

Avis n° 2021-069 du 16 décembre 2021

relatif à la procédure de passation, par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF), d'un contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de Garonne, située sur l'autoroute A62

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 19 novembre 2021 ;

Vu le code de la commande publique ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 16 décembre 2021,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 23 décembre 2020, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société ASF a lancé une procédure de consultation visant à attribuer le contrat portant sur la construction, 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 Garonne, située sur l'autoroute A62.
2. La société concessionnaire a reçu cinq dossiers contenant chacun une candidature et une offre. Elle a agréé les candidatures avant d'analyser les offres. Par la suite, la société concessionnaire a envoyé aux candidats des questions écrites puis organisé une réunion de négociation avec chacun d'entre eux. Elle a ensuite invité les candidats à remettre leur offre finale.
3. Le 19 juillet 2021, la société ASF a informé la société Picoty qu'elle était retenue comme attributaire pressenti en vue de conclure le contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de Garonne.
4. La société Sodiplec exploite actuellement l'aire objet du présent avis.
5. Le 19 novembre 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 I^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.
10. Conformément au 4° 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. Analyse des modalités de publicité

11. Il ressort de l'application combinée de l'article R. 3122-2 du code de la commande publique et du 3° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière que la société concessionnaire doit publier l'avis de concession dans un journal d'annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.
12. L'avis de concession a été envoyé à la publication le 23 décembre 2020 dans les annonces légales de *La Dépêche du Midi*, puis dans les revues spécialisées *Libre Service Actualités (LSA)* et *Bulletin de l'Industrie Pétrolière (BIP)*, sur les sites internet *marchesonline.com*, *francemarches.com* et *ladepeche.fr*, ainsi que sur le profil acheteur de la société concessionnaire.
13. Les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
14. L'avis de concession a fixé la date limite de réception des candidatures et des offres au 15 avril 2021, soit 113 jours après la date d'envoi de l'avis de concession, ce qui est conforme aux prescriptions de l'article R. 3123-14 du code de la commande publique.

15. En outre, par divers avis rectificatifs datés du 23 décembre 2020, des 8, 12, 15 et 18 février, et des 24 et 29 mars 2021, la société concessionnaire a modifié les documents de la consultation des entreprises, soit au plus tard 17 jours avant la date limite initiale de remise des candidatures et des offres.
16. Les modalités de mise en œuvre de ces modifications sont conformes :
 - à l'article R. 3122-8 du code de la commande publique car l'ensemble des opérateurs économiques ont été informés des modifications des documents de la consultation et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une candidature et une offre ;
 - à l'article 3.3 du règlement de consultation, qui prévoyait que la société concessionnaire pouvait modifier le détail du dossier de consultation jusqu'à 15 jours calendaires avant la date limite de remise des candidatures et des offres.

3.2. Analyse des engagements de modération tarifaire

17. La société ASF évalue les propositions des candidats en termes de modération tarifaire pour la distribution de carburants sur la base des écarts, exprimés 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 « DGECE »), et les prix moyens hebdomadaires par litre, pour trois types de carburants : B7 (anciennement gazole), E10 (anciennement SP95-E10) et E5 (anciennement SP98).
18. L'Autorité relève tout d'abord que les écarts de prix moyens hebdomadaires par litre que le preneur s'engage à ne pas dépasser par rapport aux prix moyens hebdomadaires publiés par la DGECE sont plus faibles que les écarts de prix moyens hebdomadaires pratiqués durant l'année 2020 sur l'aire et pour les trois types de carburants. La formule de modération tarifaire proposée par la société ASF, ainsi que les engagements du titulaire pressenti, devraient 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.
19. L'Autorité constate néanmoins que si deux des autres soumissionnaires proposaient des écarts plus faibles, les deux autres proposaient des écarts plus élevés que le titulaire pressenti.
20. L'Autorité remarque enfin 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 de la méthode de notation du critère de la modération tarifaire

21. Il ressort du rapport d'analyse des offres que, pour le critère de la modération tarifaire, les offres des candidats sont évaluées en fonction de deux valeurs :
 - premièrement, l'engagement de l'offre la moins-disante ;
 - deuxièmement, l'écart entre leur engagement et l'engagement de l'offre la moins-disante.
22. La note des candidats est obtenue en pondérant les notes de chaque carburant par la répartition prévisionnelle des volumes de vente.

23. L'Autorité rappelle 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.
24. L'Autorité constate que la méthode de notation employée par la société ASF départage correctement les offres des candidats du point de vue de la modération tarifaire puisque la formule ne prend en compte que les engagements des candidats (c'est-à-dire les écarts en centimes entre leurs prix par carburant et les prix DGEC). À titre d'exemple, pour le gazole, une différence de [2 – 5] centimes d'euro (correspondant à des écarts respectifs de [10 – 20] centimes d'euro et de [10 – 20] centimes d'euro entre les offres des soumissionnaires et le référentiel DGEC) se traduit par une différence significative sur la note relative à la modération proposée pour ce carburant (5,9 points sur 13).
25. L'Autorité relève au demeurant que le titulaire pressenti n'aurait pas été sélectionné s'il avait proposé un engagement beaucoup moins favorable à l'usager : avec un engagement conduisant à des prix supérieurs de plus de 4,4 %, son offre n'aurait pas été retenue.
26. L'Autorité rappelle en outre que le d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière impose que la pondération du critère de la modération tarifaire relatif à la distribution de carburants soit au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.
27. 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'Autorité a évalué 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 de la rémunération globale minimum, et donc sur le critère des rémunérations versées, le soumissionnaire devrait s'engager à verser 1,5 million d'euros de plus au concessionnaire ; en parallèle, le gain d'un point supplémentaire sur le critère de la modération tarifaire lui coûterait, dans l'hypothèse d'une baisse homogène des prix des carburants, moins de 0,1 million d'euros de pertes de recettes sur la durée de son contrat. Avec la méthode mise en place, l'incitation du soumissionnaire à améliorer son offre sur le critère de la modération tarifaire est nettement plus importante que son incitation à améliorer son offre sur le critère de la rémunération du concessionnaire.
28. L'Autorité considère donc que la méthode de notation retenue par la société ASF satisfait l'exigence fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, au bénéfice des usagers de l'autoroute.

3.4. Analyse du projet de contrat

29. 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.
30. L'Autorité constate que le preneur doit transmettre, chaque semaine, à la société ASF, un état justifiant de ce respect pour les trois catégories de carburants concernés, ce qui permet une vérification régulière de ses engagements.
31. Par ailleurs, l'article 6.5.8 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 1 000 euros par manquement et, le cas échéant, par jour de retard à compter du constat de la méconnaissance de l'engagement¹. L'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif.

CONCLUSION

32. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de Garonne, située sur l'autoroute A62.
33. 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 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.
34. 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 décembre 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 ; Madame Cécile George, membre du collège.

Le Président

Bernard Roman

¹ La société encourt de plein droit une pénalité de 1 000 euros par manquement et, le cas échéant, par jour de retard, dès le constat de la méconnaissance, à moins que la société n'ait notifié une mise en demeure préalable fixant un délai au preneur. Dans ce cas, le montant de la pénalité est porté à 2 000 euros par jour de retard au-delà de 30 jours après l'expiration du délai imparti.