

Avis n° 2017-073 du 12 juillet 2017
relatif à la passation des contrats d'exploitation des installations annexes à caractère commercial situées sur les aires de Ressons Est, Sentinelle Ouest, Brumath Est, Longeville Sud, Verdun Nord et Verdun Sud par la société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF)

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au greffe de l'Autorité et déclarée complète le 29 juin 2017, sur les projets de contrats relatifs à l'exploitation des activités de distribution de carburant, de boutique et/ou de restauration sur les aires de Ressons Est (A1), Sentinelle Ouest (A2), Brumath Est (A4), Longeville Sud (A4), Verdun Nord (A4) et Verdun Sud (A4) par la société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) ;

Vu le code des transports ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;

Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

Vu le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession ;

Vu le décret n° 2016-234 du 1^{er} mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes ;

Après en avoir délibéré le 12 juillet 2017 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. PROCÉDURE

1. Les articles L. 122-23, L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière disposent que les contrats passés par les concessionnaires d'autoroute en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé, sont attribués à la suite d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

2. En application des articles L. 122-27 et R. 122-42 du code de la voirie routière, les concessionnaires d'autoroute doivent solliciter du ministre chargé de la voirie routière nationale l'agrément de l'attributaire ou du concessionnaire de tout contrat visé à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière préalablement à la conclusion dudit contrat ou à sa cession à un nouvel exploitant. L'agrément ne peut être délivré qu'après avis de l'Autorité, qui dispose d'un délai d'un mois à compter de la date de la saisine par le ministre pour se prononcer sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du même code.

2. COMPETENCE DE L'AUTORITE

3. Aux termes de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'avis devant être préalablement rendu par l'Autorité dans le cadre de la procédure d'agrément visée à cet article porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du même code. L'article L. 122-24 prévoit ainsi que, pour « *la passation des contrats définis à l'article L. 122-23, le concessionnaire d'autoroute procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire* ». L'article L. 122-25 dispose que les « *procédures de passation des contrats définis à l'article L. 122-23 sont définies par voie réglementaire* ». Ces procédures sont précisées aux articles R. 122-40 et suivants du code de la voirie routière.
4. Les dispositions des articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière s'appliquent ainsi à la conclusion des contrats visés à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière.
5. Il incombe ainsi à l'Autorité d'exercer un contrôle sur la procédure d'attribution de ces contrats. À cet égard, le I de l'article 4 du décret du 1^{er} mars 2016 susvisé prévoit que la sous-section 1 de la section 5 du chapitre II du titre II de la partie réglementaire du code de la voirie routière régissant la procédure de passation des contrats des concessionnaires d'autoroute en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé, s'applique uniquement aux contrats pour lesquels une publicité est engagée à compter du 1^{er} avril 2016.
6. Par un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 9 août 2016, la société SANEF a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution de huit lots portant sur l'exploitation des activités de distribution de carburant, de boutique et/ou de restauration sur les aires de Ressons Est (A1), Sentinelle Ouest (A2), Brumath Est (A4), Longeville Sud (A4), Saint-Laurent (A1), Verdun Nord (A4) et Verdun Sud (A4). La procédure de passation ayant été initiée le 9 août 2016, l'Autorité est compétente pour rendre un avis dans le cadre de la procédure d'agrément des exploitants pressentis.

3. REGLES APPLICABLES A LA PROCEDURE DE PASSATION DES CONTRATS

7. Les dispositions de la section 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière portant sur les installations annexes sur les autoroutes concédées sont applicables aux contrats passés par le concessionnaire d'autoroute en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé sans préjudice de l'application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession pour les concessionnaires qui en relèvent.
8. Les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 précitée sont applicables aux contrats susceptibles d'être qualifiés de contrats de concession au sens des articles 5 à 7 de ce texte lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 9 du même texte.
9. Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, doit être qualifié de pouvoir adjudicateur toute personne morale de droit public, toute personne morale de droit privé créée pour

satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur, soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, 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, et les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

10. La société SANEF étant une personne morale de droit privé ne remplissant pas les conditions posées par l'article 9 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, elle ne peut constituer un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance précitée.
11. Il résulte des éléments qui précèdent que la société SANEF n'était pas soumise, pour la conclusion des contrats qui font l'objet de la présente procédure d'agrément, aux dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 mais aux dispositions de la section 5 du chapitre II du titre II du code de la voirie routière qui renvoient, sous réserve des adaptations prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, aux dispositions du titre II du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession.

4. PROCEDURE DE PASSATION

4.1. Sur l'allotissement

12. Le concessionnaire d'autoroute peut recourir à l'allotissement pour ses contrats de construction, d'exploitation et d'entretien des installations annexes à caractère commercial dans la mesure où leur objet permet d'identifier des prestations distinctes¹.
13. Aux termes du deuxième alinéa du II de l'article 7 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, « l'autorité concédante peut décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot [...] ». En application de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, ces dispositions sont applicables aux contrats d'exploitation d'installations annexes attribués par les concessionnaires d'autoroute, assimilés à des pouvoirs adjudicateurs au sens du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession.
14. Le principe d'autonomie des lots impose une attribution et une exécution indépendante de chaque lot. L'attribution du contrat alloti ne peut permettre à l'acheteur de se livrer à une appréciation globale des lots sans porter atteinte au principe d'égalité de traitement des entreprises soumissionnaires. Pour autant, rien ne s'oppose à ce que l'acheteur puisse prévoir, au sein d'un même lot, la présentation d'une ou plusieurs variantes par le candidat en sus de son offre de base.
15. Il résulte de l'instruction que l'allotissement réalisé par la société SANEF pour les lots n° 1 « Ressons Est – pétrolier + restaurateur », n° 2 « Ressons Est – pétrolier » et n° 3 « Ressons Est – restaurateur » n'assure pas la décomposition des lots par prestations distinctes. En effet, ces trois lots ont des objets communs puisque les activités incluses dans le lot n° 1 correspondent à l'addition de celles des lots n° 2 et n° 3.
16. Un tel allotissement empêche une attribution et une exécution autonome des trois lots. Soit les lots n° 2 et n° 3 seuls sont attribués et le lot n° 1 ne peut l'être. Soit le lot n° 1 est le seul à être attribué et les deux autres lots ne peuvent l'être. Ce dernier choix est celui qui a été retenu par la société SANEF qui a déclaré sans suite l'appel d'offres pour les lots n° 2 et n° 3 au motif que le lot n° 1 pouvait être attribué à un candidat ayant présenté une offre satisfaisante.

¹ Cf. par parallélisme, le I de l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qui dispose que : « les marchés publics [...] sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes » et que « [l]es offres sont appréciées lot par lot. »

17. Il résulte de ces éléments que l'allotissement retenu par la société SANEF, en n'identifiant pas des prestations distinctes par lots, n'est pas en mesure d'assurer le respect de l'égalité de traitement des candidats. La procédure suivie méconnaît ainsi les obligations de mise en concurrence prévues par le titre II du décret du 1^{er} février 2016.
18. Pour procéder à une comparaison des combinaisons d'activités de carburant et de restauration sur l'aire de Ressons Est, la société SANEF aurait dû prévoir, lors de la mise en concurrence initiale, la possibilité pour les candidats de proposer des variantes au sein d'un même lot regroupant l'ensemble de ces activités et non réaliser un découpage de ces activités par lots aux prestations identiques. L'Autorité invite la société SANEF à procéder selon ces modalités pour ses futures procédures de passation portant sur des contrats de construction, d'exploitation et d'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé.

