

Avis n° 2021-008 du 4 février 2021

relatif à la procédure de passation d'un contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire du Manoire sur l'autoroute A89 par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF)

L'Autorité de régulation des transports (ci-après « l'Autorité »),

Vu le code de la commande publique ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF), enregistrée au pôle procédure de l'Autorité et déclarée complète au 7 janvier 2021, portant sur la procédure de passation du contrat d'installations annexes à caractère commercial relatif à l'exploitation des activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire du Manoire sur l'autoroute A89 ;

Vu les autres pièces du dossier,

Après en avoir délibéré le 4 février 2021,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CADRE JURIDIQUE

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 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* », 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, le concessionnaire d'autoroute doit, préalablement à la conclusion d'un contrat mentionné à l'article L. 122-23 du même code, ou à la cession du contrat à un nouvel exploitant, obtenir l'agrément de l'attributaire ou du cessionnaire, par l'autorité administrative.
3. L'agrément est délivré par le ministre chargé de la voirie routière nationale après avis de l'Autorité, qui dispose d'un délai d'un mois à compter de la date de la saisine pour se prononcer.

4. En application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, en cas d'avis défavorable de l'Autorité, la délivrance de l'agrément à l'attributaire est motivée par le ministre.
5. Aux termes du même article, l'avis rendu par l'Autorité porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière et précisées aux articles R. 122-40 et R. 122-41 du même code.
6. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats d'exploitation sont régies par les titres II et III du livre I^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
7. En outre, aux termes du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, « *[I]es critères mentionnés aux articles R. 3124-1 et R. 3124-4 du [code de la commande publique] sont pondérés et comprennent au moins les critères relatifs aux éléments suivants : [...] d) Si le contrat d'exploitation porte sur la distribution de carburants, la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant, la pondération de ce critère étant au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations* ».
8. Par un avis de concession envoyé à la publication le 5 août 2020, la société ASF a lancé une procédure de type ouvert avec possibilité de négociation en vue de l'attribution d'un contrat relatif à la conception, à la construction et/ou à la rénovation, à l'exploitation, à l'entretien et à la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire du Manoire située sur l'autoroute A89.
9. Le 7 janvier 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation de ce contrat.

2. ANALYSE DES OFFRES

10. Pour apprécier le critère de la modération des tarifs des carburants, la société concessionnaire évalue les propositions des candidats sur la base de l'écart maximal (nul, positif ou négatif) de prix moyens hebdomadaires par litre, exprimé en euros TTC, qu'ils s'engagent à ne pas dépasser durant toute la durée du contrat par rapport aux prix moyens hebdomadaires par litre de la semaine précédente publiés par la direction générale de l'énergie et du climat (ci-après « DGEC »), et ce pour les trois types de carburants : B7 (anciennement gazole), E10 (anciennement SP95-E10) et E5 (anciennement SP98).
11. L'Autorité remarque que cette formule ne tient pas compte des volumes réels de trafic puisque la modération tarifaire est appréciée uniquement en référence à une moyenne de prix hebdomadaire. Cette formule permet à l'exploitant, en lissant ses engagements grâce à cette moyenne, de jouer sur les variations de prix entre les différentes périodes de l'année, souvent liées aux différences d'affluence sur le réseau.

2.1 Sur la méthode de notation du critère de la modération tarifaire

12. En application du barème de notation tel qu'il ressort du rapport d'analyse des offres, la méthodologie de notation du critère de la modération tarifaire évalue les offres selon l'écart proportionnel entre l'offre proposant les prix les moins élevés et les autres offres.

13. L'Autorité rappelle que les critères de sélection doivent permettre de départager les offres conformément à l'effort réel fourni par les candidats. Or, pour comparer les offres sur le critère de la modération tarifaire, la société concessionnaire prend en compte les écarts de prix globaux sur un panier de carburants selon une méthode proportionnelle par rapport à l'offre moins-disante et non les écarts réels en pourcentage entre les propositions des candidats, à savoir les écarts en plus ou en moins par rapport au référentiel DGEC. La différence entre les engagements de chaque soumissionnaire, qui induit des différences dans les écarts de prix payés par l'utilisateur par rapport au référentiel DGEC, est ainsi minimisée et les notes des candidats sont artificiellement resserrées. À titre d'exemple, un écart d'environ [400-500] % entre l'offre présentant l'écart de prix le plus élevé par rapport au référentiel DGEC et l'offre la plus intéressante pour l'utilisateur sur ce critère se traduit par une différence de 1,29 point seulement, sur un total de 13 points, dans la notation au titre du critère de la modération tarifaire, étant par ailleurs précisé que les offres sont discriminées à partir d'une note globale calculée sur 113, tous critères confondus.
14. Une telle méthode de notation a pour effet de neutraliser le critère de la modération tarifaire en minorant le poids des écarts entre les prix, de sorte que les offres sont finalement très peu différenciées au regard de ce critère de sélection. Ainsi, l'Autorité relève notamment que, du fait de la mise en œuvre de cette méthode, le titulaire pressenti resterait inchangé, même si ce dernier proposait des tarifs supérieurs à 1,54 euros le litre de gazole, soit [20 - 30] % plus chers que l'offre pour laquelle il a été retenu.
15. L'Autorité invite donc la société concessionnaire à mettre en place une méthode de notation du critère de la modération tarifaire permettant de tenir compte des écarts réels entre les candidats.
16. De plus, l'Autorité rappelle qu'en imposant que la pondération du critère de modération des prix du carburant soit « au moins égale » à celle du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire, le d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière fixe un plancher que les sociétés concessionnaires sont libres de dépasser en accordant au critère portant sur la modération des tarifs des carburants un poids relativement plus important. En l'espèce, l'Autorité relève que la pondération du critère de la modération tarifaire, d'une part, est strictement égale à celle du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire et, d'autre part, s'établit à 11,5 %. L'Autorité considère que le poids affecté à ce critère n'encourage pas les soumissionnaires à fournir un effort particulier sur leur politique de prix à destination des usagers. Elle invite donc la société concessionnaire à renforcer l'importance relative du critère associé à la politique de modération tarifaire.

2.2 Sur l'engagement du titulaire pressenti concernant la politique de modération tarifaire du carburant

17. L'Autorité relève que, pour les trois types de carburants, les écarts maximums de prix moyens hebdomadaires par litre que le preneur s'engage à ne pas dépasser par rapport aux prix moyens hebdomadaires publiés par la DGEC sont plus faibles que les écarts de prix moyens hebdomadaires par litre pratiqués sur l'aire sur l'année 2020.
18. L'Autorité constate que les autres soumissionnaires proposaient des écarts plus élevés que le titulaire pressenti.
19. L'Autorité constate que la formule de modération tarifaire proposée par la société concessionnaire ainsi que les engagements du titulaire pressenti pourraient conduire à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur sur l'aire par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.

20. Par ailleurs, l'Autorité constate que la société concessionnaire n'a pas prévu de modération tarifaire sur le GPL mais estime que cette omission est sans impact sur le résultat de la procédure, compte tenu des volumes de vente de ce carburant.
21. Toutefois, l'Autorité rappelle que, pour respecter les dispositions du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, la société concessionnaire doit prévoir une politique de modération tarifaire pour toutes les catégories de carburants distribuées sur l'aire considérée.

3. ANALYSE DU PROJET DE CONTRAT

22. Afin de garantir aux usagers l'application de la politique de modération tarifaire, il appartient à la société concessionnaire de vérifier, au cours de l'exécution du contrat, le respect, par le preneur, de ses engagements de modération tarifaire et de sanctionner, le cas échéant, les écarts qui pourraient être constatés, en prévoyant une clause de pénalité en cas d'inexécution des engagements du candidat.
23. L'Autorité constate que le preneur doit produire, chaque semaine, à la société concessionnaire, un état justifiant de ce respect pour les trois catégories de carburants concernés, ce qui permet une vérification régulière de ses engagements.
24. L'article [...] du cahier des charges des installations commerciales relatif « aux autres pénalités applicables » prévoit que le titulaire qui méconnaît ses obligations contractuelles encourt une pénalité de [950-1000] euros par manquement, ou, le cas échéant, par jour de retard¹. L'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif.
25. Elle invite ainsi la société concessionnaire à prévoir une pénalité suffisamment dissuasive tenant compte des avantages de toute nature qui résulteraient, pour le preneur, de l'application de tarifs plus élevés que ceux qu'il s'est engagé à pratiquer en application du contrat.

¹ [...]

4. RECOMMANDATIONS

4.1. À l'attention de la société concessionnaire

26. À titre de bonnes pratiques, lorsque le contrat porte sur la distribution de carburants, l'Autorité recommande à la société concessionnaire :
- de prévoir une formule de modération tarifaire qui tienne compte des volumes réels afin de neutraliser l'effet des variations de prix entre les différentes périodes de l'année, souvent liées aux différences d'affluence sur le réseau ;
 - afin de renforcer l'importance du critère de la politique de modération tarifaire pour la distribution de carburants :
 - o d'une part, de prévoir une méthode de notation du critère de la modération tarifaire qui permette de juger les écarts réels entre les engagements des candidats, afin de ne pas neutraliser le critère ;
 - o d'autre part, de renforcer l'importance du critère associé à la politique de modération tarifaire pour la distribution de carburants, en augmentant la pondération affectée à celui-ci ;
 - de prévoir une modération tarifaire pour l'ensemble des carburants distribués sur l'aire, y compris le GPL ;
 - de prévoir des sanctions suffisamment dissuasives en cas de manquement aux engagements de modération tarifaire, tenant compte des avantages de toute nature qui résulteraient, pour le preneur, de l'application de tarifs plus élevés que ceux qu'il s'est engagé à pratiquer en application du contrat.

4.2. À l'attention du ministre chargé de la voirie routière nationale

27. Compte tenu des éléments développés en section 2.1 du présent avis, l'Autorité constate que l'obligation d'introduire un critère de modération tarifaire, dont la pondération soit au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations prévue au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, ne suffit pas, à elle seule, à assurer à ce critère un caractère discriminant, dans la notation des offres, et, partant, à garantir effectivement la mise en œuvre d'une politique de modération tarifaire au bénéfice de l'utilisateur du service public autoroutier, lorsqu'une société concessionnaire applique une méthode de notation qui neutralise ledit critère en minorant les écarts réels entre les propositions des soumissionnaires et/ou lorsque la pondération affectée à l'engagement de modération tarifaire est trop faible par rapport à l'ensemble des autres critères de sélection.
28. L'Autorité appelle ainsi l'attention du ministre sur l'avantage qui résulterait d'une modification du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière pour assurer l'effectivité du critère associé à la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant lors de la passation des contrats d'exploitation portant sur la distribution de carburants.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation, l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire du Manoire sur l'Autoroute A89 (société ASF), au regard du seul respect formel des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière et précisées par voie réglementaire aux articles R. 122-40 et R. 122-41 du même code, nonobstant les éléments mentionnés dans la section 2.1 du présent avis.

Elle accordera toutefois la plus grande attention, à l'avenir, aux modalités concrètes de mise en œuvre du critère associé à la politique de modération tarifaire dans la procédure de passation du contrat d'exploitation portant sur la distribution de carburants, afin de s'assurer que ces modalités ne conduisent pas à priver d'efficacité les règles précitées.

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 4 février 2021.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Mesdames Marie Picard et Cécile George, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman