Version publique du document
expurgée des éléments couverts par des secrets protégés par la loi : [•••] ou [fourchette]

Avis n° 2021-059 du 16 novembre 2021

relatif à la procédure de passation, par la société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR), du contrat portant sur la rénovation, l'exploitation et l'entretien d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de la Porte d'Alsace Sud, située sur l'autoroute A36

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 18 octobre 2021 ;

Vu le code de la commande publique, notamment l'article R. 3121-6 ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-27, R. 122-44 et D. 122-46-1;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 16 novembre 2021 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 10 décembre 2020, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société APRR a lancé une procédure de consultation visant à attribuer le contrat portant sur la rénovation, l'exploitation et l'entretien sur le domaine public autoroutier concédé d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de la Porte d'Alsace Sud, située sur l'autoroute A36.

2. La société APRR n'a reçu aucune candidature et aucune offre dans les délais impartis et a déclaré la consultation infructueuse.

3. En application des dispositions du 2° de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique, la société APRR a choisi d'attribuer le contrat précité sans publicité ni mise en concurrence et a consulté plusieurs candidats potentiels[1].

[1] Les sociétés Total Marketing, Shell et EG Retail ainsi qu'ENI, l'actuel exploitant de l'aire de service objet du présent avis.

4. Le 14 juin 2021, la société APRR a invité la société ENI, actuel exploitant des installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de la Porte d'Alsace Sud, à remettre une offre avant le 3 septembre 2021.

5. La société ENI a remis une offre à la société APRR dans les délais impartis, suivie de deux échanges écrits entre les sociétés en date du 24 septembre et 7 octobre 2021 ayant permis de préciser et d'adapter son offre. Sa candidature a été jugée recevable le 6 septembre 2021 par la société APRR.

6. La société APRR n'a pas procédé à une notation formelle de l'offre de la société ENI. Chaque sous-critère qualitatif a été jugé soit satisfaisant, soit globalement satisfaisant. En revanche, aucune appréciation n'a été portée sur les critères quantitatifs concernant la valeur financière et la politique de modération tarifaire.

7. La société ENI est pressentie attributaire par la société APRR du contrat portant sur la rénovation, l'exploitation et l'entretien des installations permettant d'assurer des activités commerciales sur l'aire de la Porte d'Alsace Sud.

8. Le 18 octobre 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation.

2. CADRE JURIDIQUE

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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 I^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.

13. En application de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique, « *les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables [lorsque] aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures*

irrecevables au sens de l'article L. 3123-20 ou des offres inappropriées au sens de l'article R. 3124-4 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande. »

3. ANALYSE DE LA PROCEDURE DE PASSATION

3.1. Analyse du recours à la procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence

14. Conformément à l'article R. 3121-6 du code de la commande publique, la passation d'un contrat de gré à gré à la suite d'une procédure déclarée infructueuse est conditionnée à l'absence de modification substantielle des conditions initiales du contrat.

15. Les critères permettant de qualifier de « substantielle » une modification contractuelle ne sont pas définis par les dispositions du code de la commande publique dans le cas de la passation d'un contrat à la suite d'une procédure infructueuse. Néanmoins, de tels critères sont énoncés par l'article R. 3135-7 du même code dans le cadre d'une modification du contrat en cours d'exécution. Cet article liste en effet quatre cas dans lesquels une modification peut être considérée comme substantielle (tous n'étant pas transposables en cas de conclusion d'un nouveau contrat). Néanmoins, il convient de relever qu'en application de l'article R. 3135-8, un contrat existant peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dès lors que « *le montant de la modification est inférieur au seuil européen […] et à 10 % du montant du contrat* », de telles modifications étant donc considérées comme non substantielles.

16. Se fondant sur l'article R. 3121-6 du code de la commande publique, la société APRR a invité la société ENI à remettre une offre sur la base du document de consultation des entreprises modifié par rapport au dossier initial. Les pièces du dossier indiquent que la seule modification contractuelle concernait la démolition du bâtiment de restauration après l'ouverture des nouvelles installations de restauration dans le bâtiment de la station-service[2] : celle-ci, qui devait initialement être à la charge du preneur (la société APRR participant néanmoins à hauteur de 50 000 euros HT[3], soit 50 % de l'investissement selon son estimation transmise dans le cadre de l'instruction), ne l'est plus dans le projet de contrat modifié.

17. Or le retrait de la démolition du bâtiment de restauration à la charge partielle du preneur représente moins de *[2 – 5]* % du montant total des investissements prévus par l'attributaire pressenti durant l'exploitation de l'aire de service, et par voie de conséquence une proportion encore inférieure de la valeur du contrat.

18. De ce qui précède, l'Autorité note que les modifications des conditions initiales du contrat ne revêtent pas un caractère substantiel eu égard à la faible part que représentent les investissements initiaux retirés de la charge du preneur sur la valeur totale du contrat initial.

[2] Conformément à l'article 15.4 du contrat.
[3] Conformément à l'article 22 du contrat.

19. De ce qui précède, les conditions posées par les dispositions de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique pour la passation de la procédure sans publicité ni mise en concurrence sont satisfaites.

3.2. Analyse de l'engagement de modération tarifaire

20. La société APRR propose une politique de modération tarifaire pour la distribution de carburants fondée sur la base de l'écart, exprimé en euros TTC, que le candidat s'engage à ne pas dépasser, durant toute la durée du contrat, entre la moyenne glissante sur quatre semaines des prix moyens hebdomadaires par litre publiés par la direction générale de l'énergie et du climat du ministère de la transition écologique (ci-après « DGEC ») et la moyenne glissante sur quatre semaines des prix moyens hebdomadaires par litre qu'ils prévoient de pratiquer pour quatre types de carburants : gazole, SP95-E10, SP98 et GPL.

21. L'Autorité relève tout d'abord qu'avec la formule de modération tarifaire proposée par la société APRR et les engagements du titulaire pressenti, les prix moyens hebdomadaires auraient été inférieurs à ceux pratiqués en 2020 pour les quatre types de carburants. Par conséquent, la formule de modération tarifaire proposée par la société APRR et les engagements du titulaire pressenti devraient, toutes choses égales par ailleurs, conduire à une baisse des tarifs payés par l'usager.

22. L'Autorité remarque toutefois que l'engagement peut être relativisé, en ce que la modération tarifaire est appréciée uniquement en référence à des moyennes de prix hebdomadaires. 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 du projet de contrat

23. Afin de garantir aux usagers une application effective de la politique de modération tarifaire, il appartient à la société concessionnaire de s'assurer, au cours de l'exécution du contrat, de 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 preneur.

24. L'Autorité constate que les documents contractuels ne prévoient pas de mécanisme de contrôle régulier des engagements de modération tarifaire relatifs à la distribution de carburants et qu'une pénalité fixe journalière de 300 € HT (valeur 2008) est prévue en cas de méconnaissance de l'un des engagements par le preneur[4]. L'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif.

[4] L'article 60 du cahier des charges des installations commerciales prévoit que *« dans le cas où, après mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen permettant de prouver la date de réception, restée sans effet pendant le délai qu'elle aura fixé, le Preneur (ou ses tiers-exploitants) n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu du présent Cahier des Charges, du contrat particulier ou des avenants à ce contrat, ou a enfreint la réglementation, il est passible d'une astreinte journalière de 300 € HT (valeur 2008) encourue de plein droit à l'expiration du délai imparti, sans préjudice des sanctions complémentaires qui pourraient être demandées par la Société à un tribunal. Au-delà de 30 jours, et si la mise en demeure est restée sans effet, ce montant pourra être porté à 500 € HT/jour. Les différentes pénalités dues le cas échéant par le Preneur sont cumulables. »*

CONCLUSION

25. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la rénovation, l'exploitation et l'entretien des installations permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de la Porte d'Alsace Sud, située sur l'autoroute A36 (société APRR).

26. L'Autorité recommande, à titre de bonnes pratiques :

- de prévoir une formule de modération tarifaire ne permettant pas de tirer avantage, compte tenu des différences d'affluence sur le réseau, de variations de prix entre les différentes périodes de la semaine ;

- de mettre en place un dispositif contractuel permettant de vérifier régulièrement le respect des engagements du preneur concernant la politique de modération tarifaire sur la distribution de carburants et 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.

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 16 novembre 2021

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

Le Président

Bernard Roman