montant effectif après exécution seront donnés à cette occasion.

Pour fluidifier la collecte de ces données, dans le cadre des prochains exercices, il est envisagé de demander un suivi annuel aux sociétés concessionnaires concomitamment aux données recueillies pour le rapport annuel.

6.2.2. Montant retenu pour l'attribution

Pour les marchés à prix global et forfaitaire, les analyses du présent rapport ont été faites sur la base de l'offre financière proposée par l'attributaire. Les marchés à bons de commande ou les accords-cadres ne permettent pas quant à eux d'arrêter un montant fixe et sont le plus souvent passés sur des fourchettes avec un minimum et un maximum (en montant ou en quantité), voire sans minimum ni maximum.

Pour les marchés comprenant un montant minimum et/ou un montant maximum, l'Autorité a retenu le montant maximum exprimé (pour les fourchettes exprimées en quantité, ils ont été traduits en montant avec l'accord de la société), car c'est le montant maximum qui définit les seuils de procédures

applicables. **Lorsqu'aucun montant maximum n'était prévu, l'Autorité a retenu par défaut l'estimation de la société concessionnaire.**

Selon la méthode retenue par l'Autorité, pour l'exercice 2016, 151 accords-cadres et 27 marchés à bons de commande ont été attribués sur les 1091 marchés et contrats dont le montant est supérieur à 90 000 € et représentent respectivement 13,8 % et 2,47 % en montant de ces marchés et contrats. Les consommations réelles qui pourront être réalisées sur ces procédures pourraient ainsi venir modifier les résultats du présent rapport.

6.2.3. Forme des documents et des informations pour le rapport annuel sur l'activité des commissions

Pour établir ses analyses, l'Autorité s'est appuyée principalement sur un document établi en concertation avec les sociétés concessionnaires sous forme d'un tableau excel. Ce document reprenait pour l'essentiel les informations obligatoires devant lui être transmises dans leur rapport annuel par chacune des sociétés soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés⁷².

Ces informations n'ont été fournies que partiellement par certaines sociétés concessionnaires qui ont contesté la légitimité de l'Autorité à pouvoir demander certaines données notamment sur la période qui précédait la mise en œuvre du nouveau dispositif juridique alors que ces marchés représentaient la majorité des marchés conclus sur l'exercice 2016. Des demandes d'informations complémentaires ont dû être envoyées afin d'obtenir les données manquantes, ce qui a réduit le temps d'analyse de l'Autorité.

D'autre part, le document n'étant pas figé, un travail important de relecture et de retraitement a dû être réalisé car les données n'étaient pas toujours complétées de la même façon par chacune des sociétés.

Pour les prochains exercices, dans le cadre des dispositions du nouvel article L. 122-33 du code de la voirie routière, après une concertation préalable avec les sociétés concessionnaires, l'Autorité souhaite fixer un cadre définitif dans lesquels figureront toutes les données obligatoires devant lui être remises dans le rapport annuel sur l'activité des commissions des marchés.

6.3. Niveau général des prix

6.3.1. Analyse des niveaux de prix par catégorie de prestations

L'Autorité ne dispose pas à ce jour d'un outil ou d'une base de données suffisamment complète pour établir des comparaisons sur des niveaux de prix unitaires pour les marchés soumis à son contrôle. De plus, pour les marchés dont elle est saisie obligatoirement depuis la mise en place du nouveau dispositif de régulation, lorsque le détail des prix des soumissionnaires est transmis au dossier de présentation du marché, l'Autorité a identifié des tarifications hétérogènes pour un même type de besoin. En particulier, l'existence de contraintes spécifiques (horaires, accessibilité, exigüité, lieu d'exécution, intégration de prestations connexes etc.) peut entraîner une variation importante, entre société ou au sein d'une même société, de la tarification de prestations pourtant similaires.

A titre d'illustration, pour un marché portant sur la réfection de chaussées, les tarifs pratiqués peuvent évoluer à la hausse ou à la baisse selon la période d'exécution des travaux (de nuit ou non), le niveau des dispositifs de sécurité ou d'assainissement exigés par la portion visée, ou la nature de la réfection (rénovation de chaussée légère ou lourde). Un travail de retraitement de ces marchés devra donc être opéré pour permettre une exploitation des données correspondantes.

⁷² La liste des informations obligatoires devant être transmises dans le rapport annuel est fixée à l'article R.122-38 du code de la voirie routière ainsi que dans l'arrêté du 4 août 2016 pris en application de cet article

Pour être en mesure de juger des niveaux de prix sur les prestations les plus récurrentes comme l'entretien de chaussées, la maîtrise d'œuvre, la signalisation horizontale, les glissières de sécurité, l'Autorité envisage de procéder à une collecte de données qui lui permettra de disposer rapidement d'éléments de comparaison sur une période qui reste à définir (3-4 dernières années).

6.3.2. Analyse des montants des offres retenues par rapport aux estimations

Le tableau ci-dessous présente par SCA les écarts moyen entre la moyenne des estimations et la moyenne des offres des moins disants, la moyenne des offres et l'offre des attributaires des marchés passés lors de l'exercice 2016.

Tableau des écarts entre l'offre de l'attributaire, l'offre la plus basse, l'offre la plus haute et l'estimation des marchés passés par SCA

SCA	Nombre de marchés	Moyenne des estimations initiales	Ecart moyen entre « offre moins disante » et « estimation »	Ecart moyen entre « moyenne des offres » et « estimation »	Ecart moyen entre « offre la plus haute » et « estimation »	Ecart moyen entre « offre retenue » et « estimation »
APRR	41	5 764 355 €	- 20 %	- 5 %	21%	- 20 %
AREA	4	3 538 316 €	- 16 %	- 6 %	7%	- 16 %
ASF	36	10 268 141 €	- 25 %	- 7 %	15%	- 18 %
ATMB	9	2 001 882 €	- 20 %	- 0,4 %	23%	- 19 %
COFIROUTE	25	4 011 012 €	- 16 %	- 0,3 %	17%	- 12 %
ESCOTA	8	3 164 053 €	- 21 %	- 9 %	1%	- 14 %
SANEF	58	3 760 368 €	- 23 %	- 6 %	15%	- 12 %
SAPN	12	1 705 370 €	- 19 %	- 6 %	10%	- 14 %
SFTRF	9	3 468 286 €	- 14 %	- 3 %	14%	- 13 %
Total	202	5 108 365 €	- 21 %	- 5 %	16%	- 15%

Tableau des écarts pour les marchés de travaux entre l'offre de l'attributaire, l'offre la plus basse, l'offre la plus haute et l'estimation des marchés passés par SCA

SCA	Nombre de marchés	Moyenne des estimations initiales	Ecart moyen entre « offre moins disante » et « estimation »	Ecart moyen entre « moyenne des offres » et « estimation »	Ecart moyen entre « offre la plus haute » et « estimation »	Ecart moyen entre « offre retenue » et « estimation »
APRR	31	7 054 229	- 18 %	- 9 %	5 %	- 18 %
AREA	3	4 467 559	- 13 %	- 5 %	9 %	- 13 %
ASF	25	14 185 486	- 22 %	- 6 %	13 %	- 20 %
ATMB	3	4 812 572	- 19 %	- 13 %	- 4 %	- 18 %
COFIROUTE	16	4 668 755	- 14 %	- 1 %	11 %	- 11 %
ESCOTA	5	3 138 172	- 8 %	2 %	13 %	- 8 %
SANEF	42	4 430 622	- 20 %	- 5 %	12 %	- 17 %
SAPN	8	2 110 000	- 9 %	1 %	11 %	- 9 %
SFTRF	1	29 642 718	- 20 %	- 5 %	14 %	- 20 %
Total	134	6 896 705	- 18 %	- 5%	10 %	- 16 %

Tableau des écarts pour les marchés de fournitures et de services entre l'offre de l'attributaire, l'offre la plus basse, l'offre la plus haute et l'estimation des marchés passés par SCA

SCA	Nombre de marchés	Moyenne des estimations initiales	Ecart moyen entre « offre moins disante » et « estimation »	Ecart moyen entre « moyenne des offres » et « estimation »	Ecart moyen entre « offre la plus haute » et « estimation »	Ecart moyen entre « offre retenue » et « estimation »
APRR	10	1 765 744	- 26 %	6 %	69 %	- 26 %
AREA	1	750 584	- 24 %	- 8 %	2 %	- 24 %
ASF	11	1 365 084	- 31 %	- 7 %	18 %	- 12 %
ATMB	6	596 537	- 20 %	6 %	37 %	- 19 %
COFIROUTE	9	2 841 690	- 21 %	1 %	28 %	- 14 %
ESCOTA	3	3 207 187	- 42 %	- 28 %	- 18 %	- 24 %
SANEF	16	2 000 951	- 31 %	- 10 %	23 %	- 1 %
SAPN	4	896 109	- 39 %	- 20 %	7 %	- 24 %
SFTRF	8	362 359	- 13 %	- 3 %	14 %	- 13 %
Total	68	1 627 919	- 27 %	- 5 %	27 %	- 14 %

De manière générale, l'Autorité constate que pour l'exercice 2016, comme pour l'exercice 2015, les écarts à l'estimation restent élevés. En moyenne, pour les marchés pour lesquels une estimation a été communiquée, l'offre retenue est 15 % moins chère que l'estimation des sociétés concessionnaires. Ces écarts, qui sont communs à l'ensemble des sociétés, sont toutefois plus marqués pour les sociétés APRR, ASF et ATMB, tout en restant du même ordre de grandeur.

Il ressort par ailleurs que l'écart moyen entre l'offre la moins disante et la moyenne des offres est de - 16 %, tandis que celui entre l'offre la plus haute et la moyenne des offres est de 22 %. Cette variabilité des offres est du même ordre de grandeur pour l'ensemble des SCA, que celles-ci soient publiques ou privées, liées à un groupe de BTP ou non.

Bien que la taille des échantillons soit plus réduite et donc que la représentativité des résultats soit plus faible, l'Autorité constate une dispersion plus importante des offres pour les marchés de travaux par rapport aux marchés de fournitures ou de services. Toutefois, les écarts moyens entre l'offre retenue et l'estimation ou entre la moyenne des offres et l'estimation restent proches pour ces deux catégories de prestations et, globalement, les mêmes différences entre sociétés sont observées.

Au-delà de la situation conjoncturelle du secteur des travaux publics, plusieurs facteurs peuvent expliquer en partie ces écarts.

D'une part, ceux-ci peuvent s'expliquer par la complexité technique du chiffrage d'une opération, tant pour les maîtres d'ouvrage /maîtres d'œuvre que pour les soumissionnaires, ce que tend à montrer l'ampleur des écarts entre les différentes offres reçues et les estimations. Dans ces conditions, les maîtres d'ouvrages / maîtres d'œuvres peuvent être incités à faire preuve de prudence et à retenir des méthodes d'estimation conservatrices.

D'autre part, les méthodes de notation et les critères de sélection employés par les sociétés concessionnaires tendent à accorder un poids important, voire prépondérant au critère du prix. Ceci a deux conséquences : favoriser la sélection des offres les moins disantes ; faire émerger des offres très compétitives et inférieures aux estimations lorsqu'elles sont publiées. Ceci est corroboré par le fait que l'écart entre l'offre la moins disante et l'estimation n'est pas beaucoup plus important que celui entre l'offre retenue et l'estimation. Ce constat est particulièrement vrai pour les sociétés APRR, AREA, ATMB et SFTRF.

Dans le cadre du nouveau dispositif, les sociétés concessionnaires doivent désormais publier obligatoirement leurs estimations dans les avis de publicité. L'Autorité remarque toutefois que les sociétés APRR, AREA, ATMB, SANEF, SAPN ne respectaient pas toutes cette obligation en 2016. Pour les prochains exercices, l'Autorité s'attachera à analyser si cette mention publiée dès l'avis d'appel public à la concurrence modifie le comportement des opérateurs.

Par ailleurs, comme indiqué au point 4.2.8, l'Autorité a engagé une démarche de pédagogie auprès des sociétés concessionnaires, s'agissant des méthodes d'analyse des offres, afin d'améliorer la prise en compte de la valeur technique.

6.4. Marchés passés dans le cadre du plan de relance autoroutier (PRA)

Le montant total des marchés passés dans le cadre du PRA sur l'exercice 2016 s'élève à 478 879 207 €, soit 14,6% du montant global de ce plan établi à 3,27 milliards d'euros. Les marchés du PRA identifiés en 2016 portent majoritairement sur des travaux (92% en montant), l'essentiel des marchés de maîtrise d'œuvre ayant été passés sur le précédent exercice et leur montant étant proportionnellement plus faible que pour les marchés de travaux.

Pour les deux prochains exercices, la part des marchés pris en application du PRA devrait vraisemblablement augmenter avant de décroître progressivement jusqu'au terme prévu (2024).

L'Autorité rappelle que, conformément à leur déclaration commune du 30 septembre 2013 (déclaration non publiée mais reprise par les médias), l'ASFA et la FNTP se sont engagées à favoriser l'accès des TPE-PME aux marchés de travaux résultant du plan de relance autoroutier, notamment lors de l'allotissement des marchés, et se sont fixées un objectif de 55% de marchés attribués aux entreprises non liées aux concessionnaires, dans le respect des procédures légales d'attribution. L'ASFA et la FNTP s'étaient engagées à mettre en place un observatoire commun pour suivre la passation et la dévolution des marchés de travaux concernés.

Constatant l'absence de publication des travaux de suivi de cet observatoire, l'Autorité souhaite suivre les engagements pris par l'ASFA⁷³. Dans le cadre des dispositions du nouvel article L. 122-33 du code de la voirie routière, l'Autorité demandera aux sociétés concessionnaires concernées de lui communiquer les niveaux de réalisation de ces engagements.

⁷³ Au moins 55 % des marchés du PRA doivent être réalisés par des PME TPE indépendantes des groupes des concessionnaires d'autoroutes.

7. LE CONTROLE DE LA PASSATION DES PROJETS DE CONTRATS D'INSTALLATIONS ANNEXES A CARACTERE COMMERCIAL SUR LE RESEAU AUTOROUTIER CONCEDE

7.1. Champ d'application

Le réseau autoroutier concédé français compte environ 350 aires de services et 630 aires de repos. La gestion des aires de services est réalisée au moyen de quelque 500 contrats d'exploitation par lesquels les sociétés concessionnaires délèguent une partie de leur mission de service public à des tiers. La durée moyenne de ces contrats est de dix ans, soit un renouvellement d'une cinquantaine de contrats par an, avec de fortes disparités selon les années.

L'exploitation des installations annexes à caractère commercial sur le réseau autoroutier concédé représente environ 2% du chiffre d'affaires des sociétés concessionnaires d'autoroutes mais 4% de leur résultat net. Les activités exploitées sur les installations annexes sont essentiellement la distribution de carburant, la restauration et la vente en boutique. Certaines aires proposent des services d'hôtellerie mais cette activité est en déclin et quelques rares aires proposent des services plus spécifiques (activité de gestion de capitainerie de port fluvial par exemple).

L'exploitation des installations annexes à caractère commercial au réseau autoroutier concédé présente des spécificités :

1. D'une part, l'exploitation des autoroutes constitue une activité de service public, activité qui a été déléguée pour une grande partie du réseau par le biais de contrats de concession. L'Etat et les sociétés concessionnaires doivent veiller à la bonne exécution de ce service. Les sociétés concessionnaires d'autoroutes peuvent elles-mêmes confier l'exploitation des installations annexes au réseau autoroutier concédé pour autant que les conditions nécessaires à la libre concurrence ne soient pas faussées lors de la passation et de l'exécution de ces contrats.
2. D'autre part, le réseau autoroutier concédé demeure propriété de l'Etat et est soumis aux règles de la domanialité publique notamment au regard des redevances qui sont dues par les sociétés concessionnaires et les exploitants pour l'utilisation du domaine.
3. Enfin, seuls les usagers des autoroutes concédées pouvant accéder aux aires d'autoroutes, les prix pratiqués sur cette clientèle pourraient en être affectés, le marché de substitution hors du réseau autoroutier impliquant des contraintes particulières pour les usagers.

7.2. Dispositif

Jusqu'à l'entrée en vigueur du décret n° 2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des marchés autoroutiers, les concessionnaires d'autoroutes, devaient se conformer à l'obligation prévue à l'article 30 du cahier des charges annexé à leur contrat de concession pour la passation de leurs contrats d'exploitation des installations annexes à caractère commercial : « *La société concessionnaire passe librement des contrats pour l'exploitation des installations annexes, par voie d'appel à la concurrence sauf exception dûment justifiée par le caractère principalement non lucratif de l'activité projetée, moyennant redevances entrant dans les produits de la concession. L'exploitant est préalablement agréé par le ministre chargé de la voirie nationale, au vu d'un dossier établissant la réalité de l'appel à la concurrence, justifiant les raisons du choix du candidat proposé et comprenant le dossier de la consultation ainsi que les clauses substantielles du projet de contrat. Le projet de contrat est ensuite communiqué au ministre chargé de la voirie nationale, qui dispose d'un délai d'un mois pour faire part de ses observations éventuelles* »⁷⁴.

⁷⁴ Exemple repris de l'article 30 du cahier des charges annexé à la convention de concession liant la société APRR à l'Etat.

Les concessionnaires d'autoroutes avaient donc l'obligation d'organiser une mise en concurrence pour l'attribution de ces contrats dont elles décidaient « librement » des modalités.

Le concessionnaire soumettait ensuite l'exploitant pressenti à l'agrément du ministère chargé de la voirie nationale. Les services de la direction générale des infrastructures de transports et de la mer (DGITM) étaient chargés à l'occasion de la procédure d'agrément de l'attributaire pressenti, en lien avec ceux de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), de contrôler la régularité de la procédure de passation.

L'autorité concédante a précisé en 2008⁷⁵ les règles et principes attendus pour la passation de ces contrats en s'inspirant des principes fondamentaux de la commande publique.

7.2.1. La réforme introduite par la loi du 6 août 2015

Dans le cadre de la loi du 6 août 2015, le dispositif juridique contractuel a été revu pour mieux encadrer les procédures de passation des contrats de sous-concession. Ainsi, l'article L. 122-24 du code de la voirie routière prévoit que la passation des contrats par le concessionnaire d'autoroute en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier doit être précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions et sous réserves des exceptions prévues par voie réglementaire.

L'article L. 122-27 du code de la voirie routière a consacré le principe d'agrément de l'attributaire, préalablement à la conclusion du contrat, par l'autorité administrative compétente. En revanche, celui-ci impose désormais un avis de l'Autorité préalablement à la délivrance de l'agrément, celle-ci disposant d'un délai d'un mois pour se prononcer sur le respect des procédures d'attribution du contrat susmentionnées.

Le ministre chargé de la voirie routière doit donc recueillir l'avis de l'Autorité préalablement à toute délivrance d'un agrément, en cas d'attribution initiale d'un contrat d'exploitation ou de cession d'un de ces contrats. Pour les avenants aux contrats d'exploitation, le code de la voirie routière impose une simple information de l'Autorité et le respect d'un délai d'onze jours entre la saisine de l'Autorité et la signature de l'avenant.

Le décret n°2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats autoroutiers est venu apporter les précisions suivantes :

- les procédures de passation applicables sont celles prévues au titre II du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, sous réserve de quelques adaptations procédurales⁷⁶ ;
- l'agrément peut être refusé pour certains motifs limitativement listés (cf. ci-dessous) ;
- l'agrément ne peut être délivré pour une durée supérieure à 15 ans, ni être renouvelé (hors nouvelle procédure de mise en concurrence) ;
- les nouvelles dispositions applicables aux contrats d'exploitation des installations annexes sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2016.

⁷⁵ Principes directeurs relatifs aux installations annexes à caractère commercial directement nécessaires aux usagers situées sur le réseau autoroutier concédé.

⁷⁶ Dispense de certaines dispositions, notamment la publication au journal officiel de l'Union européenne ; obligation de pondération des critères d'attribution des offres et d'utilisation de certains critères, en particulier d'un critère de modération tarifaire pour la distribution de carburant (avec pondération au moins équivalente au critère financier).

L'article R. 122-43 du code de la voirie routière prévoit ainsi que l'agrément peut être refusé pour l'un des motifs suivants :

- l'offre présentée ne permet pas de garantir la bonne gestion du domaine public autoroutier ou ne respecte pas les conditions d'organisation du service public ;
- la durée du contrat est excessive au regard de la nature et du montant des prestations, du temps raisonnablement escompté par le sous-concessionnaire pour recouvrer les investissements réalisés ou au regard du principe de mise en concurrence périodique des contrats ;
- l'avis de l'Autorité est défavorable ;
- l'attributaire pressenti ne présente pas les garanties professionnelles, techniques et financières suffisantes pour assurer le bon fonctionnement des missions confiées ;

L'avis de l'Autorité constitue en ce sens une formalité substantielle dans la procédure d'agrément mais son avis ne lie pas le concédant.

Le décret précité prévoit que le dispositif relatif à la passation des contrats d'exploitation des installations annexes ne s'applique pas aux contrats conclus par les sociétés concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (ATMB et SFTRF), à l'exception de l'obligation sectorielle spécifique relative aux critères d'attribution des offres. En revanche, comme dans le dispositif antérieur, la procédure d'agrément susmentionnée leur est applicable.

L'application de ce nouveau dispositif introduit par la loi du 6 août 2015 s'applique aux contrats pour lesquels une procédure de publicité a été engagée à compter du 1^{er} avril 2016. Toutefois, la saisine de l'Autorité préalablement à l'agrément est applicable depuis l'entrée en vigueur de la loi précitée, soit le 1^{er} mars 2016. C'est la raison pour laquelle le ministre chargé de la voirie routière a saisi l'Autorité depuis cette date de tous les projets d'agréments y compris ceux portant sur des contrats ou des avenants à des contrats dont la publicité avait été engagée avant le 1^{er} avril 2016, sans qu'elle puisse rendre d'avis sur le fond.

7.2.2. Volume des contrats à analyser pour l'Autorité : un premier pic d'activité relatif aux procédures d'agrément est attendu sur la période 2019-2020

En 2016, l'Autorité a été saisie de 30 dossiers par le ministre chargé de la voirie routière nationale parmi lesquels un seul relevait de sa compétence pour se prononcer au fond. Le ministre chargé de la voirie nationale a délivré 35 agréments pour cette même année.

Répartition par SCA du nombre de projets de contrats ayant fait l'objet d'une demande d'agrément pour l'exercice 2016

Sociétés	Nombre de projets de contrats
ATMB	-
SFTRF	1
APRR	11
AREA	-
ASF	2
COFIROUTE	-
ESCOTA	-
SANEF	16
SAPN	-
TOTAL	30

Le recensement des échéances des différents contrats d'exploitation auprès de chacune des sociétés concessionnaires a fait ressortir une période de faible activité attendue pour l'année 2017 et dans une moindre mesure pour l'année 2018. Cette baisse d'activité s'explique vraisemblablement par la mutualisation des échéances de ces contrats mais aussi par la durée initiale des contrats précédemment conclus.

L'Autorité remarque que le renouvellement simultané qui devrait avoir lieu durant les prochains exercices est susceptible d'avoir une répercussion défavorable sur la concurrence, ainsi que sur la bonne organisation des procédures d'agrément. En effet, le renouvellement de procédures de mise en concurrence, parfois sur plusieurs dizaines de contrats simultanément, est de nature à favoriser les opérateurs économiques les plus importants, ces derniers étant les seuls à disposer des capacités techniques ou financières pour répondre simultanément à plusieurs appels d'offres et en assurer la gestion.

Ainsi, l'Autorité devrait être saisie en 2017 de sept contrats d'exploitation pour le compte de la société SANEF et de trois contrats pour la société ASF. Cette activité devrait s'intensifier à compter de 2019 (18 dossier d'agréments) pour atteindre un maximum en 2020 (77 dossiers), avant de décroître à nouveau en 2021 (17 dossiers).

Planning prévisionnel des échéances des contrats d'exploitation 2017-2021⁷⁷

Année	2017	2018	2019	2020	2021
ATMB	-	-	-	-	-
SFTRF	-	-	-	-	-
APRR	-	-	-	24	3
AREA	-	-	-	-	-
ASF	3	2	13	19	-
COFIROUTE	-	-	-	-	4
ESCOTA	-	-	-	11	2
SANEF	7	-	-	23	-
SAPN	-	-	5	-	8
TOTAL	10	2	18	77	17

7.3. Le contrôle de l'Autorité

L'un des aspects de l'office de l'Autorité consiste à contrôler, préalablement à la délivrance de l'agrément, que toutes les étapes de la procédure d'attribution ont été respectées.

Sur les 30 dossiers d'agrément en 2016 reçus de la part du ministre chargé de la voirie nationale, deux dossiers ont fait l'objet d'un avis formel. Pour les autres dossiers, l'Autorité a procédé à une analyse au même niveau que si elle avait dû rendre un avis afin de mieux appréhender les pratiques de chacun (sociétés concessionnaires, opérateurs économiques et concédant).

7.3.1. Contrôler la régularité de la procédure d'attribution.

Le premier aspect du contrôle de l'Autorité consiste à examiner si la procédure d'attribution est conforme aux nouveaux textes issus de la réforme du droit des concessions.

Aux termes de l'article 4 du décret du 1er mars 2016 précité, l'Autorité est compétente pour se prononcer sur les contrats d'exploitation pour autant que les mesures de publicité des contrats concernés aient été lancées à partir du 1er avril 2016, ce qu'elle a confirmé dans l'avis du 23 novembre 2016 portant sur la cession d'un contrat d'exploitation sur l'aire de Longeville-Sud située sur le réseau concédé à la SANEF.

Seul le contrat d'exploitation portant sur les activités de distribution de carburant, de restauration et de vente en boutiques sur l'aire de Saint-Julien-Montdenis sur le réseau concédé de la société SFTRF répondait aux conditions rappelées dans l'avis du 23 novembre précité. L'Autorité qui était compétente pour examiner ce dossier au fond a rendu un avis défavorable du fait des irrégularités substantielles relevées. Cependant, ayant notamment considéré que la portée de ces irrégularités était limitée, que le cadre juridique applicable était de récente application et qu'il était nécessaire d'assurer la continuité du service public autoroutier, compte tenu notamment de l'infructuosité des deux précédentes consultations, l'autorité concédante a décidé de délivrer l'agrément au titulaire pressenti.

Pour les contrats pour lesquels une publicité a été engagée avant le 1er avril 2016, l'Autorité s'est attachée à exercer le même degré de contrôle afin de tirer les enseignements propres à garantir l'adéquation entre le contrôle réalisé par l'Autorité et la réalité du secteur autoroutier.

⁷⁷ Le processus d'attribution des contrats d'exploitation dure entre 18 et 24 mois, avec une saisine de l'Autorité par le concédant environ six mois avant le démarrage de l'exécution du nouveau contrat. Il vient que la saisine de l'Autorité peut survenir l'année qui précède l'échéance de renouvellement du contrat.

L'examen de l'ensemble de ces 30 dossiers a révélé certaines tendances :

- La durée des contrats est fixée dans la plupart des cas à 15 ans, parfois à 10 ans et plus exceptionnellement à 8 ans. La durée du contrat est conditionnée par le volume des investissements demandés à l'exploitant, ou par le potentiel d'attractivité de l'aire.
- Le renouvellement des contrats fait le plus souvent l'objet d'une procédure unique avec un allotissement géographique pour chaque aire, avec autant de contrats qu'il existe de zones géographiques délimitées.
- Les offres remises sont appréciées sur la base d'une pluralité de critères : le critère technique présente généralement la pondération la moins élevée par rapport au critère relatif à l'offre commerciale et de service et à l'offre financière qui sont généralement pondérées à la même hauteur (environ 40% de la note chacun), sauf lorsque la société concessionnaire propose un critère supplémentaire comme la forme contractuelle. Le critère de la politique de modération tarifaire est quasiment absent des dossiers présentés sous l'empire de l'ancien régime juridique, les quelques cas retrouvés dans les dossiers d'agrément relevant de l'initiative des candidats, sans obligation conventionnelle.
- Les dossiers soumis sont passés par le biais de l'équivalent d'une procédure restreinte en marchés publics. La moyenne des soumissionnaires par lot est assez faible (deux offres en moyenne par consultation).
- Les activités confiées comprennent l'exploitation d'activités de distribution de carburant, de commerce en boutique, de services de restauration et des services d'hôtellerie. L'hôtellerie sur autoroute est cependant rare et en fort déclin. D'autres activités peuvent être rencontrées plus rarement (gestion de port fluvial par exemple).
- L'offre financière est établie sur la base du versement de redevances fixes et proportionnelles au chiffre d'affaires de l'exploitation, en fonction des activités confiées. Ces redevances constituent des redevances d'utilisation du domaine public autoroutier et doivent être calculées, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, en prenant en compte les avantages qui sont conférés à celui qui en bénéficie. Certaines sociétés concessionnaires comme la société SANEF imposent également le versement d'une redevance d'entretien. Les taux de redevance applicables dépendent a priori du potentiel d'attractivité des aires. L'Autorité constate également des pratiques sensiblement différentes entre les sociétés concessionnaires dans la structuration des redevances. Certaines privilégient une redevance fixe assortie d'une redevance variable dont les seuils de déclenchement et les taux applicables sont clairement définis dans les cahiers des charges, d'autres préférant demander un montant minimum garanti annuel, charge ensuite aux soumissionnaires de les intégrer à leurs schémas financiers sous forme de redevance fixe ou variable avec une ventilation permettant d'atteindre les minima souhaités.

7.3.2. Contrôler le maintien d'un équilibre concurrentiel sur le marché de la distribution de carburant : un élément lié au contrôle de la procédure.

Un des enjeux dans le contrôle de la procédure d'attribution des agréments concerne également l'examen des garanties apportées par les candidats et soumissionnaires au regard de l'objectif de conserver des prix compétitifs. Il serait donc de la responsabilité de l'autorité administrative qui instruit ces demandes de s'assurer que l'attribution de l'agrément ne se fait pas au détriment d'un degré adéquat de concurrence.

Si le contrat porte sur la distribution de carburant, l'article R. 122-41 du code de la voirie routière prévoit que la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant doit être intégrée aux critères d'attribution prévus par les articles 26 et 27 du décret n°2016-86 relatif aux contrats de concession et que ce critère doit alors être au moins égal à celui qui est appliqué pour l'analyse financière de l'offre.

L'examen de la pertinence des engagements pris nécessite de bien comprendre le fonctionnement du marché de la distribution de carburant sur le réseau concédé.

L'analyse de ce critère est délicate, tant pour les sociétés concessionnaires d'autoroute qui doivent vérifier la pertinence et la réalité de cette modération tarifaire, que pour les opérateurs qui doivent l'intégrer à leurs offres, les textes ne prévoyant aucun formalisme particulier encadrant la présentation de cette politique de modération tarifaire. Les offres examinées par l'Autorité jusqu'à présent qui incluaient un tel engagement étaient assez hétérogènes, allant d'un engagement à proposer des prix « compétitifs » par rapport aux prix pratiqués sur le réseau, à celui de ne pas proposer de prix au litre dépassant de plus de quelques centimes la moyenne des tarifs pratiqués sur réseau de référence par des opérateurs déterminés (l'exploitant lui-même ou par rapport à la concurrence).

Au-delà de la difficulté à départager ces propositions au moment de l'analyse des offres et d'instituer une grille d'analyse claire et objective par les sociétés concessionnaires, l'Autorité remarque que de tels engagements n'ont d'effet pour l'utilisateur que si leur mise en œuvre est contrôlée régulièrement (par la société concessionnaire ou par le concédant). Elle appelle à organiser en ce sens un dispositif de suivi effectif.

7.4. Perspectives sur 2017

Pour l'exercice 2017, l'Autorité s'attachera à mieux comprendre le fonctionnement du secteur et des modalités de passation des contrats afin de pouvoir envisager des axes d'amélioration dans le cadre de ses avis sur les projets d'agrément.

Une première collecte de données a été lancée au cours du mois de mai 2017 avec notamment des demandes sur le détail de la répartition de chacune des aires, les montants des chiffres d'affaires réalisés, des redevances exigées mais également le niveau de concurrence au moment de la passation des projets de marchés ou encore les méthodes d'attribution utilisées lors de l'analyse des offres.

CONCLUSION

Le rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2016 permet de faire le bilan sur une année de transition. Il contribue à donner une vision plus exhaustive des achats et des procédures d'attribution des sociétés concessionnaires pour les besoins de leurs concessions.

Cet exercice a été l'occasion pour l'Autorité de valider les compositions des commissions des marchés des sociétés concessionnaires ainsi que leurs règles internes, permettant à ces dernières de fonctionner en conformité avec le nouveau dispositif applicable. De ce premier processus de validation, l'Autorité tire deux enseignements :

- l'instruction des saisines relatives à la composition des commissions des marchés a permis de confirmer la pertinence des lignes directrices adoptées par l'Autorité en début d'exercice pour l'appréciation de l'indépendance des membres indépendants composant celles-ci ;
- l'instruction des saisines relatives aux règles de fonctionnement des commissions des marchés a été facilité par la bonne coopération des sociétés concessionnaires dans la mise en place du nouveau dispositif.

L'institution des nouvelles commissions des marchés constitue un préalable à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés par les sociétés concessionnaires, auquel l'Autorité doit veiller.

En 2016, les nouvelles commissions se sont prononcées sur 47 marchés passés par les sociétés concessionnaires. L'Autorité, saisie par ces commissions, a examiné chacun d'entre eux. L'instruction de ces dossiers, menée par l'Autorité dans un dialogue pédagogique et constructif avec les sociétés concessionnaires a permis d'améliorer certaines de leurs pratiques de passation.

Après une première phase de pédagogie et de concertation de l'Autorité avec les sociétés en 2016 à l'occasion de la mise en place du nouveau dispositif, celle-ci continuera sa démarche de dialogue avec les concessionnaires et d'accompagnement, tout en veillant au strict respect du nouveau cadre qui leur est applicable et s'emploiera à mettre œuvre pleinement l'ensemble des moyens dont elle dispose pour garantir le respect des dispositions légales et réglementaires.

L'Autorité relève également que la part des marchés attribuée à des entreprises liées est inférieure à celle de l'exercice précédent : l'analyse qui sera réalisée lors des prochains exercices permettra de déterminer s'il s'agit d'une baisse ponctuelle survenue lors d'une période de transition ou si elle ressort du nouveau dispositif instauré par le législateur.

L'article 41 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique est venu préciser certaines des dispositions du code de la voirie routière applicables aux marchés des concessionnaires d'autoroutes. Dès l'entrée en vigueur de son décret d'application, l'Autorité pourra définir elle-même le contenu du dossier de présentation des marchés dont elle doit être destinataire. La liste des documents annexés au rapport annuel des commissions de marchés pourra également être directement fixée par l'Autorité. Le contenu de ces dossiers étaient jusqu'à présent arrêté par voie réglementaire. Ces deux décisions seront prises après consultation des acteurs concernés.

Enfin, après une première année d'activité encore limitée sur le secteur des installations à caractère commercial sur le réseau autoroutier concédé, l'exercice 2017 sera l'occasion pour l'Autorité de remplir pleinement son office et d'approfondir sa connaissance et l'analyse de ce secteur, notamment par le biais d'une collecte de données, de manière similaire à la démarche entreprise sur les marchés.