4.2. Sur le recours à l'enchère électronique

19. Aux termes de l'article 26 du décret du 1^{er} février 2016 précité, « lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier [...], elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation. Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés à l'article 27 ». L'article 27 du même décret dispose que « [p]our attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde [...] sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers [...] ». Cet article prévoit également que, pour les contrats de concessions qui sont passés selon une procédure formalisée, « l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. »
20. Le 4^o de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière dispose que, pour les contrats d'exploitation des installations annexes au réseau autoroutier concédé, les critères mentionnés aux articles 26 et 27 du décret du 1^{er} février 2016 précité sont pondérés et comprennent au moins les critères relatifs à la qualité des services rendus aux usagers, la qualité technique et environnementale, l'ensemble des rémunérations versées au concessionnaire par l'exploitant, et, lorsque le contrat porte sur la distribution de carburant, le critère de la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant, dont la pondération doit être au moins égale à celle du critère relatif à la rémunération versée par l'exploitant.
21. L'article 3-1 du règlement de la consultation transmis par la société SANEF prévoit que la société se réserve la possibilité de mener ou non une enchère électronique avec les candidats à l'issue des auditions. Cette possibilité figure également dans les avis d'appels publics à la concurrence publiés par la société.
22. Il ressort des éléments versés au dossier que la société SANEF a choisi d'organiser cette procédure pour les lots portant sur les aires Brumath Est, Longeville Sud et Verdun Nord/Sud.
23. A titre liminaire, l'Autorité considère que, si l'utilisation de cette procédure, efficiente pour les marchés publics de fournitures, n'est pas dans le cas d'espèce formellement proscrite dans le silence du décret du 1^{er} février 2016 précité, il n'en demeure pas moins qu'elle ne s'avère pas la mieux adaptée au contrat de concession en cause, dans la mesure où celui-ci donne lieu à un montage complexe, sur une longue durée, incluant des opérations distinctes de conception, de construction et d'exploitation de services, qui impose d'analyser les offres sur une pluralité de critères.

24. La lecture combinée des articles 26 et 27 du décret du 1^{er} février 2016 précité et de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière implique notamment que le critère de la rémunération du concessionnaire soit d'importance au moins égale au critère de la modération des tarifs de carburant. Ces obligations sont respectées lorsque le classement final de la procédure ne dépend pas de manière disproportionnée de l'appréciation du critère de rémunération du concessionnaire, comme c'est le cas dans le cadre de l'enchère électronique. Ainsi, quand bien même il serait procédé à une pondération des critères conforme à ces dispositions lors de la phase d'analyse des offres, le recours ultérieur à une enchère publique fixant simplement à 20 % le poids des sous-critères liés au montant des redevances fixes et d'entretien au sein du critère de la rémunération du concessionnaire par l'exploitant est susceptible de dénaturer l'ensemble de la procédure.
25. Il résulte en effet de l'instruction que le mécanisme d'enchère instauré par la société SANEF consiste uniquement à permettre aux soumissionnaires de relever à la hausse leur proposition relative au montant total des redevances fixes et d'entretien, par paliers de 1 000 euros. Les soumissionnaires ont connaissance de leur rang et sont informés du soumissionnaire classé à la première place à chaque nouvelle offre financière déposée. Les soumissionnaires ont donc la possibilité d'influer sur le classement général par le biais de la seule modulation financière de leur offre.
26. Dans ces conditions, sans remettre en cause la régularité de la procédure sur ce point, l'Autorité estime qu'il serait de bonne pratique de ne pas recourir à la technique d'enchères électroniques en dernière phase de la procédure de passation des contrats d'exploitation des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé dès lors qu'elle porte uniquement sur le critère de la rémunération du concessionnaire par l'exploitant et qu'elle a pour effet de rendre ce critère prépondérant dans la détermination du classement final des offres.

*

Le présent avis sera notifié au ministre chargé de la voirie routière nationale et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 12 juillet 2017.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Mesdames Cécile George et Marie Picard ainsi que Messieurs Yann Pétel et Michel Savy, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman