

Avis n° 2020-041 du 30 juillet 2020

relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique (Lot 1) sur l'aire de l'Esterel sur l'autoroute A8 par la société ESCOTA

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

Vu le code de la voirie routière ;

Vu le code de la commande publique ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au pôle procédure de l'Autorité et déclarée complète au 1^{er} juillet 2020, portant sur la procédure de passation du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation, l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique (Lot 1) sur l'aire de l'Esterel par la société ESCOTA sur l'autoroute A8 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 30 juillet 2020 ;

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 même code, 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. En application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, en cas d'avis défavorable de l'Autorité, la délivrance de l'agrément est motivée par le ministre.
5. Aux termes du même article, l'avis rendu par l'Autorité porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière et précisées par voie réglementaire aux articles R. 122-40 à R. 122-41 du même code.
6. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats d'exploitation dont la procédure d'attribution a été initiée après le 1^{er} avril 2019 sont régies par les titres II et III du livre I^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
7. En outre, aux termes du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière « *[/]es critères mentionnés aux articles R. 3124-1 et R. 3124-4 du [code de la commande publique] 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* ».
8. Par un avis de concession envoyé à la publication le 18 avril 2019, la société ESCOTA a lancé une procédure de type restreint avec possibilité de négociation, en vue de l'attribution du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation, à l'exploitation, à l'entretien et à la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique (Lot 1) sur l'aire de l'Esterel sur l'autoroute A8.
9. Le 1^{er} juillet 2020, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation de ce contrat.

2. SUR LE CRITERE DE LA MODERATION TARIFAIRE

2.1 Sur l'abandon de la méthode de notation par palier

10. Pour ce qui concerne la notation du critère relatif à la modération tarifaire, la société ESCOTA a attribué, pour chaque carburant, la note la plus élevée au candidat proposant l'engagement d'écart de prix par rapport au prix de référence le plus faible, pondérée par des volumes réels de vente. Les propositions des autres candidats sont notées en appliquant au candidat analysé l'écart proportionnel à l'engagement le plus intéressant pour l'utilisateur sur ce critère.
11. Les services constatent que les recommandations de l'Autorité ont été prises en compte et ont conduit la société ESCOTA à utiliser une méthode proportionnelle, plutôt que par palier¹, pour noter le critère de modération tarifaire sur le prix des carburants.

¹ La méthode par palier consistait à attribuer une note maximale au panier de prix de carburants le moins élevé (« panier de référence ») puis à noter les autres propositions en ôtant des points de la note maximale en fonction de la valeur de l'écart de prix en pourcentage de chaque proposition par rapport au panier de référence. L'Autorité considère que cette méthode de notation par palier n'est pas représentative des engagements des candidats et peut conduire à sélectionner une offre qui n'est pas l'offre économiquement la plus avantageuse.

