

Rapport annuel

Les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes

Exercice 2018

SYNTHÈSE	05		
INTRODUCTION	12		
01		04	
Présentation générale et contexte	13	Activité des sociétés soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés	34
Contexte	13	Activité des commissions des marchés	34
Rôle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières concernant les marchés passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes	14	Détail des marchés passés pour avis à la commission des marchés	35
Régime juridique applicable aux sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'année 2018	16	Contrats et achats inférieurs aux seuils	43
Objet du rapport d'activité 2018	18	Les profils acheteurs	44
		La programmation de la liste des investissements à 5 ans	44
		Plan de relance autoroutier : suivi de l'avancement	45
02		05	
Périmètre et champ du contrôle de l'Autorité	19	Le contrôle des sociétés concessionnaires non soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés	48
Périmètre de contrôle de l'Autorité	19	Rappel du régime juridique des sociétés concessionnaires dont les ouvrages sont inférieurs à 200 km et qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs	48
Des prérogatives de contrôle qui ne se limitent pas à l'information préalable sur les marchés	19	Le contrôle des achats des sociétés concessionnaires récentes	49
		Détail des dépenses des sociétés concessionnaires récentes	50
03			
Composition et règles internes des commissions des marchés des SCA	25		
Rappel du rôle de l'Autorité et bilan des avis rendus en 2018 concernant la composition et les règles internes des commissions des marchés	25		
Saisine et avis relatifs à la composition des commissions des marchés	26		
Saisine et avis relatifs aux règles internes des commissions des marchés	30		

06

Approche économique et enjeux concurrentiels des marchés passés par les SCA

52

Généralités sur l'organisation du secteur

52

Méthodologie

57

Les marchés de travaux et leurs attributions

59

Vers une analyse par type de travaux

65

Marchés allotés et groupements d'entreprises attributaires

68

Définir une segmentation pertinente des achats réalisés par les SCA pour être en capacité de mener des analyses économiques

74

07

Le contrôle des contrats d'installations annexes à caractère commercial

77

Généralités

77

Rappel du dispositif juridique applicable

78

Saisines de l'Autorité en 2018

79

Éléments essentiels de la procédure

80

Les critères d'attribution des offres

83

L'effectivité de la modération tarifaire au cours de l'exécution des contrats d'exploitation

88

La modification des contrats

89

Bilan du contrôle des contrats de sous-concessions

90

ANNEXES

Annexe 1

Nombre de séances de commissions des marchés en 2018 et présence de la DGCCRF

92

Annexe 2

Nombre et résultats des avis des commissions des marchés

93

Annexe 3

Détail du nombre de marchés et d'avenants passés en commission des marchés en 2018

94

Annexe 4

Répartition des achats des SCA par segment d'achat

95

Annexe 5

Typologie des avenants soumis à l'avis des commissions de marchés sur l'exercice 2018

97

Annexe 6

Critères de sélection utilisés en 2018 par les neuf sociétés concessionnaires « historiques »

98

Annexe 7

Méthodes de notation employées

99

Annexe 8

Tableau récapitulatif des profils acheteurs des SCA durant l'exercice 2018

100

Annexe 9

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

100

Annexe 10

Part de marchés remportés par SCA

101

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 d'autoroutes (ci-après, « société concessionnaire » ou « société » ou « concessionnaire » ou « SCA ») pour les besoins de la concession et sur les travaux réalisés en exécution de ces marchés.

L'exercice 2018 a été marqué par l'entrée en vigueur du décret n° 2017-1816 du 28 décembre 2017 relatif à la régulation des marchés et contrats dans le secteur des autoroutes qui est venu apporter quelques ajustements aux règles de passation des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes. Ces modifications ont été intégrées au sein des règles internes des neuf commissions des marchés des sociétés historiques au cours du premier semestre. Toutefois, en dehors de ces correctifs essentiellement techniques, le cadre juridique global applicable aux marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2018 était stabilisé et s'inscrit dans la continuité de l'exercice précédent.

Ce rapport constitue ainsi un deuxième bilan, sur un exercice complet, du cadre juridique issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques applicable¹ à l'ensemble des sociétés concessionnaires ainsi que de l'action de l'Autorité dans ce cadre.

Sur la forme, ce quatrième rapport reprend la structure générale du document précédent qui avait permis de fixer les principaux thèmes et enjeux de la mission de régulateur sectoriel confiée à l'Autorité en lui apportant plusieurs approfondissements, s'agissant notamment de l'analyse du comportement des opérateurs du secteur.

Rappel du périmètre et du champ de contrôle de l'Autorité

1. Délimitation du 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). Toutefois, il n'existe aucune définition de la notion de besoin de la concession dans les textes.

A défaut d'une définition claire, les règles de publicité qui avaient été mises en place pour renforcer la concurrence dans le secteur ainsi que le contrôle de l'Autorité pourraient se trouver limités.

Compte tenu des interprétations divergentes entre les sociétés concessionnaires et l'Autorité², des échanges ont été initiés dès 2017³ et se sont poursuivis au cours de l'exercice 2018 dans le cadre d'un groupe de travail rassemblant l'Autorité, l'ensemble des sociétés concessionnaires et l'Association des sociétés françaises d'autoroutes (ASFA).

¹ L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 ainsi que le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant respectivement sur la partie législative et réglementaire du code de la commande publique qui sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2019 ne s'appliquaient pas aux marchés étudiés dans le présent rapport, à savoir ceux qui ont été validés en commission au cours de l'exercice 2018.

² Voir à cet effet le 2.1 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2016.

³ Voir à cet effet le 2.1 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2017.

L'objectif de ce groupe de travail était de déterminer les catégories d'achats pour lesquelles les obligations de publicité et de mise en concurrence semblaient indispensables et d'envisager de ne pas les appliquer pour les autres catégories.

Cependant, les travaux engagés n'ont pas permis de s'accorder sur un périmètre commun et ont été suspendus en attendant l'issue des discussions sur la loi d'orientation des mobilités (ci-après « LOM »).

Par ailleurs, l'Autorité a pu constater que certaines sociétés concessionnaires utilisaient ce vide juridique pour exclure du champ des obligations de mise en concurrence des achats qui sont pourtant directement liés à leur activité de concessionnaire d'autoroutes et devraient à ce titre faire partie des prestations entrant *a priori* dans le périmètre des besoins de la concession (par exemple, un contrat d'approvisionnement de carburants pour les aires d'autoroutes). Une définition floue ou étroite de la notion risquerait donc de réduire le périmètre de contrôle de l'Autorité et mettrait à mal la bonne conduite de ses missions en tant que régulateur.

Le dispositif devrait donc être clarifié dans le cadre de la LOM qui pourrait prévoir de lister des catégories d'achats qui ne seraient pas soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence compte tenu notamment de leur faible enjeu économique pour le secteur.

2. Mise en œuvre du contrôle de l'Autorité

L'Autorité est toujours en attente de la décision de la Cour de cassation relative à l'ordonnance du juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre rendue dans le cadre du recours en référé déposé par l'Autorité contre une procédure de marché de la société ASF qui devrait être rendue au cours de l'année 2019 et qui permettrait ainsi de fixer ses pouvoirs d'intervention en tant que régulateur sectoriel.

Par ailleurs, elle a poursuivi ses échanges avec les sociétés concessionnaires afin de mieux comprendre la structuration de leurs achats et de vérifier la bonne application des règles de passation de leurs marchés pour favoriser la concurrence dans le secteur.

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

1. Avis de l'Autorité sur la composition des commissions des marchés

Pour l'exercice 2018, l'Autorité n'a été saisie que de modifications mineures qui ne remettaient pas en cause la composition majoritairement indépendante des commissions des marchés des neuf sociétés concessionnaires soumises à cette obligation, telle qu'elle avait été validée⁴.

L'Autorité a rendu cinq avis favorables et un avis réputé favorable⁵ sur la modification de la composition des commissions des marchés, avis pour lesquels elle a toutefois été amenée à rappeler certains principes déjà évoqués lors de ses précédentes décisions, notamment la nécessité d'actualiser les déclarations de l'ensemble des membres, de préciser le nombre de membres définitifs retenus par la société pour la composition définitive, ainsi que les obligations déontologiques qui s'imposent aux agents de la fonction publique.

L'Autorité rappelle aux sociétés concessionnaires qu'en cas de fausse déclaration ou de déclaration incomplète, outre les actions pénales qui pourraient être engagées contre la personnalité pressentie, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la commission pourrait, le cas échéant, être

⁴ L'Autorité a été saisie à 6 reprises de la composition des commissions des marchés des sociétés ASF (2 fois), APRR (1 fois), AREA (1 fois), COFIROUTE (1 fois) et SFTRF (1 fois).

⁵ Voir à cet effet le 1.3.1 du présent rapport.

soulevé à l'appui d'un recours juridictionnel contestant la régularité de la procédure de passation du marché sur laquelle la commission aurait rendu son avis.

2. Avis de l'Autorité sur les règles internes des commissions des marchés

À la suite des ajustements issus du décret n° 2017-1816 du 28 décembre 2017 relatif à la régulation des marchés et contrats dans le secteur des autoroutes, les sociétés concessionnaires qui sont soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés ont dû intégrer les évolutions réglementaires dans leurs règles internes.

Pour toutes les sociétés concessionnaires, les règles internes devaient ainsi prendre en compte la modification du dispositif d'information préalable de l'Autorité et, pour les seules sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement privés, les ajustements visaient également à accentuer le parallélisme avec le dispositif prévu pour la passation des marchés publics des autres pouvoirs adjudicateurs.

Aussi, l'Autorité a été saisie par les neuf sociétés concessionnaires et a rendu neuf avis favorables sur les règles internes modifiées au cours du premier semestre 2018.

3. Activité des commissions des marchés et procédures attribuées en 2018

L'activité des commissions des marchés s'est révélée un peu plus élevée que celle qui avait été constatée durant l'exercice précédent avec 114 séances contre 105 séances en 2017. Les commissions des marchés ont ainsi validé 424 projets de marchés et d'avenants sur 114 réunions, soit en moyenne 3,7 projets par commission, contre en moyenne 3,8 projets par commission en 2017.

L'appel d'offres ouvert reste la procédure la plus utilisée, avec 80% (contre 81% en 2017) des contrats soumis à l'obligation de publicité passés selon cette procédure alors que cette dernière était minoritaire dans l'ancien dispositif.

La part des marchés et des avenants soumis à l'avis des commissions des marchés représente, pour l'exercice 2018, la majorité des achats des SCA, avec environ 1,2 milliard d'euros soit 65% du montant total des achats, contre 816 millions d'euros soit 64 % du montant total des achats pour l'exercice 2017. Les autres catégories d'achats sont donc minoritaires en valeur mais restent les plus importantes en nombre de marchés/contrats.

L'Autorité constate ainsi que la part des marchés soumis à l'avis de la commission par rapport à l'ensemble des autres achats est presque identique à celle qui avait été constatée lors des précédents exercices.

L'objectif visant à garantir de manière effective que la majorité des achats des sociétés concessionnaires fait l'objet d'une procédure transparente et objective de mise en concurrence au bénéfice de l'ensemble des opérateurs économiques, semble donc atteint, sous réserve du questionnement rappelé précédemment concernant la délimitation du périmètre des besoins de la concession.

Par ailleurs, on peut noter une augmentation de la part des marchés (en montant) soumis à l'avis de la commission liée à l'augmentation générale de ce qui a été contractualisé par les sociétés concessionnaires sur l'exercice considéré, notamment du fait de la forte hausse des contrats passés dans le cadre du plan de relance autoroutier (484 millions d'euros en 2018 contre 218 millions d'euros en 2017⁶).

⁶ Pour les seuls achats d'un montant > 90 000 euros.

Sauf modification du périmètre des besoins de la concession ou d'une stratégie d'achat propre à une société concessionnaire, le ratio de la part des marchés soumis à l'avis de la commission des marchés devrait donc rester stable pour les prochains exercices.

S'agissant de l'analyse des offres dans le dispositif en vigueur, comme pour le précédent exercice, les sociétés concessionnaires n'utilisent finalement plus le critère unique du prix en dehors des cas limitatifs pour lesquels ce critère est autorisé (fournitures ou services standardisés), alors que cette pratique était prépondérante pour certaines sociétés dans les exercices antérieurs quel que soit l'objet du marché considéré.

En revanche, quelques sociétés concessionnaires ont maintenu des méthodes de notation qui ont pour effet d'accroître les écarts de notes entre les candidats et/ou sont susceptibles de neutraliser le critère technique. Pour les sociétés concessionnaires qui emploient ces méthodes, l'Autorité a constaté que cette méthode aboutissait à attribuer leurs marchés, de façon quasi systématique, à l'offre la moins-disante⁷.

4. Plan de relance autoroutier

Le montant rattaché au PRA sur l'exercice 2018 s'élève à 483,8 millions d'euros, soit environ 26% du total des marchés passés par les SCA sur cet exercice et 15 % du montant global de ce plan établi à 3,27 milliards d'euros⁸.

Le volume commandé par les SCA en 2018 dans le cadre du PRA est plus de deux fois supérieur à celui de l'exercice précédent (218 millions d'euros) et concerne quasi exclusivement des marchés de travaux (95,8% en volume). Depuis 2013, l'Autorité a ainsi recensé un total de 1,375 milliard d'euros pour l'ensemble des SCA concernées.

Il convient de noter que cette valeur n'est pas représentative des dépenses réellement engagées par ces sociétés. En effet, un certain nombre d'achats n'ont pas été communiqués à l'Autorité du fait de la mise en place du nouveau dispositif réglementaire sur la période tandis que les opérations d'investissement du PRA induisent des dépenses qui ne sont pas des marchés, à l'instar des acquisitions foncières ou des prestations réalisées en régie par les SCA.

C'est pourquoi l'Autorité a récemment sollicité la FNTP⁹ et l'ASFA¹⁰ en vue de disposer d'éléments généraux relatifs à la passation des marchés par les SCA depuis l'origine du PRA, et notamment la part attribuée aux TPE/PME ainsi qu'aux entreprises non liées aux SCA.

En parallèle, une collecte de données va être adressée aux SCA pour disposer d'informations plus détaillées, relatives aux marchés, aux autres prestations ou dépenses engagées et au coût de construction prévisionnel.

Une stabilisation et une mise à jour des données interviendront d'ici au prochain rapport annuel, en vue de présenter un avancement global plus représentatif et plus détaillé du PRA.

⁷ Par opposition à l'offre économiquement la plus avantageuse, voir à cet effet le a/ du 4.2.7 du document.

⁸ L'Autorité ne disposant à ce jour que d'une information partielle sur le montant des dépenses réalisées au titre de ce plan, cette information doit être confirmée par les sociétés concessionnaires.

⁹ Fédération nationale des travaux publics

¹⁰ Association des sociétés françaises d'autoroutes, qui regroupe notamment les SCA

Activité des sociétés qui ne sont pas soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés

Au cours de l'année 2018, et pour la première fois depuis l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, l'Autorité a été informée de sept projets de marchés de travaux par quatre sociétés (ALIS, ARCOURS, ATLANDES, CEVM) parmi les huit concernées représentant un total de 13 millions d'euros dont 52% ont été attribués à des sociétés liées.

Ces projets sont liés au programme de maintenance du réseau des plus anciennes de ces sociétés et sortent *a priori* du périmètre du contrat d'exploitation global.

Pour les prochains exercices, le nombre de marchés et les montants devraient rester assez faibles par rapport aux sociétés historiques, car elles ne représentent que 6 % du réseau autoroutier concédé et qu'elles disposent d'un contrat global d'exploitation. La majorité de leurs achats échappe donc 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.

La répartition des postes de dépenses de ces sociétés est globalement identique à celle de l'exercice précédent.

Approche économique et enjeux concurrentiels des marchés passés par les SCA

En 2017, le secteur des travaux publics générait en métropole un chiffre d'affaires de 38,6 milliards dont 36% en travaux routiers.

Pour l'année 2018, comme évoqué précédemment, la majorité des achats (marchés et avenants) des sociétés concessionnaires a été soumise à l'avis de la commission des marchés (65% en montant). Parmi ces marchés, les prestations de travaux représentaient 58% du volume total des achats des SCA mais seulement 3,3% du chiffre d'affaires du secteur global des travaux publics en 2017 (données 2018 pas encore disponibles).

Du fait de liens capitalistiques entre certaines SCA et des groupes de travaux publics, les risques concurrentiels identifiés par l'Autorité de la concurrence¹¹, qui avait constaté la part importante des marchés de travaux attribués par certaines sociétés concessionnaires appartenant à des groupes de travaux publics à des entreprises liées, sont toujours d'actualité.

Toutefois, l'analyse des taux d'attribution des marchés des SCA à leurs entreprises liées ne permet de tirer à ce stade aucune conclusion particulière et des analyses plus fines doivent être menées pour dégager des tendances et identifier avec un niveau de certitude satisfaisant des situations qui seraient jugées problématiques du point de vue concurrentiel.

L'Autorité entend ainsi affiner l'étude des attributions des marchés passés par les SCA en procédant à une segmentation des marchés en groupes homogènes sur le plan technique et économique.

1. Effet de la typologie de l'achat considéré sur la concurrence

Une segmentation technique des marchés de travaux fait apparaître que les entreprises du groupe Eiffage concentrent leurs activités sur un des types de travaux particuliers, alors que le périmètre des activités du groupe Vinci semble plus large et plus polyvalent. Il ressort de l'analyse des taux d'attribution des marchés passés par les SCA soumis à l'avis de la commission, que les cinq groupes

¹¹ Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires

majeurs des travaux publics que sont Vinci, Bouygues, Eiffage, NGE et Spie Batignolles, ont des domaines de spécialisation.

Les entreprises indépendantes semblent quant à elles remporter des types de marchés pour lesquels la concurrence des groupes majeurs est plus faible.

A titre d'exemple, pour les marchés de chaussées¹² qui représentent la majorité en nombre et en montant des marchés de travaux des SCA, les cinq principaux groupes de TP ont participé à la quasi-totalité des appels d'offres et en ont remporté 80%, avec des différences de positionnement selon les groupes considérés.

Sur ces mêmes marchés de chaussées, les groupes Vinci et Bouygues sont les seuls à participer à la plupart des appels d'offres avec chacun plus de 80% de participation. S'agissant du taux de succès, Vinci, avec 44%, est le seul groupe à présenter un taux de plus de 30%.

Le type de travaux aurait donc un impact sur le degré de concurrence en fonction des capacités et des spécialités des acteurs considérés.

2. Effet de l'allotissement du marché sur la concurrence

Lors de leurs appels d'offres, les SCA ont la possibilité de diviser leurs marchés en plusieurs lots afin de favoriser l'accès à des petites et moyennes entreprises.

L'allotissement a un impact direct sur la structure de la concurrence. En effet, les entreprises indépendantes des groupes de travaux publics ont cumulé près de 43% en nombre et 49% en volume des marchés allotis contre respectivement 23% et 13% pour les marchés non allotis.

Toutefois, ce résultat est à nuancer selon la nature de l'allotissement¹³. En effet, quand 75% des lots d'un même marché alloti techniquement sont attribués à des entreprises distinctes les unes des autres, pour l'allotissement géographique ce nombre tombe à 31%.

Le caractère allotissable et la nature de l'allotissement ont ainsi un impact sur le degré de concurrence puisqu'ils stimulent la concurrence en permettant aux entreprises indépendantes des grands groupes du secteur des travaux publics d'accéder à la commande publique.

Le contrôle des contrats d'installations annexes à caractère commercial

Au cours de l'exercice 2018, l'Autorité a été saisie de six (6) projets de contrats d'installations annexes à caractère commercial (ci-après « sous-concessions ») pour lesquels elle était compétente, c'est-à-dire dont la publicité avait été engagée après le 1^{er} avril 2016, qui ont fait l'objet de cinq (5) avis favorables et d'un (1) avis défavorable.

Par ses avis, l'Autorité a pu préciser ses modalités d'appréciation du respect des procédures de passation qui s'imposent aux sociétés concessionnaires afin de garantir l'égalité de traitement entre les candidats et de permettre de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

¹² Sur la période 2017-2018

¹³ L'Autorité a identifié deux modes d'allotissement pour les marchés de travaux, l'allotissement technique qui induit une subdivision par métier, et l'allotissement géographique qui induit une subdivision d'une même activité sur des zones géographiques différentes.

Saisie pour la première fois de projets de contrats portant sur la distribution de carburant, l'Autorité a en particulier pu préciser son appréciation du critère de modération tarifaire et s'est attachée à vérifier son effectivité pour l'utilisateur.

INTRODUCTION

Le présent rapport porte sur les marchés de travaux, fournitures et services, ainsi que leurs avenants, attribués au cours de l'année 2018 par l'ensemble des concessionnaires d'autoroutes. Le champ de ce quatrième rapport de l'Autorité est identique à celui de l'exercice précédent.

L'Autorité a établi ce document à la lumière des dispositions juridiques et contractuelles en vigueur en 2018, année durant laquelle le dispositif juridique était globalement stabilisé, 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 celle-ci ainsi que de la définition et de la validation des règles internes de cette commission.

Ce rapport constitue ainsi un second bilan, sur un exercice complet, 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 la structure du précédent rapport à la lumière de différentes données collectées de façon régulière ou ponctuelle auprès des sociétés concessionnaires mais également des attributaires de leurs marchés. Elle propose un bilan de l'activité des sociétés soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés, du contrôle des sociétés concessionnaires non soumises à cette obligation, ainsi que l'analyse économique et concurrentielle des marchés passés par les sociétés concessionnaires.

Dans le prolongement du rapport sur l'année 2017, sont également traités dans ce document les achats passés en dessous des seuils obligatoires de mise en concurrence, la définition du périmètre de compétence de l'Autorité, sa mission de contrôle et l'exercice de son pouvoir de référé.

Enfin, dans la dernière partie du rapport, l'Autorité fait le bilan du contrôle qu'elle exerce sur les projets de contrats d'installations annexes à caractère commercial sur le réseau concédé.

1. PRESENTATION GENERALE ET CONTEXTE

1.1. Contexte

Une concession autoroutière est un contrat de concession par lequel l'Etat (l'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'autoroutes, 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 ainsi : APRR et AREA qui sont majoritairement détenues par le groupe EIFFAGE ; ASF, COFIROUTE et ESCOTA qui sont détenues par le groupe VINCI ; SANEF et SAPN qui sont détenues par le groupe ABERTIS.

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

Le groupe ABERTIS, qui était jusqu'à présent extérieur au secteur des travaux publics, a été racheté en avril 2018 par une alliance formée par la société ACS, acteur de la construction espagnole, et Atlantia, gestionnaire de plus de 50% du réseau autoroutier italien¹⁴.

Enfin, deux sociétés sont détenues majoritairement par un actionnariat franco-italien d'origine publique depuis leur constitution : ATMB et SFTRF.

Après l'abandon de la pratique de l'adossément à la suite de l'avis du Conseil d'Etat en date du 16 septembre 1999¹⁵, neuf nouvelles sociétés à capitaux privés sont devenues successivement concessionnaires d'une unique section d'autoroute : CEVM, ALIS, ARCOUR, ADELAC, A'LIENOR, ALICORNE, ATLANDES, ALBEA et ARCOS¹⁶.

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 adjudicateurs¹⁷.

¹⁴ L'OPA lancée conjointement par l'italien Atlantia et l'espagnol ACS sur le gestionnaire espagnol d'autoroutes ABERTIS a été acceptée par une majorité des actionnaires puis validée par la Commission nationale du marché des valeurs (CNMV) en mai 2018.

¹⁵ Conseil d'Etat, Avis, 16 septembre 1999, requête numéro 362908.

¹⁶ 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.

¹⁷ Sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics :

- les personnes morales de droit public ;

- les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;

- les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Les pouvoirs adjudicateurs sont soumis aux dispositions de l'ordonnance précitée.

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

Après 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 ses décrets d'application 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, les compétences de la commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes (ci-après « CNM ») ont été transférées à l'Autorité en les renforçant¹⁸.

Ce dispositif reprend en partie celui qui était déjà applicable aux neuf sociétés concessionnaires historiques en l'améliorant sur certains points et en le généralisant à l'ensemble des sociétés concessionnaires, soit dix-huit sociétés en tout, parmi lesquelles dix-sept ont des ouvrages en service¹⁹ et sont susceptibles de passer des marchés.

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).

Au-delà de certains seuils (500 000 € HT pour les marchés de travaux et 240 000 € HT pour les marchés de fournitures ou services), 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, au-delà de certains seuils (2 000 000 € HT pour les marchés de travaux et 221 000 € HT pour les marchés de fournitures ou services), 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

Les neuf sociétés concessionnaires les plus importantes, c'est-à-dire celles dont la longueur du réseau concédé excède 50 km pour les sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement publics et 200 km pour celles à capitaux majoritairement privés, doivent instituer une commission des marchés chargée de veiller au respect des procédures de passation et d'exécution de leurs marchés²⁰.

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 :

¹⁸ Voir 1.2 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2016.

¹⁹ L'ouvrage de la société ARCOS n'étant pas encore en service, en 2018, il n'y a pas de marchés passés pour l'exploitation de l'ouvrage.

²⁰ Voir 3.2 du rapport.

- 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 supérieurs à certains seuils (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 supérieurs à certains seuils (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 221 000 € 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 221 000 € 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 2018.

Pour établir son rapport, l'Autorité s'appuie principalement sur les informations qu'elle a définies comme devant figurer dans le rapport d'activité annuel des commissions des marchés²¹ soumises à cette obligation (APRR, AREA, ASF, ESCOTA, COFIROUTE, SANEF, SAPN, ATMB et SFTRF) et qui doivent lui être transmises avant le 31 mars de chaque année par le président de chacune de ces commissions.

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'économie et des finances) 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 2018

Pour les marchés passés en 2018, le cadre juridique issu de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application était applicable et la totalité des marchés passés au cours de cet exercice était soumise à ce dispositif. Toutefois, la majorité des avenants validés en commission a été attribuée en application du dispositif juridique antérieur au 5 mai 2016. Pour ces derniers, l'Autorité s'en tiendra donc, comme elle l'avait fait précédemment, à une analyse selon le régime juridique en vigueur au moment de leur passation²².

1.3.1. 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 du code de la voirie routière, les concessionnaires d'autoroutes doivent désormais se soumettre aux obligations suivantes :

- toutes les sociétés concessionnaires doivent, pour les besoins de la concession, passer leurs marchés dont la valeur estimée est supérieure aux seuils définis à l'article R. 122-30 du code de la voirie routière conformément aux 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 composée d'une majorité de membres indépendants et dotée de règles internes conformément aux caractéristiques mentionnées aux articles L. 122-17, R. 122-34 et R. 122-35 du code de la voirie routière ;
- toutes les sociétés concessionnaires d'autoroutes transmettent à l'Autorité un dossier de présentation pour les marchés dont la valeur estimée est supérieure à certains seuils²³, 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 n'y 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 ;

²¹ Voir décision n° 2018-007 du 31 janvier 2018

²³ voir 1.2.3 du présent rapport

- 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.

1.3.2. Ajustement à compter de l'entrée en vigueur du décret n° 2017-1816 du 28 décembre 2017 relatif à la régulation des marchés et contrats dans le secteur des autoroutes

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 (dite « loi Sapin II ») est venu ajuster le dispositif de régulation des contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes mis en place par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui a renforcé la régulation du secteur autoroutier.

Ces mesures d'ajustement, essentiellement techniques, ont été précisées par le décret n° 2017-1816 du 28 décembre 2017 relatif à la régulation des marchés et contrats dans le secteur des autoroutes.

L'Autorité a rendu deux avis, l'un sur le projet de décret²⁴ et l'autre sur le projet d'arrêté²⁵ pris en application de cette loi.

Pour toutes les sociétés concessionnaires, ces modifications visent, d'une part, à intégrer la modification du dispositif d'information préalable de l'Autorité :

- alors que les sociétés concessionnaires devaient transmettre aux services de l'Autorité, préalablement à leur signature, les projets de marchés soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence (s'agissant des sociétés qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs) ou à une procédure formalisée (s'agissant des sociétés qui sont des pouvoirs adjudicateurs), il est désormais prévu que tous les projets de marchés dont la valeur estimée est supérieure à certains seuils soient transmis à l'Autorité²⁶ ;
- alors que la liste des informations devant être transmises à l'Autorité préalablement à leur signature ou dans le cadre de l'élaboration du rapport annuel était fixée par arrêté pris après avis de l'Autorité, c'est désormais l'Autorité qui fixe elle-même la liste des informations qu'elle souhaite recevoir sur ces différents sujets.

Elles permettent, d'autre part, d'accentuer le parallélisme entre le dispositif prévu pour la passation des marchés publics des pouvoirs adjudicateurs avec celui régissant la passation des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, sous réserve de certaines adaptations, notamment en matière de seuils :

- alors qu'ils n'étaient soumis à aucun dispositif juridique, les avenants aux marchés passés selon une procédure formalisée²⁷ par les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs sont désormais soumis aux conditions fixées à l'article 139 du décret n° 2016-360 (Titre IV, Chap. IV du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) ;
- pour les marchés de travaux des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, le recours aux dispositions du I et du II de l'article 30 du décret n° 2016-360

²⁴ Avis n° 2017-014 du 2 février 2017

²⁵ Avis n° 2017-015 du 2 février 2017

²⁶ C'est le cas par exemple des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable prévus aux articles 29 et 30 I et II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

²⁷ Dont la procédure a été lancée à compter du 30 décembre 2017.

du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics est désormais autorisé (utilisation de procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence) ;

- les règles internes des commissions des marchés des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs devaient antérieurement lister les cas limitatifs dans lesquels le recours à l'appel d'offres restreint était autorisé : ces règles doivent désormais encadrer la possibilité de limiter le nombre de candidats pour l'ensemble des procédures où cette limitation est envisageable à savoir, outre l'appel d'offres restreint, la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif ;
- alors que les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs étaient exonérées de l'obligation de publier certaines données concernant la passation de leurs contrats sur leur profil d'acheteur, celles-ci doivent désormais publier sur leur profil d'acheteur, les données essentielles, à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public, des marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est :
 - ✓ pour les marchés de travaux, supérieure ou égale à 90 000 € HT ; et
 - ✓ pour les marchés de fournitures et services, supérieure ou égale au seuil mentionné au 2° de l'article R. 122-30 du code de la voirie routière, soit 240 000 € HT.

1.4. Objet du rapport d'activité 2018

Le rapport d'activité sur les marchés passés par les sociétés concessionnaires pour l'année 2018 est le quatrième rapport rendu par l'Autorité et le deuxième bilan, sur un exercice complet, du cadre juridique applicable à l'ensemble des sociétés concessionnaires issu de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application.

Par parallélisme avec la structure du précédent document, le rapport 2018 détaille les sujets suivants :

- les conditions dans lesquelles chaque commission des marchés exerce ses missions ;
- la définition du périmètre de contrôle de l'Autorité ;
- la composition et les 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 ;
- 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 concédé²⁸.

²⁸ 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.

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). Pourtant, il n'existe aucune définition de la notion de besoin de la concession dans les textes.

A défaut d'une définition claire, les règles de publicité qui avaient été mises en place pour renforcer la concurrence dans le secteur ainsi que le contrôle de l'Autorité pourraient se trouver limités.

Compte tenu des interprétations divergentes entre les sociétés concessionnaires et l'Autorité²⁹ sur la notion de « besoins de la concession », des échanges ont été initiés dès 2017³⁰ et se sont poursuivis au cours de l'exercice 2018 dans le cadre d'un groupe de travail rassemblant l'Autorité, l'ensemble des sociétés concessionnaires et l'Association des sociétés françaises d'autoroutes (ASFA).

L'objectif de ce groupe de travail était de déterminer les catégories d'achats relevant des obligations de publicité et de mise en concurrence et d'envisager de ne pas les appliquer pour les autres catégories.

Cependant, les travaux engagés n'ont pas permis de s'accorder sur un périmètre commun et ont été suspendus en attendant l'issue des discussions sur la loi d'orientation des mobilités. Par ailleurs, l'Autorité a pu constater que certaines sociétés concessionnaires utilisaient ce vide juridique pour exclure du champ des obligations de mise en concurrence des achats qui sont pourtant directement liés à leur activité de concessionnaire d'autoroutes et devraient à ce titre faire partie des prestations entrant a priori dans le périmètre des besoins de la concession (par exemple, un contrat de d'approvisionnement de carburants pour les aires d'autoroutes). Une interprétation restrictive de la notion risquerait donc de réduire le périmètre de contrôle de l'Autorité et remettrait en cause les missions du régulateur.

Le dispositif devrait être clarifié dans le cadre de la LOM qui pourrait prévoir de lister des catégories d'achats exemptées des obligations de publicité et de mise en concurrence compte tenu notamment de leur faible enjeu économique pour le secteur.

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

2.2.1. Le contrôle de la passation et la possibilité de recours contre les marchés

Pour exercer sa mission de contrôle, l'Autorité dispose de la faculté de former un recours en référé précontractuel ou contractuel contre les procédures de passation de marchés des sociétés concessionnaires soumises aux obligations de mise en concurrence³¹.

Les sociétés concessionnaires ont l'obligation de suspendre la signature du marché ou de l'avenant concerné durant un délai minimum de dix-huit jours à compter de la date de réception du dossier déclaré complet 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 relative aux

²⁹ Voir à cet effet le 2.1 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2016.

³⁰ Voir à cet effet le 2.1 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2017

³¹ En application des dispositions de l'article L. 122-20 du code de la voirie routière.

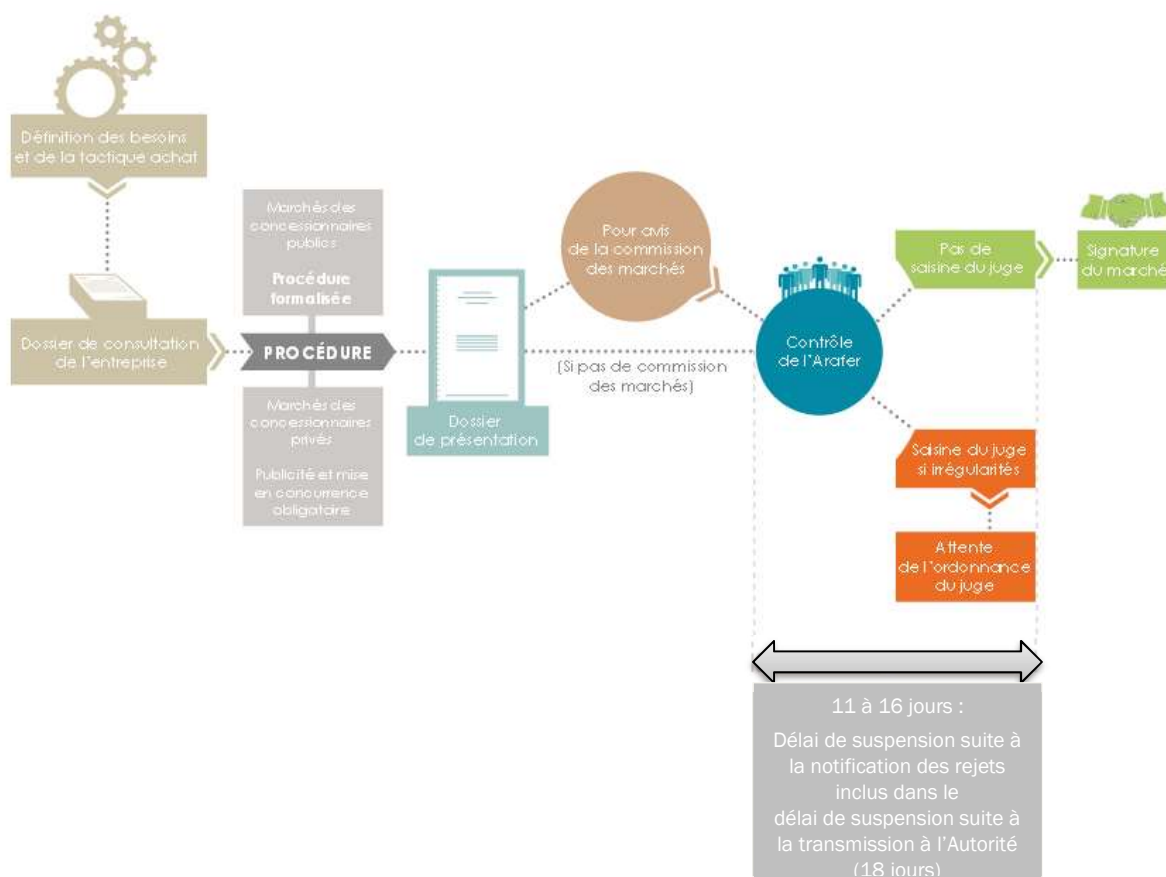
procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique. A défaut, et une fois le délai de dix-huit jours écoulés, le projet de marché peut être signé et son exécution initiée.

Ce délai est en principe concomitant du 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'aurait pour seule conséquence que d'allonger la durée des procédures de passation. Celle-ci passerait de deux à sept jours par rapport aux échéances normales qui leur sont déjà applicables.**

Enfin, l'Autorité constate que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, l'appel d'offres ouvert reste la procédure la plus utilisée (80% en 2018, 81% en 2017, 82% en 2016³²) par les sociétés concessionnaires au détriment de l'appel d'offres restreint qui était la procédure la plus utilisée dans l'ancien dispositif. Or, pour les années 2017 et 2018, s'agissant des marchés des sociétés concessionnaires transmis à l'Autorité, la durée moyenne d'un appel d'offres ouvert est de 4,7 mois contre 8,3 mois pour un appel d'offres restreint.

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



³² Pour les procédures passées soumises au nouveau dispositif, soit 37 appels d'offres sur 45 procédures formalisées

Pour l'exercice 2018, sur les 412 marchés et les 12 avenants qui lui ont été soumis, l'Autorité a mené une analyse détaillée sur 79 marchés, soit 25% d'entre eux conformément à la stratégie de contrôle retenue par l'Autorité³³.

La démarche de concertation qui avait été entreprise au cours du dernier trimestre 2016³⁴ sur les pratiques des sociétés concessionnaires s'est révélée efficace à compter du deuxième trimestre 2017, lorsque les premières procédures lancées postérieurement à ces réunions d'échanges lui ont été transmises.

Au cours de l'année 2018, l'Autorité a poursuivi ses échanges avec les sociétés concessionnaires afin de mieux comprendre la structuration de leurs achats et de vérifier la bonne application des règles de passation de leurs marchés pour favoriser la concurrence dans le secteur.

Au cours de l'exercice 2018 comme pour les exercices précédents, les améliorations constatées à la suite de la phase de concertation initiale se sont confirmées. Cependant, les sociétés concessionnaires ayant indiqué à l'Autorité dès le premier semestre 2017 qu'elles ne partageaient pas sa position sur différents points, les manquements relevés au cours de cette même période ont persisté sur :

- la neutralisation du critère technique qui revient à utiliser le critère unique du prix pour la sélection des offres ;
- l'analyse de conformité des propositions techniques des soumissionnaires alors que la non-conformité doit être sanctionnée par l'irrégularité de la proposition considérée ;
- l'absence d'allotissement sur des prestations qui pourraient en faire l'objet sans motivation suffisamment développée ;
- l'erreur sur la mention du tribunal compétent en cas de recours, qui peut conduire à porter atteinte au droit au recours d'un potentiel candidat évincé.

Par ailleurs, sur le seul exercice 2018, l'Autorité a identifié certaines pratiques pour lesquelles elle a échangé avec les sociétés concessionnaires telles que :

- la mise en place de tranches conditionnelles en lieu et place d'un allotissement géographique ou technique³⁵ ;
- l'absence de procès-verbaux retranscrivant les échanges intervenus au cours de ces négociations ;
- une justification insuffisante du recours à la procédure concurrentielle avec négociation.

L'Autorité a décidé en décembre 2017, de former un recours en référé contre une procédure de marché de la société ASF, concernant l'emploi d'une méthode de notation amenant indirectement à sélectionner l'attributaire du marché sur le critère unique du prix.

³³ Compte tenu du nombre de marchés dont elle est destinataire du fait du nouveau dispositif, l'Autorité fait porter en priorité son contrôle sur les marchés qui présentent un enjeu en termes concurrentiels, notamment les marchés de travaux ou les marchés devant être attribués à une entreprise liée.

³⁴ Voir le 2.2.1 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2016.

³⁵ Notamment en ce qui concerne la maintenance d'un équipement, la tranche relative à la maintenance étant directement affirmée après la notification du marché

Le raisonnement de l'Autorité n'a pas été suivi par le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre au motif que, même en modifiant la méthode de notation, le résultat de la consultation aurait été identique au cas particulier.

Du point de vue de l'Autorité, une telle approche ne peut être retenue puisqu'elle aurait pour effet de restreindre son contrôle de la régularité de ces marchés aux seules situations où un manquement décelé par l'Autorité aurait pour effet de léser les intérêts d'un candidat évincé. Garante, en vertu de l'article L. 122-14 du code de la voirie routière, de l'effectivité et de la loyauté de la concurrence dans la passation de ces marchés, l'Autorité, estime au contraire devoir porter à la connaissance du juge, en le saisissant d'un référé précontractuel, les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle relève de manière neutre et objective, sans avoir à établir qu'une entreprise candidate a été lésée et une autre avantagée par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Indirectement, la position du juge des référés du tribunal réduirait considérablement le pouvoir confié par le législateur à l'Autorité pour mener à bien sa mission de régulateur sectoriel. L'Autorité a donc décidé de se pourvoir en cassation contre l'ordonnance du juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre. La décision de la Cour de cassation devrait être rendue au cours de l'année 2019.

Au cas par cas, l'Autorité pourra être amenée à exercer, de nouveau, la faculté qui lui est offerte par le législateur d'engager un recours juridictionnel en cas de manquements identifiés aux obligations de publicité et de mise en concurrence applicables aux sociétés concessionnaires.

2.2.2. La collecte de données

En tant que régulateur sectoriel, l'Autorité dispose des prérogatives confiées habituellement aux entités chargées d'une mission de régulation comme le pouvoir de collecter des informations ou des données auprès des opérateurs du secteur afin de répondre à sa mission, à savoir « *veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés*³⁶ ».

L'Autorité peut également « *recueillir toutes les informations utiles auprès [...] des concessionnaires d'autoroutes et [...] des autres entreprises intervenant dans le secteur [...] des travaux, fournitures et services sur le réseau autoroutier concédé ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information*³⁷ ». 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*³⁸ ».

Ces dispositions permettent à l'Autorité de compléter sa connaissance globale du fonctionnement du secteur et de ses opérateurs.

Pour rappel, au cours du précédent exercice, l'Autorité avait initié trois collectes de données, dont deux portaient sur les marchés passés par les concessionnaires³⁹ :

- auprès des sociétés concessionnaires, une collecte relative aux marchés passés par les sociétés historiques entre 2013 et 2015 ;

³⁶ Article L. 122-14 du code de la voirie routière.

³⁷ Article L. 1264-2 du code des transports.

³⁸ Article L. 122-31 du code de la voirie routière.

- auprès des sociétés concessionnaires et des bureaux d'étude technique, une collecte relative aux niveaux de prix pratiqués sur des catégories d'opérations spécifiques (toujours en cours à la date de publication du présent rapport).

La date de clôture de la collecte engagée auprès des sociétés concessionnaires et des bureaux d'études techniques relative aux niveaux de prix pratiqués sur des catégories d'opérations spécifiques était fixée au 30 juin 2018⁴⁰. Après plusieurs semaines d'échanges sur la complétude des données transmises par les différents interlocuteurs, la collecte est désormais considérée comme achevée. Les premiers résultats de l'exploitation de ces données devraient être rendus pour la fin de l'année 2019 et seront restitués dans le prochain rapport annuel.

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, les compétences de l'Autorité dans le secteur des autoroutes sont complémentaires à 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 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 concourent au même objectif 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 de marchés et, inversement, un acheteur qui ne respecte pas les règles de passation ne commet pas nécessairement d'infraction au regard des règles de concurrence.

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 compétentes pour contrôler ou sanctionner les manquements aux règles de passation de marchés 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 d'autres secteurs régulés (communications électroniques, énergie).

Cette dualité 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 être sanctionnées à la fois par l'Autorité de la concurrence et par l'autorité sectorielle.

La DGCCRF dispose en outre, 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 n'altère pas le champ de répartition des compétences et de pouvoirs de contrôle ou d'enquête dont disposent ces trois entités :

- 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

⁴⁰ Voir à cet effet 2.2.2 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2017

alors à l'Autorité 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 cet 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. Rappel du rôle de l'Autorité et bilan des avis rendus en 2018 concernant la composition et les règles internes des commissions des marchés

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, doit constituer une commission des marchés⁴¹. La commission ainsi instituée doit être composée en majorité de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires⁴².

Neuf sociétés concessionnaires disposent d'une longueur de réseau supérieure à ces seuils :

SCA qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs dont la longueur du réseau est > à 200 km	SCA qui sont des pouvoirs adjudicateurs dont la longueur du réseau est > à 50 km
APRR AREA ASF COFIROUTE ESCOTA SANEF SAPN	ATMB SFTRF

La commission des marchés est chargée de⁴³ :

- 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 services, qui seront soumises pour avis conforme à l'Autorité.

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 des marchés ainsi que des règles internes pour la passation et l'exécution des marchés. Elle dispose respectivement d'un délai d'un mois et d'un délai de deux mois à compter de sa saisine pour rendre son avis.

Au cours des précédents exercices, l'Autorité avait été saisie par les neuf 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 en 2016 puis 3 avis en 2017) ainsi que sur la validité des règles internes (19 avis en 2016) 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 attentes en matière de règles internes, afin notamment de permettre aux commissions des marchés de fonctionner d'un point de vue opérationnel conformément au texte et à l'esprit de la loi⁴⁴.

⁴¹ En application de l'alinéa 1 de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière et de l'article R. 122-33 du même code.

⁴² Pour rappel, à l'article 6 du cahier des charges des contrats de concession, il était mentionné « entreprises de travaux publics ».

⁴³ En application du deuxième alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière.

⁴⁴ Voir partie 3 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2016.

3.2. Saisine et avis relatifs à la composition des commissions des marchés

Le premier alinéa de l'article L. 122-17 du code de la voirie routière impose que chaque 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 code de la voirie routière, 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 n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, des attributaires passés et des soumissionnaires potentiels.

3.2.1. Les avis rendus par l'Autorité en 2018

Au cours de l'exercice 2018, l'Autorité a été saisie à 6 reprises de la composition des commissions des marchés des sociétés ASF (2 fois), APRR (1 fois), AREA (1 fois), COFIROUTE (1 fois) et SFTRF (1 fois).

A l'issue de l'instruction des saisines, l'Autorité a rendu cinq avis favorables et un avis réputé favorable⁴⁵, la composition de la commission demeurant constituée d'une majorité de membres indépendants en application des dispositions du code de la voirie routière.

Avis rendus par l'Autorité en 2018 sur la composition des commissions des marchés

SCA	Date de saisine	Objet saisine	Date et numéro de l'avis	Conclusion	Composition CM avant la saisine	Composition CM après avis
ASF	14/05/2018	Nomination d'un nouveau membre qualifié d'indépendant	28/05/2018 2018-044	Favorable	Un président et cinq membres qui peuvent être regardés comme indépendants	Un président et six membres qui peuvent être regardés comme indépendants
COFIROUTE	15/06/2018	Nomination d'un nouveau président	02/07/2018 2018-053	Favorable	Un président et six membres qui peuvent être regardés comme indépendants	Inchangée
ASF	27/07/2018	Nomination d'un nouveau président	absence d'avis	Favorable	Un président et six membres qui peuvent être regardés comme indépendants	Inchangée
SFTRF	29/08/2018	Nomination d'un nouveau membre qualifié d'indépendant à la suite de la démission d'un membre qualifié d'indépendant	27/09/2018 2018-071	Favorable	Un président et quatre membres dont trois peuvent être déclarés comme indépendants	Inchangée
APRR	12/11/2018	Nomination d'un nouveau membre non indépendant à la suite de la démission d'un	06/12/2018 2018-085	Favorable	Un président et six membres dont quatre peuvent être déclarés comme indépendants	Inchangée

⁴⁵ Si aucun avis n'est rendu dans le délai imparti, celui-ci est réputé favorable.

		membre qualifié de non indépendant				
AREA	12/11/2018	Nomination d'un nouveau membre non indépendant à la suite de la démission d'un membre qualifié de non indépendant	06/12/2018 2018-086	Favorable	Un président et six membres dont quatre peuvent être déclarés comme indépendants	Inchangée

3.2.2. Contenu des avis rendus par l'Autorité

a. Sur la nécessité d'actualiser les déclarations de l'ensemble des membres et de préciser le nombre de membres définitifs de la commission

La saisine de la société ASF du 10 mai 2018 avait pour objet la nomination d'un nouveau membre présenté au titre des membres indépendants de la commission déjà validée par l'Autorité.

Au regard des éléments qui lui ont été transmis lors de la saisine, l'Autorité a confirmé l'indépendance du membre pressenti vis-à-vis des opérateurs économiques listés à l'article R. 122-34 du code de la voirie routière.

L'Autorité a rappelé aux membres de la commission qui ont déjà été déclarés, la nécessité de porter à la connaissance de la société concessionnaire ainsi qu'à celle de l'Autorité tout changement qui aurait une incidence sur le contenu de leur déclaration d'intérêts. En effet, la situation de chacun des membres déjà déclarés pouvant évoluer, celle-ci est susceptible d'avoir une influence sur la qualification de son indépendance. Ce changement de situation est susceptible de remettre en cause la régularité de la composition de la commission et, par conséquent, les projets de marchés ou d'avenants sur lesquels elle donne son avis.

En outre, les sociétés concessionnaires ayant la possibilité de retenir tout ou partie des membres qu'elles soumettent à l'occasion de chaque nouvelle saisine, l'Autorité invite les sociétés concessionnaires à indiquer la composition définitive retenue afin qu'elle puisse s'assurer de la présence effective d'une majorité de personnalités regardées comme indépendantes au regard de la composition en vigueur.

b. Un rappel des obligations de déontologie aux agents publics

La saisine de la société SFTRF du 29 août 2018 avait pour objet la nomination d'un nouveau membre présenté au titre des membres indépendants de la commission déjà validée par l'Autorité.

La société SFTRF proposait de nommer un agent public retraité depuis le 1^{er} septembre 2018. Au regard des éléments qui lui ont été transmis lors de la saisine, l'Autorité a confirmé l'indépendance du membre pressenti vis-à-vis des opérateurs économiques listés à l'article R. 122-34 du code de la voirie routière.

Afin de s'assurer de la stabilité de la composition de la commission et ainsi de la sécurité juridique de ses avis sur les projets de contrats ou d'avenants, faute de précisions suffisantes dans les déclarations du membre pressenti lors de la saisine, l'Autorité a invité, d'une part, la société concessionnaire et, d'autre part, la personne proposée pour devenir membre de la commission des marchés, à s'assurer de la saisine préalable de la commission de déontologie.

En effet, préalablement à l'exercice de toute activité lucrative⁴⁶ dans une entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel, tout agent public doit saisir pour avis la commission de déontologie de la fonction publique au titre du III de l'article 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifié portant droits et obligations des fonctionnaires⁴⁷.

Ainsi, bien que la personne proposée ait été qualifiée d'indépendante par l'Autorité, la commission de déontologie de la fonction publique aurait pu rendre un avis d'incompatibilité de cette nomination avec les fonctions antérieurement exercées par l'intéressé. Cela aurait pu remettre en cause la composition régulière de la commission et, par conséquent, les projets de marchés ou d'avenants sur lesquels elle donne son avis.

c. Désignation de nouveaux présidents d'une commission des marchés

Les saisines des sociétés COFIROUTE et ASF des 15 mai et 27 juillet 2018 avaient pour objet la nomination d'un nouveau président de chacune de leur commission des marchés.

En application du II de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, le président de la commission est nommé par le concessionnaire parmi les membres qui composent cette instance. Compte tenu de son rôle, toutes les sociétés ont fait le choix de nommer comme président une personnalité qui n'était pas présentée comme indépendante. Le plus souvent, la fonction de président est ainsi assurée par une personne qui est par ailleurs salariée de la société concessionnaire ou du groupe auquel appartient cette dernière.

Une fois la commission régulièrement constituée, le concessionnaire est tenu d'informer l'Autorité, dans un délai de quinze jours, de toute décision de désignation, reconduction ou révocation du président de la commission.

Les sociétés COFIROUTE et ASF ont saisi l'Autorité pour l'informer de la désignation d'un nouveau président, qui à l'instar de leurs prédécesseurs, n'était pas présenté comme faisant partie des membres indépendants.

L'Autorité a donc pris acte de cette nomination et a rappelé que la commission des marchés de ces sociétés restait composée d'une majorité de membres indépendants en application des dispositions du code de la voirie routière.

d. Désignation de nouveaux membres non indépendants en remplacement d'un membre de même qualité

Les saisines des sociétés APRR et AREA du 12 novembre 2018 avaient pour objet la nomination d'un nouveau membre non indépendant pour chacune de leur commission des marchés.

En application du I de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, chaque membre de la commission est nommé par la société concessionnaire qui doit saisir l'Autorité pour qu'elle rende un avis sur la composition globale de cette instance, y compris lorsqu'il s'agit d'un membre non indépendant.

Les sociétés APRR et AREA ont ainsi saisi l'Autorité pour l'informer de la désignation d'un nouveau membre, qui à l'instar de leurs prédécesseurs, n'était pas présenté comme faisant partie des membres indépendants.

|

L'Autorité a donc pris acte de cette nomination et a rappelé que la commission des marchés de ces sociétés restait composée d'une majorité de membres indépendants en application des dispositions du code de la voirie routière.

e. De l'enjeu de la fiabilité et de l'exhaustivité des informations transmises à l'Autorité sur les personnalités proposées pour devenir membre indépendant des commissions des marchés

L'article R. 122-34 du code de la voirie routière dispose que, lorsqu'elle est saisie de la nomination d'un nouveau membre d'une commission des marchés, le dossier qui est transmis par la société concessionnaire doit comprendre notamment :

- l'identité de la personne concernée ;
- la nature des fonctions exercées et de celles précédemment exercées ;
- une déclaration d'intérêts ;
- les conditions notamment financières et de durée régissant son mandat.

L'Autorité a précisé, en mars 2016⁴⁸, les éléments d'informations à présenter dans la déclaration d'intérêts précitée dont elle doit nécessairement disposer pour procéder à l'examen de la nomination d'une personnalité présentée pour devenir membre indépendant d'une commission des marchés. Elle avait par ailleurs proposé aux sociétés concessionnaires d'autoroutes un modèle de formulaire de déclaration d'intérêts.

Comme cela avait déjà été constaté dans les saisines de l'exercice précédent, le modèle de formulaire établi par l'Autorité n'a pas été strictement repris à l'occasion de certaines saisines.

En pratique, l'Autorité disposant, pour rendre son avis, d'un mois à compter de la date à laquelle la saisine est déclarée complète⁴⁹, elle rappelle l'importance qui doit être attachée à l'exhaustivité des informations contenues dans les dossiers transmis par les sociétés concessionnaires pour faciliter l'instruction de la saisine et sa validation finale. L'Autorité ne disposant pas dès sa saisine des informations nécessaires pour réaliser son contrôle et rendre un avis, des demandes d'informations complémentaires ou des mesures d'instruction ont dû être envoyées aux sociétés concernées.

Comme il l'avait fait au cours du précédent exercice, le collège de l'Autorité a expressément mentionné dans l'un de ses avis⁵⁰ que les personnalités proposées par les sociétés concessionnaires pour siéger en qualité de membre indépendant dans leur commission des marchés doivent déclarer de manière exhaustive leurs liens d'intérêts avec les opérateurs économiques visés à l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, notamment, en renseignant de manière rigoureuse le formulaire de déclaration d'intérêts annexé à la décision n° 2016-029 du 23 mars 2016 précitée.

Pour la bonne instruction de telles saisines, l'Autorité rappelle que les informations renseignées par le déclarant doivent impérativement être exhaustives et sincères et qu'en cas de fausse déclaration, ou de déclaration incomplète, ce dernier est susceptible de faire l'objet d'une condamnation pénale.

⁴⁸ Décision de l'Autorité n° 2016-029 du 23 mars 2016 portant lignes directrices 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 marchés.

⁴⁹ Conformément aux dispositions combinées de l'article R. 122-34 et de l'alinéa 3 de l'article 51 du règlement intérieur de l'Autorité en application de la décision n° 2016-136 du 12 juillet 2016 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité.

⁵⁰ Avis n° 2018-044 du 28 mai 2018 précité.

3.2.3. Bilan du contrôle de la composition des commissions

Il ressort de l'analyse des compositions des commissions réalisées en 2018 que le délai d'un mois laissé à l'Autorité pour rendre un avis paraît insuffisant pour exercer correctement son office dans des conditions optimales, si les informations fournies par les personnalités proposées comme indépendantes dans leur déclaration ne sont pas exhaustives.

Dans son avis n° 2016-008 du 20 janvier 2016 relatif au projet de décret fixant les modalités d'application des sections 3 à 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière⁵¹, l'Autorité avait d'ailleurs relevé que le délai d'un mois serait insuffisant pour lui permettre d'exercer correctement son contrôle. Elle avait proposé de retenir un délai de deux mois à compter de la saisine complète pour rendre son avis sur la composition des commissions des marchés mais sa proposition n'avait pas été retenue par le pouvoir réglementaire⁵².

L'Autorité rappelle aux sociétés concessionnaires qu'en cas de fausse déclaration ou de déclaration incomplète, outre les actions pénales qui pourraient être engagées contre la personnalité pressentie, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la commission pourrait, le cas échéant, être soulevé à l'appui d'un recours juridictionnel contestant la régularité de la procédure de passation du marché sur laquelle la commission aurait rendu son avis.

3.3. Saisine et avis relatifs aux règles internes des commissions des marchés

Toutes les règles internes des sociétés concessionnaires soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés avaient été adoptées, validées et mises en place dès l'exercice 2016, et aucune modification n'était intervenue au cours de l'exercice 2017.

À la suite des ajustements issus du décret n° 2017-1816 du 28 décembre 2017 relatif à la régulation des marchés et contrats dans le secteur des autoroutes, les sociétés concessionnaires soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés ont intégré ces changements dans leurs règles internes. Aussi, l'Autorité a été saisie par les neuf sociétés concessionnaires et a rendu neuf avis favorables sur les règles internes au cours du premier semestre 2018.

⁵¹ Point 13 de l'avis.

⁵² Décret n° 2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes.

Avis rendus par l'Autorité en 2018 sur les règles internes des commissions des marchés

SCA	Date de saisine	Objet saisine	Date et numéro de l'avis	Conclusion	Règles internes avant avis	Composition CM après avis
SFTRF	02/02/2018	adaptation des règles internes	12/03/2018 2018-020	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR
ASF	05/02/2018	adaptation des règles internes	12/03/2018 2018-023	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR
ESCOTA	12/02/2018	adaptation des règles internes	12/03/2018 2018-021	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR
COFIROUTE	16/02/2018	adaptation des règles internes	12/03/2018 2018-022	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR
SANEF	09/03/2018	adaptation des règles internes	04/04/2018 2018-028	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR
SAPN	09/03/2018	adaptation des règles internes	04/04/2018 2018-029	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR
APRR	03/04/2018	adaptation des règles internes	02/05/2018 2018-031	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR
AREA	03/04/2018	adaptation des règles internes	02/05/2018 2018-032	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR
ATMB	26/03/2018	adaptation des règles internes	02/05/2018 2018-033	Favorable	Conformes aux dispositions du CVR	Conformes aux dispositions modifiées du CVR

3.3.1. Contenu des avis rendus par l'Autorité

Les règles internes des sociétés concessionnaires ont intégré les modifications apportées 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 (« loi Sapin II ») et son décret d'application⁵³.

Pour toutes les sociétés concessionnaires, les règles internes devaient également intégrer la modification du dispositif d'information préalable de l'Autorité :

- alors que les sociétés concessionnaires devaient transmettre aux services de l'Autorité, préalablement à leur signature, les projets de marchés soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence (toutes les sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement privés) ou à une procédure formalisée (les deux sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement publics), il est désormais prévu que tous les projets de marchés dont la valeur estimée est supérieure à certains seuils soient transmis à l'Autorité ;
- alors que la liste des informations devant être transmises à l'Autorité préalablement à leur signature ou dans le cadre de l'élaboration du rapport annuel était fixée par arrêté pris après avis de l'Autorité, c'est désormais l'Autorité qui fixe elle-même la liste des informations qu'elle souhaite recevoir sur ces différents sujets.

Pour les sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement privés, les nouvelles règles internes devaient intégrer les ajustements suivants :

- alors qu'ils n'étaient soumis à aucun dispositif juridique, les avenants aux marchés des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs sont désormais soumis aux conditions fixées à l'article 139 du décret n° 2016-360 (Titre IV, Chap. IV du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) ;
- pour les marchés de travaux des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, le recours aux dispositions du I et du II de l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics est désormais autorisé (utilisation de procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence) ;
- les règles internes des commissions des marchés des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs devaient antérieurement lister les cas limitatifs dans lesquels le recours à l'appel d'offres restreint était autorisé, ces règles doivent désormais encadrer la possibilité de limiter le nombre de candidats pour l'ensemble des procédures où cette limitation est envisageable à savoir, outre l'appel d'offres restreint, la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif ;
- alors que les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs étaient exonérées de l'obligation de publier certaines données concernant la passation de leurs contrats sur leur profil d'acheteur, celles-ci doivent désormais publier sur leur profil d'acheteur, les données essentielles, à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public, des marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est
 - ✓ pour les marchés de travaux, supérieure ou égale à 90 000 € HT ;
 - ✓ pour les marchés de fournitures et services, supérieure ou égale au seuil mentionné au 2° de l'article R. 122-30 du code de la voirie routière, soit 240 000 € HT.

⁵³ Décret n° 2017-1816 du 28 décembre 2017 *relatif à la régulation des marchés et contrats dans le secteur des autoroutes*

3.3.2. Bilan du contrôle des règles internes

Tous les projets de règles internes transmis par les concessionnaires d'autoroutes ont fait l'objet d'avis favorables sans réserve de l'Autorité. À la suite de ces avis, les règles internes définitives intégrant ces modifications ont été adoptées par les commissions des marchés et ont été présentées à l'Autorité⁵⁴.

L'Autorité rappelle aux sociétés concessionnaires que, conformément au dernier alinéa du II de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière, les règles définitives doivent lui être transmises avant leur entrée en vigueur.

Les nouvelles 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.

⁵⁴ L'Autorité note que les sociétés concessionnaires APRR, AREA et ATMB ne disposaient pas d'une commission des marchés avec des règles internes régulièrement validées à l'échéance du 1^{er} mai 2018 comme le prévoyait l'article 4 du décret n° 2017-1816 du 28 décembre 2017 précité mais que ceci est sans conséquence puisqu'aucun projet de marché n'a été validé entre le 1^{er} et le 2 mai 2018.

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

4.1. Activité des commissions des marchés

4.1.1. Nombre de séances de commissions

Le tableau en annexe 1 présente par société concessionnaire l'activité de leurs commissions des marchés en 2018.

Le nombre de séances des commissions des marchés s'établit à 114 pour l'exercice 2018 contre 105 en 2017. Cette hausse est principalement due à l'augmentation du montant et du nombre de marchés passés par rapport au précédent exercice compte tenu notamment de l'augmentation des contrats passés dans le cadre du plan de relance autoroutier.

Le nouveau cadre juridique issu de la loi du 6 août 2015 et de ses deux décrets d'application étant pleinement applicable sur l'exercice 2018, toutes les séances concernaient des projets de marchés ou d'avenants soumis à ce nouveau dispositif et quelques séances concernaient aussi des projets d'avenants à des marchés dont la procédure initiale avait été engagée avant le 5 mai 2016.

4.1.2. Présence de la DGCCRF aux commissions des marchés

La représentation de la DGCCRF est plus soutenue au cours de l'année 2018 (les membres sont présents à 93% des séances contre 89% pour l'exercice précédent), avec un taux de présence plus faible pour les commissions des marchés des sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement publics qui ne sont pas concernées par les problématiques d'attribution de marchés 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 2017.

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 DGCCRF sont effectivement destinataires de l'ensemble des documents communiqués à la commission des marchés.

4.1.3. Bilan des avis

a. 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, les recommandations de l'Autorité⁵⁵ 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 de la commission et leur signature, les abstentions ou déports quand ils existent ainsi que le résultat du vote.

⁵⁵ Voir 3.3.3 du rapport annuel sur l'activité des commissions des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2016.

b. Avis favorables et défavorables

Le tableau en annexe 2 détaille le nombre d'avis des commissions des sociétés concessionnaires avec le résultat des votes en 2018.

L'Autorité constate que pour l'année 2018, comme lors de l'exercice précédent, aucun avis défavorable n'a été rendu.

c. Abstention et déports

Si aucun avis défavorable n'a été rendu au cours de l'exercice 2018, l'Autorité note que la commission des marchés de la société APRR a connu des absentions lors du vote de ses membres. La première abstention émanait d'un membre non indépendant lors de l'attribution d'un marché de travaux sur l'A43⁵⁶, mais les motifs précis de son abstention n'ont pas été retranscrits dans le procès-verbal de la commission. La seconde abstention émanait d'un membre indépendant lors de l'attribution d'un marché de travaux sur l'A40⁵⁷ en raison de son désaccord avec l'élimination d'un candidat, qui, à la suite d'une modification du dossier de consultation, n'avait pas confirmé son prix (inchangé) conformément à l'invitation de la société concessionnaire.

d. Les votes

Pour l'exercice 2018, tous les avis ayant été favorables, les sociétés concessionnaires rappellent uniquement dans le procès-verbal que le vote est favorable ou unanimement favorable. Pour les sociétés concessionnaires choisissant de retranscrire les échanges qui ont eu lieu lors des commissions des marchés, leur lecture permet toutefois de comprendre des nuances dans l'avis personnel de tel ou tel membre sur chaque projet. L'Autorité invite l'ensemble des sociétés à s'aligner sur cette pratique qui permet de recueillir avec une plus grande précision les positions précises de chacun des membres.

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

4.2.1. Nombre de marchés et avenants par commission

Le tableau en annexe 3 présente le nombre de marchés et d'avenants examinés par les commissions des marchés en 2018, respectivement sous l'empire des règles de l'ancien dispositif et du nouveau dispositif.

Pour l'exercice 2018, les commissions des marchés ont validé 424 projets de marchés et d'avenants sur 114 réunions, soit en moyenne 3,7 projets par commission, contre en moyenne 3,8 projets par commission en 2017. La hausse de l'activité sur l'exercice 2018 est principalement due à l'augmentation des marchés passés dans le cadre du plan de relance autoroutier.

On remarque cependant que pour l'année 2018, l'activité est essentiellement concentrée sur les marchés et les avenants passés dans le cadre du nouveau dispositif juridique puisque, sur 114 réunions de commission, 412 projets de marchés et 2 projets d'avenants ont été passés sous l'égide de ce dispositif contre seulement 10 avenants passés dans le cadre de l'ancien dispositif.

4.2.2. Répartition des marchés par type de procédure

Pour les marchés soumis à l'avis de la commission des marchés, sur l'ensemble des sociétés concessionnaires, on constate que pour l'exercice 2018, l'ensemble des marchés a été passé dans le cadre du nouveau dispositif juridique applicable.

⁵⁶ Commission en date du 17 janvier 2018 / A43-Viaduc du Chamousset

⁵⁷ Commission en date du 19 avril 2018 / travaux de remise à niveau sur ouvrage d'Art PS, District du haut Bugéy

Répartition des marchés par catégorie de procédures en 2018

SCA	Appel d'offres ouverts	Appel d'offres restreints	Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif	Total
APRR	44	2	-	1	47
APRR-AREA	33	-	3	-	36
AREA	17	-	-	-	17
ASF	62	41	-	-	103
COFIROUTE	24	16	3	-	43
ESCOTA	26	1	-	-	27
SANEF	61	-	-	-	61
SANEF-SAPN	26	1	-	-	27
SAPN	13	2	-	-	15
ATMB	12	1	8	-	21
SFTRF	13	-	2	-	15
Total	331	64	16	1	412

Dans le cadre du nouveau dispositif juridique applicable aux marchés des sociétés concessionnaires, l'appel d'offres restreint reste minoritaire (16 % du nombre de marchés) au profit de l'appel d'offres ouvert (80 % du nombre de marchés). La tendance observée lors de l'exercice précédent consistant à moins utiliser l'appel d'offres restreint au profit de l'appel d'offres ouvert se confirme donc sur ce point⁵⁸.

Cette rupture dans les pratiques est liée aux limitations particulières qui s'imposent aux sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs pour recourir à l'appel d'offres restreint en application du 2° du I de l'article R. 122-35 du code de la voirie routière.

Compte tenu des recommandations de l'Autorité de la concurrence qui estimait que l'appel d'offres restreint est par lui-même de nature à limiter la concurrence⁵⁹, la loi du 6 août 2015 et ses deux décrets d'application ont limité l'usage de cette procédure pour les sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement privés. Dès lors, pour ces sociétés concessionnaires, les règles internes encadraient la faculté de recourir à cette procédure, le plus souvent pour des projets de travaux complexes où la limitation du nombre de candidats répond à la nécessité pour la société

⁵⁸ Voir 1.2.1 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2016.

⁵⁹ Voir notamment points 326 et suivants de l'avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires

concessionnaire de ne sélectionner que des entreprises présentant des capacités financières et techniques suffisantes et proportionnelles à l'enjeu du marché considéré.

Pour les quelques procédures d'appel d'offres restreint qui ont été lancées en 2018, l'Autorité constate que ces dernières ont été utilisées conformément aux limitations imposées par les dispositions du 2° du I de l'article R. 122-35 précité et aux règles internes de chaque société concessionnaire concernée.

Les sociétés concessionnaires ayant intégré tardivement dans les règles internes⁶⁰ les assouplissements apportés par le décret du 28 décembre 2017 précité⁶¹, ces dernières devraient recourir plus facilement à la procédure d'appel d'offres restreint pour les prochains exercices.

Toutefois, la prépondérance de l'appel d'offres (ouvert et restreint) chez les concessionnaires devrait se maintenir, et demeure conforme au cadre juridique général, au sein duquel, la procédure de droit commun reste l'appel d'offres.

Les possibilités de recourir aux autres procédures étant limitativement énumérées, les sociétés concessionnaires les ont donc plus rarement utilisées :

- la procédure concurrentielle avec négociation a été utilisée pour 16 marchés sur un total de 412 soit 3,88 %, par quatre sociétés : ATMB, SFTRF, APRR-AREA et COFIROUTE, dont 13 ont été passés en application du 6° du II de l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui permet de négocier directement avec les soumissionnaires d'un premier appel d'offres pour lequel seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été proposées ;
- un dialogue compétitif (société APRR) en application du 1° du II de l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

4.2.3. Part des marchés soumis à la commission des marchés

Le détail de la répartition des achats par société et par segment d'achats est joint en annexe 4 au présent rapport.

La part des marchés soumis à l'avis des commissions des marchés représente, pour l'exercice 2018, en moyenne 64 % du montant total des achats (hors avenants), soit un volume global d'environ 1,2 milliard d'euros, contre 64 % représentant 816 millions d'euros en 2017.

L'Autorité constate ainsi que la part de marchés soumis à l'avis de la commission par rapport à l'ensemble des autres achats est identique à celle qui avait été constatée lors des précédents exercices.

Par ailleurs, on peut noter une augmentation du montant des marchés soumis à l'avis de la commission liée à l'augmentation générale de ce qui a été contractualisé par les sociétés concessionnaires sur l'exercice considéré notamment du fait de la forte hausse des contrats passés dans le cadre du plan de relance autoroutier (484 millions d'euros en 2018 contre 218 millions d'euros en 2017⁶²).

Sauf modification du périmètre des besoins de la concession ou stratégie d'achat propre à une société concessionnaire, le ratio des marchés soumis à l'avis de la commission des marchés devrait donc rester stable pour les prochains exercices.

⁶⁰ Entre février et mai 2018.

⁶¹ Voir 1.3.2 du présent rapport.

⁶² Pour les seuls achats d'un montant > 90 000 euros.

La majorité des achats (en montant) des sociétés concessionnaires fait l'objet d'une procédure transparente et objective de mise en concurrence au bénéfice de l'ensemble des opérateurs économiques sous réserve du questionnaire rappelé précédemment concernant la délimitation du périmètre des besoins de la concession.

Toutefois, l'utilisation de procédures plus encadrées et plus transparentes ne constitue qu'un moyen de parvenir à obtenir de meilleures offres et à stimuler la concurrence. L'Autorité examinera donc ultérieurement les effets de cet encadrement sur le niveau de la concurrence dans le secteur.

4.2.4. Typologie des avenants soumis à la commission des marchés

Pour rappel, s'agissant du dispositif juridique applicable, depuis l'entrée en vigueur du décret du 28 décembre 2017, les marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes sont soumis aux dispositions de l'article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui encadre les conditions de recours aux avenants⁶³. Pour les marchés publiés avant cette date, aucune disposition particulière du décret n° 2016-360 précité n'encadrerait la passation de leurs avenants.

Ainsi, pour l'exercice 2018, aucun des avenants validés en commission des marchés n'était soumis à une disposition particulière encadrant sa passation.

Par ailleurs, conformément à l'article R. 122-39⁶⁴ du code de la voirie routière, seuls les avenants devant faire l'objet d'un avis de la commission sont transmis pour information à l'Autorité, à savoir ceux dont l'augmentation du montant initial du marché est supérieure à 5 % et à un montant de 100 000 € HT ou ceux 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 221 000 € HT.

Sur l'ensemble de l'exercice 2018, six sociétés concessionnaires sont concernées par la validation en commission des marchés de projets d'avenants (ATMB, SANEF, SAPN, APRR, ASF et SFTRF).

L'Autorité constate que les six sociétés concessionnaires concernées ont validé en commission 12 avenants dont 2 relatifs à des marchés passés en application du nouveau dispositif juridique et 10 passés en application du dispositif antérieur. Ceci est dû principalement au fait que des marchés passés en application du régime juridique antérieur sont encore en cours d'exécution et que les marchés passés dans le cadre du nouveau dispositif sont encore trop récents pour qu'un nombre important d'avenants puissent déjà être conclus.

Pour les commissions des marchés qui ont été saisies pour avis sur des projets d'avenants à des marchés passés en application de l'ancien dispositif, ne sont visés que les avenants relatifs à des marchés passés au-dessus des seuils de mise en concurrence alors en vigueur. Ces seuils étaient supérieurs à ceux qui sont applicables dans le nouveau dispositif, à l'exception de ceux applicables aux sociétés qui sont des pouvoirs adjudicateurs (2 000 000 € HT au lieu de 500 000 € HT pour les marchés de travaux). Les règles internes de chaque société concessionnaire définissaient les seuils

⁶³ Voir à cet effet les cas prévus par l'article 139.

⁶⁴ Depuis l'entrée en vigueur du décret du 28 décembre 2017 n° 2017-1816

de présentation devant la commission des projets d'avenants considérés. A cet égard, la Commission nationale des marchés des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes rappelait dans son rapport d'activité de 2014⁶⁵ la disparité des seuils de soumission des avenants aux avis des commissions entre les sociétés concessionnaires⁶⁶.

L'augmentation des montants initiaux des marchés est très variable selon la société considérée ou l'avenant considéré⁶⁷. Elle est comprise entre 3 % et 71 %⁶⁸ pour les avenants soumis à l'avis de la commission des marchés. Enfin, comme il a été précisé, aucun cadre juridique n'existait pour la passation de ces avenants.

Outre les avenants soumis à l'avis de la commission des marchés, depuis la décision n° 2018-007 du 31 janvier 2018 fixant le contenu des informations à transmettre à l'Autorité, celle-ci est désormais informée dans le cadre du rapport d'activité annuel des commissions des marchés des SCA⁶⁹ de la liste des avenants aux marchés définis aux articles L. 122-12 et L. 122-13⁷⁰, à savoir ceux qui sont inférieurs aux seuils définis précédemment.

Pour l'année 2018, 81 avenants non soumis à l'avis de la commission des marchés ont été passés par les SCA. L'augmentation des montants initiaux des marchés est comprise entre 1 et 87%.

A titre liminaire, sur la base du faible nombre d'avenants soumis à l'avis de la commission des marchés qui lui ont été soumis, et sous réserve de l'état des dépenses réelles sur chacun des marchés, l'Autorité constate que les montants signés au moment de l'attribution semblent être respectés par les titulaires lors de l'exécution des contrats. Un nombre plus significatif d'observations sur une période plus longue et des données complémentaires seront nécessaires pour déterminer si les besoins des sociétés concessionnaires sont définis de façon suffisamment précise et/ou si les aléas éventuels sont absorbés par l'une ou plusieurs des parties au contrat.

4.2.5. Catégories de marchés ou d'achats non soumis à l'avis de la commission

a. Marchés déclarés infructueux

Les sociétés ASF, COFIROUTE, APRR, AREA et ATMB ont déclaré dix procédures infructueuses suite à un appel d'offres initial.

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 permet d'engager ensuite des procédures dérogeant aux obligations de publicité ou de mise en concurrence avec la ou les sociétés ayant participé à la consultation initiale et dont l'offre est régulière. C'est pourquoi, cette qualification ne peut être donnée sans une argumentation juridique étayée sous peine d'une annulation par le juge de la décision de la société concessionnaire et d'une requalification du nouveau contrat passé en aval. A cet effet, l'Autorité invite les membres des commissions des marchés, compte tenu de la mission qui leur est assignée⁷¹, à demander à être informés sans délai des motifs présentés par les sociétés concessionnaires pour déclarer une procédure infructueuse. Si les justifications présentées

⁶⁵ Voir point 4.5 du rapport d'activité 2014.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Voir Annexe 5

⁶⁸ Sur les 12 avenants reçus en 2018 dont 10 issus de l'ancien régime applicable sans encadrement des montants

⁶⁹ Annexe 1 de la décision n° 2018-007

⁷⁰ Marchés soumis à l'avis de la commission des marchés

⁷¹ 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.

sont insuffisantes, les membres des commissions devront en tirer les conséquences utiles lorsqu'ils sont consultés sur la validité de la procédure qui fait suite à cette décision.

b. Marchés déclarés sans suite

Les sociétés APRR, AREA, ASF, ATMB, COFIROUTE, SANEF, SAPN, et SFTRF ont déclaré sans suite dix-sept procédures de passation de marchés devant faire l'objet d'un avis de la commission des marchés sur l'exercice 2018.

Comme pour la qualification d'une procédure infructueuse, l'Autorité invite les membres des commissions des marchés, compte tenu de la mission qui leur est assignée, à demander à être informés sans délai des motifs présentés par les sociétés concessionnaires pour déclarer une procédure sans suite et, si les justifications présentées étaient insuffisantes, à en tirer les conséquences utiles lorsqu'ils sont consultés sur la validité de la procédure qui fait suite à cette décision⁷².

4.2.6. Nomenclature interne

Préalablement à toute mise en concurrence, les sociétés concessionnaires doivent évaluer le périmètre et la durée de leurs achats afin de déterminer la procédure de mise en concurrence applicable, 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.

Si les sociétés concessionnaires, comme les autres acheteurs, disposent d'une certaine liberté pour définir ce périmètre, elles ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions du décret du 25 mars 2016 précité en scindant délibérément leurs achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles prévues aux articles 20 à 23 du même décret.

Ces différents choix initiaux peuvent ainsi influencer le montant global du marché mais également l'allotissement ou non du projet. **Afin de pouvoir motiver leurs choix et le calcul de la valeur estimée de leurs achats de manière claire et objective, notamment en cas de recours d'un candidat ou d'un soumissionnaire non retenu, l'Autorité invite les sociétés concessionnaires à établir une méthode précise et objective permettant de déterminer leurs besoins.**

L'un des moyens d'y parvenir est de dresser la cartographie de l'ensemble de leurs 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 2018, seules les sociétés ATMB et APRR disposent d'une nomenclature interne dont elles lui ont transmis une copie. **L'Autorité recommande donc aux autres concessionnaires de mettre en œuvre une démarche identique pour déterminer de façon objective leurs besoins.**

⁷² Les sociétés du groupe APRR-AREA ont pris l'habitude en 2017 d'informer leur commission des marchés de l'infructuosité ou de la déclaration sans suite d'une procédure.

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 une obligation qui s'impose aux acheteurs soumis aux règles de la commande publique. Celui-ci a été consacré dès 2004⁷³ 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, l'article 62 relatif aux méthodes d'attribution des marchés dans sa rédaction issue du décret du 25 mars 2016 précité, qui est applicable aux sociétés concessionnaires, 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 a confirmé cette approche dans plusieurs décisions de principe permettant de préciser la catégorie de prestations pouvant faire l'objet d'une sélection sur ce seul critère.

Il a ainsi été jugé que seuls les marchés dont l'objet est courant peuvent donner lieu à 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 (par exemple : l'achat de carburant ou de fournitures de bureau⁷⁴). 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 (par 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 avantageuse⁷⁵.

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 soumissionnaires⁷⁶.

L'Autorité est particulièrement 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.

⁷³ 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.

⁷⁴ http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/autres_groupes_travail/guide-prix-dans-mp.pdf.

⁷⁵ CE, 6 avr. 2007, Département de l'Isère, n° 298584.

⁷⁶ CE, 3 nov. 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362.

b. Critères de sélection

Le tableau en annexe 6 présente les modalités d'utilisation des critères de sélection retenues par les SCA dans leurs analyses des marchés passés en 2018.

Selon les données transmises à l'Autorité, tous les marchés concernés ont été passés selon une pluralité de critères exceptés deux marchés de fourniture d'électricité de la société SFTRF pour lesquels un critère technique unique a été appliqué. Après analyse, l'Autorité avait considéré que ce critère technique unique avait été appliqué en méconnaissance des règles de l'article 62 du décret du n°2016-360 du 25 mars 2016. Elle a donc notifié à la société SFTRF un manquement à ses obligations.

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 que la tendance constatée lors du précédent exercice se confirme et que désormais **plus aucune société n'utilise le critère unique du prix⁷⁷ alors que cette pratique était prépondérante pour certaines sociétés dans les exercices antérieurs quel que soit l'objet du marché considéré.**

Le prix reste le critère qui pèse le plus dans les formules de notation, avec des disparités selon la société considérée (pondération moyenne de 33% pour ATMB contre 76% pour SANEF). En outre, au sein d'une même société, les pondérations associées à chaque critère sont dans l'ensemble assez homogènes.

4.2.8. Méthodes d'analyse

a. Méthodes d'analyse du critère financier

Les méthodes d'analyse des offres retenues par les différentes sociétés concessionnaires sont relativement hétérogènes (voir annexe 7).

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 au regard de l'estimation initiale.

D'autres sociétés, en revanche, comme SANEF ou SAPN, remettent une analyse globale des prix qui n'incluent pas un examen du détail de chacun des postes ou les écarts à l'estimation.

Pour la notation du critère financier, les SCA recourent à différentes formules qui font appel aux montants des offres classées, et éventuellement au montant de l'estimation⁷⁸.

Ces formules sont des fonctions mathématiques (inversement proportionnelle, affine, polynomiale, etc.) qui comprennent, pour certaines, un coefficient ou une puissance⁷⁹.

Pour les marchés passés en 2018, l'Autorité constate que les sociétés ATMB, SANEF, SAPN et SFTRF n'ont pas employé de formule avec coefficient ou puissance tandis que presque la moitié des procédures de passation des sociétés APRR, AREA, ASF, COFIROUTE et ESCOTA⁸⁰ étaient concernées.

Sous certaines conditions, le recours à un coefficient ou à une puissance augmente significativement les écarts entre les notes. L'Autorité invite de ce fait les SCA à s'assurer que les méthodes employées

⁷⁷ Les sociétés concessionnaires peuvent utiliser un critère prix unique dans le cadre des achats de fournitures ou services standardisés

⁷⁸ Établie par la SCA

⁷⁹ Par exemple : $\text{Note} = \text{Note maximale} \times (\text{Pmin}/\text{P})^2$ ou bien $\text{Note} = \text{Note maximale} \times [1 - 3 \times (\text{P} - \text{Pmin})/\text{Pmin}]$

⁸⁰ 190 marchés sur 412, soit 46%

ne sont pas abusivement discriminantes et, in fine, de nature à accroître la pondération effective du critère financier dans la sélection des offres.

b. Méthodes d'analyse de la valeur technique

Concernant les méthodes d'analyse des critères techniques, les pratiques sont également très différentes selon les sociétés ou la nature des prestations. 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 qu'un grand nombre d'analyses consistait 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/ou 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 ainsi 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 départagées. Dans une telle situation, et en appliquant une méthode de notation des offres financières qui tend à augmenter substantiellement les écarts de points, le critère technique peut alors devenir inopérant, et ce, quelle que soit la pondération qui lui est appliquée.

4.3. Contrats et achats inférieurs aux seuils

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

Pour l'exercice 2018, les achats d'un montant inférieur à 90 000 € représentent en moyenne 24 % du montant total de leurs achats, pour un volume global de 450 millions d'euros.

A titre de comparaison, pour l'exercice 2017, l'Autorité avait évalué que les achats d'un montant inférieur à 90 000 € représentaient 19 % du montant total des achats réalisés, pour un volume global de 242 millions d'euros.

L'Autorité rappelle toutefois qu'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 8 % du montant total de leurs achats pour un volume global de 150 millions d'euros.

A titre de comparaison, pour l'exercice 2017, l'Autorité avait calculé que cette même tranche représenterait 8 % du montant total des achats réalisés pour un volume global de 100 millions d'euros.

La part de cette catégorie d'achat par rapport au précédent exercice est stable.

4.3.3. Marchés subséquents et bons de commandes en application d'un accord-cadre passés au cours de l'année dont le montant est supérieur aux seuils de mise en concurrence

En 2018 cette catégorie d'achats représente en moyenne 2% du montant total des achats de ces sociétés pour un montant cumulé de 31 millions d'euros.

A titre de comparaison, en 2017, ces achats représentaient en moyenne 5% du montant total des achats de ces sociétés pour un montant cumulé de 67 millions d'euros. On constate donc une légère baisse de l'utilisation des bons de commandes et des marchés subséquents pour 2018.

Compte tenu du nombre d'accords-cadres passés par les différentes sociétés concessionnaires, et bien que cela ne soit pas prévu par les dispositions en vigueur, l'Autorité invite les membres des commissions des marchés à se faire remettre, au minimum à une échéance annuelle et préalablement à la rédaction de leur rapport d'activité annuel, un état exhaustif de l'ensemble des marchés subséquents et des bons de commandes passés en application des accords-cadres soumis à son avis préalable.

4.4. Les profils acheteurs

En application des dispositions du I de l'article 39 du décret du 25 mars 2016, depuis le 1^{er} octobre 2018, toutes les sociétés concessionnaires disposent 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.

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'acheteurs⁸¹. Le tableau joint en annexe 8 présente les modalités d'accès au profil acheteur des sociétés concessionnaires durant l'exercice 2018. Pour cet exercice, toutes les sociétés proposaient un profil acheteur conforme aux dispositions de l'article 39 I du décret du 25 mars 2016 précité.

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

Afin de renforcer la transparence du secteur, l'Autorité de la concurrence avait recommandé de rendre public les projets d'investissements prévus dans les contrats de plan des sociétés concessionnaires⁸².

Ainsi, en application du 1^o 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 doit être publiée sur le profil d'acheteur des sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs (voir tableau en annexe 9).

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

Sur la programmation, l'Autorité relève qu'aucun formalisme particulier n'est imposé aux sociétés concessionnaires. Ainsi, le niveau de précision dépend de leur seule initiative. Sur les pages dédiées, l'Autorité remarque ainsi que certaines sociétés font le choix de ne présenter que les informations

⁸¹ JORF n° 0099 du 27 avril 2017, NOR : ECFM1637253A.

⁸² Cf. recommandation n° 7 de l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 14-A-13 du 17 septembre 2014.

qui concernent les investissements programmés sur le plan de relance autoroutier alors que l'obligation porte sur l'ensemble des investissements à 5 ans.

Afin de répondre à l'objectif de transparence souhaité par l'Autorité de la concurrence, l'Autorité recommande ainsi que les informations minimales relatives à la programmation des investissements à 5 ans soient précisées par arrêté ou, éventuellement, par l'Autorité dans le cadre de son pouvoir réglementaire supplétif.

4.6. Plan de relance autoroutier : suivi de l'avancement

Le Plan de Relance Autoroutier (PRA), approuvé par le gouvernement et les principaux concessionnaires autoroutiers à l'été 2015, est un programme d'investissement de 3,27 milliards d'euros destiné à réaliser une vingtaine d'opérations majeures sur le réseau autoroutier concédé en contrepartie d'un allongement de la durée des contrats de concession concernés.

4.6.1. Les attributions de marchés relatives au PRA en 2018 recensées par l'Autorité

Depuis 2016, l'Autorité recense les marchés passés par les sociétés concessionnaires et qui se rattachent à ce plan de relance. Pour l'exercice 2018, les attributions se présentent comme suit :

Marchés rattachés au PRA et passés en 2018, par groupe de SCA et par catégorie de prestations⁸³

Groupe de SCA	Travaux		Services		Fournitures		Total général		
	Nbr	Montants cumulés (M€)	Nbr	Montants cumulés (M€)	Nbr	Montants cumulés (M€)	Nbr	Montants cumulés (M€)	Part en montant
APRR-AREA	12	189,8	10	1,6	0	0,0	22	191,3	40%
ASF-COFIROUTE-ESCOTA	95	202,1	45	16,6	9	0,2	149	218,9	45%
SANEF-SAPN	47	71,4	11	2,1	6	0,0	64	73,5	15%
Total général	154	463,3	66	20,2	15	0,3	235	483,8	100%

Le montant total des marchés passés par les sociétés concessionnaires dans le cadre du PRA et d'un montant supérieur à 90 000 euros s'élève à 483,8 millions d'euros, soit un peu moins de 15 % du montant global du plan. Ces marchés portent quasiment exclusivement sur des travaux (95,8 % en montant) et représentent respectivement 17 % et 42 % du nombre et du montant total des marchés

⁸³ Hors accords-cadres et avenants

supérieurs à 90 000 euros passés par les sociétés concessionnaires en 2018. Les prestations commandées comprennent, sur la période, cinq marchés de maîtrise d'œuvre.

L'Autorité constate par ailleurs que, pour l'année 2018, la part des marchés du PRA passés avec un attributaire comprenant au moins une entreprise liée est modérée (13 % en montant⁸⁴) par rapport au taux global d'attribution constaté sur l'ensemble des achats des sociétés concessionnaires concernées.

4.6.2. Bilan des attributions de marchés depuis l'origine du PRA

En agrégeant les informations issues du contrôle des marchés conduit par l'Autorité depuis 2016 et de la collecte de données réalisée en 2017⁸⁵, l'Autorité a pu reconstituer la séquence d'attributions ci-après :

Tous marchés rattachés au PRA et passés entre 2013 et 2018 inclus, par groupe de SCA⁸⁶

Groupe de SCA	2013 à 2015		2016		2017		2018		2013 à 2018	
	Nombre	Montants cumulés (M€)	Nombre	Montants cumulés (M€)	Nombre	Montants cumulés (M€)	Nombre	Montants cumulés (M€)	Nombre	Montants cumulés (M€)
APRR-AREA	5	49,6	11	67,8	17	83,1	22	191,3	55	391,8
ASF-COFIROUTE-ESCOTA	13	144,6	58	309,1	144	23,2	149	218,9	364	695,9
SANEF-SAPN	9	40,5	39	61,6	60	111,9	64	73,5	172	287,5
Total général	27	234,7	108	438,5	221	218,1	235	483,8	591	1375,2

En l'état actuel des informations à disposition de l'Autorité, le montant cumulé des 591 marchés passés par les sociétés concessionnaires en lien avec le PRA atteint 1 375 millions d'euros à fin 2018.

Le volume d'achats passé en 2018 (484 millions d'euros) correspond à plus du double de celui qui a été attribué en 2017 (qui était de 218 millions d'euros). En intégrant les informations collectées sur la période 2013-2016⁸⁷, le montant cumulé des marchés passés par les sociétés concessionnaires pour le PRA s'élève à 1 375,2 millions d'euros, soit environ 42 % du coût de construction compensé en 2015 auprès des sociétés concessionnaires par allongement de la durée de leurs contrats de concessions.

⁸⁴ En retirant SANEF-SAPN du décompte (car ce groupe attribue une très faible part de ses achats à des entreprises liées), la valeur pour l'exercice 2018 est de 15,4 % (ensemble des sociétés APRR, AREA, ASF, Cofiroute et ESCOTA)

⁸⁵ Cette collecte de données ponctuelle portait sur les marchés d'un montant supérieur à 2 M€ et passés par les sociétés concessionnaires entre 2013 et 2015 inclus

⁸⁶ Hors accords-cadres, avenants et marchés infructueux ou sans suite

⁸⁷ Source : collecte de données « marchés » de l'Autorité auprès des sociétés concessionnaires pour la période 2013-2015 (recensement des marchés passés en commissions des marchés et/ou supérieurs à 2 millions d'euros) et rapports d'activité des commissions des marchés des sociétés concessionnaires pour l'année 2016 (annexe recensant uniquement les marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros).

a. Caractère partiel des données à disposition de l'Autorité

Il convient ici de préciser que la valeur de 1 375 millions d'euros constitue le minimum des dépenses réellement engagées par les sociétés concessionnaires dans le cadre de ce plan.

En effet, un certain nombre de marchés n'a pu être intégré par l'Autorité⁸⁸ tandis que les dépenses réalisées en-dehors des marchés passés pour les besoins de la concession (par exemple : acquisitions foncières), la valorisation financière des ressources internes mobilisées (équipes de maîtrise d'ouvrage, prestations de balisage réalisées en régie, etc.), les éventuels bons de commande et marchés subséquents inférieurs aux seuils de recensement ainsi que le montant des sommes à valoir ne sont pas connus de l'Autorité.

b. Objectiver le volume attribué par les sociétés concessionnaires dans le cadre du PRA

A la vue des résultats ci-avant et pour représenter de manière globale et pleinement représentative l'avancement du PRA en matière d'attribution de marchés, l'Autorité se rapprochera dans les mois à venir des sociétés concessionnaires avec pour objectif de stabiliser les informations relatives aux volumes attribués depuis l'origine du plan de relance.

c. Aspects économiques et concurrentiels du PRA

Lors de leur déclaration commune du 30 septembre 2013, la fédération nationale des travaux publics (FNTP) et l'association des sociétés françaises d'autoroutes (ASFA) s'étaient fixées comme objectif d'attribuer 55 % des marchés du PRA aux entreprises non liées aux concessionnaires, dans le respect des procédures légales d'attribution⁸⁹, et de favoriser l'accès des TPE-PME à ces marchés.

A la suite d'une sollicitation récente de l'Autorité, la FNTP a diffusé des éléments relatifs à la part attribuée aux entreprises non liées : les données transmises (plus de 85% en volume) sont cohérentes avec celles calculées par l'Autorité pour l'exercice 2018. En revanche, la FNTP a recensé plus de 1 650 millions d'euros attribués par les sociétés concessionnaires depuis l'origine du plan de relance, ce qui représente un écart de +20% avec la valeur calculée par l'Autorité. De ce fait, des échanges sont actuellement en cours pour stabiliser les données qui traduiront l'avancement du PRA en matière d'attribution de marchés.

⁸⁸ A savoir : les marchés inférieurs à 90 000 euros sur la période 2016-2017 et les marchés inférieurs à 2 millions d'euros sur la période 2013-2015.

⁸⁹ Source : <http://www.plan-relance-autoroutier.fr/chiffres.htm>.

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'autoroutes l'encadrement de la passation de leurs marchés, soit huit sociétés en plus des neuf concessionnaires historiques avec cependant des souplesses pour les huit sociétés dites « récentes »⁹⁰.

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, ne sont pas soumises à cette obligation. En revanche, elles sont soumises aux mêmes règles de publicité et de mise en concurrence pour la passation de leurs marchés ainsi qu'à l'information préalable de l'Autorité avant leur signature.

Au cours de l'année 2018, et pour la première fois depuis l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, l'Autorité a été informée de sept projets de marchés de travaux par quatre sociétés (ALIS, ARCOUR, ATLANDES, CEVM) représentant un total d'environ 13 millions d'€HT.

Comme elle l'avait fait au cours des précédents exercices, l'Autorité a demandé à ces sociétés 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 de mise en concurrence et ainsi être porté à la connaissance de l'Autorité préalablement à sa signature.

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

L'article R. 122-33 du code de la voirie routière a fixé à 200 km le seuil de longueur des ouvrages concédés en deçà duquel les concessionnaires d'autoroutes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs sont dispensés de l'obligation d'instituer une commission des marchés⁹¹.

Huit sociétés concessionnaires ont une longueur d'ouvrage inférieure à ce seuil et sont donc exonérées de l'obligation d'instituer une commission des marchés. Elles ont été créées depuis le début des années 2000 à la suite des procédures ouvertes par la Commission européenne au milieu des années 1990 et de l'avis du Conseil d'Etat⁹² qui ont eu pour effet de limiter la pratique de l'adossement⁹³.

Aussi, depuis le début des années 2000, les principaux ouvrages autoroutiers nouvellement mis en concession font 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.

⁹⁰ ADELAC, ALBEA, ALICORNE, A'LIENOR, ALIS, ARCOUR, ATLANDES, CEVM.

⁹¹ Voir 3.2 du rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2016.

⁹² Avis CE 16 septembre 1999, n° 362 908.

⁹³ Pratique qui consiste à financer le déficit de la concession d'une section non rentable d'autoroute par la conclusion d'un avenant prolongeant la durée initiale d'une concession déjà attribuée et exploitée.

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 le cahier des charges initial de leur contrat de concession⁹⁴.
- ⇒ Pour les concessionnaires dont les ouvrages sont en service, ceux-ci étant récents, les achats et investissements engagés pour leur entretien et leur renouvellement sont nécessairement réduits et donc, pour la majeure partie d'entre eux, vraisemblablement inférieurs aux seuils de mise en concurrence⁹⁵.
- ⇒ Enfin, 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 les achats afférents ne sont donc pas soumis aux règles de passation fixées par le code de la voirie routière.

Ainsi, les achats des sociétés concessionnaires récentes sont exonérés le plus souvent de 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), soit parce qu'ils font partie des exclusions listées à l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, soit, enfin, parce que les montants engagés sont inférieurs aux seuils de mise en concurrence.

5.2. Le contrôle des achats des sociétés concessionnaires récentes

Tous les marchés qui ont été soumis à l'Autorité ont été passés en application de la procédure d'appel d'offres ouvert.

Compte tenu de la structure et de l'organisation de ces sociétés, les marchés qui ont été transmis à l'Autorité au cours de l'exercice 2018 sont très faibles en nombre et en montant : ces derniers représentent moins de 1 % du montant total des achats des sociétés concessionnaires d'autoroute.

Les marchés soumis à l'Autorité sont principalement des marchés de travaux passés dans le cadre de programmes de maintenance rendus nécessaires du fait de l'âge de l'ouvrage ou de ses caractéristiques techniques (par exemple compte tenu de son linéaire, la réparation et le remplacement des glissières métalliques sur l'ensemble du réseau de la société Atlandes). Toutefois, l'Autorité ne disposant pas des contrats d'exploitation de ces sociétés, elle n'est pas en mesure d'analyser dans quelle mesure ces marchés pourraient être intégrés dans le périmètre de ce contrat global au même titre que la plupart des autres dépenses liées à l'exploitation et à l'entretien de l'ouvrage.

Enfin, l'Autorité constate que plus de 52% en montant de ces marchés ont été attribués à des entreprises liées. Ce pourcentage doit être rapporté au faible montant que représentent les achats de ces sociétés (13 millions d'€HT contractualisés en 2018 contre 1,8 milliard d'€HT pour les sociétés concessionnaires historiques).

De façon générale, l'Autorité invite ces sociétés concessionnaires à être vigilantes s'agissant de leurs obligations de publicité et de mise en concurrence.

⁹⁴ Cf. 2° article L. 122-12 du code de la voirie routière.

⁹⁵ Voir pages 47 et suivantes du rapport annuel 2016 sur la synthèse des comptes des sociétés concessionnaires.

5.3. Détail des dépenses des sociétés concessionnaires récentes

Le tableau ci-dessous présente la répartition des principales dépenses des sociétés concessionnaires récentes en volume au titre de l'exercice 2018.

Répartition des principales dépenses des SCA récentes en volume en 2018

Dépenses	ADELAC	ALBEA	ALICORNE	ALIENOR	ALIS	ARCOUR	ATLANDES	CEVM	MOYENNE
Contrat d'exploitation	74%	60%	57%	54%	53%	61%	63%	60%	60%
Assurances	4%	4%	5%	1%	1%	1%	1%	7%	3%
Prêt de personnel	1%	5%	8%	1%	3%	0%	0%	-	3%
Autres	13%	19%	8%	21%	26%	22%	6%	24%	17%
Redevance domaniale	8%	12%	22%	23%	17%	16%	30%	9%	17%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

En 2018, les dépenses des sociétés concessionnaires récentes sont globalement du même ordre de grandeur que celles constatées pour l'année 2017. On note cependant que pour la société ALBEA, le montant des dépenses « autres⁹⁶ » est de nouveau inférieur aux montants des dépenses liées au contrat d'exploitation alors que ce ratio était inversé lors de l'exercice précédent en raison de la part importante des dépenses affectées à son refinancement (représentant près de 50 % de ses dépenses totales).

Ainsi, s'agissant des dépenses liées au contrat d'exploitation, elles ont représenté entre 53 et 74 % du budget total des achats et charges de ces sociétés. Par ailleurs, elles ont dépensé entre 0 et 8 % du budget total pour les frais de mise à disposition de personnel⁹⁷, entre 1 et 7 % du budget total en frais d'assurances ainsi qu'entre 8 et 30 % pour le paiement de la redevance domaniale (en application de l'article R. 122-48 du code de la voirie routière).

Il ressort des informations transmises et du tableau ci-dessus que, 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 2018 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, pour la majeure partie d'entre elles, inférieures aux seuils de mise en concurrence.

Conformément à ce qu'elle avait envisagé lors du précédent exercice, pour les sociétés les plus anciennes, l'Autorité anticipe que la part du poste des dépenses « autres » (loyer, achats et investissements divers) puisse augmenter lors des prochains exercices, compte tenu des programmes de maintenance engagés pour le renouvellement de leur réseau⁹⁸.

⁹⁶ Comprenant essentiellement les achats spécifiques hors contrat d'exploitation comme par exemple des frais pour des prestations de refinancement

⁹⁷ Certaines SCA ont mis fin à leur convention de mise à disposition de personnel et ont maintenant des salariés en propre.

⁹⁸ Dans ce cas, ce poste serait scindé en dépenses autres que celles liées à la maintenance.

6. APPROCHE ECONOMIQUE ET ENJEUX CONCURRENTIELS DES MARCHES PASSES PAR LES SCA

6.1. Généralités sur l'organisation du secteur

Cette partie présente globalement le secteur des travaux publics et positionne en son sein les marchés autoroutiers, c'est-à-dire les marchés de travaux passés par les sociétés concessionnaires. En l'occurrence, les observations montrent que les marchés autoroutiers ne représentent qu'une petite partie du secteur des travaux publics.

6.1.1. Les travaux publics en France

a. Les travaux publics (TP)

En 2017, le chiffre d'affaires du secteur des travaux publics est de 38,6 milliards d'euros en France métropolitaine et est réparti entre un peu plus de 7 500 entreprises. Il suit une dynamique haussière avec une croissance de 4,4% par rapport à 2016⁹⁹.

Le secteur des travaux publics (TP) est fortement hétérogène, d'une part, parce qu'il recouvre des activités très variées, comme le forage, les travaux ferroviaires, le génie agricole ou l'assainissement, d'autre part, parce que ses clients ont des profils et donc des besoins différents. Même si plus de 60 % des commandes proviennent de clients publics¹⁰⁰, elles se répartissent entre Etat, collectivités de toute taille et grands opérateurs (par ex. EDF, SNCF Réseau ou la RATP) aboutissant à des projets d'ampleur et de nature très variables.

Cette multiplicité des activités et des échelles de projets explique la diversité des entreprises du secteur. On constate une diversité dans la taille des entreprises : 90,6% des entreprises de TP comptent moins de 51 salariés et 0,4 % ont plus de 1 000 salariés¹⁰¹. On constate également une diversité des compétences proposées par les entreprises : il existe de nombreuses spécialisations internes au secteur, comme par exemple la fourniture et mise en œuvre d'enrobés, le développement et le déploiement de systèmes d'information, les travaux électriques ou les ouvrages métalliques.

Le secteur des travaux publics est néanmoins dominé par quelques grands groupes dont Vinci, Bouygues, Eiffage, Fayat, Spie SA, NGE et Spie Batignolles. Comme l'ensemble du secteur des TP, ces groupes ont vu leurs chiffres d'affaires et leurs carnets de commandes s'accroître en 2018 par rapport à l'année précédente. Le climat conjoncturel est ainsi qualifié de « très favorable » par la fédération nationale des travaux publics (FNTP)¹⁰², avec des entreprises qui sont principalement limitées dans leur production par un manque de main d'œuvre.

b. Les travaux routiers

Au sein des travaux publics, les travaux routiers (hors ouvrage d'art) comptaient en 2017 près de 1 350 entreprises totalisant plus de 82 000 salariés. Elles généraient un chiffre d'affaires de 14,0

⁹⁹ En monnaie constante ; source : fédération nationale des travaux publics (FNTP) : https://www.fntp.fr/sites/default/files/data/recueil_de_statistiques_2017_1.pdf

¹⁰⁰ Source : FNTP : <https://www.fntp.fr/data/secteur-en-chiffres/france/activite>.

¹⁰¹ Source : FNTP : <https://www.fntp.fr/data/secteur-en-chiffres/france/entreprises-salaries>

¹⁰² Source : FNTP : https://www.fntp.fr/sites/default/files/content/bulletin-mensuel/n211-bulletin_de_conjoncture_trimestriel_davril_2019.pdf

milliards d'euros¹⁰³ soit 36% du chiffre d'affaires total des TP. L'activité se répartissait entre travaux neufs (48,4 %) et travaux d'amélioration et d'entretien (51,6 %).

Enfin, le secteur des travaux routiers constitue l'activité principale de 92,9 %¹⁰⁴ des sociétés opérant sur le secteur.

c. Les travaux sur le réseau autoroutier concédé

Au sein des travaux routiers, l'activité générée par les SCA représente elle-même une petite part du chiffre d'affaires global du secteur. Entre les nouveaux investissements réalisés sur le réseau (élargissement de section courante, complément de diffuseur, etc.) et l'entretien et le renouvellement des ouvrages (réfection des enrobés, mise à niveau des glissières de sécurité, etc.), **les SCA ont contractualisé en 2018 pour environ 1,3 milliard d'euros de prestations de travaux routiers¹⁰⁵**, soit 9% du total des travaux routiers et 3% des travaux publics dans leur ensemble. **Elles sont à ce titre des clients notables mais minoritaires des entreprises de travaux publics¹⁰⁶.**

Répartition par famille de prestations des marchés et achats des SCA en 2018¹⁰⁷

Famille de prestations achetées par les SCA	Nombre de marchés > 90k€	Part en nombre	Montant cumulé (M€)	Part en montant
Travaux Publics (TP)	587	58%	1 279,2	92%
Autres Prestations	418	42%	114,2	8%
Total général	1 005	100%	1 393,4	100%

Les marchés de travaux représentent l'essentiel des marchés passés par les SCA et en 2018 environ 92 % des marchés passés par les SCA relèvent des TP¹⁰⁸, le reste de leurs achats répondant à des besoins relatifs à l'exploitation, à l'entretien et la gestion des infrastructures autoroutières et de leurs dépendances.

Les trois graphiques ci-après présentent une ventilation du chiffre d'affaires par catégorie de prestations des trois leaders du secteur que sont Vinci, Bouygues et Eiffage.

¹⁰³ Source : FNTP : https://www.fntp.fr/sites/default/files/data/recueil_de_statistiques_2017_1.pdf

¹⁰⁴ Idem

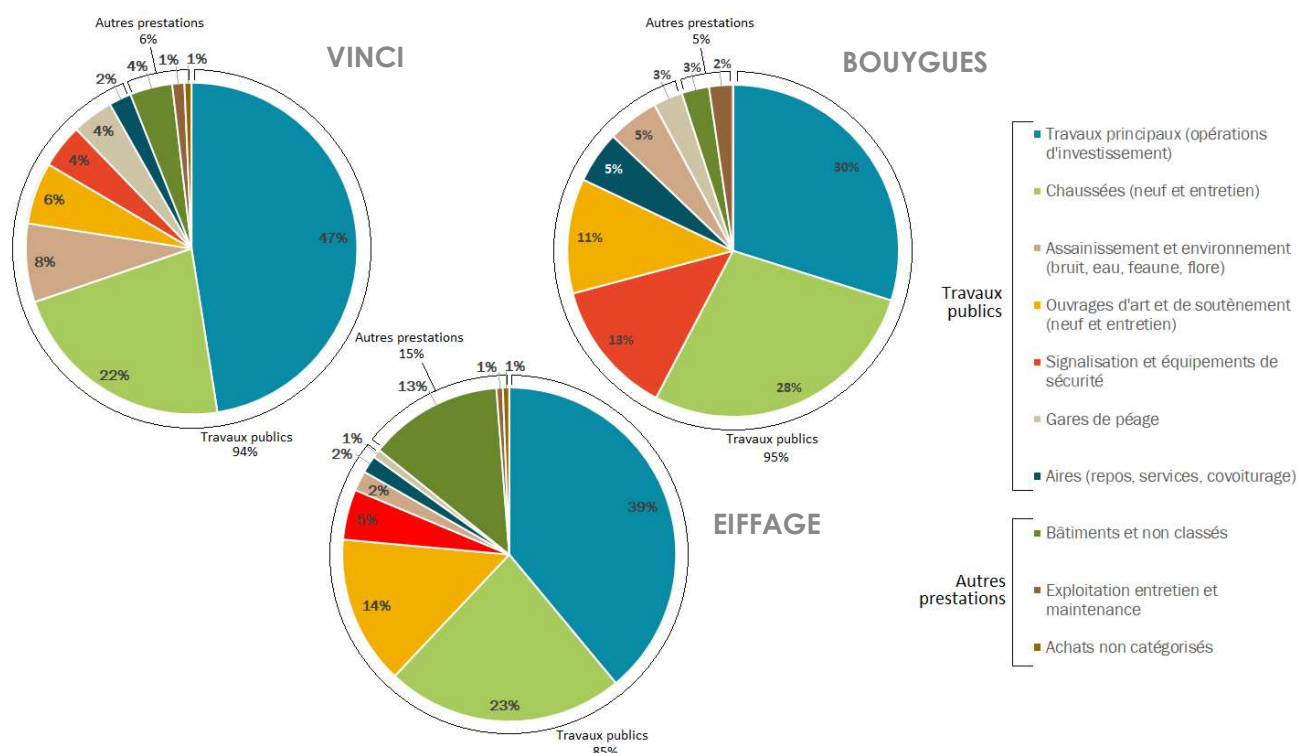
¹⁰⁵ 1,279 milliards d'euros (hors accords-cadres, sur l'ensemble des marchés passés en 2018 et d'un montant supérieur à 90 000 euros)

¹⁰⁶ Cf. le chiffre d'affaires de 38,6 milliards d'euros du secteur des travaux publics en France métropolitaine pour l'année 2017

¹⁰⁷ Hors avenants et marchés inférieurs à 90 000 euros.

¹⁰⁸ 1 279,2 millions d'euros sur un total de 1 393,4 millions d'euros (pour les marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros).

Répartition du chiffre d'affaires des trois principaux groupes de TP par catégorie de prestations sur les autoroutes françaises en 2018



En 2018, ces trois groupes ont généré la majeure partie de leur chiffre d'affaires dans le secteur des travaux publics sur autoroutes via les prestations de travaux principaux et de chaussées.

Les groupes FAYAT, NGE et SPIE BATIGNOLLES génèrent quant à eux leur chiffre d'affaires essentiellement sur des travaux principaux tels que le terrassement ou la voirie et les réseaux divers.

6.1.2. Les relations capitalistiques entre les SCA et les entreprises de travaux publics (TP)

77 % du linéaire du réseau autoroutier concédé, pesant pour 72% des dépenses des concessions autoroutières est géré par un groupe ayant des filiales dans le secteur des travaux publics. Ainsi, une part importante des procédures de passation de marchés sont organisées par des SCA détenues par un groupe capitalistique disposant de filiales de travaux publics.

Les principaux groupes de travaux publics français¹⁰⁹ sont également présents dans l'actionnariat de sept SCA récentes (sur huit) qui représentent quant à elles environ 5 % du chiffre d'affaires du secteur.

Depuis le rachat, fin 2018, de leur actionnaire principal ABERTIS par les sociétés Atlantia¹¹⁰ et ACS¹¹¹, les sociétés SANEF et SAPN appartiennent désormais à des sociétés intervenant dans le secteur des travaux publics s'agissant des marchés publiés au JOUE.

¹⁰⁹ En l'espèce, Vinci, Bouygues, Eiffage, Fayat, NGE et Spie Batignolles

¹¹⁰ Atlantia : anciennement Autostrade SpA, acteur majeur des concessions autoroutières en Europe, détenteur de 50% plus 1 action de ABERTIS et de la société Autogrill (elle-même titulaire de contrats d'exploitation des installations annexes sur le réseau autoroutier concédé français)

¹¹¹ ACS : premier groupe espagnol de travaux publics, détenteur de 30% de ABERTIS et de la société allemande de travaux publics Hochtief, qui détient elle-même 20% moins 1 action de ABERTIS

Les SCA achètent chaque année, au travers des marchés passés pour les besoins de la concession, plus de 1 milliard d'euros de prestations à des tiers (1,8 milliard d'euros en 2018), dont la grande majorité est constituée de travaux publics (en 2018, près de 92 % du total des marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros).

Ces relations verticales entre SCA et entreprises du secteur des TP ont en partie conduit à l'instauration d'un régulateur chargé de veiller à l'effectivité de la concurrence sur les marchés passés par les SCA¹¹². Ainsi, la loi du 6 août 2015 et ses deux décrets d'application imposent aux sociétés concessionnaires de respecter tout ou partie des principes de la commande publique pour leurs achats¹¹³ dont la valeur estimée est supérieure à certains seuils¹¹⁴.

Entre 2015 et 2018, 31% du montant des marchés de travaux passés par les SCA des groupes Vinci et Eiffage ont été attribués à des entreprises liées (en ne considérant que les marchés de travaux de plus de 2 millions d'euros, voir tableau ci-dessous).

Marchés de travaux d'un montant supérieur à 2 M€ attribués aux entreprises liées par les sociétés APRR, AREA, ASF, Cofiroute et ESCOTA en 2018 (en valeur)

	Nbr de marchés (hors AC ¹¹⁵)	Montant cumulé (M€)	APRR	APRR-AREA	AREA	ASF	ESCOTA	COFIROUTE	Part globale toutes SCA concernées
2009	-	-	64%	-	77%	49%	60%	-	-
2010	-	-	37%	-	75%	22%	52%	-	-
2011	-	-	57%	-	55%	79%	40%	-	-
2012	-	-	52%	-	48%	42%	83%	-	-
2013	-	-	13%	-	48%	41%	0%	-	-
2014	-	-	36%	-	100%	75%	50%	-	-
2015	60	511,8	59%	32%	23%	16%	77%	48%	37%
2016	51	535,0	13%	-	80%	10%	48%	6%	13%
2017	45	335,8	23%	-	61%	39%	100%	50%	46%
2018	54	755,8	62%	-	9%	27%	62%	43%	32%
Période 2015-2018 ¹¹⁶	206	2 115,9	37%	-	21%	18%	76%	40%	31%

Que l'on considère les SCA ensemble ou individuellement, la variabilité des parts dans le montant cumulé des dépenses supérieures à deux millions d'euros d'une année sur l'autre indique qu'il est nécessaire de mener des analyses plus fines pour dégager des tendances et identifier avec un niveau

¹¹² Risque d'attribution des marchés publics à des entreprises liées et échanges d'informations entre SCA et les entreprises liées

¹¹³ Liberté d'accès, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures

¹¹⁴ Voir à cet effet le 1.2.3 du présent rapport

¹¹⁵ Accords cadres

¹¹⁶ Les données relatives aux exercices 2009 à 2014 émanent de la commission nationale des marchés (CNM), à laquelle s'est substituée l'Autorité à compter de l'exercice 2015.

de certitude satisfaisant d'éventuelles situations qui seraient jugées problématiques du point de vue concurrentiel.

Afin d'analyser le fonctionnement concurrentiel et l'effectivité de la concurrence, l'Autorité propose d'étudier une segmentation plus fine des achats réalisés par les sociétés concessionnaires, dont les principes sont décrits dans la partie 6.5 ci-après.

Au vu de la présentation ci-avant du secteur, il est nécessaire de définir une méthode permettant de définir le cadre d'analyse des enjeux concurrentiels des achats réalisés par les SCA.

6.2. Méthodologie

6.2.1. Le périmètre de l'analyse

Comme l'analyse des marchés passés par les SCA le montre ci-après, leurs pratiques apparaissent relativement hétérogènes. Cette hétérogénéité étant susceptible d'être renforcée pour les marchés inférieurs aux seuils¹¹⁷ pour lesquels les procédures de passation sont plus souples, ils sont écartés de notre échantillon d'étude. En conséquence, les analyses conduites dans ce chapitre portent uniquement sur les marchés passés par les SCA et faisant l'objet d'un avis obligatoire par la commission des marchés concernée (SCA à capitaux majoritairement privés : 209 000 €HT pour les marchés de fournitures et de services et 500 000 €HT pour les marchés de travaux ; SCA à capitaux majoritairement publics : 221 000 €HT pour les marchés de fournitures et de services et 2 000 000 €HT pour les marchés de travaux).

Pour l'exercice 2018, les marchés faisant l'objet d'un avis obligatoire d'une commission représentent un total de 412 marchés pour un volume d'achat d'environ 1 186 millions d'euros¹¹⁸. Ils ne représentent que soit 0,4 % du total en nombre mais 66¹¹⁹ % en valeur du total des achats effectués par les SCA. Il s'agit donc d'un périmètre d'analyse représentatif et adapté à une analyse statistique.

Le tableau ci-dessous en présente une ventilation par catégorie de prestations (travaux, fournitures ou services):

Marchés passés par les SCA en 2018 et ayant fait l'objet d'une procédure formalisée, par catégorie de prestation

Catégorie de prestation	Nombre de marchés	Part en nombre	Montants cumulés (M€)	Part en montants cumulés
Fournitures	23	5 %	42,4	4 %
Services	110	27 %	82,4	7 %
Travaux	279	68 %	1 061,3	89 %
Total	412	100 %	1 186,1	100 %

On constate une prépondérance en volume et en nombre des prestations de travaux publics qui représentent 89 % des montants des marchés soumis à l'avis de la commission des marchés. Il est précisé que cet échantillon de marchés de travaux représente également 57 % du montant total de l'ensemble des marchés passés par les SCA en 2018, tous types de marchés confondus¹²⁰.

Compte tenu du poids des marchés soumis à l'avis de la commission par rapport à l'ensemble des achats des SCA, et compte tenu des règles spécifiques de publicité et de mise en concurrence qui leur sont applicables afin de garantir une concurrence effective et loyale dans le secteur, le rapport examine plus particulièrement cette catégorie d'achats.

¹¹⁷ Ces seuils sont définis à l'article R. 122-30 du code de la voirie routière

¹¹⁸ Tous les montants sont exprimés « hors taxes »

¹¹⁹ Dans le volume global des marchés, tous montants confondus mais hors avenant.

¹²⁰ A l'aune de l'ensemble des marchés passés par les SCA en 2018, y compris ceux dont le montant inférieur à 90 000 euros.

6.2.2. Sources des données et hypothèses de travail

Pour l'exercice 2018, les marchés de travaux ayant fait l'objet d'un avis obligatoire des commissions des marchés des SCA représentent un échantillon de 279 marchés. En vue de mener une analyse statistiquement significative, les marchés passés par les SCA lors de l'exercice 2017 ont pu être ajoutés aux données relatives à l'exercice 2018. On obtient alors à un échantillon de 521 marchés de travaux.

Les informations relatives aux marchés étudiés ici peuvent être classées en deux catégories :

- **Les informations relatives à la mise en concurrence** sont recueillies au cours du contrôle « au fil de l'eau » mené par l'unité de contrôle des marchés autoroutiers de l'Autorité.
- **Les informations relatives à l'attribution des marchés** sont quant à elles collectées annuellement dans le cadre de la transmission par les SCA des rapports d'activité des commissions des marchés. Elles sont enrichies par les avis de marchés publiés au début de chaque procédure d'achat dans le Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE).

On notera que, sauf exception, les informations relatives à la phase d'attribution sont constituées des montants contractualisés au cours de l'exercice 2018, la dépense afférente pouvant s'étaler sur plusieurs exercices. Il ne s'agit donc pas des montants effectivement dépensés, qui peuvent être plus ou moins proches de ces montants contractualisés, et dont l'Autorité ne dispose pas à ce jour.

Par ailleurs, sur la base des éléments transmis par les SCA et dans le but d'établir une synthèse chiffrée cohérente, l'Autorité a considéré, pour les marchés forfaitaires, que le montant attribué était celui contractualisé entre la SCA et l'attributaire. Pour les accords-cadres, il a été retenu, comme montant attribué, le montant maximum exprimé ou, lorsqu'aucun montant maximum n'était prévu, l'estimation établie par la SCA¹²¹.

Pour les analyses, et à défaut de disposer d'informations plus précises, le montant attribué a été intégralement rattaché à l'attributaire, sans considération des éventuels sous-traitants ayant été déclarés ou pouvant intervenir au cours de l'exécution de la prestation. De la même manière, en cas de groupement, à défaut de précisions quant à la répartition des montants attribués à chaque co-traitant, le montant attribué a été intégralement rattaché au mandataire du groupement.

Ces choix méthodologiques peuvent conduire à une surestimation ou à une sous-estimation des montants attribués à chaque groupe de TP. En effet, dans le cas de la sous-traitance ou des groupements il existe un risque de surestimation du montant attribué puisqu'il est certain que l'intégralité du montant ne reviendra pas au titulaire ou mandataire du groupement. C'est alors précisément la part du montant qui aurait dû être attribuée aux sous-traitants ou aux co-traitants qui n'est pas prise en compte dans la part globale attribuée à chaque groupe de TP.

¹²¹ Sur la durée de l'accord-cadre.

6.3. Les marchés de travaux et leur attribution

Cette partie s'attache à étudier les marchés de travaux et leur attribution. Elle traite d'abord des déterminants de la demande de travaux (6.3.1), puis de la structure de l'offre c'est à dire des caractéristiques des entreprises présentes sur le marché des travaux autoroutiers (6.3.2). Partant de ces éléments, il est possible d'étudier l'attribution des marchés de travaux et notamment de voir si les taux d'attribution à des entreprises liées sont significativement différents, au sens statistique, de ce que l'on pourrait attendre au vu de leur poids dans le secteur.

6.3.1. Les déterminants de la demande de travaux

Le volume de marchés, en nombre comme en montant, varie significativement selon les SCA. La ventilation des marchés de travaux est présentée dans le tableau ci-après :

Attribution des marchés de travaux en 2018 par les SCA et ayant fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres, par groupe SCA

Groupe de SCA	Global			Hors PRA		
	Nombre de marchés	Montants cumulés (M€)	Part en montant	Nombre de marchés	Montants cumulés (M€)	Part en montant
APRR-AREA	77	444,6	42 %	72	254,9	42 %
ASF-COFIROUTE-ESCOTA	120	451,2	42 %	86	256,3	42 %
SANEF-SAPN	76	135,0	13 %	56	70,8	11 %
SCA publiques	6	30,4	3 %	6	30,4	5 %

Au sein des marchés de travaux, le Plan de Relance Autoroutier constitue un ensemble important, représentant 40% du total des montants des marchés de travaux attribués en 2018. Plus précisément, les marchés passés dans le cadre du PRA représentent environ 200 millions d'euros pour chacun des groupes APRR-AREA et ASF-Cofiroute-ESCOTA, 70 millions d'euros pour le groupe SANEF-SAPN. Les SCA à capitaux majoritairement publics n'étaient pas bénéficiaires du PRA.

Les marchés du PRA, contrairement au reste des travaux qui relèvent principalement de l'entretien, sont des opérations d'importance avec un montant moyen de 7,6 M€ contre 2,8 M€ pour les opérations hors PRA.

Linéaire autoroutier et montant des travaux hors PRA

Groupe de SCA	Linéaire autoroutier (en Km)	Part du linéaire global	Montants cumulés hors PRA (en M€)	Part du montant cumulé hors PRA	Ratio montant cumulé hors PRA/linéaire (en k€/Km)
APRR-AREA	2 276	27%	254,9	42%	112,0
ASF-COFIROUTE-ESCOTA	4 285	50%	256,3	42%	59,8
SANEF-SAPN	1 765	21%	70,8	11%	40,1
SCA publiques	194	2%	30,4	5%	156,9
Total SCA	8 520	100%	612,4	100%	71,9

Pour les groupes ASF-Cofiroute-ESCOTA et SANEF-SAPN, les montants cumulés rapportés aux linéaires des réseaux sont du même ordre de grandeur, à savoir de 40 et 60 milliers d'euros par kilomètre. En revanche, le groupe APRR-AREA présente un ratio de 110 milliers d'euros par kilomètre.

La même approche appliquée à l'ensemble des marchés de travaux supérieurs aux seuils (PRA inclus) conclut à un résultat similaire. Le groupe APRR-AREA présente alors un ratio 1,7 fois plus élevé que le groupe ASF-Cofiroute-ESCOTA et 2,2 fois élevé que le groupe SANEF-SAPN.

Ces éléments soulignent l'hétérogénéité des travaux selon le type de réseau autoroutier. Les caractéristiques intrinsèques des réseaux ont en effet un impact sur les besoins en travaux. Entre autres, l'intensité du trafic par voie, le pourcentage de poids lourds, les conditions climatiques, l'âge et la nature des structures de chaussées, le ratio d'ouvrages d'art par kilomètre ou encore les conditions géographiques sont des facteurs qui affectent significativement les besoins en entretien.

Il est alors possible que ces caractéristiques intrinsèques des réseaux aient aussi un impact sur les montants de marchés de travaux à type de prestations similaires. Par exemple, les caractéristiques techniques requises de produits utilisés pour des prestations équivalentes peuvent différer d'un réseau à l'autre. Il peut alors en résulter des coûts différents.

6.3.2. Les principaux offreurs du marché

En 2018, sur le périmètre des marchés de travaux soumis à l'avis de la commission des marchés, les SCA ont attribué 80 % de leur volume de dépenses aux cinq principaux groupes de travaux publics (Tableau ci-après). Parmi eux le groupe Vinci obtient une part de marché supérieure à 30 % en montant.

Attribution des marchés de travaux en 2018 par les SCA et ayant fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres, par groupe de travaux publics

Groupe de travaux publics	Global			Hors PRA		
	Nombre de marchés	Montants cumulés (M€)	Part des montants cumulés	Nombre de marchés	Montants cumulés (M€)	Part des montants cumulés
BOUYGUES	52	135,8	13 %	35	83,4	13 %
EIFFAGE	35	92,7	9 %	33	83,9	14 %
NGE	12	60,3	6 %	9	53,1	9 %
SPIE BATIGNOLLES	5	246,6	23 %	2	52,9	9 %
VINCI	77	335,7	31 %	57	171,9	28 %
Autres	98	190,1	18 %	84	167,2	27 %
Total TP	279	1 061,2	100 %	220	612,4	100 %

Par ailleurs, les marchés attribués au groupe Spie Batignolles représentent 23 % du volume total attribué avec seulement 5 marchés dont 3 sont rattachés au PRA, avec un montant moyen d'environ 65 millions d'euros.

Operations du PRA exclues, les parts en volume des différents opérateurs présentent la même organisation du secteur des TP qu'à l'échelle nationale avec un trio de tête composé du groupe Vinci suivi des groupes Bouygues et Eiffage. On note en particulier que le groupe Vinci se démarque substantiellement, avec un volume attribué équivalent au cumul de celui des deux suivants.

6.3.3. Le montant attribué et le taux d'attribution à des entreprises liées

Du fait du poids des entreprises liées dans le secteur, mais aussi de l'hétérogénéité des marchés de travaux, conclure à des montants attribués et des taux d'attribution élevés par rapport aux autres groupes de TP nécessite une analyse statistique préalable. L'Autorité établit cette analyse dans cette partie, en la divisant en deux temps :

- La partie 6.4.3.a porte uniquement sur le mandataire des marchés et ne tient donc pas compte des cas où une entreprise liée intervient en co-traitance. Un marché est alors considéré comme attribué à une entreprise liée si le mandataire en est une. Il s'agit donc d'une définition minimaliste.
- La partie 6.4.3.b intègre les co-traitants dans l'analyse en considérant cette fois-ci les marchés avec au moins une entreprise liée au sein de l'attributaire. Il s'agit d'une approche plus exhaustive, mais aussi plus fragile. En effet, au vu des données dont elle dispose, l'Autorité ne peut estimer le montant du marché à affecter au co-traitant.

Dans les deux cas, afin de se prémunir des effets conjoncturels du PRA, l'analyse porte sur les achats réalisés hors PRA, c'est-à-dire principalement sur les marchés d'entretien.

a. Marchés dont le mandataire est une entreprise liée

Les analyses ci-dessous présentent successivement les taux d'attribution des marchés aux groupes de TP, la répartition du chiffre d'affaire des groupes de TP par SCA et finalement les montants moyens des marchés par SCA et par groupes.

Notons que les deux premiers indicateurs délivrent une information proche mais néanmoins complémentaire :

- En comparant les taux d'attribution, on étudie si les SCA attribuent davantage de marché à un groupe que les autres SCA au même groupe. En quelque sorte, on contrôle de la taille du groupe de TP au sein du secteur.
- En comparant les chiffre d'affaires, on étudie, au sein d'un groupe de TP, une SCA a un poids plus important que les autres. En quelque sorte, on contrôle de l'importance de la SCA dans les marchés de travaux.

Si certaines tendances semblent se dégager des trois tableaux ci-dessous, il faut les analyser avec prudence. En effet les écarts sont souvent non-significatifs.

Taux d'attribution des marchés de travaux hors PRA en 2018 aux groupes de travaux publics (en montant)

Groupe de SCA	Nombre de marchés	BOUYGUES	EIFFAGE	NGE	SPIE BATIGNOLLES	VINCI	Autres	Total
APRR-AREA	72	14 %	20 %	12 %	20 %	17 %	17 %	100 %
ASF-COFIROUTE-ESCOTA	86	15 %	8 %	7 %	0 %	41 %	29 %	100 %
SANEF-SAPN	56	7 %	18 %	8 %	0 %	20 %	47 %	100 %
SCA publiques	6	17 %	0 %	0 %	0 %	24 %	59 %	100 %
Total SCA	220	13 %	14 %	9 %	9 %	28 %	27 %	100 %

Concernant les taux d'attribution (en volume total), l'analyse conclue que :

- le taux d'attribution des travaux de APRR-AREA au groupe Eiffage (20%) est supérieur à la moyenne sur l'ensemble des SCA (14%). En d'autres termes, APRR-AREA a eu tendance à attribuer un peu plus de marchés à Eiffage que les autres SCA. Cet écart est statistiquement significatif à 10%¹²².
- le taux d'attribution des travaux de ASF-Cofiroute-ESCOTA au groupe Vinci (41%) est aussi supérieur à la moyenne sur l'ensemble des SCA (28%). Cet écart est statistiquement significatif à 1%¹²³.
- les groupes SANEF-SAPN et les SCA publiques ont majoritairement attribué les marchés de travaux à des entreprises de TP indépendantes des 5 majors.

¹²² Test de Student pondéré : $t = -3,141$ & $p. \text{valeur} = 0,088$

¹²³ Test de Student pondéré : $t = -15,334$ & $p. \text{valeur} = 0,004$

Chiffre d'affaires des groupes de TP par SCA sur les marchés de travaux hors PRA (en valeur)

Groupe de SCA	BOUYGUES	EIFFAGE	NGE	SPIE BATIGNOLLES	VINCI	Autres	Total
APRR-AREA	42%	61%	56%	98%	26%	25%	42%
ASF-COFIROUTE- ESCOTA	46%	23%	34%	2%	61%	44%	42%
SANEF-SAPN	6%	15%	11%	0%	8%	20%	12%
SCA PUBLIQUES	6%	0%	0%	0%	4%	11%	5%
Total général	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Il ressort de l'analyse du poids dans le chiffre d'affaires des groupes de TP liés à des SCA (en volume total), que :

- le poids de APRR-AREA dans le chiffre d'affaires du groupe Eiffage (61%) est supérieur à la moyenne sur l'ensemble des groupes (42%). En d'autres termes, une plus grande partie du chiffre d'affaires de Eiffage se constitue chez APRR-AREA comparé à ce qui est observé dans les autres groupes. Cet écart n'est pas statistiquement significatif¹²⁴.
- le poids de ASF-Cofiroute-ESCOTA dans le chiffre d'affaires du groupe Vinci (61%) est supérieur à la moyenne sur l'ensemble des groupes (42%). En d'autres termes, Une plus grande partie du chiffre d'affaires de Vinci se constitue chez ASF-Cofiroute-ESCOTA comparé à ce qui est observé dans les autres groupes. Cet écart est statistiquement significatif à 5%¹²⁵.

Montant moyen des marchés de travaux hors PRA passés par les SCA en 2018, par groupes travaux publics (en M€)

Groupe de SCA	Nombre de marchés	BOUYGUES	EIFFAGE	NGE	SPIE BATIGNOLLES	VINCI	AUTRES	Montant moyen des marchés attribués
APRR-AREA	72	4,4	3,0	14,8	51,7	2,6	1,6	3,5
ASF-COFIROUTE- ESCOTA	86	1,8	2,0	6,0	1,2	4,2	2,8	3,0
SANEF-SAPN	56	1,0	2,2	1,4	-	1,0	1,2	1,3
SCA PUBLIQUES	6	5,1	-	-	-	7,4	4,5	5,1
Montant moyen des marchés par opérateur	220	2,4	2,5	5,9	26,4	3,0	2,0	2,8

¹²⁴ Test de Student pondéré : $t = -2,068$ & $p.valeur = 0,107$

¹²⁵ Test de Student pondéré : $t = -3,741$ & $p.valeur = 0,020$

Il ressort de l'analyse des montants moyens attribués que :

- le montant moyen des marchés attribués par APRR-AREA au groupe Eiffage (3,0 millions d'euros) est supérieur à la moyenne sur l'ensemble des SCA pour ce même groupe (2,5 millions d'euros). Cet écart n'est cependant pas significatif¹²⁶.
- le montant moyen des marchés attribués par ASF-Cofiroute-ESCOTA au groupe Vinci (4,2 millions d'euros) est supérieur à la moyenne sur l'ensemble des SCA (3,0 millions d'euros). Cet écart n'est cependant pas significatif¹²⁷.

b. Marchés avec au moins une entreprise liée au sein de l'attributaire

Marchés de travaux hors PRA passés en 2018 par les groupes APRR-AREA et ASF-Cofiroute-ESCOTA et attribués à des entreprises liées (présence d'au moins une entreprise liée au sein de l'attributaire)

Groupe de SCA	Aucune entreprise liée au sein de l'attributaire			Présence d'au moins une entreprise liée au sein de l'attributaire		
	Nombre de marchés	Part en montants cumulés	Montants moyens des marchés (en M€)	Nombre de marchés	Part en montants cumulés	Montants moyens des marchés (en M€)
APRR-AREA	49	52 %	2,7	23	48 %	5,3
ASF-COFIROUTE-ESCOTA	61	59 %	2,5	25	41 %	4,2

En considérant maintenant les marchés attribués à une entreprise liée au sein de l'attributaire (tableau ci-dessus), les conclusions concernant les taux d'attribution sont alors sensiblement différentes :

- Pour APRR-AREA, le taux d'attribution des travaux à un groupement comprenant une entreprise liée du groupe Eiffage est de 48%. Il n'était que de 20% quand, comme dans la section précédente, on ne considérait que les entreprises liées mandataires.
- Au contraire, pour ASF-Cofiroute-ESCOTA, le taux d'attribution est le même. En effet les entreprises liées à ASF-Cofiroute-ESCOTA ont systématiquement été en position de mandataire au sein des groupements d'entreprises attributaires.

Ces éléments reflètent des approches différentes de réponses aux marchés passés par les SCA. En comprendre les implications en matière de concurrence nécessiterait d'approfondir l'analyse, en particulier en observant la répartition des montants affectés à chacun des co-traitants.

¹²⁶ Test de Welch : $t = 1,0193$ & $p.valeur = 0,3173$

¹²⁷ Test de Welch : $t = 1,5799$ & $p.valeur = 0,1219$

Pour finir, les marchés de travaux attribués par les SCA aux entreprises liées sont d'un montant près de deux fois plus élevé que ceux attribués à des entreprises non liées. Cette différence, apparemment importante, reste faiblement significative¹²⁸.

c. Conclusion : de la nécessité d'affiner les analyses en segmentant les marchés

Même si des différences, parfois importantes, sont observées dans les taux d'attribution et les montants moyens de marché, ces différences se révèlent statistiquement non significatives. La principale explication est l'importante variabilité au sein de l'échantillon de marchés. En d'autres termes, l'hétérogénéité des types de travaux, qui peuvent concerner les chaussées, les dispositifs de retenue ou bien encore les équipements de signalisation routière, aboutit à une importante variabilité dans les montants de marché. De même les écarts de taux d'attribution peuvent être le simple reflet de la spécialisation de certains groupes dans certains types de travaux.

Dès lors, il semble utile de mener une analyse de la segmentation pertinente des marchés.

6.4. Vers une analyse par type de travaux

6.4.1. Une proposition de typologie des travaux autoroutiers

Afin d'étudier la concurrence au moment de l'appel d'offres et de manière à définir des segmentations pertinentes, l'Autorité a introduit une typologie des marchés de travaux selon six grandes familles de prestations. Le tableau ci-dessous présente une répartition en nombre des marchés de travaux hors PRA par groupe de BTP selon la typologie de marchés de travaux proposée par l'Autorité.

Marchés de travaux hors PRA avec avis d'une commission obligatoire selon le type de travaux

Segmentations de marchés de travaux	BOUYGUES	EIFPAGE	NGE	SPIE BATIGNOLLES	VINCI	AUTRES	Total général	Montants cumulés (M€)
Chaussées	9	11		1	21	21	63	213,7
Dispositifs de retenue	8	11	1		3	1	24	31,0
Ouvrages d'art	5	8	1		5	22	41	90,6
Signalisation routière	5		1		9	10	25	12,8
Travaux principaux	3	3	3	1	3	4	17	209,6
Autres	5		3		16	26	50	54,7
Total général	35	33	9	2	57	84	220	612,4

¹²⁸ En intégrant les données sur les marchés de travaux 2017 pour augmenter la taille des échantillons APRR-AREA et ASF-Cofiroute-ESCOTA, les tests statistiques de comparaisons de moyennes entre marchés attribués à une entreprise liée ou non liée (test de Welch) rejettent l'hypothèse d'égalité des moyennes avec un niveau de confiance de 10%.

Un test de comparaison des moyennes pour un échantillon échantillons APRR-AREA et ASF-Cofiroute-ESCOTA groupé conclue à un montant moyen plus élevé pour les entreprises liées à un niveau de confiance de 2,5% %.

On constate tout d'abord, que deux types de travaux concentrent la quasi-totalité des achats. Les travaux de chaussées représentent à la fois l'achat le plus courant pour les SCA, mais aussi leur poste principal de dépenses avec près de 35% du montant global des marchés de travaux. Les travaux principaux, qui correspondent à la construction de nouvelles structures autoroutières, sont le deuxième poste avec une part de 34% du montant global des marchés de travaux. En conséquence, ils requièrent des attributaires une expertise dans les autres segmentations de marchés. Ceci explique que le montant moyen de ce type de marchés de travaux soit le plus élevé des segments.

Le tableau permet aussi de souligner qu'en 2018, sur le périmètre des marchés autoroutiers d'entretien, les groupes de TP présentent une structuration des types de travaux qui leur ont été attribués qui diffère d'un groupe à l'autre :

- Seuls les groupes Bouygues et Vinci couvrent tous les types de travaux ;
- Le groupe Vinci a une forte présence sur les travaux de chaussées et les travaux de signalisation routière ;
- Les groupes Bouygues et Eiffage ont remporté une part importante des marchés de travaux de chaussées et de dispositifs de retenue. Toutefois, comme évoqué ci-avant, le groupe Bouygues semble présenter une plus grande polyvalence que le groupe Eiffage même si ce dernier semble dominer les autres groupes pour les travaux de construction, d'entretien et de réparation d'ouvrages d'art ;
- Le faible nombre de marchés remportés par Spie Batignolles est probablement en lien avec les trois importants marchés de travaux remportés dans le cadre du PRA qui ont permis au groupe de remplir son carnet de commandes ;
- D'autre part, on remarque que les entreprises indépendantes sont particulièrement performantes pour les marchés de travaux de chaussées, les marchés de travaux d'ouvrages d'art et les marchés de travaux spécialisés identifiés par le type « autres ».

Cette répartition par type de travaux des marchés attribués à chaque groupe de TP n'a pas vocation à refléter leurs domaines d'expertises et de spécialisation dans le secteur de TP. Il est possible que cette répartition par type de travaux soit propre aux marchés autoroutiers mais il est aussi possible que des éléments extérieurs, comme le lancement de grands projets de travaux publics indépendants des SCA influent sur cette répartition.

Toutefois, cette analyse souligne l'intérêt d'une typologie des travaux pour segmenter les travaux autoroutiers en marchés plus homogènes et donc plus propice à une analyse concurrentielle.

6.4.2. Une première analyse sur les travaux d'enrobés

Le tableau ci-après établit un état des lieux de la concurrence au moment de l'attribution pour les marchés de travaux d'enrobés pour les exercices 2017 et 2018. Le lecteur peut aussi se reporter au tableau de l'annexe 10 qui donne les taux de participation et de succès des entreprises des groupes de TP par SCA.

Taux d'attribution par rapport au nombre de candidatures des entreprises de TP aux marchés de travaux de chaussées soumis à l'avis de la commission en 2017 et 2018

Candidat	Nombre d'offres	Nombre de marchés concernés par une candidature	Taux moyen de participation ¹²⁹	Nombre d'attributions	Taux moyen de succès des participations	Taux moyen de succès des participations chez une SCA liée
BOUYGUES	100	71	80%	16	23%	Non concerné
EIFPAGE	97	56	63%	17	30%	32%
NGE	6	4	4%	0	0%	Non concerné
SPIE BATIGNOLLES	28	24	27%	1	4%	Non concerné
VINCI	110	81	91%	36	44%	53%
5 majors	341	89	99%	71	80%	43%¹³⁰

Pris ensemble, les cinq principaux groupes de TP ont postulé à la quasi-totalité (99 %) des marchés de travaux de l'échantillon et ont été mandataires ou co-traitants pour 80 % de ces marchés. De plus, on constate que les taux de participation de Bouygues et Vinci sont plus élevés que ceux des autres groupes.

S'agissant du taux de succès, les sociétés appartenant au groupe Vinci se démarquent nettement avec 44 % de taux de succès par rapport au nombre de candidatures déposées. Pour autant, le nombre d'offres émises par le groupe diffère peu de celui des groupes Bouygues et Eiffage. Les taux de participation de Vinci et Bouygues aux appels d'offres pour des marchés de travaux de chaussées sont en effet élevés quelle que soit la société concessionnaire attribuant le marché. En revanche, le taux de participation d'Eiffage atteint 90 % voire 100 % chez les sociétés concessionnaires du même groupe alors qu'il ne dépasse pas 54 % pour les marchés des autres concessionnaires.

Ces observations sont à mettre en parallèle avec le taux de succès des candidatures, le nombre d'offres et le nombre de marchés. En effet, malgré un taux de participation aux marchés de la société APRR de 90 %, Eiffage n'a remporté que 30 % des marchés pour lesquels il avait soumis une offre.

¹²⁹ Nombre de marchés concernés par une candidature / nombre total de marchés

¹³⁰ Taux moyen de succès des participations chez une SCA liée pour les groupes Eiffage et Vinci.

6.5. Marchés allotis et groupements d'entreprises attributaires

Allotir un marché consiste à diviser l'objet d'une consultation en lots, en fonction des prestations (nature, conditions de mise en œuvre, localisation, etc.) ou de la structure du secteur économique concerné (spécialisation des entreprises). L'allotissement vise en principe à favoriser la concurrence entre les entreprises et à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à un marché.

Afin de comprendre les enjeux de l'allotissement en matière de concurrence au sein des travaux autoroutiers, on étudiera d'abord les pratiques d'allotissement des SCA puis leurs effets sur l'attribution des marchés.

L'allotissement considéré ici correspond aux marchés divisés en lots par différence notamment avec les lots « opérationnels » tels que pouvant figurer au sein d'opérations déclinant des achats numérotés mais rattachés à des procédures de passation distinctes. L'Autorité a ainsi exploité les avis de marchés publiés au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE), fournis par les SCA au cours du contrôle des procédures de marchés, pour identifier les marchés allotis selon la définition précitée. Enfin, on notera que, pour une procédure d'achat unique, la passation des lots peut s'échelonner dans le temps. Tous les lots d'une même procédure sont ainsi susceptibles de ne pas être passés au cours du même exercice¹³¹.

6.5.1. Comment les SCA ont-elles recours à l'allotissement ?

a. La pratique de l'allotissement par les SCA

Les pratiques en matière d'allotissement des SCA semblent hétérogènes. Le tableau ci-après présentant pour l'exercice 2018 la ventilation des marchés selon leur montant et leur caractère alloti, met en lumière deux pratiques distinctes :

- Les groupes APRR-AREA et SANEF-SAPN recourent occasionnellement à l'allotissement avec respectivement 20% et 39% de marchés allotis.
- Les groupes ASF-Cofiroute-ESCOTA et les sociétés ATMB et SFTRF recourent majoritairement à l'allotissement avec respectivement 67% et 62% de marchés allotis.

Répartition des marchés passés en 2018 par les SCA, en fonction de leur caractère alloti

Groupe de SCA	Marchés non allotis			Marchés allotis		
	Nombre de marchés	Montants cumulés (en M€)	Part des montants cumulés	Nombre de marchés	Montants cumulés (en M€)	Part des montants cumulés
APRR-AREA	31	380,4	80 %	24	95,2	20 %
ASF-COFIROUTE-ESCOTA	44	169,9	33 %	40	341,4	67 %
SANEF-SAPN	40	89,8	61 %	16	57,0	39 %

¹³¹ Pour l'exercice 2018, plusieurs raisons expliquent l'absence de certains lots dans les observations transmises par les sociétés concessionnaires à l'Autorité : 'attribution différée, déclaration d'une procédure sans suite ou infructueuse, etc.

SCA publiques	9	19,8	38 %	9	32,7	62 %
Total SCA	124	659,9	56 %	89	526,2	44 %

b. Allotissement selon les catégories de prestations

Durant l'exercice 2018, les SCA ont passé 124 marchés non allotis et 89 marchés allotis donnant lieu à 288 lots. Les marchés allotis représentent 44 % du volume d'achat de l'échantillon considéré.

Le tableau ci-après présente la ventilation des marchés en fonction de leur caractère alloti et, le cas échéant, du nombre de lots, par catégorie de prestation. On peut noter que :

- En 2018, les marchés de fournitures ont été majoritairement allotis. Les parts d'achats allotis (en nombre) pour les marchés de services et de travaux sont respectivement de 44 % et 39 %.
- Concernant les achats allotis, les marchés de fournitures et de travaux comptaient, en 2018, trois lots en moyenne, contre quatre pour les marchés de services.
- L'allotissement a abouti à un quasi-doublement du nombre de marchés.

Allotissement au sein des catégories de prestations

Catégorie de prestations	Nombre d'appels d'offres distincts	Nombre de marchés non allotis	Nombre de marchés allotis	Nombre de lots	Nombre de marchés total ¹³²
Fournitures	10	4	6	18	22
Fournitures/Services	1	-	1	2	2
Services	45	25	20	84	109
Travaux	157	95	62	184	279
Total général	213	124	89	288	412

Le tableau comprend une ligne « fournitures/services » du fait d'un marché passé par la société ATMB comprenant deux lots : « ramassage, transport et comptage de fonds et fourniture et livraison de monnaie » et « fourniture et livraison de consommables ». Ce type d'allotissement « inter catégories » est peu fréquent.

c. Les natures d'allotissement avant l'attribution

Afin de mieux appréhender les stratégies d'allotissement des SCA, l'Autorité a classé les marchés allotis en deux types :

¹³² Chaque lot est considéré comme un marché à part entière même s'il est issu d'un marché pour lequel la SCA a passé un unique appel d'offres.

- **L'allotissement technique** vise à séparer un marché en lots selon des spécialisations techniques. Par exemple, un marché de réfection de la voirie pourra être alloti en deux lots, l'un relatif aux travaux d'enrobés et l'autre relatif à la signalisation horizontale.
- **L'allotissement géographique** vise à séparer un marché en lots qui seront exécutés dans des zones géographiques différentes.

En 2018, les 89 marchés allotis se divisent à part égale entre allotissement géographique et allotissement technique (voir tableau ci-dessous). Seuls 5 marchés relèvent à la fois de l'allotissement technique et géographique. A noter que les marchés allotis géographiquement ont 1,5 fois plus de lots que ceux allotis techniquement.

Nature d'allotissement au sein des catégories de prestations¹³³

Catégorie de prestations	Allotissement géographique		Allotissement technique		Allotissement technique et géographique	
	Nombre de marchés	Nombre de lots	Nombre de marchés	Nombre de lots	Nombre de marchés	Nombre de lots
Fournitures	1	2	4	8	2	9
Services	11	56	9	24	1	5
Travaux	29	102	31	74	2	8
Total général	41	160	44	106	5	22

Ce résultat souligne l'importance de la dimension géographique dans la définition d'une segmentation pertinente, dans la mesure où la localisation des prestations à réaliser structure les appels d'offres des SCA.

6.5.2. L'impact de l'allotissement sur l'attribution des marchés

a. Allotir un marché a-t-il un impact sur son attribution ?

Le tableau ci-après présente la répartition en montant cumulés des marchés de travaux attribués aux principaux groupes de travaux publics hors Plan de Relance Autoroutier¹³⁴ selon le caractère alloti ou non des achats des SCA.

¹³³ Six marchés/lots ont été retirés de l'échantillon car les lots issus du même marché ne figuraient pas dans l'échantillon. Le marché alloti en deux lots de catégories de prestations différentes, un lot de fourniture et un lot de service est compté deux fois du fait de la répartition de ses deux lots selon la catégorie de prestation. Il est comptabilisé dans les marchés allotis selon un critère technique.

¹³⁴ Les marchés relatifs au PRA sont enlevés de l'échantillon d'étude car il représente un biais trop important dans l'analyse de l'attribution des marchés.

Répartition des marchés attribués en 2018 aux groupes de BTP, en fonction de leur caractère alloti

Groupes de travaux publics	Marchés non allotis			Marchés allotis		
	Nombre	Montants cumulés (M€)	Part des montants cumulés	Nombre	Montants cumulés (M€)	Part des montants cumulés
BOUYGUES	11	53,8	15 %	24	29,6	12 %
EIFFAGE	15	61,8	17 %	18	22,2	9 %
NGE	5	33,0	9 %	4	20,1	8 %
SPIE BATIGNOLLES	2	52,9	14 %	-	-	-
VINCI	21	117,2	32 %	36	54,7	22 %
AUTRES	21	48,5	13 %	63	118,6	49 %
Total	75	367,2	100 %	145	245,2	100 %

L'Autorité constate que l'allotissement a effectivement un impact sur l'attribution :

- Dans le cas des marchés non allotis, les cinq majors sont les premières attributaires des marchés et totalisent 87% des montants. A lui seul, le groupe Vinci a remporté 32% des marchés.
- Au contraire les attributaires des marchés allotis (en tant que titulaires ou mandataires pour un groupement d'entreprises) sont dans 43% des cas des entreprises indépendantes des principaux groupes de TP et récupèrent 49% des montants.

Ce résultat illustre l'efficacité de l'allotissement, dont le principe est de permettre l'accès aux entreprises de taille plus modérée aux marchés. L'allotissement aura donc tendance à favoriser la concurrence.

Ce dernier point est cependant à nuancer. Sur l'ensemble des marchés allotis pour l'exercice 2018, seuls 43 marchés sur 89 ont vu l'intégralité des lots attribués à des entreprises ou à des groupements d'entreprises différents. En moyenne, lorsqu'une entreprise (ou un groupement d'entreprises) a remporté plusieurs lots d'un même marché, celle-ci remportait les deux tiers des lots du marché. Par conséquent, bien que l'allotissement profite aux entreprises indépendantes, la concurrence pour les lots semble toutefois en partie limitée. Une analyse plus approfondie des candidatures pour les marchés allotis pourrait permettre de juger de l'intensité de la concurrence pour ces marchés.

Il faut ajouter que la concurrence pour les lots varie selon le type d'allotissement. Pour les marchés allotis sur caractère technique, 75% des lots sont attribués à des entreprises différentes les unes des autres. Pour les marchés allotis géographiquement, ce nombre tombe à 31%. De fait, là où l'allotissement technique vise effectivement à accroître le nombre d'entreprises en mesure de répondre, l'allotissement géographique peut répondre à des logiques internes aux SCA. C'est pourquoi, il est fréquent que les marchés soient allotis géographiquement pour des motifs plus

fonctionnels qu'économiques, par exemple lorsque que les lots sont pilotés directement par les districts d'exploitation d'une SCA selon un principe de subsidiarité.

b. Les groupements d'entreprises

Lorsqu'une entreprise ne dispose pas en propre de la capacité à exécuter un marché, pour des raisons de moyens ou de compétences techniques, elle peut choisir de constituer un groupement avec d'autres entreprises. En principe, le groupement d'entreprises est donc susceptible de d'amoindrir les barrières à l'entrée des marchés non allotis.

Le groupement d'entreprises est majoritairement observé sur des marchés non allotis de forte taille (tableau ci-après).

Ventilation des marchés allotis et non allotis selon le type d'attributaire, toutes catégories de prestations confondues et hors PRA

Le marché est alloti	L'attributaire est une entreprise seule			L'attributaire est un groupement d'entreprises		
	Nombre de marchés ou de lots	Part des montants cumulés	Montant moyen (M€)	Nombre de marchés ou de lots	Part des montants cumulés	Montant moyen (M€)
Non	49	17%	2,5	49	38%	5,7
Oui	182	24%	1,0	55	21%	2,7
Total de marchés	231	41%	1,3	104	59%	4,1

Il faut toutefois noter que les groupements d'entreprises ne sont pas de même nature selon que le marché est alloti ou non. Les groupements d'entreprises indépendantes des principaux groupes de TP remportent plus facilement des lots que des marchés non allotis. Lorsque le marché est alloti, les groupements indépendants gagnent plus de 34 % des lots en montant contre seulement 7 % pour les marchés non allotis (tableau ci-après). Cela illustre la capacité des grands groupes à jouer un rôle d'ensemblier de grands projets, rôle a priori plus difficile pour des entreprises de moindre taille.

Ventilation des marchés de travaux attribués à un groupement d'entreprises, par groupe de TP en fonction du caractère alloti du marché

Principaux groupes de TP	Marchés non allotis		Lots issus d'un marché alloti	
	Nombre	Part en montants cumulés	Nombre	Part en montants cumulés
BOUYGUES	6	15 %	4	12 %
EIFFAGE	7	13 %	7	9 %
NGE	4	12 %	3	15 %
SPIE BATIGNOLLES	1	19 %	0	0 %
VINCI	11	34 %	11	30 %
AUTRES	8	7 %	16	34 %
Total général	37	100 %	41	100 %

La plupart des entreprises de TP du groupe Vinci ont remporté le tiers des marchés non allotis attribués à un groupement d'entreprises. La présence d'entreprises du groupe Vinci sur la plupart des secteurs des types de travaux autoroutiers en est un facteur explicatif. Lorsque Vinci remporte des marchés en se présentant en groupement d'entreprises, 59 % des cotraitants sont aussi des entreprises du groupe.

6.6. Définir une segmentation pertinente des achats réalisés par les SCA pour être en capacité de mener des analyses économiques

Le point de départ pour toute analyse de la concurrence est de délimiter le marché économique considéré. Il s'agit de définir un périmètre sur lequel le produit considéré, dans notre cas des travaux autoroutiers, est raisonnablement substituable. Les travaux autoroutiers, un ensemble de fait fortement hétérogène, recouvrent plusieurs marchés. De plus, les analyses précédentes ont mis en lumière des particularités du secteur structurantes pour la concurrence qui s'y exerce.

Lorsque l'on considère une prestation de travaux autoroutiers pour une SCA, définir le marché dans lequel elle se situe nécessite d'établir :

- Une segmentation des travaux, c'est-à-dire l'ensemble de travaux autoroutiers qui répondraient aux besoins de la SCA en question.
- Une segmentation géographique, c'est-à-dire le territoire sur lequel des entreprises de TP sont susceptibles de répondre à un marché de ce type.

La segmentation des travaux amène à se poser la question de la substituabilité de la demande, ou, en d'autres termes, de l'existence de plusieurs prestations de travaux pouvant servir le même besoin (6.6.1). Elle amène aussi à se poser la question de la substituabilité de l'offre, c'est-à-dire de la capacité des entreprises à entrer sur certains marchés. La segmentation géographique est abordée en 6.6.2.

6.6.1. La substituabilité de la demande et de l'offre

Les travaux autoroutiers sont des prestations complexes et, du fait de cette complexité, l'approche purement statistique trouve sa limite par la nécessité d'analyser des prestations similaires ce qui implique de regrouper les marchés de travaux en groupes homogènes.

a. La substituabilité de la demande : l'appel d'offres passé par une SCA structure la délimitation du marché à retenir

Les appels d'offres passés par les sociétés concessionnaires constituent une première délimitation du marché.

En effet, les SCA passent des contrats selon des procédures définies pour tout ou partie selon les principes de la commande publique pour répondre à leurs besoins. L'une de ces obligations consiste à définir son besoin (type de travaux, durée, montant, spécificités techniques des matières premières et de mise en œuvre, etc.) de manière précise et avant la publication d'un appel d'offres, notamment pour garantir l'efficacité des achats. Une fois l'avis publié, les SCA ne peuvent d'ailleurs modifier ni l'objet ni les caractéristiques fondamentales du marché de façon substantielle sous peine d'entacher la procédure d'irrégularité.

b. La substituabilité de l'offre : l'adaptabilité des entreprises aux besoins des SCA

Les entreprises du secteur disposent de produits relativement génériques comme certains types d'enrobés, de béton ou encore des modèles de glissière métallique. Néanmoins, la prestation finale est un produit complexe en raison d'une combinaison de produits et de caractéristiques techniques de mise en œuvre spécifiques. Ce niveau de complexité qui varie selon le contexte de la réalisation et les besoins de la SCA en engendrant l'expression d'un besoin unique, requiert des entreprises une grande adaptabilité pour pouvoir y répondre et remporter des appels d'offres.

A titre d'illustration, considérons une SCA exprimant un besoin de travaux d'enrobés sans autres spécifications que le lieu d'exécution. Coté demande la substituabilité sera élevée car la SCA se laisserait notamment la possibilité de choisir entre différents types d'enrobés (standard, recyclé, phonique, avec liant végétal, etc.), sans considération de la durée ou de l'organisation des travaux (et donc de la gêne pour l'utilisateur). Pour l'offre, une définition aussi large permet à plus d'entreprises de soumettre une offre mais augmente le risque d'obtenir des réponses en inadéquation technique avec le besoin véritable.

A l'inverse, une définition trop précise des besoins est susceptible de réduire le nombre d'entreprises en capacité de répondre au besoin exprimé par la SCA. En résulteraient d'une part un risque d'infructuosité de la procédure de passation et, d'autre part, un risque d'inefficacité financière (prix plus élevé du fait d'une moindre concurrence). On notera à cet effet que, dans le but de garantir l'égalité d'accès à la commande publique, la réglementation interdit les achats basés sur des spécificités techniques exclusives¹³⁵.

c. L'allotissement et les réponses au non-allotissement, le groupement et la sous-traitance

L'allotissement, tend à favoriser la concurrence entre les entreprises en facilitant l'accès des petites et moyennes entreprises à un marché.

Les SCA peuvent aussi passer des marchés non allotis¹³⁶ et permettre la réalisation de prestations différentes par une entreprise unique (ou un groupement d'entreprises). Ainsi les SCA sont susceptibles de ne pas allouer un projet pour optimiser un planning ou l'organisation des travaux, mais également pour minimiser le nombre d'interlocuteurs ou encore de transférer la responsabilité de la coordination à l'entreprise mandataire. Le choix d'allouer est donc le résultat d'un arbitrage des SCA entre les bénéfices attendus d'une concurrence accrue et les contraintes inhérentes à l'allotissement.

Lorsqu'un marché n'est pas alloué alors qu'il contient effectivement des prestations distinctes, l'offre peut s'adapter pour y répondre :

- Un groupement d'entreprises permet aux petites et moyennes entreprises d'accéder plus facilement à la commande.
- Les candidats peuvent également avoir recours à la sous-traitance : l'entreprise titulaire fait appel à un tiers pour une partie de la prestation qu'elle n'est pas en capacité d'assurer elle-même.

Le recours à la co-traitance et à la sous-traitance, bien qu'il ne se substitue pas à l'allotissement quant à son impact sur la concurrence, a un effet qui reste complexe à appréhender car l'Autorité ne dispose pas de toutes les informations nécessaires. Entre autres, la répartition du montant de la prestation entre co-traitants et/ou la présence de sous-traitants est inconnue.

6.6.2. La segmentation géographique

¹³⁵ Article 8 du décret 2016-360

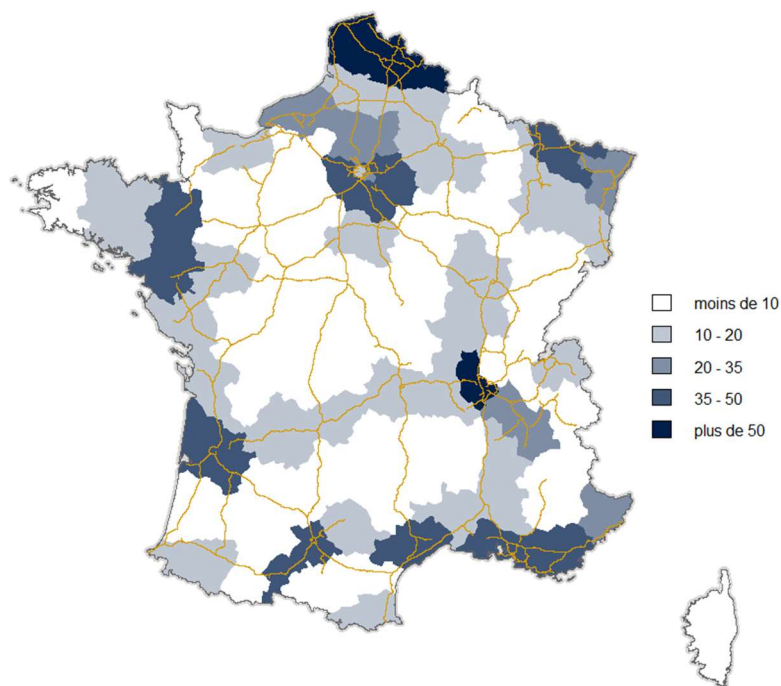
¹³⁶ Les SCA peuvent motiver le non-allotissement pour des raisons de coordination, de restriction de la concurrence ou d'augmentation du coût de l'exécution des prestations.

La dimension géographique joue un rôle déterminant dans l'estimation du niveau de concurrence. Du côté de la demande, l'allotissement géographique d'un marché permet, *a priori*, à un plus grand nombre d'entreprises de répondre à l'appel d'offres en raison de l'étendue plus limitée des prestations à réaliser. Du côté de l'offre, des marchés très segmentés géographiquement sont propices à des situations de monopoles locaux.

Définir une segmentation géographique du secteur des travaux routiers s'avère complexe. Le périmètre d'action d'une entreprise de TP varie considérablement selon le type de prestations et les moyens dont elle dispose (par ex : la localisation des sites de production, le délai de maniabilité du béton avant sa prise, le coût du transport pour l'approvisionnement de matériaux de remblai).

Néanmoins on constate une segmentation géographique forte, en lien avec un périmètre d'action restreint. A titre d'illustration, la carte suivante montre le nombre des établissements dont l'activité principale est identifiée au code APE 42.11Z (« *Construction de routes et autoroutes* ») dans la nomenclature d'activités française (NAF) par rapport à l'implantation du réseau autoroutier. Elle permet notamment de constater l'hétérogénéité de la répartition de l'offre sur le territoire national et suggère une corrélation du nombre d'entreprises à la densité du réseau autoroutier.

Nombre d'entreprises de travaux publics intervenant principalement dans la construction de routes, par département



Sources : SIRENE / IGN

L'ensemble de ces considérations, qui permettent d'apprécier la variété des facteurs explicatifs de l'intensité concurrentielle, appelle à des travaux de collecte de données et d'analyse plus approfondis, que l'Autorité entend poursuivre dans les années à venir.

7. LE CONTROLE DES CONTRATS D'INSTALLATIONS ANNEXES A CARACTERE COMMERCIAL

7.1. Généralités

Le réseau autoroutier concédé français est constitué à ce jour de 637 aires de repos destinées au stationnement des véhicules, au repos et à l'agrément des voyageurs et de 357¹³⁷ aires de services, qui proposent, en plus des services gratuits délivrés sur les aires de repos, d'autres services, incluant, *a minima*, la distribution permanente de carburant et des prestations de restauration¹³⁸.

L'implantation des aires de services est définie dans les contrats de concessions. L'arrêté du 8 août 2016 fixe les obligations de service public sur les installations annexes situées sur le réseau en fonction du trafic moyen journalier de l'aire¹³⁹. Le niveau de trafic détermine ainsi les exigences minimales en matière de service public autoroutier¹⁴⁰.

L'ensemble des 357 aires de services comprennent l'activité de distribution de carburant, 352 aires proposent la vente en boutique, et 321 aires l'activité de restauration. Seules 18 aires proposent également un service d'hôtellerie.

Les contrats de concessions autoroutières prévoient par ailleurs que les sociétés concessionnaires (ci-après « SCA ») peuvent librement passer des contrats pour l'exploitation des installations annexes (ci-après « sous-concession »), sous réserve du respect de la législation et de la réglementation applicable.

Dans la pratique, en 2018, l'exploitation de la totalité des aires de services est externalisée au travers de contrats de sous-concessions, qui font l'objet de versements de redevances par les co-contractants (ci-après les « sous-concessionnaires » ou « exploitants ») auprès des SCA.

Les contrats de sous-concession permettent aux SCA de transférer ces activités à un tiers spécialisé disposant des compétences adaptées aux besoins. Par conséquent, les SCA peuvent se concentrer davantage sur l'entretien et l'exploitation de l'ouvrage que les activités commerciales qui sont déléguées à des sociétés spécialisées et dont elles peuvent tirer des revenus *via* une redevance d'exploitation.

En 2016, les contrats d'installations annexes à caractère commercial ont généré 3,27 milliards d'euros de chiffre d'affaires, soit près de 26 % des dépenses pour les usagers du réseau autoroutier concédé¹⁴¹. Le total des redevances versées aux SCA s'est élevé à environ 145 millions d'euros¹⁴², ce qui représentait 1,5% de leur chiffre d'affaires.

L'exploitation des contrats d'installations annexes à caractère commercial est principalement assurée par des entreprises spécialisées dans la distribution de carburant liées capitalistiquement à des grands groupes pétroliers ou par des entreprises indépendantes.

¹³⁷ Chiffres issus de la collecte de données Arafer 2017 sur l'exercice 2016.

¹³⁸ Ventes alimentaires d'une boutique ou service de restauration.

¹³⁹ Arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé, JORF n° 0191

¹⁴⁰ -la catégorie 1 regroupe les aires dont le trafic moyen journalier annuel (TMJA) observé sur la section courante de l'autoroute au droit de l'aire est supérieur ou égal à 10 000 véhicules par jour. Le niveau minimal de service offert aux usagers sur les aires de catégorie 1 est défini aux articles 3 et 4 ;

-la catégorie 2 regroupe les autres aires de services. Le niveau minimal de service offert aux usagers sur les aires de catégorie 2 est défini à l'article 5 ;

-lorsque deux aires de catégorie 2 se succèdent sur des autoroutes concédées, le ministre chargé de la voirie routière peut toutefois demander à ce que l'une d'elles réponde aux exigences des articles 3 et 4.

¹⁴¹ Chiffres issus de la collecte de données Arafer 2017 sur l'exercice 2016.

¹⁴² Chiffres issus de la collecte de données Arafer 2017 sur l'exercice 2016.

Toutes activités confondues, les enseignes TOTAL, Avia et SHELL représentaient en 2016, 63 % des parts du marché de l'exploitation des aires de services en chiffre d'affaires sur le réseau autoroutier concédé. Cette situation s'explique en partie par le poids de l'activité carburant sur les aires de services du réseau autoroutier concédé, qui représente à elle seule plus de 2,3 milliards d'euros de chiffres d'affaires soit 71 % de l'activité globale.

A titre de comparaison, dans le secteur de la distribution de carburants hors autoroutes, ce sont les enseignes de grandes et moyennes surfaces (« GMS ») qui dominent le marché (61 % des parts de marché), contre 39 % pour les réseaux traditionnels (grands groupes pétroliers et indépendants)¹⁴³.

7.2. Rappel du dispositif juridique applicable

Depuis l'entrée en vigueur, le 1er mars 2016, de la loi du 6 août 2015, la procédure de délivrance des agréments des contrats d'installations de services sur le réseau autoroutier concédé a été modifiée afin de renforcer la concurrence dans le secteur.

Pour les concessionnaires d'autoroutes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs¹⁴⁴, l'article L. 122-24 du code de la voirie routière prévoit à cet effet que la passation des contrats, 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 certaines conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire¹⁴⁵.

Préalablement à la conclusion dudit contrat ou à sa cession à un nouvel exploitant, et en application des articles L. 122-27 et R. 122-42 du code de la voirie routière, les concessionnaires d'autoroutes doivent solliciter le ministre chargé de la voirie routière nationale pour obtenir l'agrément de l'attributaire ou du cessionnaire pressenti.

Pour les procédures de passation engagées à compter du 1^{er} avril 2016, cet agrément du ministre ne peut être délivré qu'après avis public de l'Autorité, qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur le respect des procédures d'attribution du contrat¹⁴⁶.

L'avis de l'Autorité ne lie pas le concédant, qui décide en opportunité de délivrer ou non son agrément, un avis défavorable constituant toutefois l'un des motifs pouvant justifier un refus¹⁴⁷.

¹⁴³ Chiffres issus de la collecte de données 2016.

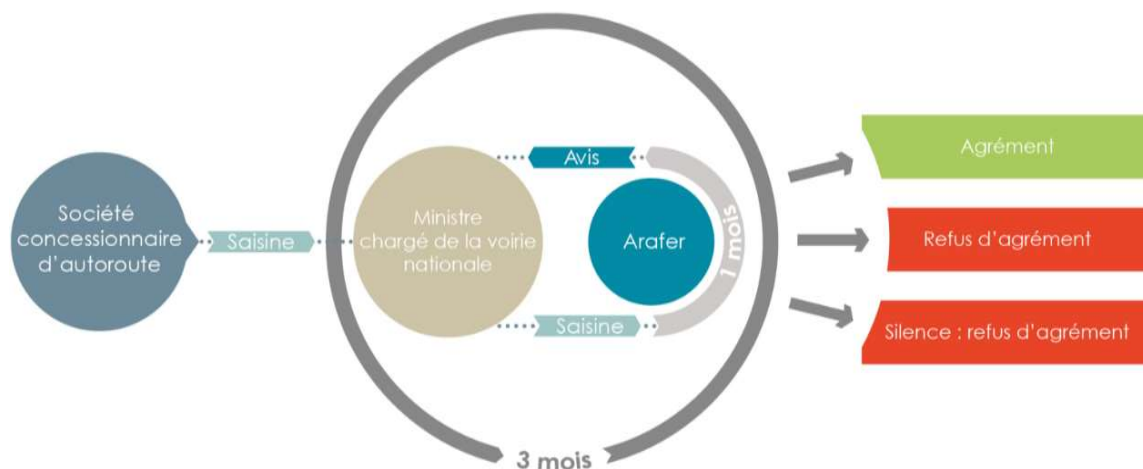
¹⁴⁴ Les sociétés concessionnaires qui sont des pouvoirs adjudicateurs (en l'espèce SFTRF et ATMB) sont, elles, soumises de plein droit aux textes relatifs à la commande publique.

¹⁴⁵ Titre II du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 et dérogations issues des articles R. 122-40 et suivants du CVR.

¹⁴⁶ Règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière.

¹⁴⁷ Article R.122-43 du code de la voirie routière.

Déroulé de la procédure d'agrément délivré dans le cadre de l'attribution des contrats de sous-concessions



7.3. Saisines de l'Autorité en 2018

En 2018, l'Autorité a été saisie de six projets de contrats d'installations annexes à caractère commercial pour lesquels elle était compétente, c'est-à-dire dont la publicité avait été engagée après le 1^{er} avril 2016. Ces saisines ont fait l'objet de cinq avis favorables et d'un avis défavorable.

Sur les 6 projets de contrats présentés pour avis à l'Autorité, un contrat concernait l'exploitation d'un port fluvial sur le canal du Midi, les 5 autres projets portaient sur la distribution de carburants et la vente en boutique, dont 2 avaient également pour objet une activité de restauration.

Par ses avis, l'Autorité a pu préciser ses modalités d'appréciation du respect des procédures de passation qui s'imposent aux sociétés concessionnaires afin, notamment, de garantir l'égalité de traitement des candidats et de permettre de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse. L'Autorité a en particulier pu préciser son appréciation du critère de modération tarifaire et s'est attachée à vérifier son effectivité pour l'utilisateur.

L'avis défavorable¹⁴⁸, relatif au projet de contrat d'exploitation de l'aire de Mâcon-la-Salle située sur le réseau de la société concessionnaire APRR n'a pas été suivi et le ministre chargé de la voirie routière nationale a décidé de délivrer son agrément.

Cependant, les remarques de l'Autorité ont amené les services du concédant à exiger des engagements supplémentaires de la part de l'exploitant visant à préciser les modalités de la modération tarifaire applicable aux prix des carburants. Par un avenant au contrat initial, la société APRR et l'exploitant ont ainsi précisé la périodicité à prendre en compte pour le calcul de la moyenne des prix de référence de la direction générale de l'énergie et du climat (ci-après « DGEC »), sur laquelle sera appliquée la formule de modération tarifaire en indiquant que le prix moyen DGEC sera calculé suivant une périodicité hebdomadaire¹⁴⁹ et non annuelle.

¹⁴⁸ Avis n° 2018-082 du 22 novembre 2018. Concernant le critère financier, la SCA APRR n'a pas pris en compte la totalité des rémunérations dans l'analyse de son critère financier. Concernant la modération tarifaire, la société n'a pas précisé la forme de l'écart maximal avec le référentiel ne permettant pas de comparer les offres. Enfin, la périodicité d'actualisation de la moyenne des prix de référence n'était pas prévue au contrat, ne permettant pas de garantir l'effectivité de la modération tarifaire.

¹⁴⁹ Avenant n° 1 au contrat signé le 29 mars 2019 entre APRR et TOTAL MARKETING

Récapitulatif des avis de l'Autorité sur les procédures de passation des projets de contrats d'installations annexes à caractère commercial pour l'exercice 2018

SCA	Aire	Activités	Sens de l'avis	N° de l'avis	Date de l'avis
ASF	Port-Lauragais SUD	Exploitation d'un port fluvial	Favorable	N°2018-005	31/01/2018
SANEF	Ressons EST	Carburant / Boutique / Restauration	Favorable	N°2018-060	06/09/2018
SANEF	Saint-Laurent	Carburant / Boutique / Restauration	Favorable	N°2018-061	06/09/2018
ASF	Lançon-de-Provence OUEST	Carburant / Boutique	Favorable	N°2018-077	08/11/2018
ASF	Lançon-de-Provence EST	Carburant / Boutique	Favorable	N°2018-078	08/11/2018
APRR	Mâcon-la-Salle	Carburant / Boutique	Défavorable	N°2018-082	22/11/2018

7.4. Éléments essentiels de la procédure

Conformément à l'article R.122-41 du code de la voirie routière, les SCA sont tenues d'attribuer leurs contrats d'exploitation dans les conditions prévues par le titre II du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession. Les projets de contrats de sous-concessions soumis à l'Autorité ont fait l'objet d'une procédure de passation avec appel d'offres restreint et négociation. Cette procédure dissocie la phase de sélection des candidatures de celle des offres intégrant une période de négociation ce qui est nécessairement plus long qu'une procédure d'appel d'offres ouvert.

Ainsi, la durée moyenne des procédures de passation constatée pour les projets de contrats d'exploitation soumis à l'Autorité en 2018 est de 13,6 mois¹⁵⁰.

7.4.1. Durée des contrats

Aux termes de l'article 6 du décret n°2016-86 du 29 janvier 2016, les contrats d'exploitation ont une durée limitée déterminée en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés à l'exploitant.

Il est notamment prévu que les contrats d'une durée supérieure à 5 ans n'excèdent pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis. En tout état de cause, la durée maximale de l'agrément ne peut être supérieure à 15 ans¹⁵¹.

¹⁵⁰ Durée constatée entre l'envoi de l'avis d'appel à candidature et la transmission du projet de contrat à l'Autorité.

¹⁵¹ Article R. 122-42 du code de la voirie routière

Ce dispositif permet d'encadrer la durée du contrat d'exploitation de façon à ne pas générer une rente pour les exploitants, en imposant une remise en concurrence périodique.

La périodicité du renouvellement des aires d'autoroutes tend en effet à accroître la concurrence sur le secteur en favorisant l'accès à d'autres opérateurs économiques potentiels.

Or, l'Autorité constate qu'en 2018 la durée moyenne des contrats de sous-concession transmis à l'Autorité en 2018 est de 13,8 ans, et que la durée moyenne de l'ensemble des contrats d'exploitation est de 14,5 ans.

Cela signifie que la durée d'amortissement des investissements réalisés est proche de la durée maximale de l'agrément. A ce stade, l'Autorité ne dispose pas des informations suffisantes pour déterminer si l'amortissement est calculé pour ne pas dépasser cette limite juridique ou si c'est le montant des investissements qui justifie d'être amorti sur cette durée.

Pour les prochaines saisines qui seront effectuées par le concédant, l'Autorité encourage les sociétés concessionnaires d'autoroutes à transmettre la documentation financière et comptable justifiant la durée des projets de contrats de sous-concessions (lorsqu'elle excède 5 ans).

Durée moyenne des projets de contrats d'installation annexes à caractère commercial soumis à l'Autorité en 2018

SCA	Aire de services	Durée (en années)
ASF	Port-Lauragais SUD	10
SANEF	Ressons EST	15
SANEF	Saint-Laurent	13
ASF	Lançon-de-Provence EST	15
ASF	Lançon-de-Provence OUEST	15
APRR	Mâcon-La-Salle	15
Moyenne		13,8

7.4.2. Nombre de candidatures et d'offres

Pour les projets de contrats d'exploitation soumis à l'Autorité en 2018, 2,8 candidatures et 2,5 offres ont été présentées en moyenne par procédure, contre une moyenne de 1,9 offre en 2017 et un même taux de participation au stade des candidatures.

Le nombre de candidatures et d'offres a donc augmenté depuis le dernier exercice, mais ces résultats devront être analysés sur plusieurs exercices pour identifier des tendances.

En outre, au-delà du nombre de candidatures et d'offres qui peut constituer un premier indicateur de la concurrence sur le secteur, il convient d'analyser la répartition des candidatures et des offres selon les spécialités des opérateurs économiques concernés ainsi que le taux de renouvellement des exploitants déjà en place.

Le taux de candidatures et d'offres sur cette catégorie de contrats peut s'analyser au regard du dispositif juridique applicable et du contexte économique.

Sur le plan juridique, l'une des particularités de l'organisation des contrats d'exploitation des installations annexes à caractère commercial est l'absence d'obligation d'allotir, c'est-à-dire de diviser les contrats selon la nature des prestations (distribution de carburants, activités de boutique et de restauration) ou de l'implantation géographique des sites à exploiter.

Dès lors, les sociétés concessionnaires proposent le plus souvent des contrats globaux avec l'ensemble des activités commerciales groupées dans un même contrat au lieu de faire un contrat par activité. L'activité de distribution de carburant étant celle qui génère le plus de chiffre d'affaires et pour laquelle les contraintes techniques et réglementaires sont les plus élevées (obligations environnementales, niveau de service avec une ouverture 24h/24), c'est, le plus souvent, une société de distribution de carburants qui se présente comme mandataire d'un groupement en se liant à des sociétés spécialisées dans les autres activités (la restauration ou l'hôtellerie).

L'Autorité considère ainsi que l'absence d'allotissement et les contraintes réglementaires des activités annexes à caractère commercial sont susceptibles de favoriser des restrictions de concurrence en mettant en position de force les opérateurs économiques qui proposent l'activité la plus importante en termes de chiffre d'affaires mais aussi la plus encadrée sur le plan juridique et technique, à savoir les distributeurs de carburants, par rapport aux sociétés proposant d'autres catégories de produits ou de services.

Pour 2018, en nombre d'aires et en chiffre d'affaires, les sociétés pétrolières ont donc majoritairement remporté les contrats d'exploitation (voir tableau ci-dessous).

Récapitulatif des candidatures et des attributions pour les projets de contrats d'installation annexes à caractère commercial soumis en 2018 à l'Autorité

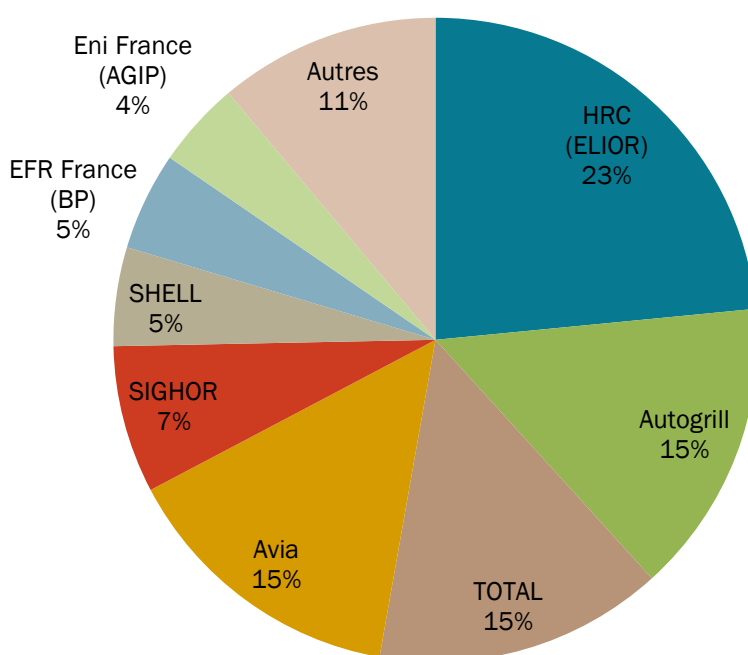
SCA	Aire	Activités	Nombre de candidats	Nombre d'offres	Candidat sortant	Candidat rentrant
ASF	Port-Lauragais SUD	Exploitation d'un port fluvial	1	1	CEPP	VEOLIA
SANEF	Ressons EST	Carburant Boutique Restauration	3	3	TOTAL MARKETING + HRC	TOTAL MARKETING + AUTOGRILL
SANEF	Saint-Laurent	Carburant Boutique Restauration	2	2	TOTAL MARKETING	EG GROUP ¹⁵²
ASF	Lançon-de-Provence EST	Carburant Boutique	2	2	TOTAL MARKETING	TOTAL MARKETING
ASF	Lançon-de-Provence OUEST	Carburant Boutique	3	3	TOTAL MARKETING	TOTAL MARKETING

¹⁵² EFR France.

SCA	Aire	Activités	Nombre de candidats	Nombre d'offres	Candidat sortant	Candidat rentrant
APRR	Mâcon-la-Salle	Carburant Boutique	6	4	TOTAL MARKETING	TOTAL MARKETING

En nombre d'aires, sur l'ensemble du réseau, le tableau ci-dessous illustre le fait que les sociétés pétrolières exploitent en majorité les aires de services sur l'ensemble du réseau concédé.

Part de marché en nombre de sites des titulaires de contrat de service de restauration, en 2016



Sur le plan économique, l'Autorité note que le niveau d'investissement requis associé à la durée des contrats pourrait concourir également à limiter le nombre d'acteurs en capacité de répondre aux appels d'offres lancés par les SCA.

Ainsi pour 2018, concernant l'activité de distribution de carburants, 4 projets de contrats sur 5 ont été attribués au titulaire sortant et la société TOTAL MARKETING, candidatant seule ou en groupement.

7.5. Les critères d'attribution des offres

7.5.1. Rappel du dispositif juridique applicable s'agissant des critères de sélection des offres

Par dérogation aux articles 26 et 27 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, l'article R. 122-41 du code de la voirie routière prévoit expressément, pour les sociétés concessionnaires d'autoroutes, une obligation de pondérer les critères de sélection utilisés pour choisir la meilleure offre, ces derniers devant contenir au moins les éléments suivants :

- La qualité des services rendus aux usagers ; par exemple : variété des offres commerciales, attractivité des enseignes, étendue des services, aménagements intérieurs, démarche qualité client, offre de produits locaux, etc ;
- La qualité technique et environnementale ; par exemple : nombre de places de stationnement, aménagements extérieurs, intérêt architectural du projet, démarche environnementale, maintien de la végétation existante, etc ;
- L'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire ; par exemple : montants des redevances fixes et variables ;
- Si le contrat d'exploitation porte sur la distribution de carburants : la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant, la pondération de ce critère étant au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations.

7.5.2. La pondération des critères de sélection

Le tableau ci-après présente le détail de la pondération des critères d'attribution par procédure de passation dont le projet de contrat a été soumis à l'Autorité en 2018.

Pour l'exercice 2018, comme depuis l'entrée en vigueur du dispositif, l'Autorité constate que la pondération des critères autres que celui de la modération tarifaire a été minorée pour intégrer le nouveau critère de modération tarifaire, sans toutefois bousculer les équilibres généraux entre le prix et la valeur technique.

On constate, d'une part, que les concessionnaires d'autoroutes appliquent la même méthode de notation pour chacune de leurs aires.

D'autre part, la société SANEF a proposé un critère relatif au montage juridique de la réponse des candidats¹⁵³. En effet, l'aire de Saint-Laurent présentait la particularité d'être moins attractive par rapport à l'aire de Resson Est, dont la nouvelle procédure d'attribution a été engagée concomitamment. Pour s'assurer de l'engagement réel et ferme des parties, la société SANEF a ainsi fait le choix de favoriser les propositions présentant une convention d'occupation du domaine public unique (bipartite ou tripartite) par rapport à un groupement de candidats où plusieurs conventions auraient été nécessaires. L'aire de Saint-Laurent a été attribuée à une société unique pour limiter le risque juridique de relance de la procédure en cas de demande de résiliation partielle.

¹⁵³ Aire de service de Saint-Laurent.

Tableau de répartition des pondérations par critère d'attribution pour les contrats d'installations annexes à caractère commercial en 2018

Réseau	Axe routier	Aire	Critère financier (dont rémunération de la SCA)	Critère technique et environnemental	Qualité du service rendu	Politique de modération tarifaire	Forme contractuelle
ASF	A61	Port-Lauragais SUD	30/100 (30/100)	35/100	35/100	.. ¹⁵⁴	-
SANEF	A1	Ressons EST	25/100 (25/100)	25/100	23 /100	25/100	2/100
SANEF	A1	Saint-Laurent	25/100 (25/100)	25/100	20/100	25/100	5/100
ASF	A7	Lançon-de-Provence EST	20/113 (13/113)	35/113	45/113	13/133	-
ASF	A7	Lançon-de-Provence OUEST	20/113 (13/113)	35/113	45/113	13/113	-
APRR	A6	Mâcon-La-Salle	25/100 (25/100)	25/100	25/100	25/100	-
Moyenne			24 % (dont 17% ¹⁵⁵)	28 %	32 %	15 %	2% ¹⁵⁶

7.5.3. La rémunération des SCA

Selon la société concessionnaire considérée, le critère financier, ou critère prix, ne recouvre pas le même périmètre et n'est pas exprimé de la même façon. En effet, le critère financier peut inclure notamment l'ensemble des rémunérations des SCA ainsi que d'autres éléments d'appréciation ou être exclusivement composé de ces dernières.

Cette rémunération est en général calquée sur le montant de la redevance domaniale qui est calculée à partir des avantages de toutes natures procurés à l'occupant par la mise à disposition du domaine et de sa clientèle.

En 2018, l'Autorité constate que SANEF et APRR considéraient que le critère financier était exclusivement composé de la rémunération qui lui est versée par l'exploitant. Seule la société ASF

¹⁵⁴ L'exploitation d'une activité de distribution de carburant ne faisait pas partie du contrat, d'où l'absence de politique de modération tarifaire.

¹⁵⁵ Cette moyenne comprend également la moyenne de l'aire de port Lauragais qui ne concerne pas la distribution de carburant. Sur les aires comprenant la distribution de carburants, les moyennes relatives aux critères de rémunération des SCA et celui de la modération tarifaire sont égales.

¹⁵⁶ Concerne uniquement SANEF pour deux demandes d'agrément.

inclut dans son critère financier, les prévisions de chiffre d'affaires, les investissements, les réinvestissements et les redevances.

