

Rapport annuel
sur l'activité des commissions
des marchés des sociétés
concessionnaires d'autoroutes

Exercice 2015



arafer
autorité de régulation des activités
ferroviaires et routières

Sommaire

Introduction	04	
01 De la Commission nationale des marchés à l'Arafer		
Contexte	05	
Rôle de la Commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrage d'art	05	
Rôle de l'Arafer	06	
		Organisation des réunions des commissions des marchés 12
		Délais de convocation
		Dossiers envoyés aux membres de la commission
		Fonctionnement des commissions des marchés 15
		Importance de l'activité
		Nombre de marchés par commission
		Tenue des procès-verbaux des commissions des marchés
		Avis défavorables des commissions des marchés
		Typologie des marchés soumis aux commissions
		Nombre d'offres par marché
		04 Modalités de contrôle des commissions des marchés
	07	
	08	
		Liste des marchés d'un montant supérieur aux seuils de publicité et de mise en concurrence recommandés par la CNM 19
		Les marchés attribués aux entreprises liées 21
		Appréciation du niveau général des prix 22
		Critères de sélection des offres 25
		Règles en matière d'avenants 26
		Conclusion et préconisations 29
		Annexes 31

INTRODUCTION

Le présent rapport concerne les marchés de travaux, fournitures et services, ainsi que leurs avenants, passés en 2015 par certains concessionnaires d'autoroutes soumis à l'obligation contractuelle d'instituer une commission des marchés. Il s'agit du premier rapport que rend l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après « l'Autorité ») sur ce sujet.

Sous réserve de certains ajustements, ce rapport reprend à dessein la forme du document produit par la Commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrage d'art¹ (ci-après, la « CNM ») instituée par le décret n°2004-86 du 26 janvier 2004, et dont les prérogatives ont été transférées à l'Autorité par le Législateur, en les renforçant.

L'Autorité a établi le présent rapport à la lumière des dispositions juridiques et contractuelles en vigueur en 2015, ainsi que des recommandations (non contraignantes) formulées précédemment par la CNM. Toutefois, l'Autorité a également souhaité inscrire son analyse, ses préconisations et ses conclusions dans la perspective de la nouvelle réglementation qui s'applique aux sociétés concessionnaires depuis la publication des décrets n° 2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes et n° 2016-552 du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroutes.

Ce rapport constitue ainsi un document de transition qui rend compte d'une activité reposant sur un cadre juridique et des obligations de suivi, de contrôle et de transparence limités. Cependant, il permet d'ores et déjà d'identifier certains écarts par rapport aux nouvelles obligations applicables.

L'Autorité précise ainsi que le rapport 2017 qui sera établi l'année prochaine sur les marchés passés en 2016 et les travaux réalisés en exécution de ces marchés permettra de faire un premier point sur le nouveau régime juridique applicable aux marchés passés par les concessionnaires d'autoroutes et qu'elle en déterminera alors librement la forme et le contenu.

¹ <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Commission-nationale-des-Marches.html>

1. DE LA COMMISSION NATIONALE DES MARCHES DES SOCIÉTÉS CONCESSIONNAIRES D'AUTOROUTES OU D'OUVRAGE D'ART A L'AUTORITE DE REGULATION DES ACTIVITES FERROVIAIRES ET ROUTIERES

1.1. Contexte

La concession autoroutière est un contrat de concession par lequel l'Etat (autorité concédante) confie à un opérateur économique (le concessionnaire), pour une durée définie, 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 (ci-après, « société » ou « concessionnaire »), anciennement sociétés d'économie mixte, ont été privatisées en 2006. Avec COFIROUTE, qui était déjà une société privée, ces sept concessionnaires détenus majoritairement par des capitaux privés représentent environ 95 % du chiffre d'affaires du secteur et se répartissent entre trois groupes : le groupe VINCI qui détient les sociétés ASF, COFIROUTE et ESCOTA, le groupe EIFFAGE qui détient les sociétés APRR et AREA et le groupe ABERTIS qui détient les sociétés SANEF et SAPN.

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

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

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

Aujourd'hui, le secteur autoroutier concédé compte donc dix-huit sociétés.

1.2. Rôle de la commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrage d'art

La CNM a été instituée par le décret n° 2004-86 du 26 janvier 2004, modifié par le décret n° 2007-940 du 15 mai 2007. Elle avait pour mission de veiller au respect, par les concessionnaires, de leurs obligations inscrites dans les cahiers des charges annexés à leurs conventions de concession en matière de passation et d'exécution des marchés de travaux, fournitures ou services.

La CNM émettait des avis et formulait des recommandations sur :

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

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

1.3. Rôle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières

La loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et, plus spécifiquement, son décret d'application n°2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes, codifiés dans le code de la voirie routière, ont abrogé le décret n°2004-86 du 26 janvier 2004 précité. Le Législateur a ainsi transféré les compétences de la CNM à l'Autorité en les renforçant.

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 par les concessionnaires lors de la passation des marchés définis aux articles L. 122-12 et L. 122-13 du même code. Dès lors, conformément aux dispositions de l'article L. 122-16 du même code, les concessionnaires à capitaux privés souhaitant conclure des marchés de travaux, fournitures ou services sont tenus de respecter une procédure de publicité et de mise en concurrence soumise à certaines conditions et sous réserve d'exceptions prévues par voie réglementaire. De la même façon, les concessionnaires à capitaux publics passant des marchés définis à l'article L. 122-13 du même code, 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.

A cet effet, l'Autorité s'est vue confier des pouvoirs de contrôle étendus. En application des articles L. 122-17 et L. 122-20 du code de la voirie routière, l'Autorité exerce désormais un contrôle contraignant sur :

- la composition des commissions de marchés des concessionnaires avant toute nomination ou reconduction dans ses fonctions d'un des membres ;
- les règles internes des commissions de marchés avant leur application.

De même, elle peut connaître dans les conditions fixées à l'article R. 122-39 du code de la voirie routière :

- des marchés avant signature passés par :
 - les concessionnaires à capitaux privés dès lors qu'ils sont soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;
 - les concessionnaires à capitaux publics dès lors qu'ils sont soumis à une procédure formalisée ;
- de certains avenants aux marchés précités avant leur signature.

Enfin, 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.

A cet effet, l'article R. 122-38 du code de la voirie routière prévoit que la commission des marchés de chaque concessionnaire établit un rapport annuel d'activité qui est transmis par son Président à l'Autorité, au ministre chargé de la voirie routière nationale et au ministre chargé de l'économie avant le 31 mars de chaque année.

Cette obligation concerne ainsi toutes les sociétés concessionnaires à capitaux privés ou publics sans exception dès lors qu'elles sont soumises à l'obligation d'instituer une commission des marchés en raison de la taille de leur réseau. Il s'agit des sociétés APRR, AREA, ASF, ESCOTA, COFIROUTE, SANEF, SAPN, ATMB et SFTRF.

L'article R. 122-47 du code de la voirie routière prévoit en outre que le rapport annuel de l'Autorité doit être transmis au Parlement, au ministre chargé de la voirie routière nationale (ministère de

l'écologie, du développement durable et de l'énergie) et au ministre chargé de l'économie (ministère de l'économie, des finances et de l'industrie) concomitamment à sa publication qui intervient au plus tard le 30 juin de l'année en cours.

Toutefois, de manière dérogatoire, pour la première année d'application du dispositif, c'est à dire pour les rapports d'activité annuels établis en 2016 portant sur les marchés passés en 2015, le III de l'article 4 du décret n°2016-234 du 1er mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes précise que l'Autorité doit recevoir les rapports établis par les commissions des marchés avant le 30 avril 2016 et qu'elle doit établir et rendre public son propre rapport avant le 31 juillet 2016, dans les conditions de l'article L. 1261-2 du code des transports.

2. ACTIVITE DE L'AUTORITE

2.1. Régime juridique applicable aux sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'année 2015

Pour mémoire, le présent rapport porte sur les marchés passés en 2015, pour lesquels le nouveau cadre juridique issu de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et de ses deux décrets d'application² n'était pas encore applicable³. L'Autorité s'en tiendra donc à une analyse selon le régime juridique en vigueur en 2015, en formulant néanmoins certaines recommandations en vue de l'application des nouvelles dispositions.

L'Autorité rappelle ainsi qu'en 2015, les neuf nouvelles sociétés concessionnaires mentionnées au point 1.1 n'étaient soumises à aucune obligation contractuelle spécifique pour la passation de leurs marchés de travaux, fournitures ou services et n'étaient dès lors pas soumises au contrôle de la CNM. Dans ces conditions, ces sociétés ne seront plus évoquées dans la suite de ce rapport.

Selon le droit applicable en 2015 et conformément aux articles 6 et 6 bis du cahier des charges des contrats de concession, les sociétés concessionnaires APRR, AREA, ASF, ESCOTA, SANEF, SAPN, ATMB et SFTRF :

- doivent recourir à l'une des procédures formalisées prévues à l'article 7 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Cette procédure s'applique pour les marchés de travaux dépassant le seuil de 2 000 000 € HT et pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 240 000 € HT pour les concessionnaires à capitaux privés et 207 000 € HT pour les concessionnaires à capitaux publics. Il convient, toutefois, de rappeler que, par avenant du 8 mars 2011 à son règlement intérieur, SFTRF a ramené les seuils de saisine de sa commission interne des marchés à 1 000 000 € HT pour les marchés de travaux et à 150 000 € HT pour les marchés de fourniture ;
- ne peuvent se prévaloir de la notion d'entreprises groupées ou liées pour se dispenser d'une procédure de mise en concurrence ;
- doivent avoir une commission des marchés, qui doit notamment établir un rapport d'activité annuel.

² Décret n°2016-234 du 1er mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes et décret n°2016-552 du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroutes.

