

**Avis n° 2019-019 du 11 avril 2019
relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution
de carburants, de restauration et de boutique généraliste sur l'aire de l'Estalot (A10)
par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF)**

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après « l'Autorité »),

Vu le code de la voirie routière ;

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

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au greffe de l'Autorité et déclarée complète le 11 mars 2019, relative à la procédure de passation du contrat relatif à la conception, construction et/ ou réaménagement, à l'exploitation, à l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique généraliste sur l'aire de l'Estalot (A10) par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) ;

Après en avoir délibéré le 11 avril 2019 ;

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 code de la voirie routière, 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 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. Aux termes de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'avis rendu par l'Autorité, dans le cadre de la procédure d'agrément délivré par le ministre chargé de la voirie nationale, porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du même code et précisées par voie réglementaire.
5. Ces règles prévoient notamment que, sauf dans les cas où le concessionnaire d'autoroute constitue un pouvoir adjudicateur, les contrats qu'il passe 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, et dont la procédure a été initiée avant le 1^{er} avril 2019, sont soumis aux dispositions des titres II et III du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession alors applicables, sous réserve des adaptations prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
6. Aux termes du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière dans sa version en vigueur avant le 1^{er} avril 2019, « *[I]es critères mentionnés aux articles 26 et 27 du [décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession] 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* ».
7. Le 11 mars 2019, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation du contrat relatif à la conception, construction et/ ou réaménagement, à l'exploitation, à l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique généraliste sur l'aire de l'Estalot (A10) par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF).

2. PROCEDURE DE PASSATION

8. Par un avis de concession envoyé à la publication le 29 décembre 2017, la société ASF a lancé une procédure restreinte en vue du renouvellement du contrat relatif à la conception, construction et/ ou réaménagement, à l'exploitation, à l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique généraliste sur l'aire de l'Estalot (A10).
9. Quatre candidatures ont été remises dans les délais fixés par les documents de la consultation et ont été, après examen, jugées recevables. Seuls deux des candidats agréés ont remis une offre.
10. Conformément à l'article 6.2 « Négociation avec les soumissionnaires » du règlement de la consultation, les deux candidats ont exposé leur proposition au cours d'une audition où un jury a mené la négociation concernant l'offre présentée. Ce même article 6.2 prévoit qu'à l'issue de l'audition les soumissionnaires peuvent remettre une nouvelle offre formalisée, dans cette hypothèse, par la production d'un document identifiant les corrections apportées à l'offre d'origine. Le dernier alinéa de l'article 6.2 précise qu'un « ajustement des notations sera effectué à la suite des négociations menées avec les soumissionnaires ».
11. L'Autorité constate que seul un des deux soumissionnaires a recouru à la faculté qui lui était laissée par le règlement de consultation de formaliser les engagements pris par lui pendant la phase de négociation dans une « nouvelle offre ». En l'absence de transmission d'une nouvelle offre formalisée par le second soumissionnaire, la notation par la société concessionnaire a porté sur son offre initiale et les réponses aux questions apportées par ce soumissionnaire au cours de l'audition.

2.1. Sur le critère de modération tarifaire

2.1.1. Sur l'effectivité de la formule de modération tarifaire au regard du choix des aires de référence

12. L'Autorité constate que, conformément à ce qui était demandé par la société ASF dans les documents de la consultation, les candidats s'engagent à respecter un niveau de tarifs des carburants compris dans l'intervalle de prix $[(1 - x)\bar{p} ; (1 + x)\bar{p}]$ où \bar{p} est le prix moyen des stations de référence et x est l'écart maximum proposé par le candidat en pourcentage par rapport au prix moyen \bar{p} .
13. L'encadrement des prix résultant de cette méthode conduit à la fixation d'un prix plafond mais aussi d'un prix plancher des tarifs des carburants applicables sur l'aire de l'Estalot déterminés, l'un et l'autre, par rapport au prix moyen des carburants sur des « aires de référence ».
14. En l'espèce, les aires de référence retenues correspondent aux premières aires de services situées sur le réseau autoroutier concédé exclusivement (l'aire analysée étant située quant à elle sur une portion gratuite), en amont et en aval de l'aire de l'Estalot et qui ne sont pas déjà exploitées par l'un des soumissionnaires. Lorsque l'un des soumissionnaires est déjà exploitant d'une des aires de référence en amont ou en aval, la société concessionnaire prend en compte dans son analyse des offres les aires en amont et/ou en aval situées directement après les premières aires de référence sur le réseau autoroutier concédé. Or, il ressort des données et estimations à disposition de l'Autorité que, en 2016, le prix moyen, tous carburants confondus, de l'aire de l'Estalot était, dans tous les cas envisagés, inférieur à la moyenne des prix des aires de référence retenues.
15. Dès lors, la formule de modération tarifaire, en ce qu'elle repose sur le prix moyen d'aires de référence peu représentatives de l'activité de distribution de carburants à l'échelle locale ou nationale, est susceptible de conduire à une hausse du prix des carburants sur l'aire de l'Estalot, à rebours de l'objectif recherché par l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
16. Aussi, l'Autorité considère que l'objectif de modération tarifaire requis en application des dispositions de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière ne pourra pas être atteint du fait du choix des aires de référence incluses dans la formule de modération tarifaire retenue par la société ASF.

2.1.2. Sur l'effectivité de la formule de modération tarifaire au regard de la méthode de notation choisie et de l'encadrement qu'elle induit

17. Conformément aux documents de la consultation, le candidat doit proposer « *pour chaque type de carburant l'écart maximal de prix moyen mensuel qu'il s'engagera à pratiquer durant toute la durée du contrat (en positif ou en négatif) par rapport aux prix moyens mensuels au litre [...]* ». La formule proposée par la société ASF correspond donc à celle d'un encadrement des prix.
18. A titre liminaire, l'Autorité s'interroge sur le caractère modérateur de cette méthode puisqu'elle impose un prix plancher, ce qui semble être contraire à l'objectif de modération tarifaire qui est assigné.
19. En considérant que le candidat le moins disant sur les niveaux des tarifs des carburants est celui qui propose l'écart théorique maximum le plus important par rapport au prix moyen mensuel de référence (puisque c'est dans cette hypothèse que le prix plancher sera le plus bas), l'Autorité constate que la société ASF attribue la meilleure note au candidat qui propose *a fortiori* les écarts de prix à la hausse les plus importants par rapport à l'autre candidat.
20. En outre, la temporalité choisie par la société ASF permet à l'attributaire de rester libre d'ajuster ses prix au cours du mois, par exemple en fonction de la demande (intensité du trafic) et de la volatilité des prix des carburants (volatilité croissante avec la durée de la période de référence retenue).

21. L'Autorité considère ainsi que la méthode d'encadrement des prix utilisée ne permet pas de garantir l'effectivité de la modération tarifaire dans l'exécution du contrat, voire favoriserait une hausse des tarifs sur l'aire de l'Estalot contrevenant à l'objectif de modération tarifaire requis en application des dispositions de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.

2.1.3. Sur la méthode de notation du critère de modération tarifaire

22. Pour noter le critère de la modération tarifaire, la société ASF attribue le maximum de points au candidat le moins disant. Les autres offres sont ensuite notées par rapport à l'offre la moins disante. Les écarts par rapport à cette dernière sont sanctionnés par des retraits de points selon une méthode par palier.
23. L'Autorité estime que le système de notation par palier ne permet pas de noter de manière proportionnelle les offres et induit soit des écarts de notes injustifiés lorsque deux offres sont proches l'une de l'autre mais n'appartiennent pas à la même tranche, soit un écart de note insuffisant alors que les offres sont sensiblement différentes mais appartiennent à la même tranche.
24. L'Autorité considère ainsi que la méthode de notation utilisée par la société concessionnaire pour apprécier la valeur des engagements des candidats sur la modération tarifaire ne permet pas de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse et ne permet pas de garantir les conditions les plus favorables pour la détermination des tarifs des carburants applicables aux usagers.
25. Par ailleurs, l'Autorité constate que la méthode de notation choisie n'était pas suffisamment précise et ne permettait pas aux candidats de savoir comment proposer l'offre économiquement la plus avantageuse.
26. En effet, compte tenu de la formule envisagée par la société concessionnaire, il est difficile de déterminer si les candidats auraient dû avoir pour objectif de proposer un écart le plus proche de zéro pour être au plus près des niveaux de tarifs pratiqués par les stations de référence (avec le risque d'alignement des prix que cela induit) ou un écart le plus important possible pour laisser à l'exploitant la faculté de baisser le plus possible les prix, avec la contrepartie de lui permettre d'augmenter de façon plus importante les prix situés au-dessus du prix moyen.
27. L'Autorité considère ainsi que cette absence d'information nuit à la bonne compréhension des attentes de la société concessionnaire par les différents soumissionnaires, en contradiction avec le principe de transparence des procédures.

2.2. Sur l'absence d'objectivation de la méthode de notation par palier du critère de la qualité financière des offres

28. Pour noter le critère de la qualité financière des offres, la société concessionnaire attribue le maximum de points au candidat le mieux disant. Les autres offres sont ensuite notées par rapport à cette offre, les écarts étant sanctionnés par des retraits de points selon une méthode par palier qui n'est pas suffisamment objectivée.
29. L'Autorité considère, de manière analogue à ce qu'elle a relevé dans la partie 2.1.3, que le système de notation par palier ne permet pas de noter de manière proportionnelle les offres et induit soit des écarts de notes injustifiés lorsque deux offres sont proches l'une de l'autre mais n'appartiennent pas à la même tranche, soit un écart de note insuffisant alors que les offres sont sensiblement différentes mais appartiennent à la même tranche.

2.3. Sur les bonnes pratiques

30. A titre de bonne pratique, l'Autorité suggère à la société concessionnaire :
- afin d'améliorer la transparence de la procédure, de clarifier les étapes de cette dernière, notamment dans le cas où plusieurs offres seraient à remettre, en s'assurant de la remise dans les délais des offres successives ;
 - afin de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, notamment sur le critère de la politique de modération tarifaire, de mettre en place une méthode de notation permettant de différencier les offres remises de façon proportionnelle aux écarts réels proposés par chacun des candidats et non une méthode par palier ;
 - lorsque le contrat porte sur la distribution de carburants, afin de limiter les hausses de tarifs pour l'utilisateur :
 - o d'une part, de renforcer l'importance du critère de modération tarifaire en augmentant la pondération affectée à celui-ci,
 - o et, d'autre part, s'agissant de la méthode de notation employée pour apprécier ce critère, afin de prévenir le risque d'alignement des prix à la hausse sur un secteur géographique donné et de rendre plus efficaces les engagements de l'attributaire pressenti, d'envisager :
 - un référentiel géographique plus représentatif de l'activité de distribution de carburants soit à l'échelle locale, soit à l'échelle nationale (et non la seule prise en compte de la première aire en amont et en aval) ;
 - ainsi qu'une période de référence plus courte que le mois compte tenu de la volatilité des prix dans le secteur des carburants (croissante avec la durée de la période de référence retenue) et des possibilités d'ajustement des prix proposés par le distributeur en fonction de la demande (intensité du trafic) ;
 - afin de permettre à l'Autorité de remplir pleinement sa mission, de joindre dans son dossier de présentation, l'intégralité des éléments et des informations nécessaires à la compréhension du choix de l'attributaire notamment, les grilles d'analyse type.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis défavorable sur la procédure de passation du contrat relatif à la conception, construction et/ ou réaménagement, à l'exploitation, à l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique généraliste sur l'aire de l'Estalot (A10) au regard des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière.

*

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 11 avril 2019.

Présents : Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente, présidente de séance ; Monsieur Philippe Richert, vice-président, Mesdames Cécile George et Marie Picard ainsi que Monsieur Yann Pétel, membres du collège.

La vice-présidente

Anne Yvrande-Billon