2.2 Sur la formule de modération tarifaire sur le prix des carburants

12. L'Autorité note qu'au cours de la procédure, la société concessionnaire a choisi de faire évoluer sa formule de modération tarifaire en tenant compte de certaines recommandations formulées par l'Autorité dans ses avis rendus à cette période suggérant :
 - 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 celle de la première aire en aval, à savoir le prix de vente moyen hebdomadaire par litre des carburants publié par la direction générale de l'énergie et du climat (« DGEC ») ;
 - et de prévoir une période de référence plus courte que la période mensuelle, à savoir une période hebdomadaire dans le cas d'espèce, permettant de limiter, pour le preneur, la possibilité de pratiquer des écarts importants par rapport au référentiel de prix de la DGEC.
13. Ainsi, le dossier de consultation initial prévoyait que les candidats devaient proposer un prix par rapport aux tarifs pratiqués sur deux stations-services de référence en indiquant l'écart maximal en % (en plus ou en moins) qu'ils s'engageaient à pratiquer durant toute la durée du contrat.
14. La société concessionnaire a choisi de modifier cette formule et les candidats agréés ont été invités à proposer un tarif par rapport au prix de vente moyen hebdomadaire par litre des carburants publié par la DGEC, pris comme référence. Pour chaque type de carburant, les soumissionnaires ont dû s'engager à pratiquer durant toute la durée du contrat l'écart maximal de prix moyens hebdomadaires par litre, exprimé en euros TTC (soit nul, soit positif, soit négatif), par rapport aux prix moyens hebdomadaires par litre de la semaine précédente publiés par la DGEC.
15. Les prix DGEC étant globalement moins élevés que ceux pratiqués sur les aires d'autoroutes, il résulte de cette formule de modération tarifaire et des engagements des soumissionnaires que les prix proposés seront, dans l'ensemble, pour les usagers, moins élevés que ceux qui auraient résulté de l'application de la formule initialement prévue dans le dossier de consultation.
16. Par ailleurs, l'Autorité a relevé que l'engagement du futur preneur est équivalent aux prix que pratique le gestionnaire de distribution de carburants actuel.
17. L'Autorité invite la société concessionnaire à s'assurer que les engagements de modération tarifaire permettent d'obtenir des niveaux de tarifs si possible moins élevés que ceux actuellement pratiqués sur l'aire de service sauf justification dûment étayée.
18. Par ailleurs, l'Autorité constate que la société concessionnaire n'a pas prévu de modération tarifaire sur le GPL mais estime que cette omission est sans impact sur le résultat de la procédure compte tenu des volumes de vente de ce carburant.
19. Toutefois conformément aux dispositions de l'article R. 122-41 4° d), l'Autorité rappelle que la société concessionnaire doit prévoir une politique de modération tarifaire pour toutes les catégories de carburants distribués sur l'aire considérée.

3. ANALYSE DU PROJET DE CONTRAT

20. Afin de garantir aux usagers une application effective de la politique de modération tarifaire, la société concessionnaire doit vérifier, au cours de l'exécution du contrat, l'application des engagements de modération tarifaire et sanctionner, le cas échéant, les écarts qui pourraient être constatés, en prévoyant une clause de pénalité en cas d'inexécution des engagements du candidat.
21. L'Autorité constate que le preneur doit produire, chaque semaine, un état justifiant du respect effectif de ses engagements en matière de politique de modération tarifaire pour les trois catégories de carburants concernés, ce qui permet une vérification régulière des engagements du titulaire pressenti.
22. [...] ² du cahier des charges des installations annexes relatif « aux autres pénalités » prévoit que le titulaire qui méconnaît ses obligations contractuelles encourt une pénalité de [950-1000] euros par manquement, ou, le cas échéant, par jour de retard. Ce dispositif, qui s'appliquerait en cas de méconnaissance des engagements de modération tarifaire sur le prix des carburants, semble néanmoins peu dissuasif en l'absence de caractère automatique de la pénalité.

4. SUR LES BONNES PRATIQUES

23. En outre, à titre de bonne pratique, lorsque le contrat porte sur la distribution de carburants, l'Autorité recommande à la société concessionnaire :
 - de renforcer l'importance du critère de politique de modération tarifaire pour la distribution de carburants, en augmentant la pondération affectée à celui-ci ;
 - de prévoir une modération tarifaire pour l'ensemble des carburants distribués sur l'aire, y compris le GPL ;
 - de s'assurer que les engagements de modération tarifaire permettent d'obtenir des niveaux de tarifs si possible moins élevés que ceux actuellement pratiqués sur l'aire de service, sauf justification dûment étayée ;
 - de prévoir des sanctions suffisamment dissuasives en cas de méconnaissance de la politique de modération tarifaire.
24. Afin de permettre à l'Autorité d'exercer correctement son office, il est également recommandé à la société concessionnaire de veiller à joindre systématiquement, dans son dossier de présentation, l'intégralité des éléments et des informations nécessaires à la compréhension de son choix d'attributaire, notamment les tableaux de notation des offres.

² [...].

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat relatif à la conception, à la construction et/ou à la rénovation, à l'exploitation, à l'entretien et à la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant les activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique (Lot 1) sur l'aire de l'Esterel de l'autoroute A8 (société ESCOTA), 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 30 juillet 2020.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; 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