³ Applicables respectivement (i) aux contrats pour lesquels une procédure de publicité est engagée à compter du 1^{er} avril 2016 et (ii) aux marchés dont l'engagement de la consultation ou la publication de l'AAPC sont intervenus à compter du 5 mai 2016

Par exception, COFIROUTE a décidé de se soumettre volontairement à des procédures formalisées pour l'attribution des marchés passés pour les besoins de la concession, analogues à celles prévues par les cahiers de charges annexés aux contrats de concession des autres concessionnaires à capitaux privés susmentionnés avec notamment :

- l'application du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 2 000 000 € HT et pour les marchés de fournitures et services dépassant le seuil de 240 000 € HT ;
- la mise en place d'une commission des marchés.

Ces principes ayant été validés par le conseil d'administration de COFIROUTE le 25 juillet 2014, une commission des marchés a été instituée au sein de cette société depuis janvier 2015. C'est à ce titre que l'Autorité a été rendue destinataire du rapport d'activité annuel de la commission des marchés de COFIROUTE. Cette démarche volontaire mérite d'être saluée et permet à cette société d'anticiper les procédures qui lui sont désormais applicables pour la passation de ses marchés.

L'Autorité constate que l'obligation de dépôt du rapport de chacune des commissions des marchés des concessionnaires au 30 avril 2016 a été respectée.

2.2. Objet du rapport d'activité 2015

Le rapport d'activité pour l'année 2015 est le premier rapport rendu par l'Autorité dans le cadre de ses nouvelles missions issues de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Comme évoqué précédemment, ce rapport s'appuie principalement sur les informations obligatoires devant être transmises à la CNM en application de la convention de concession ou du décret n° 2004-86 du 26 janvier 2004 susvisé mais n'exclut pas des compléments formulés au titre des nouvelles prérogatives de l'Autorité.

Le rapport 2015 établit un bilan sur les conditions de passation des marchés de travaux, fournitures ou services des concessionnaires pour les besoins de leurs concessions et sur les conditions dans lesquelles chaque commission des marchés exerce ses missions. Le rapport s'appuie notamment sur la transmission par les commissions de la liste des marchés attribués en 2015, des procès-verbaux de chacune des séances des commissions de l'année et de la liste des avenants signés en 2015 qui n'ont pas été soumis au préalable à l'avis de la commission.

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

- la composition des commissions des marchés ;
- les délais et modalités de convocation des membres de la commission des marchés ;
- le fonctionnement des commissions des marchés ;
- la transmission aux membres des commissions et à l'Autorité de la liste des marchés de travaux d'un montant supérieur à 500 000 € HT et des marchés de fournitures et services d'un montant supérieur à 90 000 € HT ;
- les marchés attribués à des entreprises liées ;
- les règles de passation et d'examen des avenants.

3. COMPOSITION ET FONCTIONNEMENT DES COMMISSIONS DES MARCHÉS

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

L'article L. 122-17 du code de la voirie routière impose dorénavant aux concessionnaires de soumettre à l'Autorité la composition et les règles internes des futures commissions de marchés pour validation, étant entendu que « *le concessionnaire institue une commission des marchés composée en majorité de personnalités indépendantes et n'ayant aucun lien direct ou indirect avec les soumissionnaires* ». En outre les termes du I de l'article R. 122-34 du même code viennent préciser que : « *[l]'indépendance est appréciée à l'égard de l'ensemble des opérateurs économiques suivants : 1° Le concessionnaire ; 2° Les 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 ; 3° Les attributaires passés ; 4° Les soumissionnaires potentiels.* »

Ces dispositions plus précises ont permis à l'Autorité d'avoir une appréciation plus restrictive de la notion d'indépendance. Ainsi, même si le nouveau cadre juridique issu de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques n'était pas applicable à la composition des commissions des marchés constituées en 2015, il convient de noter que l'Autorité a remis en cause la qualité de membres indépendants pour des personnes siégeant en 2015 et proposées par des concessionnaires pour participer à ce titre aux nouvelles commissions.

3.1. Composition des commissions des marchés

3.1.1. Les personnalités qualifiées d'indépendantes et leur participation aux commissions des marchés

Dans le présent rapport, dans la continuité des pratiques de la CNM, l'Autorité a examiné la composition des commissions des marchés et le nombre de réunions pour lesquelles ces personnalités étaient majoritaires au regard des règles applicables aux concessionnaires en 2015.

Néanmoins, au regard des nouvelles règles applicables et notamment de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière, l'Autorité précise qu'elle ne partage pas nécessairement la qualification qui a pu être faite du caractère indépendant des personnalités qualifiées comme telles par les concessionnaires dans leurs rapports ainsi que celle qui a été validée par la CNM. En effet, les nouvelles dispositions du code de la voirie routière sont plus précises quant à la définition de l'indépendance des membres qui s'apprécie notamment au regard des liens directs ou indirects entretenus par certains membres avec le concessionnaire ou les entreprises qui y sont liées. L'Autorité renvoie à cette fin aux avis⁴ qu'elle a rendus sur la composition de la commission des marchés propre à chaque concessionnaire ainsi qu'aux lignes directrices en date du 23 mars 2016 relatives à l'instruction des saisines transmises au titre de l'article R. 122-34 du code de la voirie routière par les concessionnaires pour la composition de leurs commissions des marchés.

APRR et AREA

Chaque société dispose de sa propre commission des marchés mais leur composition est identique. En 2015, la commission des marchés s'est réunie sept fois pour APRR et quatre fois pour AREA. Sur

⁴ Avis n° 2016-043 à 2016-045 du 6 avril 2016, n° 2016-055 à 2016-059 du 20 avril 2016, n° 2016-063 à n°2016-064 du 11 mai 2016, n° 2016-086 à 2016-087 du 1er juin 2016 et n° 2016-089 du 8 juin 2016.

les six membres de la commission des marchés, quatre sont qualifiés de personnalités indépendantes par APRR et AREA. L'Autorité constate que les personnalités qualifiées d'indépendantes ont siégé en majorité à toutes les réunions. Comme constaté par la CNM depuis 2010, l'Autorité relève que deux personnes présentées comme indépendantes représentent les intérêts du groupe Macquarie Infrastructure & Real Asset⁵ au sein de la commission.

ASF

Le rapport d'activité annuel de la commission des marchés de la société ASF fait état d'une commission composée d'un président et de huit personnes qualifiées externes. L'Autorité constate qu'il y avait pour chacune des douze réunions, une majorité de personnalités qualifiées externes⁶ et qu'une personne qualifiée externe n'a siégé à aucune réunion de la commission des marchés en 2015.

COFIROUTE

Le rapport d'activité annuel de la commission des marchés de la société COFIROUTE fait état d'une commission composée d'un président et de huit personnes qualifiées externes. L'Autorité constate que les personnalités qualifiées externes ont siégé en majorité à toutes les réunions⁷ de la commission des marchés. L'Autorité note que trois personnes qualifiées externes n'ont siégé à aucune réunion de la commission des marchés en 2015.

ESCOTA

Du rapport d'activité annuel transmis par la société ESCOTA il ressort que la commission des marchés est constituée de cinq membres dont un président, une personnalité qualifiée interne et trois personnes qualifiées externes. L'Autorité constate que les personnalités qualifiées externes ont siégé en majorité à l'ensemble des réunions⁸ de la commission des marchés.

SANEF et SAPN

Les deux sociétés disposent d'une commission des marchés commune. La commission est composée de cinq membres ayant voix délibérative dont quatre personnes qualifiées d'indépendantes et d'une personnalité représentant la société. Les membres qualifiés d'indépendants ont siégé en majorité à chacune des séances. En 2015, la commission s'est réunie huit fois.

ATMB

La commission des marchés est composée de quatre membres, tous qualifiés de personnalités indépendantes par ATMB. En 2015, la commission interne des marchés s'est réunie huit fois.

SFTRF

La commission des marchés est composée de cinq membres, dont le directeur général de la société, trois personnalités qualifiées et un membre de l'inspection générale des routes. La commission s'est réunie cinq fois en 2015. Les personnalités qualifiées ont siégé en majorité à chacune des séances.

⁵ Le groupe Macquarie Infrastructure & Real Asset détient pour moitié (moins une action) le capital de la société Eiffarie, elle-même actionnaire unique de la société APRR, étant entendu que la société APRR détient la société AREA Participation, elle-même actionnaire unique de la société AREA.

⁶ A l'occasion de chaque réunion de la commission des marchés d'ASF (à l'exception d'une), il y a avait trois personnes qualifiées externes et le président.

⁷ Les personnes qualifiées externes étaient au nombre de deux à quatre suivant les réunions avec un président.

⁸ Les membres qualifiés externes étaient au nombre de deux ou trois selon les réunions. Il est à noter que lorsqu'il n'y avait que deux membres qualifiés externes, la personne qualifiée interne n'a pas siégé, ce qui a permis d'avoir effectivement une majorité de membres qualifiés externes.

Conclusion

Pour l'année 2015, l'Autorité constate que les commissions des marchés des concessionnaires se sont réunies dans les conditions définies à l'article 6 du cahier des charges annexé à leur contrat de concession ou dans leurs règles internes de fonctionnement. A chacune des réunions tenues, il y avait une majorité de personnalités qualifiées d'indépendantes selon le dispositif en vigueur.

3.1.2. La présence des représentants de la DGCCRF aux réunions des commissions des marchés

Conformément à l'article 6 du cahier des charges annexé au contrat de concession de chacun des concessionnaires, la commission des marchés comprend un représentant de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (ci-après, la « DGCCRF ») qui est invité de droit.

APRR et AREA

Les représentants de la DGCCRF ont siégé à toutes les réunions de chaque commission des marchés.

ASF

Le représentant de la DGCCRF a siégé à chacune des douze séances de la commission des marchés.

COFIROUTE

La DGCCRF n'a pas été représentée pour une réunion sur les douze réunions tenues par la commission des marchés de COFIROUTE.

ESCOTA

Sur les sept réunions de la commission des marchés d'ESCOTA, la DGCCRF a été représentée à chacune d'entre elle ; néanmoins, pour trois des sept réunions, le représentant de la DGCCRF n'a été présent que pour une partie de celles-ci. En pratique, il a été présent à l'occasion de dix avis de la commission des marchés sur les treize avis rendus par celle-ci.

SANEF et SAPN

Le représentant de la DGCCRF a siégé à chacune des huit séances de la commission des marchés.

ATMB

Le représentant de la DGCCRF était présent à six commissions des marchés sur huit.

SFTRF

Le représentant de la DGCCRF n'a participé à aucune des cinq séances de la commission des marchés.

Conclusion

Pour l'année 2015, l'Autorité constate que la DGCCRF était régulièrement représentée lors des commissions des marchés des concessionnaires à capitaux privés.

3.2. Organisation des réunions des commissions des marchés

3.2.1. Délais de convocation

En 2015, aucune règle ni aucun principe n'imposent aux concessionnaires de délai particulier à respecter pour la convocation des membres de la commission des marchés.

APRR et AREA

Pour APRR et AREA, il n'y a pas de délai de convocation, en revanche les dates des réunions des commissions des marchés sont fixées en début d'année, permettant la planification de la tenue des réunions.

ASF, COFIROUTE et ESCOTA

Pour les sociétés ASF, COFIROUTE et ESCOTA, les dates des réunions de la commission des marchés sont fixées selon les nécessités de la société. Les convocations sont adressées aux membres au moins quinze jours ouvrés avant la date prévue de la réunion.

SANEF et SAPN

Pour SANEF et SAPN, la commission des marchés se réunit en principe les deuxièmes et quatrièmes jeudis de chaque mois. La fréquence des réunions peut cependant varier selon le volume de dossiers à examiner. Chaque membre est convoqué cinq jours francs avant la date de la séance.

ATMB

Pour ATMB, les dates de réunions sont programmées à l'avance mais le concessionnaire ne précise pas le délai dans lequel ces dates sont fixées. En tout état de cause, le délai de convocation ne peut être inférieur au délai de cinq jours, qui est le délai minimum à respecter pour la transmission des dossiers selon les règles internes en vigueur en 2015.

SFTRF

Pour SFTRF, les convocations sont transmises aux membres une semaine au moins avant la date de la réunion de la commission, avec consultation préalable des membres pour vérifier que le quorum sera atteint en séance.

Conclusion

L'Autorité constate que certaines sociétés établissent une planification des réunions de leurs commissions de marchés et que cette pratique gagnerait à être généralisée. A ce titre, dans le cadre de la nouvelle réglementation, les concessionnaires seront désormais tenus d'anticiper leurs projets, ce qui se traduit au titre du 1° du IV de l'article R. 122-31 du code de la voirie routière par l'obligation de publier la programmation de l'ensemble des investissements prévus par le contrat de concession pour les cinq années à venir sur leur profil d'acheteur⁹, mais aussi conformément au a) du 2° du IV de l'article R. 122-31 du même code, par l'obligation de procéder à un avis de préinformation au moins trois mois et au plus tôt douze mois avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 2 000 000 € HT.

L'Autorité préconise ainsi la mise en place d'une planification de l'ensemble des achats ce qui permettrait de prévoir suffisamment à l'avance le déroulé global de leurs projets et des commissions de marchés.

⁹ Article 31 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

L'Autorité estime que les convocations sont envoyées dans des délais suffisants pour permettre aux membres de prendre leurs dispositions afin de se rendre disponible le jour de la réunion, de prendre connaissance des dossiers et ainsi d'assurer pleinement leur fonction.

3.2.2. Dossiers envoyés aux membres de la commission

Aucune règle ni aucun principe n'imposent aux concessionnaires de délai particulier à respecter pour l'envoi des dossiers aux membres de la commission des marchés.

APRR et AREA

Pour APRR et AREA, les dossiers sont adressés aux membres de la commission au minimum cinq jours (sans qu'il soit précisé si ce sont des jours ouvrés ou des jours calendaires) avant chaque réunion et comprennent les pièces suivantes :

- rapport d'analyse des offres ;
- avis d'appel public à la concurrence ;
- agrément des candidatures (en procédure restreinte, négociée ou cas de dialogue compétitif) ou liste des entreprises ayant demandé un dossier de consultation ;
- règlement de la consultation ;
- estimation financière ;
- procès-verbaux d'ouverture des offres.

ASF, COFIROUTE et ESCOTA

Pour les sociétés ASF, COFIROUTE et ESCOTA, les dossiers sont transmis cinq jours francs avant chaque réunion et comprennent les pièces suivantes :

- avis d'appel public à la concurrence ;
- procès-verbaux d'ouverture des candidatures et des offres ;
- rapport d'analyse des candidatures ;
- décision d'agrément des candidatures ;
- règlement de la consultation ;
- estimation financière prévisionnelle justifiée pour ASF et COFIROUTE / estimation financière prévisionnelle pour ESCOTA ;
- rapport de jugement des offres pour ASF / rapport d'analyse des offres pour COFIROUTE / rapport d'examen des offres pour ESCOTA ;
- rapport de présentation comprenant l'avis de la personne chargée de la passation du marché pour ASF / l'avis du maître d'ouvrage pour COFIROUTE / rapport de présentation accompagné de la note de synthèse comprenant l'avis de la personne chargée de la passation du marché ;
- tout autre document nécessaire à la bonne compréhension de la procédure suivie.

L'Autorité note que les membres des commissions des marchés des concessionnaires ASF, COFIROUTE et ESCOTA peuvent consulter le dossier de consultation des entreprises sur demande expresse.

Pour ASF et COFIROUTE, le dossier relatif à un projet d'avenant envoyé aux membres des commissions des marchés comprend :

- le procès-verbal de la séance approuvant le marché initial ;
- le projet d'avenant ;
- le rapport de présentation de l'avenant comprenant l'avis de la personne chargée de la passation de l'avenant ;
- tout autre document éventuellement nécessaire à la bonne compréhension de la procédure suivie.

Pour ESCOTA, le dossier relatif à un projet d'avenant comprend :

- le procès-verbal et le compte-rendu de la séance approuvant le marché initial ;
- le rapport de présentation de l'avenant accompagné de la note de synthèse comprenant l'avis de la personne chargée de la passation de l'avenant ;
- tout autre document éventuellement nécessaire à la bonne compréhension de la procédure suivie.

SANEF et SAPN

Pour les sociétés SANEF et SAPN, les documents nécessaires à l'examen des marchés sont transmis à l'ensemble des membres avec la convocation cinq jours francs avant la séance et comprennent :

- les publications au Journal Officiel de l'Union Européenne et au Moniteur ;
- la décision d'agrément de la personne responsable du marché ;
- les lettres d'invitation à soumission ou de rejet ;
- le règlement de la consultation ;
- le procès-verbal d'ouverture des offres ;
- le rapport de présentation de la personne responsable du marché ;
- l'acte d'engagement.

ATMB

Pour ATMB, la charte de fonctionnement de la commission des marchés impose depuis 2009 un délai de cinq jours minimum pour la transmission des dossiers aux membres participants. Les membres de la commission disposent d'un dossier comprenant :

- le règlement de la consultation ;
- le rapport de présentation à la commission des marchés ;

- et, éventuellement, le rapport d'analyse des candidatures et le rapport d'analyse des offres détaillé.

Les autres éléments de la consultation (avis de publicité, dossier de consultation des entreprises, etc.) sont à disposition des membres de la commission des marchés sur demande.

Par ailleurs, ATMB précise que, suite à la commission des marchés du 11 décembre 2015, il est désormais prévu :

- l'envoi par mail de l'ensemble des pièces du dossier de la consultation des entreprises ;
- deux dossiers papiers sur table ;
- l'envoi par courrier à chaque membre d'un dossier contenant le règlement de la consultation ainsi que le rapport d'analyse détaillé ou de présentation.

SFTRF

Pour SFTRF, les documents nécessaires à l'examen des marchés sont transmis au moins une semaine avant la séance à l'ensemble des membres et comprennent :

- le règlement de la consultation ;
- l'estimation financière du marché ;
- l'avis d'appel public à la concurrence ;
- le procès-verbal d'ouverture des plis ;
- le rapport d'analyse des offres ;
- le rapport de présentation ;
- les échanges entre le concessionnaire et les soumissionnaires auxquels des précisions ou confirmations ont été demandées pendant la phase d'examen des offres.

Conclusion

L'Autorité constate que les concessionnaires s'efforcent de transmettre des dossiers comprenant les éléments essentiels nécessaires à l'examen des projets de marchés et d'avenants par les membres des commissions, conformément à ce qui avait été suggéré par la CNM.

L'Autorité attire l'attention des concessionnaires sur le fait qu'un arrêté d'application du II de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière viendra fixer la liste des éléments attendus pour la présentation à l'Autorité d'un dossier de marché ou d'un projet d'avenant préalablement à sa signature. Elle invite les concessionnaires à mettre à disposition des membres de leurs commissions les documents prévus dans ce futur arrêté.

3.3. Fonctionnement des commissions des marchés

3.3.1. Importance de l'activité

Le nombre de séances des commissions de marchés dépend d'une part des obligations inhérentes à chaque concessionnaire selon sa forme juridique ou son cahier des charges, et d'autre part de

l'activité de chaque concessionnaire. On peut cependant observer que depuis 2012 (à périmètre de sociétés constant), le nombre de réunions des commissions des marchés est resté assez stable sur les quatre derniers exercices.

Nombre de réunions des commissions des marchés

Sociétés	2011	2012	2013	2014	2015
ATMB	7	8	6	5	8
SFTRF	10	10	9	9	5
APRR	8	6	8	6	7
AREA	6	5	5	3	4
SANEF/SAPN	14	9	12	11	8
ESCOTA	9	5	6	8	7
ASF	10	7	9	9	12
COFIROUTE	-	-	-	-	12
Total	64	50	55	54	63

Sources : rapports 2015 des commissions des marchés des concessionnaires, rapports 2013 et 2014 de la CNM¹⁰

3.3.2. Nombre de marchés par commission

Le nombre de marchés analysés par séance est très variable selon les différentes sociétés concessionnaires : il s'établit, en moyenne, entre 1,1 et 3,5 dossiers par séance et par commission, tous concessionnaires confondus.

Cette situation contrastée s'explique principalement par une pratique hétérogène de l'allotissement entre les différentes sociétés concessionnaires, l'allotissement ayant pour conséquence d'augmenter significativement le nombre de dossiers par commission (jusqu'à 10 lots par procédure).

Par ailleurs, l'analyse du nombre de marchés passés par les sociétés concessionnaires permet d'identifier que les concessionnaires à capitaux publics (ATMB et SFTRF) allotissent plus leurs achats puisqu'ils représentent 25 % du nombre total de marchés notifiés pour seulement 6 % du montant total en euros hors taxes. La justification d'une telle disparité sera examinée plus en détail au cours du contrôle des marchés présentés aux commissions des marchés en 2016.

3.3.3. Tenue des procès-verbaux des commissions des marchés

Aucune règle ni aucun principe juridique n'imposent aux concessionnaires d'encadrement particulier sur le procès-verbal des séances.

¹⁰ <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Commission-nationale-des-Marches.html>

APRR et AREA

Pour APRR et AREA, les procès-verbaux des commissions internes sont assez sommaires et l'encart relatif aux remarques particulières n'est pas toujours complété, alors que ces indications sont essentielles pour retracer les questions ou les débats sur les dossiers complexes d'un point de vue technique.

ASF, COFIROUTE et ESCOTA

Pour ASF, COFIROUTE et ESCOTA, les procès-verbaux des réunions tenues par les commissions des marchés sont correctement renseignés et restituent l'ensemble des débats. L'Autorité constate que les avis des commissions des marchés ont toujours été suivis par la direction de ces sociétés. Il est néanmoins relevé que quatre décisions du directeur général de COFIROUTE n'ont pas été datées.

SANEF et SAPN

Les procès-verbaux produits par SANEF et SAPN comportent les éléments essentiels évoqués en séance ainsi que la liste des membres présents. Cependant, ils ne restituent pas les principales étapes de la procédure comme les dates et supports de publication, le choix de la procédure suivie, le nombre de candidatures présentées et/ou admises, le nombre d'offres présentées et les motifs de rejets des candidatures et des offres. La mention « sans observation » portée à ces différentes rubriques paraît en ce sens insuffisante.

ATMB

Les procès-verbaux établis par ATMB révèlent un effort de transparence dans la retranscription du déroulement des séances des commissions des marchés. Ainsi, à leur lecture, les éléments de contexte et les différentes étapes de la procédure de passation sont systématiquement rappelés avant chaque délibéré. On observe qu'un véritable échange a lieu entre les membres de la commission, les rapporteurs et les autres participants aboutissant parfois à surseoir à la prise de décision à une séance ultérieure si subsistent des interrogations au regard de la complexité du marché ou de l'avenant en cause.

SFTRF

Les procès-verbaux produits par SFTRF comprennent à la fois les éléments essentiels à la vérification de la régularité formelle de la procédure mais également les différents éléments sur lesquels se sont cristallisés les débats entre les membres. Cependant, il est relevé que ne figurent pas aux procès-verbaux la liste des membres présents à la séance ainsi que leur signature, permettant d'attester de la régularité de la composition de celle-ci.

Conclusion

L'Autorité recommande aux concessionnaires de faire figurer dans les procès-verbaux des commissions des marchés les éléments minimaux permettant d'assurer la traçabilité des échanges, notamment le déroulement de la procédure, les échanges entre les membres de la commission ainsi que la décision finale retenue. En outre, elle suggère de faire apparaître sur chaque procès-verbal, et pour chaque projet de marché ou d'avenant, le nombre de voix favorables, défavorables ou d'abstentions, ainsi que tout propos formulé par un membre de la commission à condition que chaque membre dispose d'une faculté de rectification ou de retrait sur ses propos.

3.3.4. Avis défavorables des commissions des marchés

Aucune commission des marchés n'a rendu d'avis défavorable sur l'année 2015. Il est à noter que la commission des marchés de COFIROUTE a rendu un avis favorable avec une réserve expresse relative à la communication par l'attributaire pressenti de justifications techniques.

3.3.5. Typologie des marchés soumis aux commissions

Le tableau ci-dessous présente la répartition des marchés soumis à l'avis des commissions des neuf concessionnaires en fonction de la procédure de passation choisie. Le détail par concessionnaire est présenté en annexe 1 au présent rapport.

Typologie des marchés soumis aux commissions

	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Totalité procédures négociées + avenants	Dont procédures négociées suite appel d'offres infructueux	Dont procédures négociées avec mise en concurrence	Dialogue compétitif	TOTAL MARCHES
2011	47	91	16	0	12	1	154
2012	32	65	12	0	10	3	109
2013	31	55	18	0	0	0	104
2014	41	49	19	4	3	0	109
2015	46	73	17	2	1	0	136

Sources : rapports des commissions des marchés des concessionnaires et rapports de la CNM.

Les concessionnaires à capitaux privés recourent en majorité à la procédure de l'appel d'offres restreint. L'Autorité rappelle que, conformément aux articles L. 122-17 et R. 122-35 I du code de la voirie routière, les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint devront désormais être définies dans les règles internes de passation et d'exécution des marchés.

L'Autorité souligne également que le nouveau cadre juridique applicable aux concessionnaires introduit de nouvelles catégories de procédures qui modifieront la présentation des prochains rapports.

Faute de disposer des éléments rétrospectifs nécessaires, l'Autorité n'est pas en mesure, à ce stade, de différencier les marchés ayant fait l'objet d'une procédure négociée et les avenants soumis pour avis aux commissions des marchés. A l'avenir, il est envisagé de présenter de manière isolée les informations relatives aux avenants qui seront désormais soumis à son contrôle selon les dispositions des 3° et 4° du I de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière.

3.3.6. Nombre d'offres par marché

Les sociétés APRR et AREA, qui ont notifié 27 marchés en 2015 représentant un total de 203,5 M€, n'ont pas fourni ces données à l'Autorité.

Pour les autres sociétés concessionnaires, l'Autorité précise que la terminologie employée par les différents concessionnaires ne permet pas de dissocier le nombre de candidatures et le nombre d'offres par marché. Pour les prochains rapports, l'Autorité demandera aux sociétés de distinguer les deux étapes dans les documents qu'elles lui transmettront et de se référer à la terminologie usuelle du droit de la commande publique.

Sur la base des éléments qui lui ont été remis, l'Autorité constate que le nombre d'offres en procédure ouverte est plus réduit qu'en procédure restreinte, avec une moyenne, tous concessionnaires confondus, de 4,2 offres pour les procédures ouvertes contre 5,9 pour les procédures restreintes. Compte tenu des limites notamment rappelées au paragraphe précédent, il ne peut être tiré de conclusion, à ce stade, de la comparaison du nombre d'offres entre les deux procédures.

Par ailleurs, il est constaté que le nombre d'offres pour les marchés de travaux est inférieur à celui des marchés de services, avec une moyenne, tous concessionnaires confondus, de 4,8 offres par marché de travaux contre 5,8 pour les marchés de services. Cette situation peut s'expliquer par la nature des marchés de travaux, qui nécessitent notamment des moyens humains, matériels et financiers plus importants.

4. MODALITES DE CONTROLE DES COMMISSIONS DES MARCHES

4.1. Liste des marchés d'un montant supérieur aux seuils de publicité et de mise en concurrence recommandés par la CNM

Est examinée ici la liste des marchés transmise dans les rapports des concessionnaires qui se sont conformés aux préconisations de la CNM. Celle-ci recommandait de soumettre à la commission des marchés pour information la liste des marchés attribués durant l'année d'un montant supérieur à 500 000 € HT pour les travaux et à 90 000 € HT pour les fournitures ou services. En complément, l'Autorité a demandé aux concessionnaires de lui transmettre la liste de l'ensemble des marchés attribués au cours de l'année y compris ceux qui étaient inférieurs aux seuils définis par la CNM conformément aux dispositions de l'article R. 122-38 du code de la voirie routière.

Afin de prévenir d'éventuels risques de fractionnement des procédures, en particulier de la part des concessionnaires appartenant à des groupes du secteur des travaux publics et possédant des entreprises susceptibles de répondre aux marchés passés par ces derniers, la CNM rappelait qu'aux termes de l'article 11 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, le pouvoir adjudicateur ne peut se soustraire au respect des règles de publicité et de mise en concurrence en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés autres que celles prévues par ce texte.

APRR et AREA

Chaque société a annexé à son rapport la liste des marchés examinés par la commission des marchés au cours de l'année, c'est-à-dire ceux dont le montant est supérieur aux seuils de 2 000 000 € HT pour les marchés de travaux et de 240 000 € HT pour les marchés de fournitures ou services.

Pour répondre à la demande de l'Autorité, les deux sociétés ont transmis la liste des marchés attribués en 2015 d'un montant supérieur à 500 000 € HT pour les marchés de travaux et à 90 000 € HT pour les marchés de fournitures ou services. Les sociétés lui ont fourni une liste de l'ensemble des avenants conclus pendant l'année, y compris ceux qui ne sont pas soumis à l'avis de la commission des marchés, mais elles n'ont pas transmis la liste de tous les marchés passés quel que soit le seuil considéré, ce qui lui était pourtant demandé par l'Autorité.

L'Autorité constate que sur un montant total de 28 100 000 € HT affecté aux marchés de services, 4 marchés de maîtrise d'œuvre totalisent un montant de 25 900 000 € HT. Il ressort du procès-verbal de séance que ces 4 marchés sont en lien avec le plan de relance autoroutier signé entre l'Etat et les concessionnaires le 2 septembre 2015. Les commissions des marchés d'APRR et d'AREA ont donné leur accord à la passation de ces marchés sans publicité ni mise en concurrence « en raison de l'urgence impérieuse incompatible avec les délais de procédure ordinaire » sans que ne soit davantage développée ni justifiée cette notion. L'Autorité rappelle que la notion d'urgence impérieuse est interprétée strictement¹¹ et limitée à l'existence d'un événement imprévisible et non imputable à l'acheteur comme par exemple une catastrophe naturelle (tempête Xynthia en 2009 ou inondations), d'une urgence incompatible avec les délais exigés par les procédures applicables en principe et d'un lien de causalité entre l'évènement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte.

ASF, COFIROUTE et ESCOTA

En réponse à la demande de l'Autorité, les sociétés concessionnaires ASF, COFIROUTE et ESCOTA ont chacune transmis la liste des marchés de travaux compris entre 500 000 € HT et 2 000 000 € HT conclus en 2015, en précisant que les informations de la liste ne pouvaient être considérées comme exhaustives et certifiées exactes. Aussi, l'Autorité constate qu'elle ne dispose pas de l'exhaustivité des informations sur les marchés précités. De plus, l'Autorité observe que ces sociétés n'ont pas transmis d'éléments sur les marchés de fournitures et services compris entre 90 000 € HT et 240 000 € HT.

SANEF et SAPN

La commission des sociétés SANEF et SAPN a produit la liste des marchés conclus en 2015 pour un montant supérieur aux seuils de publicité et de mise en concurrence. Suite à la demande de l'Autorité, la commission a produit la liste des marchés de fournitures et de services conclus pour un montant inférieur au seuil de procédure formalisée et supérieur à 90 000 € HT, et pour les marchés de travaux, la liste de ceux qui ont été conclus en 2015 pour un montant compris entre 500 000 € HT et 2 000 000 HT.

L'Autorité constate également que la commission a produit une liste de marchés de fournitures et services conclus pour un montant supérieur à 90 000 € HT mais qui, du fait de leur nature particulière, ne sont pas soumis à la commission des marchés, puisque ces derniers n'auraient pas été passés pour les besoins de la concession.

ATMB

La société a annexé à son rapport la liste des marchés examinés au cours de l'année par sa commission des marchés, c'est-à-dire les marchés dont le montant est supérieur à 500 000 € HT pour les marchés de travaux et à 90 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services.

SFTRF

La société a fourni la liste de l'intégralité des marchés conclus par SFTRF, que ces marchés soient conclus pour un montant supérieur ou inférieur aux seuils de publicité et de mise en concurrence. Pour rappel, la société a décidé d'elle-même d'aller au-delà de ses obligations contractuelles et de ramener les seuils d'examen pour avis de la commission à 1 000 000 € HT pour les marchés de travaux et à 150 000 € HT pour les marchés de fournitures ou de services.

¹¹ CE, 8 février 1999, Préfet de la Seine-et-Marne, n° 150919 ; CJUE, 18 novembre 2004, Commission contre Allemagne, C-126/03, point 23.

Conclusion

En 2015, l'Autorité constate que certains des concessionnaires n'ont pas fourni la liste de la totalité des marchés signés durant l'année alors même qu'il s'agissait d'une demande expresse. L'Autorité rappelle que l'obligation d'annexer la liste des marchés attribués au cours de l'année au rapport fourni par les concessionnaires est désormais inscrite pour les prochains exercices à l'article R. 122-38 du code de la voirie routière.

L'Autorité rappelle qu'il lui incombera de vérifier la justification apportée par les sociétés pour conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence.

Enfin, l'Autorité attend une transparence accrue de la part des concessionnaires quant aux critères retenus pour distinguer les marchés conclus pour les besoins de la concession des autres marchés et qu'elle contrôlera le bienfondé des motifs invoqués.

4.2. Les marchés attribués aux entreprises liées ¹²

Est ici examinée la part des marchés en nombre et en valeur attribués à des sociétés appartenant à un groupe auquel est rattaché le concessionnaire considéré. Les calculs de ratios ont été réalisés en considérant les montants des marchés au moment de leur notification, c'est-à-dire sans tenir compte de l'exécution réelle des marchés, notamment des éventuels avenants qui pourraient avoir complété les marchés initiaux.

Le tableau joint en annexe 2 présente, par concessionnaire, la proportion en nombre et en valeur (montant des offres retenues) des marchés de travaux d'un montant supérieur à 2 000 000 € HT attribués à des entreprises liées.

APRR et AREA

Ces deux sociétés concessionnaires ont annexé à leur rapport annuel d'activité la liste exhaustive des entreprises groupées et liées à chacune d'entre elles.

Elles ont chacune produit un tableau où figurent la liste des entreprises liées au concessionnaire, autrement dit, celles qui appartiennent au groupe EIFFAGE, ainsi que le nombre de marchés soumis à l'avis de la commission des marchés ayant été attribués à l'une de ces entreprises : dix marchés sur vingt-sept (37 % en nombre, 46 % en valeur) ont été attribués à une entreprise liée.

Plus particulièrement, pour APRR, sur dix-huit marchés conclus, sept l'ont été avec une entreprise liée (39 % en nombre, 56 % en valeur) ; pour AREA, sur neuf marchés conclus, trois l'ont été avec une entreprise liée (33 % en nombre, 22 % en valeur).

ASF, COFIROUTE et ESCOTA

Ces trois sociétés ont annexé à leur rapport annuel d'activité la liste exhaustive des entreprises groupées et liées à chacune d'entre elles.

Sur vingt-deux marchés soumis à l'avis de la commission des marchés de la société ASF, sept l'ont été à des entreprises liées (attributaire seul ou co-traitant en cas d'attribution à un groupement), ce

¹² Voir définition au II de l'article 19 de l'ordonnance n° 2015-899, auquel fait référence l'article R. 122-34 du code de la voirie routière : sont des sociétés liées 1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ; 2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 ; 3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 ; 4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11.

qui représente 32 % du nombre de marchés attribués et un peu plus de 15 % du volume d'achat, soumis pour avis à la commission des marchés.

Le rapport d'activité annuel d'ESCOTA fait état de sept marchés sur treize attribués à une entreprise liée (attributaire seul ou co-traitant en cas d'attribution à un groupement) après avis de la commission des marchés. Cela représente près de 54 % du nombre de marchés attribués et plus de 64 % du volume d'achat soumis pour avis à la commission des marchés.

Pour COFIROUTE, six marchés sur les treize soumis à l'avis de la commission des marchés ont été attribués à une entreprise liée (attributaire seul ou co-traitant en cas d'attribution à un groupement). Cela représente plus de 46 % du nombre de marchés attribués et près de 50 % du volume d'achat soumis pour avis à la commission des marchés.

Comme mentionné ci-avant dans le rapport, et suite à une demande d'informations complémentaires de l'Autorité, ces sociétés ont transmis une liste de marchés de travaux conclus en 2015 compris entre 500 000 € HT et 2 000 000 € HT, marchés qui n'étaient pas soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence en 2015. Bien que les informations transmises ne soient, d'après ces sociétés, ni exhaustives ni certifiées exactes, l'Autorité observe que :

- pour la société ASF, sur vingt marchés présentés, onze ont été attribués à une entreprise liée, représentant plus de 54 % du volume d'achat ;
- pour la société ESCOTA, sur quinze marchés présentés, deux ont été attribués à une entreprise liée, représentant près de 11 % du volume d'achat ;
- pour la société COFIROUTE, sur dix-huit marchés présentés, dix-sept ont été attribués à une entreprise liée, représentant plus de 97 % du volume d'achat.

ATMB, SFTRF, SANEF et SAPN

Pour rappel, ATMB, SFTRF, SANEF et SAPN n'entrent pas dans le champ d'application de la définition d'entreprise liée car elles n'appartiennent pas à un groupe qui possède des entreprises susceptibles de répondre à leurs marchés. Pour autant, elles sont tenues au respect des procédures nouvellement prévues.

Conclusion

S'agissant des marchés passés par les concessionnaires avec des entreprises liées, la CNM recommandait, dès 2013, la mise en place d'un indicateur pour les marchés soumis à l'examen des commissions des marchés, à inscrire au procès-verbal d'examen de chacun des marchés et dans un tableau récapitulatif soumis à la commission.

Les ratios présentés ci-avant montrent que pour certains concessionnaires appartenant à un groupe possédant des entreprises susceptibles de répondre à leurs marchés, la proportion, en nombre et en valeur, des marchés attribués à ces sociétés filiales se situe à un niveau élevé. L'Autorité approfondira l'analyse sur ce point dans ses prochains rapports, dans le cadre de sa mission visant à assurer le respect de l'exercice d'une concurrence effective et loyale en vertu de l'article L. 122-14 du code de la voirie routière.

4.3. Appréciation du niveau général des prix

Conformément à la démarche pratiquée par la CNM, l'Autorité souhaite porter une attention particulière au niveau général des prix des marchés. Pour réaliser cette analyse, l'Autorité recommande donc à l'ensemble des concessionnaires de produire des documents suffisamment détaillés lui permettant d'apprécier avec précision le niveau général des prix avec notamment l'écart

entre la moyenne générale des prix et l'estimation du montant du marché, l'écart entre l'offre retenue et la moyenne générale des prix ou encore l'écart entre l'offre retenue et l'offre économiquement la moins avantageuse.

Faute de pouvoir disposer d'informations suffisamment précises pour les années précédentes, il n'a pas été possible d'étudier l'évolution des niveaux de prix sur les dernières années.

Toutefois, il est constaté pour l'année 2015 que le montant de l'offre retenue est généralement inférieur à celui du besoin estimé, avec un écart compris en moyenne¹³ entre -11 % et -28 % selon les concessionnaires. Cette situation s'explique notamment par le recours préférentiel par les sociétés concessionnaires à des méthodes d'attribution en faveur de l'offre la moins-disante (voir à cet effet la section 4.4 sur les critères de sélection utilisés par les sociétés).

L'analyse des niveaux de prix permet d'une manière générale d'identifier une dispersion assez significative entre les offres pour un même marché, avec des offres retenues dont le prix est parfois très inférieur à la moyenne des offres (-7% à -19% en moyenne par concessionnaire).

