

Avis n° 2021-037 du 8 juillet 2021

relatif à la procédure de passation d'un contrat relatif à la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de la Vallée de l'Erve, située sur l'autoroute A81, par la société Cofiroute

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

Vu le code de la commande publique ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-27 et R. 122-44 ;

Vu l'avis de l'Autorité n° 2020-066 du 15 octobre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur l'aire de Corbières Nord sur l'Autoroute A61 par la société ASF ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au service de la procédure de l'Autorité et déclarée complète au 9 juin 2021, portant sur la procédure de passation d'un contrat relatif à la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de la Vallée de l'Erve, située sur l'autoroute A81, par la société Cofiroute ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 8 juillet 2021,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 9 avril 2020, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société Cofiroute a lancé une procédure de consultation en vue de renouveler le contrat d'exploitation des installations de l'aire de la Vallée de l'Erve, située sur l'autoroute A81.
2. Si l'ensemble des cinq candidats retenus ont retiré un dossier de consultation, seulement trois ont finalement remis une offre.

3. Le 7 mai 2021, la société Cofiroute a désigné, sur la base des offres reçues, la société Dyneff comme attributaire pressenti en vue de conclure un contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial permettant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de la Vallée de l'Erve sur l'autoroute A81 qui relie Le Mans à Rennes.
4. La société Dyneff remplacera la société des pétroles Shell, actuellement titulaire du contrat.
5. Le 9 juin 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation de ce contrat.

2. CADRE JURIDIQUE

6. Il résulte de l'article L. 122-24 du code de la voirie routière que les contrats, mentionnés à l'article L. 122-23 du même code, 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 permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire. Ces conditions et exceptions sont précisées aux articles R. 122-40 à R. 122-41-1 du même code.
7. En application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'attributaire est agréé, préalablement à la conclusion du contrat mentionné à l'article L. 122-23, par l'autorité administrative, après avis de l'Autorité, qui dispose d'un délai d'un mois à compter de la date de la saisine pour se prononcer. Cet avis porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code précité. En cas d'avis défavorable, la délivrance de l'agrément à l'attributaire est motivée par l'autorité administrative.
8. En vertu de l'article R. 122-42 du code de la voirie routière, l'agrément prévu à l'article L. 122-27 du même code est délivré par le ministre chargé de la voirie routière nationale.
9. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats d'exploitation mentionnés à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière sont régies, en vertu de l'article R. 122-41 du même code, par les titres II et III du livre 1^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.
10. Conformément au 4^o de l'article R. 122-41 précité, les critères de notation sont pondérés et comportent au moins la qualité des services rendus aux usagers, la qualité technique et environnementale, l'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire et, 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.

3. ANALYSE DE LA PROCEDURE DE PASSATION

3.1. Règles de publicité

11. L'avis de concession a été envoyé à la publication le 9 avril 2020. Il a été publié dans les annonces légales du quotidien *Le Courrier de la Mayenne*, dans les revues spécialisées *Libre-Service Actualités (LSA)* et *Bulletin de l'Industrie Pétrolière (BIP)*, sur le profil acheteur de la société concessionnaire ainsi que sur les sites francemarches.com, pro-marchespublics.com et marchesonline.com. Les supports de publication sont conformes à la réglementation.
12. L'avis de concession a fixé la date limite de réception des candidatures au 17 juin 2020. Le dossier de consultation des entreprises (DCE) a ensuite été mis à disposition des candidats admis à déposer une offre le 28 septembre 2020. Ce dernier a fixé la date limite de réception des offres au 26 janvier 2021. Les délais de réception des candidatures et des offres étaient supérieurs aux délais réglementaires.

