

Avis n° 2020-073 du 12 novembre 2020

relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et d'énergie, de boutique et de restauration sur l'aire des Haras ainsi que du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et d'énergie sur l'aire du Domaine d'Harcourt, situées sur l'autoroute A28 par la société Autoroute de Liaison Seine Sarthe (ALIS).

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 13 octobre 2020, portant sur la procédure de passation du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation et extension, à l'exploitation et à l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et d'énergie, de boutique et de restauration sur l'aire des Haras ainsi que du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation, à l'exploitation et à l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et d'énergie sur l'aire du Domaine d'Harcourt, situées sur l'autoroute A28, par la société Autoroute de Liaison Seine Sarthe (ALIS) ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 12 novembre 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 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. 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 à l'attributaire 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 aux articles R. 122-40 et 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 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 « *[I]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 8 janvier 2020, la société ALIS a lancé une procédure de type ouvert avec possibilité de négociation, en vue de l'attribution du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation et extension, à l'exploitation et à l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et d'énergie, de restauration et de boutique sur l'aire des Haras et du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation, à l'exploitation et à l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et d'énergie sur l'aire du Domaine d'Harcourt, situées sur l'autoroute A28.
9. Le 13 octobre 2020, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation de ces contrats.

2. ANALYSE DES OFFRES

10. Pour apprécier le critère de la modération des tarifs des carburants, la société concessionnaire évalue les propositions des candidats sur la base de l'écart maximal de prix par litre, exprimé en euros TTC, qu'ils s'engagent à ne pas dépasser, chaque jour, par rapport aux prix de la semaine précédente publiés par la direction générale de l'énergie et du climat (ci-après « DGEC ») et ce pour tous les types de carburants : Gazole, Super SP95, Super SP95-E10, Super SP98 et GPL. Cet écart maximal est identique quel que soit le carburant considéré.
11. Il s'agit d'un prix fixe plafond qui s'applique chaque jour et pour chaque changement de prix. Ainsi, lorsque le preneur change de prix, ce dernier doit veiller à ne pas dépasser le prix moyen hebdomadaire DGEC de la semaine précédente augmenté de l'écart en centimes d'euros sur lequel il s'est engagé. L'Autorité constate que cette formule réduit l'effet des variations de prix entre les différentes périodes de l'année, souvent liées aux différences d'affluence sur le réseau.

2.1 Sur la méthode de notation du critère de la modération tarifaire

12. La société concessionnaire note le critère de la modération tarifaire selon une formule variant linéairement entre un écart plafond de « référence » de 15 centimes et un écart plancher de « référence » de 10 centimes. Ainsi, un écart de 10 centimes d'euros avec les prix de vente moyens hebdomadaires DGEC permet d'obtenir la note maximale sur ce critère, à savoir 20/20, tandis qu'un écart de 15 centimes d'euros donne une note de 0/20. Cependant, lorsqu'une proposition est en dehors de ces limites, cette dernière sert alors de référence. Par exemple, si l'engagement le plus élevé est de 20 centimes, une proposition à 15 centimes n'emporte plus la note minimale, mais celle de 10/20. De la même façon, si une proposition prévoit un écart inférieur à 10 centimes, celle-ci devient la référence plancher prise en compte et obtient la note maximale.
13. L'Autorité relève que cette méthode de notation, discrimine d'autant plus les offres des candidats sur le critère de la modération tarifaire que les écarts plancher et plafond de « référence » sont correctement appréciés. En l'espèce, l'Autorité observe que les offres des deux candidats étaient supérieures à l'écart plafond « de référence », fixé à 15 centimes, si bien que les écarts de prix proposés par les candidats ont conduit à de moindres écarts dans la notation que ceux qui auraient résulté de la fixation à un niveau plus élevé des écarts plancher et plafond de « référence ».
14. Enfin, l'Autorité rappelle qu'en imposant que la pondération du critère de modération des prix du carburant soit « *au moins égale* » à celle du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire, le d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière fixe un plancher que les sociétés concessionnaires sont libres de dépasser en accordant au critère portant sur la modération des tarifs des carburants un poids relativement plus important. L'Autorité invite la société concessionnaire à renforcer l'importance du critère associé à la politique de modération tarifaire.

2.2 Sur l'engagement du titulaire pressenti concernant la politique de modération tarifaire du carburant

15. L'Autorité relève que pour le Gazole, le Super SP95-E10 et le GPL, les écarts maximums de prix par litre que l'attributaire pressenti s'engage à ne pas dépasser chaque jour par rapport aux prix moyens hebdomadaires publiés par la DGEC sont plus élevés que les écarts de prix moyens hebdomadaires par litre pratiqués sur l'aire des Haras sur l'année 2019.
16. Dès lors, l'Autorité constate que la formule de modération tarifaire proposée par la société concessionnaire ainsi que les engagements du titulaire pressenti pourraient conduire à une augmentation des tarifs payés par l'utilisateur sur cette aire par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.
17. L'Autorité invite la société concessionnaire à s'assurer, dans ses procédures d'appel d'offres, 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. L'Autorité relève que, pour l'aire du Domaine d'Harcourt, aucune activité de distribution de carburants n'était jusque-là assurée, ce qui ne permet pas de réaliser des comparaisons. Elle constate que la société concessionnaire prévoit que les engagements de modération tarifaire du titulaire pressenti pour l'activité de distribution de carburants sur cette aire doivent être identiques à ceux de l'aire de services des Haras.

3. ANALYSE DU PROJET DE CONTRAT

19. 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.
20. L'Autorité relève que, en cas de méconnaissance par l'exploitant de son engagement de modération tarifaire, le cahier des charges prévoit l'application d'une pénalité égale à dix fois le bénéfice indûment perçu par le preneur, sans mise en demeure préalable.
21. Cependant, aucun dispositif de vérification (par exemple des relevés hebdomadaires/mensuels) n'est prévu afin que la société concessionnaire puisse s'assurer de la bonne exécution des engagements du preneur et sanctionner, le cas échéant, la méconnaissance de ces derniers.

4. RECOMMANDATIONS

22. À titre de bonnes pratiques, lorsque le contrat porte sur la distribution de carburants, l'Autorité recommande à la société concessionnaire :
 - afin de renforcer l'importance du critère de la politique de modération tarifaire pour la distribution de carburants :
 - o d'une part, de renforcer le caractère discriminant de la méthode de notation au titre de ce critère, en fixant, au plus juste, les écarts « plancher » et « plafond » de référence ;
 - o d'autre part, d'augmenter la pondération affectée à ce critère ;
 - de vérifier régulièrement, au moins sur une base mensuelle, le respect des engagements du preneur concernant la politique de modération tarifaire.

CONCLUSION

23. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la conception, la construction et/ou la rénovation et extension, à l'exploitation et à l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et d'énergie, de boutique et de restauration sur l'aire des Haras ainsi que du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation, à l'exploitation et à l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et d'énergie sur l'aire du Domaine d'Harcourt, situées sur l'autoroute A28 (société ALIS).
24. 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 12 novembre 2020.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; 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