

Avis n° 2020-075 du 19 novembre 2020

relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants, de restauration (activité facultative) et de boutique sur l'aire de Saint Eloi, située sur l'autoroute A25, par la société SANEF

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

Vu le code de la commande publique ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au pôle procédure de l'Autorité et déclarée complète au 22 octobre 2020, portant sur la procédure de passation du contrat relatif à la rénovation, la reconstruction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial telles que la distribution de carburants, la restauration, la boutique ou toute autre activité destinée à la clientèle autoroutière sur l'aire de Saint Eloi, située sur l'autoroute A25, par la société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) ;

Vu les autres pièces du dossier,

Après en avoir délibéré le 19 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 dans des conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire.
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 application de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière et des articles L. 3221-2 et R. 3121-6 du code de la commande publique, les sociétés concessionnaires peuvent passer les contrats définis à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière sans publicité ni mise en concurrence préalables *« lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de [l'autorité concédante] »*.
8. La société SANEF a lancé une procédure sans publicité ni mise en concurrence, en application des dispositions de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique, le 9 septembre 2020, pour l'attribution du contrat relatif la rénovation, la reconstruction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial telles que la distribution de carburants, la restauration, la boutique ou toute autre activité destinée à la clientèle autoroutière sur l'aire de Saint Eloi située sur l'autoroute A25.
9. Le 22 octobre 2020, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation de ce contrat.

2. ANALYSE DE LA PROCEDURE DE PASSATION

10. En application de l'article R.3121-6 du code de la commande publique, *« les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les cas suivants : [...] »*
« 3° En cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation. »
11. L'Autorité relève, d'une part, que la société concessionnaire s'est trouvée dans l'impossibilité de faire poursuivre le service concédé par son actuel contractant ou de l'assurer elle-même, et, d'autre part, que la continuité du service public impose la poursuite de l'exploitation de cette aire, indispensable aux usagers de ce tronçon d'autoroute, dans des conditions de durée (24 mois) qui n'excèdent pas celles requises pour mettre en œuvre une procédure de passation (entre 18 et 24 mois). Dans ces conditions, la procédure remplit les conditions du 3° de l'article R.3121-6 du code de la commande publique.

12. Dès lors, l'Autorité considère que la société concessionnaire a pu régulièrement s'inscrire dans la procédure dérogatoire prévue à l'article R. 3121-6 du code de la commande publique.
13. Si l'Autorité s'est attachée à examiner la régularité du recours à une procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence préalable dans le cadre du présent avis, elle s'est interrogée sur l'articulation de sa compétence avec celle du ministre chargé de la voirie routière s'agissant de cet examen. En effet, ce contrôle préalable à la conclusion du contrat pourrait aussi être opéré, sous le contrôle du juge, par le ministre chargé de la voirie routière, qui pourrait alors décider, en cas d'irrégularité manifeste constatée, de rejeter la demande d'agrément de l'attributaire pressenti avant toute saisine de l'Autorité.
14. L'Autorité relève enfin que, bien qu'elle n'y soit pas tenue en application de ces dispositions, la société concessionnaire a choisi de se soumettre volontairement aux règles définies à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, dont elle a respecté les modalités. L'Autorité note que pour faire cette mise en concurrence, la société concessionnaire a contacté l'ensemble des opérateurs spécialisés dans l'activité de distribution de carburants de ses derniers appels d'offres, en transmettant l'engagement de confidentialité nécessaire à l'obtention du dossier de consultation. Si trois candidats ont retiré ce dossier de consultation, seul un a finalement remis une offre.

3. ANALYSE DES ENGAGEMENTS DE MODERATION TARIFAIRE

15. Dès lors que la société concessionnaire a choisi de se soumettre volontairement aux règles définies à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, l'Autorité a procédé à l'analyse de l'appréciation portée au titre du critère de la modération tarifaire.
16. Pour apprécier le critère de la modération tarifaire appliqué à l'activité de distribution de carburants, la société concessionnaire évalue les propositions des candidats sur la base de l'écart maximal de prix moyens mensuels par litre, exprimé en euros TTC (soit nul, soit positif, soit négatif), qu'ils s'engagent à ne pas dépasser durant toute la durée du contrat par rapport aux prix moyens mensuels publiés par la direction générale de l'énergie et du climat (ci-après « DGEC ») et ce pour le gazole, le SP95-E10, le SP98 et le GPL.
17. L'Autorité remarque que le suivi des écarts par rapport aux prix moyens publiés par la DGEC sur une base mensuelle est moins à même de tenir compte de la volatilité des prix dans le secteur des carburants (atténuée par l'extension temporelle de la période de référence) et permet à l'exploitant de lisser son engagement de modération en fonction de la demande (intensité du trafic).
18. L'Autorité note également que cette formule ne tient pas compte des volumes réels, permettant à l'exploitant de jouer sur les variations de prix entre les différentes périodes de l'année, souvent liées aux différences d'affluence sur le réseau.
19. Les prix DGEC étant moins élevés que ceux pratiqués sur l'aire analysée, il résulte de cette formule de modération tarifaire et des engagements de l'attributaire pressenti que les prix proposés seront, dans l'ensemble, moins élevés que ceux actuellement pratiqués sur l'aire de Saint Eloi, toutes choses égales par ailleurs.

CONCLUSION

20. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la rénovation, la reconstruction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial telles que la distribution de carburants, la restauration et la boutique ou toute autre activité destinée à la clientèle autoroutière sur l'aire de Saint Eloi, située sur l'autoroute A25 (société SANEF).
21. À titre de bonnes pratiques, lorsque la société concessionnaire procède à une mise en concurrence informelle et que le contrat porte sur la distribution de carburants, l'Autorité recommande à la société concessionnaire :
 - de prévoir une période de référence plus courte, compte tenu de la volatilité des prix dans le secteur des carburants (atténuée par l'extension temporelle de la période de référence) et des possibilités d'ajustement des prix en fonction de la demande (intensité du trafic) ;
 - de prévoir une formule de modération tarifaire qui tienne compte d'un prix moyen maximum hebdomadaire pondéré par les volumes de vente.
22. 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 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