3.2. Analyse des engagements de modération tarifaire

13. La société Cofiroute évalue les propositions des candidats en termes de modération tarifaire pour la distribution de carburants sur la base de l'écart, exprimé en euros TTC, qu'ils s'engagent à ne pas dépasser, durant toute la durée du contrat, entre les prix par litre de la semaine précédente publiés par la direction générale de l'énergie et du climat du ministère de la transition écologique (ci-après « DGEC ») et les prix moyens hebdomadaires par litre pour trois types de carburants : B7 (anciennement gazole), E10 (anciennement SP95-E10) et E5 (anciennement SP98).
14. L'Autorité relève tout d'abord 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. La formule de modération tarifaire proposée par la société Cofiroute, ainsi que les engagements du titulaire pressenti, pourraient par conséquent conduire à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur sur l'aire par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.
15. L'Autorité constate ensuite que les autres soumissionnaires proposaient des écarts plus élevés que le titulaire pressenti.
16. L'Autorité remarque toutefois que la modération tarifaire est appréciée uniquement en référence à une moyenne de prix hebdomadaire. Ceci permet à l'exploitant de jouer sur les variations de prix entre les différentes périodes de la semaine, qui peuvent se caractériser par des différences d'affluence sur le réseau.

3.3. Analyse de la méthode de notation du critère de la modération tarifaire

17. Il ressort du rapport d'analyse des offres que, pour le critère de la modération tarifaire, les offres des candidats sont évaluées selon le rapport entre le prix total de leur panier de carburants et le prix total de l'offre la moins-disante.

18. L'Autorité rappelle, ainsi qu'elle l'a souligné dans de précédents avis¹, que les critères de sélection doivent permettre de départager les offres conformément à leurs différences. Ainsi, la méthode de notation retenue doit refléter la réalité des écarts qui séparent les offres sur chacun des critères, de sorte que la note attribuée à chaque offre traduise sa performance globale au regard de l'ensemble des critères, compte tenu de leurs poids respectifs.
19. Or, pour comparer les offres des candidats sur le critère de la modération tarifaire, la société Cofiroute a pris en compte le rapport entre le prix total de leur panier de carburants et le prix total de l'offre la moins-disante, plutôt que le rapport entre l'écart maximal que ces derniers proposent par rapport au référentiel DGEC et l'offre la moins-disante. Une telle méthode de notation se traduit mécaniquement par des notes faiblement différenciées. À titre d'exemple, la différence de plus de 25 % entre l'écart de prix le plus élevé par rapport au référentiel DGEC ([10 – 20] centimes d'euro) et l'écart le moins important ([10 – 20] centimes d'euro) se traduit par une différence de 0,22 point seulement dans la note portant sur le critère de la modération tarifaire, qui compte pour 13 points (sur un total de 113 points tous critères confondus).
20. En définitive, la méthode de notation appliquée par le concessionnaire a pour effet de neutraliser le critère de la modération tarifaire en minorant les écarts entre les prix, de sorte que les offres sont finalement différenciées au regard des autres critères de sélection. L'Autorité relève ainsi que, dans le cas où le tarif DGEC s'établirait à 1,39 euros par litre de gazole, le titulaire pressenti resterait inchangé même s'il proposait un tarif de 2,70 euros, soit [80 – 90] % de plus que l'offre pour laquelle il a été retenu.
21. Depuis son avis du 15 octobre 2020², l'Autorité a eu l'occasion, à plusieurs reprises, d'appeler l'attention des sociétés concessionnaires d'autoroutes sur les défauts de cette méthode de notation du critère de modération tarifaire. Elle a pris soin d'explicitier systématiquement les termes de son raisonnement et recommandé, de façon insistante et répétée, le recours à une méthode plus conforme aux exigences formulées au point 18. Afin de laisser le temps aux sociétés concessionnaires de prendre en compte cette recommandation dans leurs procédures de consultation, elle n'a toutefois pas souhaité l'assortir immédiatement d'un avis défavorable.
22. L'Autorité constate qu'au 26 janvier 2021, date limite de réception des offres de la procédure objet du présent avis, la société Cofiroute ne pouvait ignorer la position de l'Autorité. Elle relève cependant que cette société n'a pas jugé utile de modifier sa méthode de notation, laquelle a pour effet de neutraliser le critère de modération tarifaire et de priver d'effet l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.

¹ Avis de l'Autorité n° 2020-066 du 15 octobre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur l'aire de Corbières Nord sur l'Autoroute A61 par la société ASF ; avis n° 2020-070 du 5 novembre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique (lot n° 1) sur l'aire de Bréguières Sud sur l'Autoroute A8 par la société Escota ; avis n° 2020-071 du 5 novembre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire du Mas d'Agenais sur l'Autoroute A62 par la société ASF ; avis n° 2020-079 du 3 décembre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de Mornas les Adrets sur l'Autoroute A7 par la société ASF ; avis n° 2020-082 du 10 décembre 2020 relatif aux procédures de passation des contrats d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur les aires d'Agen Porte d'Aquitaine sur l'autoroute A62 (lot 1) et de Port Lauragais Sud sur l'autoroute A61 (lot 1) par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) ; avis n° 2021-002 du 7 janvier 2021 relatif aux procédures de passation des contrats d'exploitation des activités de restauration et boutique de produits régionaux sur l'aire d'Agen Porte d'Aquitaine (lot 2) sur l'A62, de boutique de produits régionaux et de maison du tourisme sur l'aire de Port Lauragais Sud (lot 2) sur l'A61, de distribution de carburants, restauration et de boutique sur les aires de Brouzils et de Chavagnes-en-Pailliers sur l'A83 et de Rouillé Pamproux Nord sur l'A10 par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF).

² Avis de l'Autorité n° 2020-066 du 15 octobre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur l'aire de Corbières Nord sur l'Autoroute A61 par la société ASF.

23. Ainsi, l'Autorité constate que si le d) du 4° de l'article R. 122-41 impose que la pondération du critère de modération tarifaire relatif au prix du carburant soit au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire, les méthodes de notation respectives des deux critères ne peuvent qu'inciter les candidats à privilégier le premier critère (en faveur du concessionnaire) sur le second (en faveur des usagers). En effet, l'Autorité a évalué, comme elle le proposait dans son rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2020, l'effort, exprimé en coût monétaire associé au gain d'un point sur chacun des critères. Il ressort de cette analyse que, pour obtenir un point supplémentaire sur le sous-critère des redevances garanties, et donc sur le critère des rémunérations versées, le soumissionnaire devrait s'engager à verser 135 000 euros de plus au concessionnaire, alors que le gain d'un point supplémentaire sur le critère de modération tarifaire lui coûterait, du fait de la baisse des prix des carburants, 2,942 millions d'euros de pertes de recettes sur la durée de son contrat. Le soumissionnaire est ainsi 21,7 fois plus incité à améliorer son offre sur le critère des redevances que sur celui de la modération tarifaire. L'Autorité considère donc que la méthode de notation retenue par la société Cofiroute, qui aboutit à une distorsion manifeste du poids relatif de chacun des deux critères considérés, a pour résultat de méconnaître l'exigence fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41 d'une pondération du second critère au moins égale à celle du premier.

3.4. Analyse du projet de contrat

24. Afin de garantir aux usagers une application effective de la politique de modération tarifaire, il appartient à la société concessionnaire de vérifier, au cours de l'exécution du contrat, l'application des 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.
25. L'Autorité constate que le preneur doit transmettre, chaque semaine, à la société Cofiroute, un état justifiant de ce respect pour les trois catégories de carburants concernés, ce qui permet une vérification régulière de ses engagements.
26. L'article [...] du cahier des charges des installations commerciales relatif « *aux autres pénalités applicables* », annexé au projet de contrat, prévoit que le titulaire qui méconnaît ses obligations contractuelles encourt une pénalité de [950 – 1 000] euros par manquement, ou, le cas échéant, par jour de retard³. L'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif.

³ [...]

Conclusion

27. L'Autorité émet un avis défavorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de la Vallée de l'Erve, située sur l'autoroute A81 (société Cofiroute). Cet avis est motivé par la neutralisation du critère de modération tarifaire prévu au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, résultant de la méthode de notation utilisée par le concessionnaire, laquelle a pour résultat de méconnaître l'exigence d'une pondération de ce critère au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations versées au concessionnaire.
28. Ainsi, l'Autorité invite la société Cofiroute à modifier ses méthodes de notation de sorte qu'elles ne suppriment pas les incitations à mettre en œuvre une politique de modération tarifaire, privant d'effet l'exigence fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
29. L'Autorité recommande par ailleurs, à titre de bonnes pratiques :
 - de prévoir une formule de modération tarifaire permettant de neutraliser l'effet des variations de prix entre les différentes périodes de la semaine, qui peuvent se caractériser par des différences d'affluence sur le réseau ;
 - 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.
30. 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 8 juillet 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