APRR et AREA

Les sociétés APRR et AREA ont produit un tableau qui détaille, par marché, l'écart entre l'offre retenue et la moyenne générale des prix, l'écart entre l'offre retenue et l'offre économiquement la moins avantageuse, ainsi que l'écart entre la moyenne générale des offres et l'estimation financière réalisée par les sociétés.

Pour 2015, les offres reçues par ces deux concessionnaires ont parfois été supérieures à l'estimation établie. En effet, pour cinq procédures, l'Autorité relève que cette estimation est inférieure à la moyenne des offres, sans disposer d'éléments de contexte suffisants, à ce stade, permettant d'expliquer les écarts constatés.

Par ailleurs, il existe des écarts parfois significatifs entre le montant de l'offre retenue et la moyenne des prix des offres reçues, huit écarts étant inférieurs à -10 %, sachant qu'un d'entre eux atteint un niveau de -26 %.

ASF, COFIROUTE et ESCOTA

Après demande expresse de l'Autorité, les sociétés ASF, COFIROUTE et ESCOTA ont communiqué des informations permettant de calculer les écarts de prix pour les dossiers soumis à l'avis de leur commission des marchés.

L'Autorité constate en premier lieu que le montant des offres retenues est très souvent inférieur au montant estimatif, et ce de manière importante. Ainsi, cet écart varie pour les trois concessionnaires entre -45 % et +11 %, avec une moyenne d'environ -19 %. Cette tendance est confirmée par l'analyse de la différence entre la moyenne des offres reçues et l'estimation du marché, qui varie entre -38 % et +10 %, avec une moyenne à environ -10 %.

Par ailleurs, il est constaté une dispersion relativement importante des offres sur les marchés de ces trois concessionnaires. En effet, l'écart entre le montant de l'offre retenue et la moyenne des offres varie entre -39 % et +9 %, avec une moyenne à environ -11 %.

¹³ Pour chacune des moyennes calculées dans cette section, seuls les marchés faisant l'objet d'une estimation figurant dans les rapports des sociétés concessionnaires ont été considérés, excluant de fait les marchés à bons de commande et les accords-cadres, qui représentent toutefois un volume potentiellement important de commandes. Il s'agit par ailleurs de moyennes pondérées par les montants des marchés concernés. Ainsi : écart moyen entre offre retenue et estimation par la SCA = $(\sum \text{montants offres retenues} - \sum \text{montants estimations}) / \sum \text{montants estimations}$

SANEF et SAPN

Pour ces deux concessionnaires, l'Autorité constate que le montant des offres retenues est généralement significativement inférieur au montant estimatif. En effet, l'écart entre l'offre retenue et l'estimation initiale du montant du marché varie entre -66 % et +29 % avec une moyenne à -19 % environ, tandis que l'écart entre la moyenne générale des prix des offres et l'estimation initiale varie entre -51 % et +94 % avec une moyenne à -9 %.

D'autre part, la dispersion des offres est importante puisque l'écart entre l'offre retenue et la moyenne générale des prix varie entre -45 % et 0 %, avec une moyenne à environ -12 %.

ATMB

ATMB a produit un tableau distinguant l'écart entre les montants de l'offre retenue et de l'offre économiquement la moins avantageuse, et l'écart entre le niveau général de prix (c'est-à-dire la moyenne des prix) et l'estimation du maître d'ouvrage.

L'Autorité constate que le montant de l'offre retenue est fréquemment supérieur à l'estimation. Ainsi, l'écart entre le montant de l'offre retenue et le montant de l'estimation du marché réalisée par la société concessionnaire varie entre environ -51 % et +79 %, avec une moyenne à environ -20 %, tandis que l'écart entre le niveau général des prix (moyenne des offres) et l'estimation du concessionnaire varie entre -43 % et +129 % environ, avec une moyenne située à environ -8 %.

Par ailleurs, il est constaté une dispersion des offres relativement importante, représentée par un écart moyen entre l'offre retenue et la moyenne des offres reçues, qui varie entre -44 % et +1 % environ, avec une moyenne à environ -15 %, et un écart entre le montant de l'offre retenue et l'offre économiquement la moins avantageuse, qui varie entre -60 % et 0 % environ, avec une moyenne à environ -25 %.

La société aurait toutefois pu indiquer elle-même les écarts de montant sous forme de pourcentage, car la seule indication en numéraire est insuffisante pour évaluer l'écart au regard du montant global du marché.

SFTRF

Des éléments fournis par SFTRF il ressort que le montant des offres retenues est globalement inférieur à l'estimation des offres, avec des écarts situés entre -43 % et +5 % environ, avec une moyenne de -28 %, et un écart entre la moyenne des prix des offres reçues et l'estimation du concessionnaire, variant entre -38 % et +14 % environ, avec une moyenne de -19 %.

La dispersion des offres est contenue, avec un écart moyen entre le montant de l'offre retenue et le niveau moyen des offres reçues qui varie entre -18 % et 0 % environ, avec une moyenne de -11 %, et un écart entre le montant de l'offre retenue et l'offre économiquement la moins avantageuse qui varie entre -52 % et 0 % environ, avec une moyenne de -21 %.

Conclusion

Les écarts de prix constatés peuvent trouver plusieurs explications. Ils peuvent être liés notamment à une mauvaise définition du besoin par le concessionnaire, à une mauvaise appréciation du besoin par les soumissionnaires ou simplement aux différents choix des soumissionnaires sur leurs niveaux de marge.

Sans ignorer les particularités de certains marchés et la volatilité des prix de certaines prestations ou fournitures (baisse du prix des matières premières, spécificités de la tarification de certains marchés comme les marchés de maîtrise d'œuvre, circonstances locales...), l'Autorité approfondira dans ses prochains travaux la justification des écarts de prix entre le montant de l'offre retenue et le montant estimé du marché, ainsi que celle des écarts de prix entre les offres présentées par les différents

soumissionnaires et l'offre retenue. Elle veillera, en particulier, à intégrer dans l'analyse l'effet des avenants éventuellement conclus.

L'Autorité s'attachera également à examiner dans les prochains rapports le niveau de dispersion des prix selon la taille, la nature ou le degré de complexité du marché considéré.

4.4. Critères de sélection des offres

Sont ici examinés les critères majoritairement utilisés par les concessionnaires pour l'attribution des marchés, ces derniers permettant de mieux comprendre leur stratégie d'achats. A la lecture des rapports d'activité, deux critères de sélection des offres dominent largement, à savoir le critère du prix et le critère de la valeur technique, comme le montre le tableau joint en annexe 3 au présent rapport.

APRR et AREA

Le critère prix domine largement pour ces deux sociétés, le plus souvent noté à 60 % contre 20 % pour le critère délai et 20 % pour le critère valeur technique ou 40 % pour le seul critère valeur technique. Néanmoins, aucune de ces sociétés n'a recouru au critère unique du prix.

L'Autorité relève par ailleurs qu'aucune information ne lui a été communiquée s'agissant de l'application de critères de sélection lors de la négociation des cinq marchés de maîtrise d'œuvre passés sans publicité ni mise en concurrence « *en raison de l'urgence impérieuse incompatible avec les délais de procédure ordinaire* ».

ASF, COFIROUTE et ESCOTA

Pour la société ASF, l'Autorité relève que, dans 80 % des procédures, le critère prix est prépondérant et représente de 60 % à 100 % de la valeur des critères de sélection. Il est à noter que 45 % des procédures ont le critère d'attribution unique du prix. Dans 10 % des procédures, le critère technique est prépondérant avec un poids de 60 %. Enfin, pour 10 % des procédures, les critères prix et technique ont le même poids (50/50).

Pour la société COFIROUTE, le critère prix domine dans près de 62 % des procédures avec des pondérations allant de 40 % à 100 %. Le critère technique est prépondérant dans environ 38 % des procédures avec des pondérations allant de 60 à 70 %.

Le critère unique du prix a été utilisé uniquement chez ASF et COFIROUTE et spécialement pour des marchés de travaux d'entretien de chaussées.

Le rapport d'activité annuel d'ESCOTA fait état lui aussi d'un critère prix dominant dans la majorité des procédures (70 %) avec une pondération allant de 50 % à 60 %. Le critère technique n'a été prépondérant que dans une procédure sur dix.

SANEF et SAPN

Le rapport d'activité de la commission des marchés de SANEF et de SAPN montre que ces sociétés utilisent quasiment systématiquement plusieurs critères d'attribution. Le critère du prix comme unique critère d'attribution n'a pas été utilisé en 2015. Cependant, la pondération des critères varie entre 50 % et 90 % pour le critère du prix et entre 10 % et 50 % pour le critère de la qualité technique de l'offre. SANEF a également eu recours dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché de service à la pondération d'un troisième critère, celui des délais d'exécution, pondéré à 25 %, le critère du prix étant pondéré à 50 % et celui de la qualité technique de l'offre à 25 %.

ATMB

La société ATMB a recouru aux deux critères combinés prix et valeur technique et n'a jamais recouru au seul critère du prix. 70 % des marchés de services ont été passés avec une pondération plus forte de la valeur technique par rapport au prix, ce qui n'est le cas que d'un marché de travaux sur les quinze soumis à la commission des marchés.

SFTRF

Le rapport d'activité de la commission des marchés de la société SFTRF laisse apparaître que la société applique une pondération comprise entre 60 et 70 % pour le prix et entre 30 et 40 % pour la valeur technique comme critères d'attribution des marchés de travaux ou de services. Le critère unique du prix a été retenu pour l'unique marché de fournitures conclu et soumis pour avis à la commission.

Conclusion

L'utilisation du critère unique du prix n'est pas souhaitable. Elle doit rester exceptionnelle et ne se justifie en principe que pour des marchés de fournitures standardisées auxquels aucun service ni plus-value ne sont associés. En effet, les dispositions du II de l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoient que le critère unique peut être :

- le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité n'est pas susceptible de varier quel que soit l'opérateur économique ;
- le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63 du décret susvisé.