ANNEXES

Annexe 1 – Bilan des règles internes par société concessionnaire

Annexe 2 – Répartition des achats par société concessionnaire et par type d'achat

Annexe 3 – Répartition des marchés par groupe de BTP en montant

Annexe 4 – Typologie des méthodes de notation utilisées par société concessionnaire

Annexe 1 – Bilan des règles internes par société concessionnaire

APRR / AREA	
Ancien dispositif	Nouveau dispositif
Les conditions dans lesquelles la commission se réunit et statue	
– Composition de la commission des marchés	
Six membres dont : quatre personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec des entreprises de travaux publics. Est considérée comme une personnalité indépendante toute personne qui n'est pas directement ou indirectement un salarié d'APRR ou d'AREA (ou d'une entité contrôlée par APRR ou AREA) ou de Financière Eiffarie, d'Eiffarie ou d'une société dans laquelle APRR détient une participation, dès lors que celles-ci seraient parties à un contrat de concession ou d'une entreprise de TP (ou d'une entité contrôlée par une entreprise de TP).	Des membres ayant voix délibérative dont une majorité de personnalités est indépendante au sens des articles L. 122-17 et R. 122-34 CVR
Un représentant de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes est invité de droit à la commission.	Un représentant (au moins) de la Direction départementale de la protection des populations des Yvelines ou de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation et du travail Auvergne Rhône Alpes est invité à la commission avec voix consultative à chaque séance.
– Quorum	
Présence de la moitié au moins de ses membres dont le président	Présence de plus de la moitié de ses membres dont une majorité de membres indépendants ; cette règle s'applique même en cas de départ d'un membre de la commission des marchés
– Règle de vote	
Décision prise à la majorité simple avec voix prépondérante du président en cas de partage de voix	Décision prise à la majorité simple sans voix prépondérante
– Délai de convocation	
	Convocations adressées dans un délai tenant compte de la complexité et/ou du nombre de dossiers et, au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion. Ce délai pourra être réduit à deux jours francs en cas d'absence de quorum à la première réunion si l'ordre du jour n'est pas modifié
– Délai de transmission des dossiers	
Transmission des dossiers au moins cinq jours calendaires avant la date de la réunion	En même temps que la convocation

- Contenu du dossier	
Remise d'un rapport à la commission des marchés qui comprend : - la présentation de l'opération et de la procédure ; - un rapport d'analyse des offres ; - la proposition d'attribution des marchés et l'analyse des offres ; - le cas échéant tout élément complémentaire permettant d'étayer le choix.	Les convocations comprennent les éléments visés dans l'arrêté du 4 août 2016 fixant le contenu du dossier de présentation à l'Arafer relatif aux marchés et avenants passés par les concessionnaires d'autoroutes prévu au II de l'article R. 122-39 du CVR
- Règle de déport	
Déport du vote si un membre a un quelconque lien direct ou indirect avec les soumissionnaires concernés par l'opération	Déport des débats et du vote si l'un des membres est en situation de conflit d'intérêts avec un candidat ou un soumissionnaire
- Contenu du procès-verbal	
	- Le nombre de voix favorables, de voix défavorables et les abstentions ; - Les observations éventuelles que les membres de la commission ont demandé de porter au procès-verbal.
Les conditions dans lesquelles la commission est consultée pour avis sur la passation des marchés ou la conclusion des avenants	
Avis relatifs à l'attribution et l'exécution des : - contrats de maintenance, de travaux et de fournitures dépassant le seuil de 2M€ HT ; - contrats de fournitures et services dépassant le seuil de 240 000 € HT.	La société a la faculté de demander à la commission de formuler un avis en cours de procédure. La commission des marchés examine : - les projets de marchés ou d'accords-cadres définis au I de l'article R. 122-39 CVR répondant aux besoins de la concession et soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence concernant : - o travaux dont le montant prévisionnel est supérieur à 500 000 € HT ; - o fournitures et services dont le montant prévisionnel est supérieur à 240 000 € HT ; - tout projet d'avenant à un marché susmentionné entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs n'ayant pas été soumis à la commission une augmentation du montant initial du marché supérieure à 5% de ce montant et à 100 000 € ; - tout projet d'avenant à un marché non susmentionné entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs une augmentation du montant initial du marché au-delà de l'un des seuils de publicité et de mise en concurrence. Tout avis de la commission donné sur un accord-cadre est valable pour les marchés et bons de commande subséquents se rattachant à cet accord-cadre

Les conditions d'accès de la commission des marchés aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions

Cf. rapport vu plus haut

- Le dossier de présentation (mentionné plus haut) ;
- Les documents complémentaires fournis sur demande des membres de la commission : ces derniers 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.

ASF / COFIROUTE / ESCOTA

Ancien dispositif	Nouveau dispositif
Les conditions dans lesquelles la commission se réunit et statue	
– Composition de la commission des marchés	
– Un président permanent et une majorité de personnes qualifiées externes indépendantes Peuvent assister à chaque séance : – le représentant de la DGCCRF, invité de droit ; – le responsable du marché, assisté et/ou représenté par un rapporteur de séance, qui présente chaque dossier à la commission ; – le secrétaire permanent.	Des membres avec voix délibérative : – un président ; – des personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires. Un ou des membres sans voix délibérative : le ou les représentant(s) de la Direction générale de concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Assistent également aux réunions de la commission : – le responsable du marché, représenté, le cas échéant par un rapporteur de séance et assisté des personnes de son choix ; – le secrétaire.
– Quorum	
Présence d'une majorité de personnalités indépendantes	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 CVR, le Président étant également pris en compte pour l'application de cette règle de majorité et y compris en tenant compte des éventuels départs qui auraient lieu
– Règle de vote	
	Majorité des avis exprimés. En cas de partage de voix, la voix du président n'est pas prise en compte
– Délai de convocation	
Convocations adressées aux membres au moins quinze jours francs avant la date prévue pour la réunion de la commission des marchés sauf urgence dûment motivée	Convocations adressées au moins dix jours calendaires avant la date prévue de la commission des marchés sauf urgence dûment motivée
– Délai de transmission des dossiers	
Au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion de la commission des marchés	Délai tenant compte de la complexité et du nombre de dossiers à examiner qui ne peut être inférieur à cinq jours francs

– Contenu du dossier	
Pour les projets de marchés : – avis d'appel public à la concurrence ; – procès-verbal d'ouverture des candidatures ; – rapport d'analyse des candidatures ; – décision d'agrément des candidatures ; – règlement particulier de la consultation ; – estimation financière prévisionnelle justifiée ; – procès-verbal d'ouverture des offres ; – rapport de jugement des offres ; – rapport de présentation comprenant l'avis de la personne chargée de la passation du marché ; – tout autre document éventuellement nécessaire à la bonne compréhension de la procédure suivie. Pour les projets d'avenants : – procès-verbal de la séance de la commission approuvant le marché initial ; – projet d'avenant ; – rapport de présentation de l'avenant, comprenant l'avis de la personne chargée de la passation de l'avenant ; – tout autre document éventuellement nécessaire à la bonne compréhension de la procédure suivie.	Pour les projets de marchés : – avis de pré-information, le cas échéant ; – avis de marché ; – procès-verbal d'ouverture des candidatures ; – rapport d'analyse des candidatures ; – décision d'agrément des candidatures ; – règlement de consultation ; – estimation financière prévisionnelle ; – procès-verbal d'ouverture des offres ; – rapport d'analyse des offres ; – note de synthèse comprenant la proposition d'attribution du marché du responsable du marché ; – tout autre document éventuellement nécessaire à la bonne compréhension de la procédure suivie. Pour les projets d'avenants : – procès-verbal de la séance de la commission approuvant le marché initial ; – projet d'avenant ; – rapport de présentation de l'avenant ; – note de synthèse de l'avenant comprenant la proposition de conclusion de l'avenant du responsable du marché ; – tout autre document éventuellement nécessaire à la bonne compréhension de la procédure suivie.
– Règle de déport	
Aucun membre de la commission ayant un lien quelconque direct ou indirect avec les soumissionnaires concernés par les débats de la commission ne pourra prendre part au vote	Une personnalité reconnue comme indépendante et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires au moment de sa nomination ne peut prendre part ni aux débats ni au vote si au moment de ceux-ci, elle présente un quelconque lien direct ou indirect avec l'un des candidats ayant participé à la consultation.
- Contenu du procès-verbal	
	Le cas échéant, les recommandations, observations et éventuelles réserves exprimées par chacun des membres de la commission des marchés et personnes présentes

Les conditions dans lesquelles la commission est consultée pour avis sur la passation des marchés ou la conclusion des avenants

Sont soumis à avis de la commission :

- les marchés autoroutiers de travaux dont le montant est au moins égal à 2 000 000 € HT ;
- les marchés autoroutiers de fournitures et services est au moins égal à 240 000 € HT ;
- les projets d'avenants qui portent sur un marché préalablement soumis à la commission et qui conduisent à un dépassement de 20% du montant initial du marché, ces deux conditions étant cumulatives.

[Cas particulier pour Escota :

- les avenants aux marchés susmentionnés dès lors que les avenants seuls ou cumulés représentent plus de 25% du montant initial du marché ;
- le projet d'avenant qui augmente le montant du marché initial de sorte que celui-ci franchisse le seuil prévu à l'article 6 du cahier des charges. Le projet d'avenant doit être supérieur à :
 - 500 000 € pour les marchés de travaux
 - 60 000 € pour les marchés de fourniture et service]

La commission veille au respect des procédures de passation des marchés de travaux, fournitures et services passés pour les besoins de la concession en application de la section 4 du chapitre II du titre II du CVR en émettant un avis portant sur :

- le choix de l'attributaire des marchés passés pour les besoins de la concession, soumis à obligation de publicité et de mise en concurrence en application du code de la voirie routière ;
- le projet d'avenant à un marché susmentionné entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs une augmentation du montant initial du marché supérieure aux seuils fixés au 3° du I de l'article R. 122-39 du CVR ;
- le projet d'avenant à un marché non susmentionné entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs une augmentation du montant initial du marché au-delà des seuils mentionnés aux 2° et 3° de l'article R. 122-30 du CVR.

Les conditions d'accès de la commission des marchés aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions

- Un dossier pour chaque affaire traitée est envoyé aux membres (cf. plus haut)
- Le dossier de consultation des entreprises est consultable au secrétariat permanent de la commission sur demande expresse

- Un dossier pour chaque affaire traitée (cf. plus haut)
- Le dossier de consultation des entreprises, les candidatures et les offres sont tenus à la disposition des membres de la commission qui peuvent solliciter le secrétaire de séance afin de consulter ces pièces
- La commission peut accéder à l'ensemble des informations nécessaires à l'exécution de ses missions. Tout membre de la commission souhaitant accéder à une telle information se rapproche avec un délai suffisant du président de la commission à cet effet. Toute information nécessaire à l'exécution des missions de la commission des marchés, ainsi demandées par ce membre est communiquée par l'intermédiaire du président de la commission. Les réponses aux demandes d'information formulées par l'un des membres de la commission sont communiquées 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'information est traité.

SANEF/SAPN	
Ancien dispositif	Nouveau dispositif
Les conditions dans lesquelles la commission se réunit et statue	
– Composition de la commission des marchés	
Membres de la commission : – Membres ayant voix délibérative : - o un président - o un vice-président - o quatre personnes qualifiées indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec des entreprises de travaux publics – Membre ayant voix consultative : le représentant de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes Autres participants : un rapporteur et le secrétariat	Membres de la commission : – Membres ayant voix délibérative : - o un président - o un vice-président - o des personnes qualifiées indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires – Membre ayant voix consultative : un ou des membres de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes Autres participants : un rapporteur et le secrétariat
– Quorum	
	Présence d'une majorité de membres indépendants dont un au moins physiquement. En cas de départ, le ou les membres concernés ne sont pas pris en compte pour l'application de la règle de majorité
– Règle de vote	
	Majorité simple des membres à voix délibérative présents. Les absentions ne sont pas prises en compte. En cas d'égalité, il est procédé à un second vote. Si l'égalité persiste, les votes exprimés par les membres indépendants priment
– Délai de convocation	
Au moins trois jours francs avant la date prévue pour la réunion	Au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion sauf circonstances exceptionnelles. Ce délai ne s'applique pas en cas de deuxième convocation pour absence de quorum au moment de la première convocation à la condition que l'ordre du jour n'ait pas été modifié. La commission peut être convoquée sans délai dans des cas d'urgence tels que la nécessité de préserver la sécurité des personnes ou du domaine autoroutier concédé ou la nécessité de maintenir la continuité du service public.
– Délai de transmission des dossiers	
Au moins trois jours francs avant la date prévue pour la réunion	Au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion, ce délai ne s'applique pas en cas de deuxième convocation pour absence de quorum sur première convocation à la condition que l'ordre du jour n'ait pas été modifié. Dans les cas d'urgence susmentionnés, les dossiers peuvent être transmis sans délai

– Contenu du dossier	
Pour les projets de marchés : – fiche de synthèse ; – avis d'appel public à la concurrence et avis de pré-information, le cas échéant ; – décision d'agrément des candidats, le cas échéant ; – lettre d'invitation à soumissionner, le cas échéant ; – règlement de consultation ; – procès-verbal d'ouverture des offres ; – rapport de présentation du marché ; – projet de marché (acte d'engagement et détail estimatif). Pour les projets d'avenants : – rapport de présentation de l'avenant ; – projet d'avenant (pièces administratives uniquement) ; – copie de l'avis de la commission des marchés sur l'attribution du projet de marché d'origine.	– Convocation – Ordre du jour – Dossiers à examiner
– Règle de déport	
En cas de conflits d'intérêts entre une ou plusieurs de ces personnes en lien avec un projet de marché soumis à la commission, celles-ci doivent en avertir le président, ne pas participer aux débats et ne pas prendre part au vote lors de l'examen du projet de marché concerné.	Tout membre s'estimant en situation de conflits d'intérêts sur un dossier ne participe pas aux débats et ne prend pas part à l'avis de la commission sur ce dossier.
– Contenu du procès-verbal	
Sur demande des membres, des observations peuvent être portées sur l'avis.	– Avis de la commission – Nombre de voix favorables, de voix défavorables, d'abstention (sauf unanimité) – Tout membre présent peut demander que soient portés au procès-verbal : ○ tout point ayant fait l'objet de discussion lors de la délibération ; ○ ses observations.

Les conditions dans lesquelles la commission est consultée pour avis sur la passation des marchés ou la conclusion des avenants

La commission examine :

- les projets de marchés s'inscrivant dans le cadre de la concession et d'un montant supérieur à :
 - o 2M€ HT pour les marchés de travaux ;
 - o 240 000 € HT pour les marchés de fournitures et services ;
- les projets d'avenants ou les marchés complémentaires :
 - o portant sur un marché pour lequel la commission des marchés s'est déjà prononcée et d'un montant supérieur à 20% de celui-ci ;
 - o portant sur un marché pour lequel la commission des marchés s'est déjà prononcée et faisant passer le total des avenants ou marchés complémentaires précédents à un montant supérieur à 20% du marché initial ;
 - o d'un montant faisant franchir au marché initial ou aux marchés et à ses marchés complémentaires le seuil d'examen.

La commission peut être saisie des projets de marchés, quel que soit leur montant, à la demande de la personne responsable du marché, si elle le juge utile après accord du directeur général concerné.

L'avis de la commission peut également être requis au moment des phases de sélection des candidatures pour toutes les procédures pour lesquelles une telle étape est prévue.

La commission donne un avis préalable sur la passation des marchés et la conclusion des avenants pour les marchés et avenants définis à l'article R. 122-36 du CVR.

La commission des marchés de SANEF et son président sont chargés des mêmes missions pour les marchés portant simultanément sur des besoins des deux concessions SANEF et SAPN dans les mêmes conditions que pour les marchés de SAPN.

Les conditions d'accès de la commission des marchés aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions

- Un dossier pour chaque affaire traitée (cf. plus haut)
- En commission, sont consultables : le dossier de consultation des entreprises complet et le projet de marché complet.

- Les dossiers à examiner sont communiqués aux membres de la commission (cf. plus haut).
- Tout membre de la commission peut demander que lui soit communiqué tout document relatif à tout marché et que lui soit fourni tout renseignement qu'il estime nécessaire à sa compréhension sur les projets de marchés et sur les avenants qui sont soumis à l'approbation de la commission.
- Les réponses aux demandes d'information formulées par l'un des membres de la commission sont communiquées à l'ensemble des membres dans un délai de trois jours ouvrés à compter de la demande, 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.

ATMB	
Ancien dispositif	Nouveau dispositif
Les conditions dans lesquelles la commission se réunit et statue	
- Composition de la commission des marchés	
- Membres permanents dont : - o un président nommé par le Conseil d'administration - o le Directeur général de la société - o deux membres désignés par le Conseil d'administration - La commission se fait assister par : - o le commissionnaire du gouvernement ou le commissaire du gouvernement adjoint - o le contrôleur d'état - o un représentant de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes - Sont également présents : - o le ou les rapporteurs des dossiers - o le secrétaire de la commission	- Membres permanents dont : - o le président qui est un membre du conseil d'administration désigné par le concessionnaire - o deux membres indépendants désignés par le concessionnaire en raison de leurs compétences. - Sont convoqués également : - o le commissaire du gouvernement ou le commissaire du gouvernement adjoint - o le contrôleur d'état - o un représentant de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes - Sont également présents : - o le directeur général du concessionnaire - o le ou les rapporteurs des dossiers - o le secrétaire de la commission
- Quorum	
Présence de la majorité des membres	Présence de la majorité des membres indépendants
- Règle de vote	
Majorité simple des membres présents, en cas de partage de voix, la voix du président est prépondérante	Majorité simple des membres permanents, soit deux votes. L'absence d'un membre permanent ou le départ de l'un d'eux requiert l'unanimité des votes. A défaut d'unanimité, la commission sera de nouveau convoquée sur la base d'un dossier complémentaire
- Délai de convocation	
	Au moins cinq jours francs avant la tenue de la séance. En cas d'absence de quorum, la convocation est adressée au moins trois jours francs avant la tenue de la séance sous réserve d'absence de modifications de l'ordre du jour. En cas de modification de l'ordre du jour, le délai de cinq jours est maintenu
- Délai de transmission des dossiers	
Cinq jours minimum avant la tenue de la séance	En même temps de la convocation

- Contenu du dossier	
	Remise d'un rapport à la commission des marchés qui comprend : - ordre du jour - règlement de consultation - marché initial sur lequel porte l'avenant - rapport de présentation du projet de marché ou d'avenant à la commission des marchés - avis de publicité - ensemble des pièces composant le dossier de consultation des entreprises - toutes les pièces mentionnées par la réglementation en vigueur, notamment l'arrêté du 4 août 2016 fixant le contenu du dossier de présentation à l'Autorité relatif aux marchés et avenants des SCA
- Règle de déport	
En cas de conflit d'intérêts, les personnes concernées ne participent pas aux délibérations correspondantes	En cas de risque de conflit d'intérêts, les membres concernés ne prennent pas part aux débats portant sur l'analyse du dossier ni au vote
- Contenu du procès-verbal	
	Retrace les échanges

Les conditions dans lesquelles la commission est consultée pour avis sur la passation des marchés ou la conclusion des avenants

La commission des marchés émet un avis sur :

- l'attribution des marchés de travaux d'un montant supérieur à 800 000 €
- l'attribution des marchés de services et de fournitures d'un montant supérieur au seuil fixé par le décret définissant les modalités d'application de la procédure européenne de consultation pour les marchés de services et de fournitures
- la passation d'un avenant à un marché examiné par la commission d'un montant supérieur à 5% du marché initial
- la passation d'un avenant faisant passer le montant du marché au-dessus de 800 000 € pour les marchés de travaux ou du seuil fixé par le décret définissant les modalités d'application de la procédure européenne de consultation pour les marchés de services et de fournitures

Le concessionnaire peut le cas échéant et à sa demande solliciter un avis de la commission durant les étapes intermédiaires de la procédure, notamment sur la sélection des candidatures.

Sont soumis à avis de la commission des marchés :

- le projet de marché de travaux d'un montant supérieur au seuil de procédure formalisée imposée par le cahier des charges de la concession, soit 2 M€ HT (à l'exclusion des marchés passés dans le cadre de la procédure négociée relevant d'une urgence impérieuse)
- le projet de marché de services et de fournitures d'un montant supérieur au seuil fixé par le décret définissant les modalités d'application de la procédure européenne de consultation pour les marchés de services et de fournitures
- le projet d'avenant entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs n'ayant pas été soumis à l'avis de la commission, une augmentation du montant initial du marché supérieure à 5% de ce montant et à 100 000 €
- le projet d'avenant passé sur marché en procédure adaptée entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs, une augmentation du montant initial du marché portant ce montant à un seuil supérieur :
 - o à 2 000 000 € HT en marché de travaux
 - o au seuil fixé par le décret définissant les modalités d'application de la procédure européenne de consultation pour les marchés de services et de fournitures
 - o à tout avenant ultérieur

Les conditions d'accès de la commission des marchés aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions

- Un dossier pour chaque affaire traitée (cf. plus haut)
- Les membres de la commission peuvent solliciter 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 des marchés au cours de laquelle le dossier ayant soulevé une demande d'information est traité

SFTRF	
Ancien dispositif	Nouveau dispositif
Les conditions dans lesquelles la commission se réunit et statue	
- Composition de la commission des marchés	
- Membres disposant de voix délibératives : - o le président du conseil d'administration ou à la demande de ce dernier toute personne désignée par le conseil d'administration - o trois personnes physiques qualifiées dont une extérieure à la société, choisies par le président du conseil d'administration, à raison de leurs compétences, - o le directeur général ou son représentant - Membres de la commission disposant d'une voix consultative (= les membres consultants) : - o le représentant de la Direction Générale de la Concurrence de la consommation et de la Répression des Fraudes - o le contrôleur d'Etat, chef de la mission de contrôle ou son représentant	- Membres disposant de voix délibératives : - o le président, membre du conseil d'administration, - o trois personnes physiques qualifiées indépendantes n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires, choisies par la société en raison de leurs compétences, - o le directeur général de la société ou le président du conseil d'administration s'il exerce les fonctions de la direction générale - Membres de la commission disposant d'une voix consultative : - o le représentant de la Direction Générale de la Concurrence de la consommation et de la Répression des Fraudes - o le représentant du contrôle général et financier auprès de la société Peuvent assister ponctuellement aux réunions de la commission des personnalités extérieures à la société ou des collaborateurs de la société susceptible d'apporter des précisions techniques sur les questions présentées à l'ordre du jour
- Quorum	
Présence de la moitié au moins des membres délibérants	Présence d'une majorité de membres indépendants, en tenant compte le cas échéant du déport de membres.
- Règle de vote	
Majorité de voix des membres délibérants présents. En cas de partage des voix, la voix du Président est prépondérante	Majorité simple sans voix prépondérante. En cas de partage des voix, la société le cas échéant, convoquera une nouvelle réunion avec envoi du dossier complémentaire. Si la société ne convoque pas de nouvelle réunion, alors l'avis de la commission est réputée défavorable
- Délai de convocation	
Au moins trois jours francs avant la date prévue	Au moins cinq jours francs avant la date prévue. En cas d'absence de quorum à une première convocation et si l'ordre du jour n'est pas modifié, le délai de convocation pour la tenue d'une seconde réunion de la commission pourra être réduit à trois jours francs. En cas d'urgence, la convocation est transmise trois jours francs avant la date prévue

- Délai de transmission des dossiers	
Au moins trois jours francs avant la date prévue	Les dossiers sont communiqués suivant les mêmes délais que ceux appliqués à la transmission des convocations à savoir cinq ou trois jours francs avant la date de la réunion de la commission
- Contenu du dossier	
Tout document nécessaire à l'information préalable des membres délibérants et consultants	Les éléments qui figurent dans l'arrêté n°EINC1601451A du 4 août 2016 fixant le contenu du dossier de présentation à l'Autorité relatif aux marchés et avenants passés par les concessionnaires d'autoroutes prévus au II de l'article R. 122-39 du CVR
- Règle de dépôt	
	En cas de naissance ou constat d'un lien d'intérêts pour l'un des membres délibérants, ce dernier a l'obligation de dépôt pour l'analyse, les débats et le vote
- Contenu du procès-verbal	
Toutes les remarques, observations, propositions faites	- Avis, - Nombre de voix favorables, défavorables, abstentions, avec une explication sur les raisons en cas de vote défavorable ou abstentions, - Possibilité de noter des observations ou recommandations

Les conditions dans lesquelles la commission est consultée pour avis sur la passation des marchés ou la conclusion des avenants

La commission est chargée de rendre un avis sur l'attribution des marchés et de vérifier le respect des règles de mise en concurrence et de publicité des marchés :

- de travaux dont le montant dépasse 1 M€ HT
- de fournitures et services dont le montant dépasse 150 000 € HT

La société peut solliciter un avis de la commission des marchés durant les étapes intermédiaires de la procédure, notamment sur la sélection des candidats.

Sont soumis à avis de la commission :

- le projet de marché dont la passation doit être effectuée selon les seuils de procédure formalisée prévus par la convention de délégation, soit 2 M€ HT pour les marchés de travaux et 209 000 € pour les marchés de fournitures et services
- le projet d'avenant au marché soumis lui-même à la commission des marchés s'il est d'un montant supérieur à 5% du montant initial du marché concerné et supérieur à 100 000 €
- le projet d'avenant à un marché qui n'a pas été soumis à l'avis de la commission des marchés entraînant seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs une augmentation du montant initial du marché au-delà des seuils de 2M€ pour les marchés de travaux et de 209 000 € pour les marchés de fournitures et services
- le projet de marché négocié supérieur à 1M€ pour les travaux et 209 000€ pour les fournitures et services et prestations intellectuelles, relevant de l'article 30 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 à l'exception du projet de marché passé en cas d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et n'étant pas du fait de la société.

Les conditions d'accès de la commission des marchés aux informations nécessaires à l'exécution de ses missions

Tout document nécessaire à l'information préalable des membres délibérants et consultants

- Tout document nécessaire à l'information préalable des membres délibérants et consultants. Les documents fournis sont ceux figurant dans l'arrêté du 4 août 2016
- Sur demande, chacun des membres de la commission peut obtenir dans un délai de jours ouvrés maximum et au plus tard le jour de la séance de la commission des marchés :
 - o tout document complémentaire à ceux portés par l'arrêté du 4 août 2016 ;
 - o tout renseignement jugé nécessaire pour donner un avis éclairé sur les projets de marchés et sur les avenants soumis pour approbation.

Annexe 2 – Répartition des achats par société concessionnaire et par type d'achat

	APRR/AREA		ASF	
	Montant	Part	Montant	Part
Marchés passés devant la commission des marchés	219 775 647 €	76,6%	356 091 462 €	73,7%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	211 991 975 €	73,9%	335 786 060 €	69,5%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	7 783 671 €	2,7%	20 305 402 €	4,2%
Marchés < aux seuils et > à 90 k€	49 467 222 €	17,2%	35 893 129 €	7,4%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	42 845 486 €	14,9%	22 209 489 €	4,6%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	6 621 736 €	2,3%	13 683 640 €	2,8%
Marchés subséquents < aux seuils et > à 90 k€	1 388 361 €	0,5%	-	-
– <i>Dont ancien dispositif</i>	1 388 361 €	0,5%	-	-
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-
Bons de commande supérieurs aux seuils	3 244 287 €	10,5%	-	-
Marchés inférieures à 90 k€	13 099 577 €	4,6%	91 023 085 €	18,8%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	13 099 577 €	4,6%	51 063 459 €	10,6%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	39 959 626 €	8,3%
TOTAL	286 975 093 €	100%	483 007 676 €	100%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	272 569 685 €	95,0%	409 059 008 €	84,7%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	14 405 407 €	5,0%	73 948 668 €	15,3%
Marchés attribués à des entreprises liées	58 935 511 €	20,5%	50 316 572 €	10,4%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	56 809 961 €	19,8%	32 904 369 €	6,8%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	2 125 550 €	0,7%	17 412 203 €	3,6%
Avenants supérieurs aux seuils	-	-	1 496 820 €	-
– <i>Dont ancien dispositif</i>	-	-	1 496 820 €	-
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-

	COFIROUTE		ESCOTA	
	Montant	Part	Montant	Part
Marchés passés devant la commission des marchés	75 573 644 €	57,5%	28 335 379 €	30,5%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	73 102 113 €	55,7%	24 937 908 €	26,9%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	2 471 531 €	1,9%	3 397 471 €	3,7%
Marchés < aux seuils et > à 90 k€	39 027 283 €	29,7%	17 474 217 €	18,8%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	18 150 919 €	13,8%	12 544 027 €	13,5%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	20 876 364 €	15,9%	4 930 191 €	5,3%
Marchés subséquents < aux seuils et > à 90 k€	-	-	-	-
– <i>Dont ancien dispositif</i>	-	-	-	-
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-
Bons de commande supérieurs aux seuils	-	-	1 280 490 €	4,2%
Marchés inférieures à 90 k€	16 721 294 €	12,7%	45 747 596 €	49,3%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	5 495 189 €	4,2%	23 240 899 €	25,0%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	11 226 105 €	8,5%	22 506 697 €	24,2%
TOTAL	131 322 221 €	100%	92 837 682 €	100%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	96 748 221 €	73,7%	62 003 323 €	66,8%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	34 574 000 €	26,3%	30 834 359 €	33,2%
Marchés attribués à des entreprises liées	38 443 400 €	29,3%	15 554 832 €	16,8%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	20 970 580 €	16,0%	8 077 426 €	8,7%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	17 472 820 €	13,3%	7 477 406 €	8,1%
Avenants supérieurs aux seuils	-	-	7 058 039 €	-
– <i>Dont ancien dispositif</i>	-	-	7 058 039 €	-
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-

	SANEF		SAPN	
	Montant	Part	Montant	Part
Marchés passés devant la commission des marchés	187 484 090 €	73,3%	17 634 063 €	57,2%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	178 902 355 €	69,9%	17 401 496 €	56,5%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	8 581 335 €	3,4%	232 568 €	0,8%
Marchés < aux seuils et > à 90 k€	24 413 870 €	9,5%	4 714 842 €	15,3%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	16 505 046 €	6,5%	2 140 236 €	6,9%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	7 908 825 €	3,1%	2 574 606 €	8,4%
Marchés subséquents < aux seuils et > à 90 k€	17 908 309 €	7,0%	-	-
– <i>Dont ancien dispositif</i>	17 908 309 €	7,0%	-	-
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-
Bons de commande supérieurs aux seuils	4 500 520 €	14,6%	107 124 €	0,3%
Marchés inférieures à 90 k€	21 526 929 €	8,4%	8 355 771 €	27,1%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	21 526 929 €	8,4%	8 355 771 €	27,1%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-
TOTAL	255 833 718 €	100%	30 811 800 €	100%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	239 343 159 €	93,6%	28 004 627 €	90,9%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	16 490 159 €	6,4%	2 807 174 €	9,1%
Marchés attribués à des entreprises liées	N/A	N/A	N/A	N/A
– <i>Dont ancien dispositif</i>	N/A	N/A	N/A	N/A
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	N/A	N/A	N/A	N/A
Avenants supérieurs aux seuils	-	-	-	-
– <i>Dont ancien dispositif</i>	-	-	-	-
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-

	ATMB		SFTRF	
	Montant	Part	Montant	Part
Marchés passés devant la commission des marchés	40 229 171 €	65,9%	31 606 123 €	85,4%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	26 188 536 €	42,9%	31 606 123 €	85,4%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	14 040 635 €	23,0%	-	-
Marchés < aux seuils et > à 90 k€	6 488 843 €	10,6%	1 061 573 €	2,9%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	4 240 596 €	6,9%	1 061 573 €	2,9%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	2 248 248 €	3,7%	-	-
Marchés subséquents < aux seuils et > à 90 k€	-	-	-	-
– <i>Dont ancien dispositif</i>	-	-	-	-
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-
Bons de commande supérieurs aux seuils	-	-	283 725 €	0,8%
Marchés inférieures à 90 k€	14 333 424 €	23,5%	4 058 390 €	11,0%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	14 333 424 €	23,5%	4 058 390 €	11,0%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-
TOTAL	61 051 438 €	100%	37 009 811 €	100%
– <i>Dont ancien dispositif</i>	44 762 556 €	73,3%	37 009 811 €	100%
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	16 288 883 €	26,7%	-	-
Marchés attribués à des entreprises liées	N/A	N/A	N/A	N/A
– <i>Dont ancien dispositif</i>	N/A	N/A	N/A	N/A
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	N/A	N/A	N/A	N/A
Avenants supérieurs aux seuils	-	-	1 735 717 €	-
– <i>Dont ancien dispositif</i>	-	-	1 735 717 €	-
– <i>Dont nouveau dispositif</i>	-	-	-	-

Annexe 3 – Répartition des marchés par groupe de BTP en montant

SCA	Vinci	Bouygues	Eiffage	NGE	SPIE Batignolles	Autres	Total général
APRR	79 256 254 €	47 469 222 €	34 652 586 €	5 027 713 €	1 694 216 €	64 848 145 €	232 948 136 €
AREA	2 644 917 €	5 268 211 €	10 320 327 €	559 591 €	-	3 485 407 €	22 278 453 €
ASF	48 120 189 €	18 231 814 €	8 813 411 €	26 256 734 €	87 252 462 €	196 953 069 €	385 627 680 €
ATMB	268 444 €	17 475 720 €	-	-	5 000 000 €	9 693 511 €	32 437 676 €
COFIROUTE	37 430 221 €	49 798 170 €	7 039 884 €	2 814 175 €	209 319 €	9 519 207 €	106 810 975 €
ESCOTA	14 641 771 €	8 057 079 €	772 006 €	3 191 282 €	-	11 683 485 €	38 345 623 €
SANEF	63 868 113 €	12 071 980 €	25 154 135 €	28 675 309 €	18 548 107 €	46 008 599 €	194 326 244 €
SAPN	873 256 €	3 457 856 €	2 925 738 €	-	224 438 €	11 660 252 €	19 141 540 €
SFTRF	106 615 €	23 796 685 €	475 884 €	-	-	-	24 379 184 €
Total général	247 209 780 €	185 626 737 €	90 153 970 €	66 524 804 €	112 928 542 €	353 851 676 €	1 056 295 510 €

Annexe 4 – Typologie des méthodes de notation utilisées par société concessionnaire

Société	Méthode proportionnelle au moins disant	Méthode proportionnelle au moins disant avec coefficient x3	Méthode proportionnelle au moins disant et estimation	Méthode proportionnelle au moins disant et estimation avec coefficient x3	Méthode linéaire décroissante	Méthode ratio des offres au carré
ATMB	4	-	-	-	-	-
SFTRF	-	-	-	-	-	-
APRR	-	-	-	-	-	5
AREA	-	-	-	-	-	0
ASF	2	-	-	-	-	-
COFIROUTE	-	-	-	-	6	-
ESCOTA	-	-	1	1	-	-
SANEF	-	-	10	-	-	-
SAPN	-	-	2	-	-	-
Total	6	10	13	1	6	5

La méthode proportionnelle au moins-disant consiste à noter l'offre du candidat par rapport à celle du candidat le moins disant en divisant le montant de l'offre moins-disante par le montant de l'offre du candidat.

$$\text{Soit : Note} = P_0/P$$

La méthode proportionnelle au moins-disant avec coefficient consiste à noter l'offre du candidat par rapport à celle du candidat le moins disant en divisant le montant de l'offre moins-disante par le montant de l'offre du candidat, puis en appliquant un coefficient multiplicateur (qui accroît les écarts de notation lorsqu'il est supérieur à 1).

$$\text{Soit : Note} = \text{Coeff} * (P_0/P)$$

La méthode proportionnelle au moins-disant et à l'estimation consiste à noter l'offre du candidat par rapport à celle du candidat le moins disant (écart entre les deux montants) sur la base de l'estimation initiale établie par la SCA (utilisée dans le présent cas comme assiette de référence).

$$\text{Soit : Note} = 1 - (P - P_0)/\text{Estim}$$

La méthode linéaire décroissante consiste à noter l'offre du candidat par rapport à celle du candidat le moins disant en retranchant le montant de l'offre du candidat au double du montant de l'offre moins-disante, et en divisant la valeur obtenue par le montant de l'offre moins-disante.

$$\text{Soit : Note} = 1 - (P - P_0)/P$$

La méthode des offres au carré consiste à noter l'offre du candidat par rapport à celle du candidat le moins disant en divisant le montant de l'offre moins-disante par le montant de l'offre du candidat et en multipliant la valeur obtenue par elle-même.

$$\text{Soit : Note} = (P_0/P)^2$$



@arafer_officiel

Ce rapport a été réalisé par l'unité de contrôle
des marchés autoroutiers de l'Arafer.