arafer
autorité de régulation des activités ferroviaires et routières

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

Avis n° 2019-055 du 19 septembre 2019
relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur l'aire de la Champouse sur l'autoroute A51 (lot 1) 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 1er 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 20 août 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 et de boutique sur l'aire de la Champouse sur l'autoroute A51 (lot 1) par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) ;

Après en avoir délibéré le 19 septembre 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 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. 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 1er avril 2019, sont soumis aux dispositions des titres II et III du décret n° 2016-86 du 1er 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 1er avril 2019, « *[l]es critères mentionnés aux articles 26 et 27 du [décret n° 2016-86 du 1er 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 20 août 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 et de boutique sur l'aire de la Champouse sur l'autoroute A51 (lot 1) 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 25 mai 2018, 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 et de boutique (lot 1) sur l'aire de la Champouse (A51).

9. Neuf candidatures ont été remises dans les délais fixés par les documents de la consultation, dont sept ont été, après examen, jugées recevables et agréées. Parmi les sept candidatures agréées, deux ont remis une offre dans le délai qui leur était imparti.

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

10. 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, qu'il soit supérieur ou inférieur au prix moyen de référence, proposé par le candidat en pourcentage par rapport au prix moyen $\bar{p}$.

11. 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 la Champouse, déterminés, l'un et l'autre, par rapport au prix moyen des carburants sur des « aires de référence ».

12. Or, pour la distribution de Gazole en 2018, les aires de référence présentaient des prix moyens mensuels supérieurs de 3 c€/L en moyenne à celui de la Champouse.

13. Dès lors, la formule de modération tarifaire, en ce qu'elle repose sur le prix moyen d'aires de référence plus cher conduira nécessairement à une hausse du prix plafond et du prix plancher des carburants sur l'aire de la Champouse, cet encadrement à la hausse étant susceptible de mener à une hausse des prix payés par l'usager, à rebours de l'objectif recherché par l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.

14. 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 la rupture d'égalité de traitement de la méthode de notation au regard du choix des aires de référence

15. Les deux soumissionnaires sont tous les deux les exploitants actuels d'une des aires situées directement en amont ou en aval de l'aire de la Champouse. Dans cette hypothèse, le règlement de la consultation prévoit que, pour l'analyse de la modération tarifaire, l'aire de référence à prendre en considération est celle située directement en amont ou en aval de l'aire exploitée par le soumissionnaire. Cependant, l'Autorité constate que, pour l'un des candidats, l'aire de référence de substitution retenue par la société concessionnaire ne se trouve pas être celle située en aval de l'aire de référence déjà exploitée, car il n'existe aucune aire à ce niveau, mais celle située en vis-à-vis de l'aire de la Champouse et dans l'autre sens de circulation. Les règles fixées par la société concessionnaire dans le règlement de consultation ne sont donc pas applicables dans le cas d'espèce.

16. Aussi, le choix des aires de référence par la société concessionnaire, qui ne respecte pas les conditions fixées dans le règlement de la consultation, n'a donc pas permis aux deux candidats de proposer une politique de modération tarifaire dans les mêmes conditions, en méconnaissance du principe d'égal accès à la commande publique.

2.1.3. 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 note la moins importante au candidat qui propose *a fortiori* les écarts de prix à la baisse les plus importants par rapport à l'autre

candidat (et donc avec une modération tarifaire qui aurait pu être la plus intéressante pour l'usager).

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. Enfin, l'utilisation d'un pourcentage pour calculer l'écart maximum par rapport au prix moyen mensuel peut faire varier considérablement cet écart maximal, rendant ainsi le contrôle de l'engagement tarifaire plus difficile.

22. 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 la Champouse au regard des aires de référence choisies, dont les tarifs des carburants sont plus chers que ceux de l'aire analysée, contrairement à l'objectif de modération tarifaire recherché par les dispositions de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.

23. L'absence de garantie d'effectivité de la modération tarifaire est d'autant plus importante que le projet de convention ne comporte pas de clause de pénalité en cas d'inexécution de l'obligation de modération tarifaire, un simple état mensuel justifiant le respect de l'engagement de modération tarifaire étant envisagé.

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

24. 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.

25. 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.

26. 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.

27. 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.

28. 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, mais avec la contrepartie de lui permettre d'augmenter de façon plus importante les prix situés au-dessus du prix moyen.

29. L'Autorité considère 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

30. 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.

31. L'Autorité considère, de manière analogue à ce qu'elle a relevé dans la partie 2.1.4, 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

32. En outre, à titre de bonne pratique, l'Autorité recommande à la société concessionnaire :

- afin de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, 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'usager :

    - d'une part, de renforcer l'importance du critère de modération tarifaire en augmentant la pondération affectée à celui-ci ;

    - 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 du titulaire pressenti, d'envisager :

        - un référentiel pour analyser les engagements tarifaires des candidats sur les prix des carburants, autre que celui du contrôle de l'écart moyen aux prix proposés dans la station-service de la première aire en amont et dans celle de la première aire en aval ;

        - ainsi qu'une période de référence plus courte 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 renforcer l'effectivité de la modération tarifaire, de vérifier régulièrement, 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 ;

- afin de permettre à l'Autorité d'exercer correctement son office, de joindre dans son dossier de présentation, l'intégralité des éléments et des informations nécessaires à la compréhension de son choix d'attributaire, notamment le barème de notation des offres.

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 et de boutique sur l'aire de la Champouse (lot 1) sur l'autoroute A51, 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 19 septembre 2019.

Présents : *Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Mesdames Cécile George et Marie Picard, membres du collège.*

Le Président

Bernard Roman