L'Autorité sera attentive à l'utilisation de pondérations trop importantes du critère prix lors de l'attribution des marchés ou à l'utilisation de formules de notation du prix qui pourraient neutraliser indirectement les autres critères. Elle constate en effet que certains concessionnaires utilisent des formules de notation qui sanctionnent fortement les écarts de prix entre le candidat analysé et l'offre du candidat le moins disant. Or, comme il a été développé au 4.3, les prix présentés par les candidats sont globalement très éclatés sur un même projet. L'écart entre le montant estimé par les concessionnaires et l'offre du candidat le moins disant confirme cette forte dispersion des offres financières. Ainsi, une formule de notation sanctionnant de façon exagérée ces différences de prix aurait pour conséquence d'écarter un plus grand nombre de candidats potentiels.

A ce titre, l'Autorité invite les sociétés concessionnaires à récapituler, dans le rapport annuel de la commission des marchés, les formules de notation utilisées pour le critère prix pour chaque catégorie de marchés (travaux, fournitures, services).

4.5. Règles en matière d'avenants

La CNM rappelait systématiquement dans ses rapports annuels que le champ de compétence des commissions des marchés devait couvrir non seulement la passation mais aussi l'exécution des marchés. En ce sens, la CNM indiquait que la portée pleine et effective du contrôle des commissions des marchés impliquait une connaissance par ces dernières des avenants et des marchés complémentaires passés par les concessionnaires. Ainsi, la CNM avait recommandé fin 2011 des seuils au-dessus desquels les avenants devaient être soumis à la commission des marchés :

- avenants dont le montant augmente de plus de 10 % le montant initial des marchés compris entre 2 000 000 € HT et 5 000 000 € HT ;

- avenants dont le montant augmente de plus de 15 % le montant initial des marchés de plus de 5 000 000 € HT.

APRR et AREA

A la lecture des rapports précédents de la CNM, la pratique de ces deux sociétés ces dernières années était de soumettre pour avis à la commission des marchés les avenants dont la conclusion portait le montant du marché au-delà d'un seuil de 2 000 000 € HT, et les avenants d'un montant égal ou supérieur à 15 % du montant du marché initial. La liste des avenants fournie initialement ne permettait pas de mesurer l'atteinte de ces seuils puisqu'elle ne fait état que du montant de l'avenant lui-même sans que le montant initial du marché ne soit indiqué. Dans ces conditions, l'Autorité a demandé à chacune des sociétés de remédier à ces omissions.

Il ressort des éléments complémentaires apportés par les sociétés que la conclusion des avenants conduit à une augmentation moyenne de +11,6 % du montant du marché (hors prise en compte d'un avenant à +90 %).

L'Autorité constate enfin que les avenants passés pour les marchés conclus avec des entreprises liées révèlent une hausse moyenne de +12,8 % par rapport au marché initial.

ASF, COFIROUTE et ESCOTA

Les règles internes de fonctionnement de la commission des marchés des sociétés ASF et COFIROUTE prévoyaient que leurs commissions soient saisies pour avis des projets d'avenants de marchés ayant déjà fait l'objet d'un avis de la commission des marchés et entraînant un dépassement de 20 % du montant du marché initial. Elles prévoyaient également d'informer les commissions sur les avenants qui entraînaient le franchissement du seuil des procédures formalisées des marchés des travaux, fournitures ou services.

Les règles internes de fonctionnement de la commission des marchés de la société ESCOTA précisaient à l'article II « Compétence de la CCMC » que la commission des marchés émet un avis sur les avenants aux marchés visés au premier alinéa de l'article 6 du cahier de charges du contrat de concession dès lors que les montants seuls ou cumulés desdits avenants représentent plus de 25 % du montant initial du marché et qu'ils sont supérieurs à 500 000 € HT pour les marchés de travaux et 60 000 € HT pour les marchés de fournitures et services.

L'Autorité observe que les préconisations de la CNM relatives aux seuils de contrôle des avenants par la commission des marchés n'ont en tout état de cause pas été prises en compte par les sociétés ASF, COFIROUTE et ESCOTA.

La commission des marchés d'ASF a été saisie de deux avenants au cours de l'année 2015 : d'une part, un avenant¹⁴ à un marché de service représentant 21,5 % du montant initial du marché cumulé avec deux avenants précédents ; d'autre part, un avenant à un marché de travaux qui augmentait à lui seul le montant initial du marché de près de 29 %. L'Autorité relève que le montant élevé de ces avenants, au regard du montant initial de chacun des marchés, est de nature, au regard de la jurisprudence en la matière, à bouleverser l'économie générale desdits marchés.

L'Autorité constate que les commissions des marchés des sociétés COFIROUTE et ESCOTA n'ont pas été saisies de projet d'avenant en 2015.

Suite à la demande expresse de l'Autorité, les sociétés ASF et ESCOTA ont transmis des informations supplémentaires relatives aux avenants, conclus en 2015, n'ayant pas fait l'objet d'un avis de la

¹⁴ A la lecture des pièces transmises par la société ASF, le premier avenant avait une incidence financière de près de 8 %, le second n'avait pas eu d'incidence financière sur le marché. *In fine*, le dossier a connu avec les trois avenants une augmentation de près de 30 %.

commission des marchés. L'Autorité constate, à la lecture des pièces remises, que ces avenants ne semblent avoir ni modifié l'objet ni bouleversé l'économie générale du marché initial ni entraîné un franchissement des seuils de procédure de passation de marchés.

SANEF et SAPN

Ces deux sociétés n'ont conclu aucun avenant en 2015 devant être soumis pour avis à la commission des marchés.

ATMB

Quatre avenants ont été soumis à la commission des marchés d'ATMB en 2015 (trois concernant des marchés de travaux et un concernant un marché de services). L'Autorité note que pour l'avenant relatif au marché de services, la commission des marchés a formalisé un accord préalable de principe pour la passation d'avenants ultérieurs, certes pour un montant plafonné, mais qui représenteraient une augmentation de près de 50 % du montant initial du marché. L'Autorité s'interroge sur la justification d'un tel accord dans la mesure où cette pratique est susceptible de porter atteinte à l'économie générale du contrat initial. Pour les trois autres avenants, le montant des augmentations par rapport au marché initial s'échelonne de 7,2 % à 27,8 %.

La société ATMB a produit également une liste des avenants non soumis à l'avis de la commission des marchés. Il en ressort que, sur dix-neuf avenants, treize ont été sans incidence financière sur le montant initial du marché et portaient sur d'autres objets. L'Autorité note également que sur ces dix-neuf avenants, onze concernent des marchés de services et en majorité des marchés de prestations intellectuelles.

SFTRF

La société SFTRF a conclu un seul avenant à un marché de travaux pour 2015 sans qu'il ait été soumis pour avis à la commission dès lors que le marché initial ne lui avait pas été soumis pour avis et que l'avenant n'a pas eu pour effet le franchissement des seuils de procédure.

Conclusion

Les nouvelles règles issues de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et de ses décrets d'application vont notamment homogénéiser les seuils des avenants soumis pour avis aux commissions des marchés des concessionnaires.

En effet, le nouveau cadre juridique traduit la volonté répétée de la CNM de soumettre aux commissions des marchés les avenants dépassant un seuil donné et de permettre une transmission de ces données en toute transparence. Les articles L. 122-17 et R. 122-39 du code de la voirie routière prévoient désormais que doit être soumis à l'avis préalable des commissions de marché:

- tout projet d'avenant (à un marché soumis à avis de la commission des marchés et, le cas échéant à un marché ayant dépassé les seuils de procédure à la suite d'un ou plusieurs avenants) entraînant, seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs, une augmentation du montant initial du marché supérieure à 5 % de ce montant et à 100 000 € HT ;
- tout projet d'avenant entraînant, seul ou cumulativement avec les avenants antérieurs, une augmentation du montant initial du marché au-delà du seuil à partir duquel les procédures formalisées (pour les marchés relevant de l'article L. 122-13 du code de la voirie routière) ou l'obligation de publicité et de mise en concurrence s'imposent (pour les marchés relevant de l'article L. 122-12 du code de la voirie routière).

L'Autorité attire ainsi l'attention des concessionnaires sur le nouveau régime applicable aux avenants à des marchés dont le lancement de la procédure est intervenu à compter du 5 mai 2016.

L'Autorité, dans son rapport annuel sur l'activité des commissions des marchés pour l'année 2016, sera particulièrement vigilante au respect rigoureux de ces seuils par les concessionnaires et à la communication de ces éléments.

5. CONCLUSION ET PRECONISATIONS

A l'occasion de ce premier rapport annuel institué par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, l'Autorité, dans le cadre de ses nouvelles missions, a analysé l'activité des commissions de marchés en exercice en 2015, en respectant le cadre utilisé jusqu'à présent par la CNM tout en rappelant, chaque fois que nécessaire, les perspectives ouvertes par le cadre juridique applicable pour les marchés et leurs avenants passés à compter du 5 mai 2016.

L'Autorité constate que la fréquence des réunions des commissions des marchés est resté stable en moyenne depuis 2012, bien que le nombre des dossiers traités ait quant à lui augmenté. Toutefois, il est probable que dans les prochaines années, le nombre des marchés soumis aux commissions soit amené à augmenter et, avec lui, la fréquence des réunions des commissions en raison, d'une part, de l'abaissement des seuils des marchés soumis aux commissions des marchés et, d'autre part, de la signature par les concessionnaires du plan de relance autoroutier pour un montant de 3,27 milliards d'euros de travaux, le 2 septembre 2015.

Par ailleurs, l'Autorité relève, tout comme la CNM avant elle, que la procédure d'appel d'offres est majoritairement utilisée, avec un recours accru des concessionnaires à capitaux privés à l'appel d'offres restreint par comparaison à l'appel d'offres ouvert. A l'avenir, il conviendra d'examiner les effets de la nouvelle obligation qui est faite aux commissions des marchés de préciser les conditions de recours à la procédure d'appel d'offres restreint dans les règles internes de passation des marchés de travaux conformément aux articles L. 122-17 et R. 122-35 I du code de la voirie routière.

Les critiques formulées par la CNM sur la disparité des seuils d'examen des avenants par les commissions des marchés des sociétés ont été entendues par le Législateur. Ainsi, dès l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, conformément aux 3° et 4° de l'article R. 122-39 du code de la voirie routière, le seuil d'examen pour avis par la commission des marchés de chaque concessionnaire qui entre dans le champ d'application de l'article L. 122-17 du même code est fixé à 5 % du montant initial du marché et à 100 000 € HT. Sont également soumis pour avis à la commission des marchés les projets d'avenants qui ne devraient pas être obligatoirement soumis à l'avis de la commission mais qui entraînent, seuls ou cumulativement avec les avenants antérieurs, une augmentation du montant du marché initial au-delà des seuils définis à l'article R. 122-30 du code de la voirie routière et à l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

A l'examen des documents transmis au titre de l'année 2015 et dans la perspective de la mise en œuvre des nouvelles obligations, l'Autorité invite les concessionnaires à renforcer les efforts sur les points suivants.

Conformément aux dispositions de l'article 12 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, tout concessionnaire qui décide de ne pas allouer un marché public répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée doit motiver ce choix dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation mentionné à l'article 105 du décret susmentionné.

De plus, sauf prestation particulière qui ne serait pas rattachable à l'exécution des obligations issues du cahier des charges annexé à chaque convention de concession, tous les achats des sociétés concessionnaires sont réalisés pour les besoins de la concession. En conséquence et à l'exception de procédures spécifiques d'achats exclus, tous les contrats d'un montant supérieur aux seuils

définis à l'article R. 122-39 du code de la voirie routière devraient *a priori* être soumis pour avis à la commission des marchés.

Hormis quelques sociétés concessionnaires, l'Autorité recommande d'améliorer la traçabilité des échanges au cours des réunions des commissions de marchés.

Les remarques formulées par la CNM l'an dernier restent, pour certaines, d'actualité. Ainsi, l'Autorité a relevé des écarts, parfois importants, entre les prix des offres retenues et le montant de l'estimation des concessionnaires sans toutefois pouvoir se prononcer à ce stade sur les déterminants de ces écarts.

Enfin, dans le cadre de la mise en œuvre du plan de relance autoroutier, l'attention des sociétés concessionnaires devra être portée sur le suivi de l'accès aux entreprises non liées ou des PME-TPE. L'Autorité invite les sociétés concessionnaires à identifier précisément la passation des marchés dédiés au seul plan de relance afin de faciliter la vérification des engagements annoncés par les concessionnaires.

ANNEXES

Annexe 1 – Typologie des marchés ayant fait l'objet d'un avis des commissions des marchés

Annexe 2 – Critères de sélection et pondération

Annexe 3 – Marchés de travaux > 2M€ attribués à des entreprises liées à chaque SCA

ANNEXE 1 : TYPOLOGIE DES MARCHES AYANT FAIT L'OBJET D'UN AVIS DES COMMISSIONS DES MARCHES

Sources : rapports des commissions des marchés des concessionnaires, rapports 2013 et 2014 de la CNM.

APRR/AREA

	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Total procédures négociées + avenants	Dont procédures négociées suite appel d'offres infructueux	Dont procédures négociées avec mise en concurrence	Dialogue compétitif	TOTAL
2011	3	24	4	3	4	0	31
2012	2	22	3	4	2	1	28
2013	0	22	3	0	0	0	25
2014	0	12	4	0	0	0	16
2015	1	20	6	0	0	0	27

ASF

	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Total procédures négociées + avenants	Dont procédures négociées suite appel d'offres infructueux	Dont procédures négociées avec mise en concurrence	Dialogue compétitif	TOTAL
2011	0	30	0	0	0	0	30
2012	0	7	4	0	4	0	11
2013	0	16	2	0	0	0	18
2014	0	15	6	3	3	0	21
2015	4	18	2	0	0	0	24

COFIROUTE

	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Total procédures négociées + avenants	<i>Dont procédures négociées suite appel d'offres infructueux</i>	<i>Dont procédures négociées avec mise en concurrence</i>	Dialogue compétitif	TOTAL
2015	2	11	0	0	0	0	13

ESCOTA

	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Total procédures négociées + avenants	<i>Dont procédures négociées suite appel d'offres infructueux</i>	<i>Dont procédures négociées avec mise en concurrence</i>	Dialogue compétitif	TOTAL
2011	3	15	2	1	0	0	20
2012	4	3	2	0	2	0	9
2013	5	0	4	0	0	0	9
2014	6	2	0	0	0	0	8
2015	6	6	1	1	1	0	13

SANEF/SAPN

	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Total procédures négociées + avenants	<i>Dont procédures négociées suite appel d'offres infructueux</i>	<i>Dont procédures négociées avec mise en concurrence</i>	Dialogue compétitif	TOTAL
2011	4	21	2	2	0	0	27
2012	1	8	0	0	0	0	9
2013	0	12	3	0	0	0	15
2014	2	16	4	0	0	0	22
2015	3	10	3	0	3	0	16

ATMB

	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Total procédures négociées + avenants	<i>Dont procédures négociées suite appel d'offres infructueux</i>	<i>Dont procédures négociées avec mise en concurrence</i>	Dialogue compétitif	TOTAL
2011	20	1	1	0	1	1	23
2012	16	14	1	1	0	1	32
2013	17	3	0	0	0	0	20
2014	22	3	0	0	0	0	25
2015	22	7	5	1	0	0	34

SFTRF

	Appels d'offres ouverts	Appels d'offres restreints	Total procédures négociées + avenants	<i>Dont procédures négociées suite appel d'offres infructueux</i>	<i>Dont procédures négociées avec mise en concurrence</i>	Dialogue compétitif	TOTAL
2011	17	0	7	0	7	0	24
2012	9	2	4	2	2	1	16
2013	9	2	6	0	0	0	17
2014	11	1	8	1	0	0	20
2015	8	1	0	0	0	0	9

ANNEXE 2 : MARCHÉS DE TRAVAUX > 2M€ ATTRIBUÉS A DES ENTREPRISES LIÉES

Sources : rapports d'activité des commissions des marchés des concessionnaires, rapports de la CNM 2013 et 2014.

Part des marchés de travaux attribués à des entreprises liées (en nombre)

	APRR	AREA	ASF	ESCOTA	COFIROUTE
2015	47 %	43 %	35 %	64 %	56 %
2014	33 %	100 % ¹⁵	69 %	50 %	-
2013	20 %	50 %	61 %	20 %	-
2012	33 %	40 %	36 %	22 %	-
2011	17 %	43 %	40 %	39 %	-
2010	33 %	67 %	32 %	50 %	-
2009	33 %	67 %	30 %	17 %	-
Moyenne	31 %	59 %	45 %	33 %	-

Part des marchés de travaux attribués à des entreprises liées (en valeur)

	APRR	AREA	ASF	ESCOTA	COFIROUTE
2015	68 %	34 %	16 %	65 %	34 %
2014	36 %	100 %	75 %	50 %	-
2013	13 %	48 %	41 %	0 %	-
2012	52 %	48 %	42 %	83 %	-
2011	57 %	55 %	79 %	40 %	-
2010	37 %	75 %	22 %	52 %	-
2009	64 %	77 %	49 %	60 %	-
Moyenne	47 %	62 %	46 %	47 %	-

¹⁵ La société AREA a conclu un seul marché de travaux d'un montant supérieur à 2 M€ HT en 2014.

ANNEXE 3 : CRITERES DE SELECTION ET PONDERATIONS

Source : rapports des commissions des marchés des concessionnaires pour 2015

APRR

Critères				Nombre de marchés
Prix	Valeur technique	Coût total de possession	Délai	
60 %	40 %	-	-	4
60 %	20 %	-	20 %	9
35 %	25 %	40 %	-	1
TOTAL				14¹⁶

AREA

Critères				Nombre de marchés
Prix	Valeur technique	Coût total de possession	Délai	
60 %	40 %	-	-	3
60 %	20 %	-	20 %	4
35 %	25 %	40 %	-	1
TOTAL				8¹⁷

¹⁶ En 2015, APRR a passé quatre marchés de maîtrise d'œuvre pour lesquels l'Autorité ne dispose pas des modalités de passation, portant le total de marchés à dix-huit.

¹⁷ En 2015, AREA a passé un marché de maîtrise d'œuvre pour lequel l'Autorité ne dispose pas des modalités de passation, portant le total de marchés à neuf.

ASF

Critères		Nombre de marchés
Prix	Valeur technique	
100 %		9
60 %	40 %	9
50 %	50 %	2
40 %	60 %	2
TOTAL		22

ESCOTA

Critères			Nombre de marchés
Prix	Valeur technique	Organisation et délai	
60 %	40 %	-	6
50 %	50 %	-	2
50 %	30 %	20 %	4
40 %	60 %	-	1
TOTAL			13

COFIROUTE

Critères			Nombre de marchés
Prix	Valeur technique	Sécurité / environnement	
100 %	-	-	2
60 %	40 %	-	5
40 %	30 %	30 %	1
40 %	60 %	-	4
30 %	70 %	-	1
TOTAL			13

SANEF/SAPN

Critères				Nombre de marchés
Prix	Valeur technique	Délai	Autres	
90 %	10 %	-	-	2
80 %	20 %	-	-	3
75 %	25 %	-	-	2
65 %	35 %	-	-	1
60 %	40 %	-	-	3
50 %	25 %	25 %	-	1
-	-	-	100 %	1
<i>Marché négocié</i>				3
TOTAL				16

ATMB

Critères		Nombre de marchés
Prix	Valeur technique	
80 %	20 %	1
70 %	30 %	3
61 %	39 %	3
60 %	40 %	12
40 %	60 %	8
30 %	70 %	3
TOTAL		30

SFTRF

Critères		Nombre de marchés
Prix	Valeur technique	
100 %	-	1
70 %	30 %	4
60 %	40 %	2
50 %	50 %	1
TOTAL		8

Twitter : @arafer_officiel

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