Ainsi, pour l'exercice 2018, si la pondération du critère financier était en moyenne de 24 % pour l'ensemble des sociétés concessionnaires soit moins d'un quart de la pondération totale, la seule rémunération des sociétés concessionnaires (niveau prévisionnel des redevances) est pondérée quant à elle en moyenne à 17% de la note globale des offres.

Concernant la société SANEF, le critère financier correspond strictement à la rémunération pressentie pour la SCA (au travers des redevances versées par le titulaire du contrat)¹⁵⁷.

Pour la société ASF, le critère financier inclut d'autres sous-critères pondérés comme suit : la rémunération de la SCA (13/20), le chiffre d'affaires pressenti du titulaire (1/20), le montant des investissements projetés (4/20) et le montant des réinvestissements proposés (2/20).

Enfin, pour la société APRR, lors du renouvellement de l'aire de Mâcon-la-Salle, l'Autorité avait relevé que, pour apprécier le critère relatif à la valeur financière des offres, la société concessionnaire avait choisi d'évaluer, au titre des montants minimum garantis versés par l'exploitant, le seul montant de la « redevance *minimum garantie* », sans prendre en compte le montant de la redevance fixe à laquelle elle devait s'ajouter. Ce faisant, et au regard d'autres éléments de la procédure mise en œuvre, l'Autorité a rendu un avis négatif le 22 novembre 2018.

Afin de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, et conformément aux dispositions du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière qui imposent de prendre en compte l'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant lors de l'analyse des offres, l'Autorité considère que les concessionnaires d'autoroutes doivent prendre en compte la somme de la redevance fixe et de la redevance minimum garantie réellement perçues, quel que soit le volume de vente de l'exploitant.

7.5.4. Le critère de modération tarifaire (carburant)

a. L'absence de définition réglementaire de la modération tarifaire

Depuis le 1^{er} avril 2016, 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 autres critères d'attribution listés par les articles 26 et 27 du décret n°2016-86 précité relatif aux contrats de concession.

En outre, ce critère doit alors être au moins égal à celui qui est appliqué pour l'analyse financière de l'offre.

Néanmoins, la notion de modération tarifaire n'a pas été définie ni dans sa méthode ni dans ses objectifs et fait l'objet d'interprétations divergentes entre les SCA.

Pour la première fois en 2018, l'Autorité a été saisie de projets de contrats dont l'objet portait sur la distribution de carburants.

A la lecture des dispositions précitées du code de la voirie routière et à la suite de l'étude des dossiers qui lui ont été transmis, l'Autorité considère, pour l'activité de distribution de carburants, que les SCA

¹⁵⁷ Montant de la redevance fixe, montant de la redevance variable et celle de l'entretien.

doivent sélectionner l'exploitant notamment sur l'effectivité de ses engagements en matière de détermination des tarifs.

Dans le cadre des saisines et pour mesurer l'effectivité de ces engagements, l'Autorité vérifie ainsi que la formule de modération tarifaire imposée par la société concessionnaire est basée sur un référentiel suffisamment représentatif (moyenne DGEC, comparaison avec d'autres aires, etc.), sur une zone géographique donnée ainsi qu'au moyen d'une formule suffisamment contraignante pour le futur exploitant (temporalité suffisamment réduite pour ne pas permettre à l'exploitant une trop grande flexibilité sur les tarifs pratiqués par rapport au référentiel retenu pour éviter le foisonnement).

b. Disparité des méthodes de modération tarifaire employées par les SCA

Sans définition de la notion, les SCA ont déployé des méthodes de modération tarifaire hétérogènes.

Les clauses de modération tarifaire figurant dans les procédures de passation des contrats d'exploitation comprenant de la distribution de carburants sont toutes basées sur l'utilisation d'un référentiel de prix à partir duquel les candidats doivent proposer un écart maximal à la valeur de référence considérée. Comme indiqué dans le tableau ci-après, ces méthodes divergent toutefois dans le choix du référentiel ainsi que dans la détermination des écarts par rapport à ce référentiel :

Politiques de modération tarifaire pour les projets de contrats comprenant l'activité de distribution de carburant et soumis en 2018 à l'Autorité

SCA	Aire	Type de méthode de modération tarifaire
SANEF	Ressons EST	Prix max = prix moyen annuel DGEC ¹⁵⁸ + x € TTC (en centime) selon le SP95 ¹⁵⁹ , le SP98 ¹⁶⁰ et le sans plomb
SANEF	Saint-Laurent	Prix max = prix moyen annuel DGEC + x € TTC (en centime) selon le SP95, le SP98 et le sans plomb
ASF	Laçon-de-Provence EST	Prix max = Ecart maximal en % (en + ou en -) par rapport au prix moyen mensuel au litre des 2 stations de référence selon le SP95, le SP98 et le sans plomb
ASF	Laçon-de-Provence OUEST	Prix max = Ecart maximal en % (en + ou en -) par rapport au prix moyen mensuel au litre des 2 stations de référence selon le SP95, le SP98 et le sans plomb
APRR	Mâcon-La-Salle	Prix max = écart de prix maximal en centimes à la moyenne hebdomadaire des prix DGEC selon le SP95, le SP98 et le sans plomb

Outre le référentiel de prix utilisé, l'écart admissible par rapport à ce référentiel, qui fait l'objet de propositions de la part des candidats, est un paramètre structurant qui a pris des formes différentes dans les procédures de passation soumises en 2018 à l'Autorité.

¹⁵⁸ Prix de vente moyen des carburants hors PL sur le territoire français.

¹⁵⁹ Sans plomb 95.

¹⁶⁰ Sans plomb 98.

Il a ainsi été constaté que les SCA ont décliné de manière significativement différente les moyens de parvenir à une modération tarifaire, ce qui se traduit par des engagements contractuels hétérogènes en fonction du projet de contrat concerné et de l'interprétation de la clause y figurant.

Dès lors, en fonction du niveau d'engagement de modération tarifaire défini par la société concessionnaire, les usagers pourront voir appliqués des niveaux de tarification très hétérogènes en fonction de l'aire considéré pour un niveau de service équivalent.

7.6. L'effectivité de la modération tarifaire au cours de l'exécution des contrats d'exploitation

7.6.1. Sur le choix du référentiel de prix

Dans la formule de modération tarifaire proposée par la société concessionnaire, le choix du référentiel de prix est déterminant puisqu'il fixe le niveau par rapport auquel les prix sur autoroute vont être appliqués pour les usagers.

A défaut de définition du critère, les SCA ont proposé des dispositifs de modération tarifaire basés sur des écarts de prix avec des référentiels hétérogènes : certaines modérations tarifaires sont basées sur la moyenne des prix DGEC¹⁶¹ et d'autres sur des prix moyens d'aires de référence¹⁶².

On notera que, dans le cas où les prix des aires de référence sont plus élevés que les prix qu'aurait pratiqués l'exploitant sans l'instauration d'une modération tarifaire, cet encadrement pourrait donner lieu à un alignement des prix à la hausse, avec un effet contraire à tout objectif de modération tarifaire.¹⁶³

Pour les référentiels fondés sur une comparaison aux prix moyens DGEC, il convient de noter que ceux-ci incluent l'ensemble des sites de distribution de carburants pour les véhicules légers à l'échelle nationale, y compris et surtout les points de vente situés en-dehors du réseau autoroutier concédé.

En considérant les prix DGEC comme référentiel, et en définissant la plage d'admissibilité des prix pratiqués à partir d'un écart à la moyenne défini de manière univoque (ex : en euros ou en %), le type de formules en découlant serait a priori plus avantageux pour l'utilisateur par rapport à un référentiel uniquement basé sur des prix de carburants sur autoroute.

L'Autorité encourage les SCA à définir des prix de référence permettant d'avoir un impact à la baisse sur les prix des carburants distribués sur le réseau autoroutier concédé.

7.6.2. Sur la périodicité de la modération tarifaire

Pour mesurer l'effectivité du critère de modération tarifaire, outre le référentiel choisi par la société concessionnaire, l'Autorité s'intéresse également à la périodicité de la comparaison à ce référentiel. Plus la période choisie par la société concessionnaire est importante, plus l'exploitant pourra lisser ses écarts par rapport au référentiel choisi alors que le prix des carburants peut varier au cours d'une même semaine.

¹⁶¹ Prix de vente moyen des carburants hors PL sur le territoire français / aire de Mâcon-la-Salle.

¹⁶² Aires de Lançon-de-Provence EST et OUEST.

¹⁶³ Alignement des prix dans le cadre de la politique tarifaire de l'aire de Lançon-de-Provence.

Il a été constaté que certains projets de contrats prévoyaient notamment un recours aux prix moyens annuels de référence¹⁶⁴ ou encore ne définissaient pas la périodicité de la moyenne des prix¹⁶⁵.

L'Autorité considère que les engagements de modération tarifaire sur une période trop longue ne permettent pas de garantir une mise en œuvre efficace de modération des tarifs des carburants pour l'utilisateur.

En effet, le recours à une période de durée trop longue octroie au distributeur une marge de manœuvre importante pour ajuster les prix de distribution selon la volatilité des prix des carburants, notamment en fonction de l'intensité du trafic, et ce sans être contraint de les modérer.

L'Autorité recommande aux SCA de construire la périodicité de la moyenne des prix de référence de la modération tarifaire avec une durée maximale d'intervalle de temps qui soit mensuelle.

7.6.3. Sur la nature de l'écart maximal avec le référentiel

Dans le cadre du contrôle préalable de la procédure de passation des contrats d'exploitation, l'Autorité veille également au respect de l'égalité de traitement entre les candidats.

Concernant le projet de contrat d'exploitation relatif à l'aire de Mâcon-La-Salle et pour le critère relatif à la modération tarifaire, l'Autorité a constaté un défaut de précision de la société concessionnaire quant à la nature de l'écart maximal avec le référentiel choisi (prix moyen DGEC).

Les soumissionnaires avaient en effet proposé des engagements hétérogènes qui ne pouvaient être comparés entre eux : deux candidats s'étaient engagés sur des écarts en pourcentage par rapport aux prix hebdomadaires DGEC (impliquant donc une variabilité des prix) tandis que deux autres s'étaient engagés sur des écarts en euros TTC (par unité de volume).

Pour émettre son avis défavorable, l'Autorité a notamment considéré que le critère de modération tarifaire ne pouvait être apprécié dans des conditions garantissant le respect du principe d'égalité de traitement entre les différents candidats.

En réponse à l'avis de l'Autorité, le concédant a précisé que la SCA avait apporté la preuve, *a posteriori*, d'avoir converti les valeurs de manière à pouvoir les comparer entre elles.

7.7. La modification des contrats

En vertu de l'article R.122-43 du code de la voirie routière, l'Autorité est compétente pour les seuls avenants aux contrats dont la publicité a été engagée après le 1^{er} avril 2016.

Toutefois, en cas de modification substantielle du contrat initial (hypothèse d'un avenant qui devrait faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence compte tenu des modifications engagées), l'Autorité se réserve la possibilité de saisir le concédant pour l'informer de la violation constatée pendant le délai de suspension de signature (délai de *standstill* de 11 jours pendant lequel la signature de l'avenant est suspendue) prévu au V. de l'article R. 122-43 du code de la voirie routière.

En 2018, l'Autorité a ainsi été destinataire de seize projets d'avenants aux contrats d'exploitation, transmis par les sociétés SANEF et COFIROUTE sur le fondement de ces dispositions.

¹⁶⁴ Aires de Saint Laurent et de Ressons EST.

¹⁶⁵ Aire de Macon-La -Salle.

Cinq de ces avenants concernaient des contrats passés avant le 1^{er} avril 2016, c'est-à-dire avant que l'Autorité ne soit compétente pour les examiner. Ces avenants ont tous fait l'objet d'un agrément ministériel.

Les onze autres avenants concernaient des contrats passés après le 1^{er} avril 2016. Leur objet est exposé dans le tableau ci-après :

Objet des avenants aux contrats d'installation annexes à caractère commercial transmis en 2018 à l'Autorité

Objet de l'avenant	Nombre
Installation de bornes de recharge voiture électrique	3
Cession	9
Prolongation	4
Total	16

7.8. Bilan du contrôle des contrats de sous-concessions

En 2018, la totalité des projets de contrats d'exploitation transmis à l'Autorité relevait du dispositif en vigueur, pour lequel l'Autorité doit rendre un avis sur la procédure d'attribution mise en œuvre par la société concessionnaire.

Pour la première fois depuis l'instauration de ce dispositif, l'Autorité a été saisie de projets de contrat relatifs à la distribution de carburants.

Les avis rendus par l'Autorité ont permis de préciser son interprétation du respect des règles de passation applicables à ces contrats et en particulier, le critère de la modération tarifaire qui faute de définition précise, fait encore l'objet d'interprétations hétérogènes dont certaines peuvent être défavorables à l'usager s'agissant des niveaux de prix pratiqués.

Par anticipation du grand nombre de renouvellements attendus pour la période 2019-2021 et afin d'améliorer sa connaissance du secteur, l'Autorité a engagé au cours de l'été 2017 une collecte de données auprès de l'ensemble des sociétés concessionnaire d'autoroutes et des titulaires des contrats d'exploitation des installations annexes à caractère commercial.

Cette collecte a permis de dresser un premier panorama des enjeux économiques du secteur. L'Autorité prévoit d'effectuer à l'avenir des collectes de données similaires dans le but de continuer le suivi de ce secteur d'activité.

L'Autorité proposera des études économiques plus approfondies du secteur et sera force de propositions auprès des acteurs¹⁶⁶ pour apporter toutes propositions de corrections et d'ajustements nécessaires à l'exercice, d'une part, d'une concurrence libre et non faussée sur le secteur et, d'autre part, à l'effectivité d'une modération tarifaire des prix de carburants sur autoroute au bénéfice des usagers.

¹⁶⁶ DGITM, SCA et législateur.

ANNEXE 1 – NOMBRE DE SEANCES DE COMMISSIONS DES MARCHES EN 2018 ET PRESENCE DE LA DGCCRF

SCA	2018	dont présence DGCCRF	2017	dont présence DGCCRF
ATMB	5	3	5	3
SFTRF	4	4	3	2
APRR	8	8	11	11
AREA	10	10	7	7
APRR-AREA	9	9	8	8
ASF	21	20	17	13
COFIROUTE	16	16	14	14
ESCOTA	10	8	7	7
SANEF	21	19	18	16
SAPN	8	8	12	12
SANEF-SAPN	2	1	3	2
Total	114	106	105	95

ANNEXE 2 – NOMBRE ET RESULTATS DES AVIS DES COMMISSIONS DES MARCHES

Ancien dispositif

SCA	Avis favorables	Abstention	Déports
ATMB	2	-	-
SFTRF	2	-	-
APRR	3	-	-
SANEF	2	-	-
SAPN	1	-	-
Total	10	-	-

Nouveau dispositif

SCA	Avis favorables	Abstention	Déports
ATMB	21	-	-
SFTRF	15	-	-
APRR	47	2	-
AREA	17	-	-
APRR-AREA	36	-	-
ASF	104	-	-
COFIROUTE	43	-	-
ESCOTA	27	-	-
SANEF	62	-	-
SAPN	15	-	-
SANEF-SAPN	27	-	-
Total	414	2	-

ANNEXE 3 – DETAIL DU NOMBRE DE MARCHES ET D'AVENANTS PASSES EN COMMISSION DES MARCHES EN 2018

SCA	Ancien dispositif		Nouveau dispositif	
	Nombre de marchés	Nombre d'avenants	Nombre de marchés	Nombre d'avenants
ATMB	-	2	21	-
SFTRF	-	2	15	-
APRR	-	3	47	-
AREA	-	-	17	-
APRR-AREA	-	-	36	-
ASF	-	-	103	1
COFIROUTE	-	-	43	-
ESCOTA	-	-	27	-
SANEF	-	2	61	1
SAPN	-	1	15	-
SANEF-SAPN	-	-	27	-
Total	-	10	412	2

ANNEXE 4 – REPARTITION DES ACHATS DES SCA PAR SEGMENT D'ACHAT

	APRR		APRR-AREA		AREA		ASF		ATMB		COFIROUTE	
	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part
Marchés passés pour avis à la commission des marchés	177,6	51%	42,4	27%	255,6	86%	305,3	70%	42,9	57%	136,9	69%
Avenants passés pour avis à la commission des marchés	32,1	9%	-	0%	-	0%	0,1	0%	0,4	1%	-	0%
Marchés sans publicité ni mise en concurrence	-	0%	1,0	1%	-	0%	-	0%	1,8	2%	-	0%
Achats < 90 k€	85,2	24%	110,1	70%	24,9	8%	99,7	23%	18,6	24%	38,6	19%
90k€<achats <seuils	53,4	15%	0,5	0%	7,8	3%	27,8	6%	11,9	16%	19,9	10%
Marchés subséquents et bons de commandes > seuils	-	0%	-	0%	8,7	3%	0,5	0%	-	0%	2,3	1%
Avenants hors avis de la commission des marchés	2,0	1%	3,6	2%	0,6	0%	0,0	0%	0,3	0%	0,3	0%
Total général	350,3	100%	157,6	100%	297,6	100%	433,4	100%	76,0	100%	198,1	100%

	ESCOTA		SANEF		SANEF-SAPN		SAPN		SFTRF	
	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part	Montant (en M€)	Part
Marchés passés pour avis à la commission des marchés	69,1	58%	114,8	69%	12,2	94%	19,8	50%	9,5	51%
Avenants passés pour avis à la commission des marchés	-	0%	1,1	1%	-	0%	1,2	3%	1,2	7%
Marchés sans publicité ni mise en concurrence	0,8	1%	-	0%	-	0%	-	0%	0,9	5%
Achats < 90 k€	43,4	36%	20,8	12%	0,5	4%	6,2	16%	3,5	19%
90k€<achats <seuils	6,1	5%	15,8	9%	-	0%	6,2	16%	3,3	18%
Marchés subséquents et bons de commandes > seuils	-	0%	13,4	8%	-	0%	6,3	16%	-	0%
Avenants hors avis de la commission des marchés	-	0%	1,6	1%	0,2	2%	0,2	0%	0,1	0%
Total général	119,3	100%	167,5	100%	13,0	100%	39,9	100%	18,6	100%

	Total 9 SCA historiques (en M€)	Total Part
Marchés passés pour avis à la commission des marchés	1 186,1	63%
Avenants passés pour avis à la commission des marchés	36,2	2%
Marchés sans publicité ni mise en concurrence	4,4	0%
Achats < 90 k€	451,7	24%
90k€<achats <seuils	152,7	8%
Marchés subséquents et bons de commandes > seuils	31,2	2%
Avenants hors avis de la commission des marchés	8,8	0%
Total général	1 871,2	100%

ANNEXE 5 - TYPOLOGIE DES AVENANTS SOUMIS A L'AVIS DES COMMISSIONS DE MARCHES SUR L'EXERCICE 2018

Société	avant/après 5 mai 2016	nature du marché	Montant de l'avenant	Montant du marché avant avenant	Montant du marché après avenant	% de variation du montant du marché
APRR	avant	travaux	2 855 725 €	8 953 895 €	11 809 621 €	31,89
APRR	avant	travaux	17 736 958 €	59 497 585 €	77 234 958 €	29,81
APRR	avant	travaux	11 517 296 €	39 740 074 €	51 257 370 €	28,98
ASF	après	travaux	128 926 €	2 097 975 €	2 226 901 €	6,15
ATMB	avant	travaux	283 508 €	9 576 492 €	9 860 000 €	2,96
ATMB	avant	services	112 683 €	1 132 730 €	1 245 413 €	9,95
SANEF	après	travaux	142 040 €	724 378 €	867 317 €	19,73
SAPN	avant	services	1 233 821 €	2 655 410 €	3 889 231 €	46,46
SANEF	avant	services	293 873 €	1 275 180 €	1 569 053 €	23,05
SANEF	avant	services	649 984 €	919 890 €	1 569 874 €	70,66
SFTRF	avant	services	66 550 €	597 107 €	663 657 €	11,15
SFTRF	avant	travaux	1 180 793 €	7 774 462 €	8 955 255 €	15,19

ANNEXE 6 – CRITERES DE SELECTION UTILISES EN 2018 PAR LES NEUF SOCIETES CONCESSIONNAIRES « HISTORIQUES »

Répartition des critères de sélection par valeur dans les analyses des SCA

SCA	Nombre marchés critère unique de prix	Nombre marchés critère unique technique	Nombre marchés pluralité de critère	Poids moyen du critère prix	Poids moyen du critère technique	Poids moyen des autres critères
ATMB	-	-	21	33%	55%	12%
SFTRF	-	2	13	73%	37%	-
APRR	-	-	47	60%	33%	20%
AREA	-	-	17	56%	41%	20%
APRR-AREA	-	-	36	62%	35%	20%
ASF	-	-	103	60%	40%	-
COFIROUTE	-	-	43	60%	40%	-
ESCOTA	-	-	27	59%	41%	-
SANEF	-	-	61	76%	22%	8%
SAPN	-	-	14+1 ¹⁶⁷	71%	28%	10%
SANEF-SAPN	-	-	27	71%	29%	-
Total	0	2	410	61%	37%	15%

¹⁶⁷ Marché ayant une pluralité de critères non pondérés mais classant : A29, bretelle d'accès A131 (sens Le Havre Caen) - Remplacement des équipements dynamiques de Gestion de Trafic SAPN de la zone SEVESO du Havre

ANNEXE 7 – METHODES DE NOTATION FINANCIERES EMPLOYEES

Méthodes de notation financière utilisées par les SCA

Formule notation critère prix	Méthodes de calcul
$\text{note max} \times P_{\min}/P$	Méthode inversement proportionnelle au moins disant
$\text{note max} \times (P_{\min}/P)^2 = (P_{\min}/P) \times (P_{\min}/P)$	Méthode inversement proportionnelle au moins disant au carré
$\text{note max} \times (P_{\min}/P)^3 = (P_{\min}/P) \times (P_{\min}/P) \times (P_{\min}/P)$	Méthode inversement proportionnelle au moins disant au cube
$\text{note max} \times (P_{\min}/P)^\alpha = (P_{\min}/P) \times \dots$ (avec α différent de 1, 2 ou 3)	Méthode inversement proportionnelle au moins disant autre
$\text{note max} \times [1 - (P - P_{\min})/P_{\min}] = (2P_{\min} - P)/P_{\min} = 2 - (1/P_{\min}) \times P$	[Fonction affine] méthode linéaire décroissante au moins disant
$\text{note max} \times [1 - (P - P_{\min})/P_{\min}]^2 = (2 - P/P_{\min})^2 = 4 - 4/P_{\min} \times P + (1/P_{\min})^2 \times P^2$	[Fonction polynomiale] méthode linéaire décroissante au moins disant au carré
$\text{note max} \times [1 - \text{coeff} \times (P - P_{\min})/P_{\min}] = (1 + \text{coeff}) - (\text{coeff}/P_{\min}) \times P$	[Fonction affine] méthode linéaire décroissante au moins disant avec coefficient
$\text{note max} \times [1 - (P - P_{\min})/\text{Estim}] = (\text{Estim} + P_{\min})/\text{Estim} - (1/\text{Estim}) \times P$	[fonction affine] méthode linéaire décroissante au moins disant et à l'estimation
$\text{note max} \times [1 - \text{coeff} \times (P - P_{\min})/\text{Estim}] = (\text{Estim} + \text{coeff} \times P_{\min})/\text{Estim} - (\text{coeff}/\text{Estim}) \times P$	[fonction affine] méthode linéaire décroissante au moins disant et à l'estimation avec coefficient

ANNEXE 8 – TABLEAU RECAPITULATIF DES PROFILS ACHETEURS DES SCA DURANT L'EXERCICE 2018

Sociétés	Profils acheteurs
ATMB	https://www.achatpublic.com
SFTRF	https://marchespublics-tunneldufrejus.omnikles.com/xmarches/okmarche/page/listingPortailappli.do;jsessionid=1967344F077DCF6C50145A970CA83C7F?instance=151
APRR	https://www.marches-securises.fr/
AREA	https://www.marches-securises.fr/
ASF	https://consultations-asf.omnikles.com/
COFIROUTE	https://consultations-cofiroute.omnikles.com/
ESCOTA	https://consultations.escota.com/xmarches/indexfs.do#mainContainer
SANEF	http://sanef.achatpublic.com
SAPN	http://sanef.achatpublic.com

ANNEXE 9 – LISTE DES LIENS PAR SCA SUR LESQUELS LES INVESTISSEMENTS A 5 ANS SONT REPERTORIES

Sociétés	Publication des investissements à 5 ans
APRR	http://aprr.com/fr/les-investissements/le-plan-de-relance-autoroutier
AREA	http://aprr.com/fr/les-investissements/le-plan-de-relance-autoroutier
ASF	https://consultations-asf.omnikles.com/
COFIROUTE	https://consultations-cofiroute.omnikles.com/notre-demarche
ESCOTA	https://consultations.escota.com/xmarches/indexfs.do#mainContainer
SANEF	https://www.planderelance.sanef.com/
SAPN	https://www.planderelance.sanef.com/

ANNEXE – 10 PART DE MARCHES REMPORTES PAR SCA

SCA	Candidat	Nombre de marchés concernés par une candidature	Taux de participation	Nombre d'attributions	Taux de succès des participations	Part du nombre de marchés de la SCA remporté
APRR	BOUYGUES	25	81%	7	28%	23%
	EIFFAGE	28	90%	8	29%	26%
	NGE	1	3%	0	0%	0%
	SPIE BATIGNOLLES	4	13%	0	0%	0%
	VINCI	29	94%	12	41%	39%
AREA	BOUYGUES	2	67%	1	50%	33%
	EIFFAGE	3	100%	2	67%	67%
	NGE	2	67%	0	0%	0%
	SPIE BATIGNOLLES	1	33%	0	0%	0%
	VINCI	3	100%	0	0%	0%
ASF	BOUYGUES	17	71%	4	24%	17%
	EIFFAGE	13	54%	4	31%	17%
	NGE	1	4%	0	0%	0%
	SPIE BATIGNOLLES	12	50%	1	8%	4%
	VINCI	20	83%	10	50%	42%
COFIROUTE	BOUYGUES	12	86%	1	8%	7%
	EIFFAGE	6	43%	1	17%	7%
	NGE	0	0%	0	0%	0%
	SPIE BATIGNOLLES	5	36%	0	0%	0%
	VINCI	13	93%	6	46%	43%
ESCOTA	BOUYGUES	6	100%	2	33%	33%
	EIFFAGE	2	33%	0	0%	0%
	NGE	0	0%	0	0%	0%
	SPIE BATIGNOLLES	2	33%	0	0%	0%
	VINCI	6	100%	4	67%	67%
SANEF	BOUYGUES	5	71%	0	0%	0%
	EIFFAGE	2	29%	1	50%	14%
	NGE	0	0%	0	0%	0%
	SPIE BATIGNOLLES	0	0%	0	0%	0%
	VINCI	6	86%	3	50%	43%
SAPN	BOUYGUES	4	100%	1	25%	25%
	EIFFAGE	2	50%	1	50%	25%
	NGE	0	0%	0	0%	0%

SCA	Candidat	Nombre de marchés concernés par une candidature	Taux de participation	Nombre d'attributions	Taux de succès des participations	Part du nombre de marchés de la SCA remporté
	SPIE BATIGNOLLES	0	0%	0	0%	0%
	VINCI	4	100%	1	25%	25%

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