

Avis n° 2020-071 du 5 novembre 2020

relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire du Mas d'Agenais sur l'Autoroute A62 par la société ASF

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 6 octobre 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 sur l'aire du Mas d'Agenais située sur l'Autoroute A62 par la société ASF ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 5 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 même code, ou à la cession du contrat à un nouvel exploitant, obtenir l'agrément de l'attributaire ou du concessionnaire 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 « *[/]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 26 mars 2020, la société ASF a lancé une procédure de type ouvert avec possibilité de négociation, en vue de l'attribution du contrat relatif à la conception, à 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 sur l'aire du Mas d'Agenais située sur l'Autoroute A62.
9. Le 6 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 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 moyens hebdomadaires 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 hebdomadaires par litre de la semaine précédente publiés par la direction générale de l'énergie et du climat (ci-après « DGEC »), et ce pour les trois types de carburants : B7 (anciennement gazole), E10 (anciennement SP95-E10) et E5 (anciennement SP98).
11. L'Autorité remarque que cette formule ne tient pas compte des volumes réels, ce qui permet à la société concessionnaire de jouer sur les 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. En application du barème de notation tel qu'il ressort du rapport d'analyse des offres, la méthodologie de notation du critère de la modération tarifaire évalue les offres selon l'écart proportionnel entre l'offre proposant les prix les moins élevés et les autres offres.

13. L'Autorité rappelle que les critères de sélection doivent permettre de départager les offres conformément à l'effort réel fourni par les candidats. Or, pour comparer les offres sur le critère de la modération tarifaire, la société concessionnaire prend en compte un écart proportionnel par rapport à l'offre moins-disante et non les écarts réels en pourcentage entre les propositions des candidats, à savoir l'écart en plus ou en moins par rapport au référentiel DGEC. La différence entre les engagements de chaque soumissionnaire, qui correspond à une marge supplémentaire payée par l'utilisateur, est ainsi minimisée et les notes des candidats sont artificiellement resserrées. À titre d'exemple, un écart d'environ [30 - 40] % sur le prix du litre de gazole entre le candidat proposant l'engagement le plus élevé et le candidat qui propose l'offre la plus intéressante pour l'utilisateur sur ce critère se traduit par un écart de 0,4 point seulement, sur un total de 13 points, dans la notation au titre du critère de la modération tarifaire.
14. Une telle méthode de notation a pour effet de neutraliser le critère de la modération tarifaire en minorant les écarts entre les prix, de sorte que les offres sont finalement différenciées au regard des seuls autres critères de sélection. Ainsi, l'Autorité relève notamment que, du fait de la mise en œuvre de cette méthode, le titulaire pressenti resterait inchangé, même si ce dernier proposait des tarifs supérieurs à 2,06 euros le litre de gazole, soit [50 - 60] % plus chers que l'offre pour laquelle il a été retenu.
15. L'Autorité invite donc la société concessionnaire à mettre en place une méthode de notation du critère de la modération tarifaire permettant de tenir compte des écarts réels entre les candidats.
16. De plus, 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

17. L'Autorité relève que, pour les trois types de carburants, les écarts maximums de prix moyens hebdomadaires par litre que le preneur s'engage à ne pas dépasser par rapport aux prix moyens hebdomadaires publiés par la DGEC sont plus faibles que les écarts de prix moyens hebdomadaires par litre pratiqués sur l'aire de Mas d'Agenais sur l'année 2019.
18. L'Autorité constate que les autres soumissionnaires proposaient des écarts plus élevés que le titulaire pressenti.
19. 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 baisse des tarifs payés par l'utilisateur sur cette aire par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.
20. 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.

21. 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

22. Afin de garantir aux usagers une application effective de la politique de modération tarifaire, il appartient à la société concessionnaire de vérifier, 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, en prévoyant une clause de pénalité en cas d'inexécution des engagements du candidat.
23. L'Autorité constate que le preneur doit produire, chaque semaine, à la société concessionnaire, 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 de ses engagements.
24. L'article [...] ¹ du cahier des charges des installations commerciales relatif « aux autres pénalités applicables » 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 retard². L'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif.
25. Elle invite ainsi la société concessionnaire à prévoir une pénalité suffisamment dissuasive tenant compte des avantages de toute nature qui résulteraient, pour le preneur, de l'application de tarifs plus élevés que ceux qu'il s'est engagé à pratiquer en application du contrat.

4. RECOMMANDATIONS

4.1. À l'attention de la société concessionnaire

26. À titre de bonnes pratiques, lorsque le contrat porte sur la distribution de carburants, l'Autorité recommande à la société concessionnaire :
- de prévoir une formule de modération tarifaire qui tienne compte des volumes réels afin de neutraliser l'effet des variations de prix entre les différentes périodes de l'année, souvent liées aux différences d'affluence sur le réseau ;
 - de prévoir une méthode de notation du critère de la modération tarifaire, qui permette de juger les écarts réels entre les engagements des candidats ;
 - de renforcer l'importance du critère associé à la politique de modération tarifaire pour la distribution de carburants, en augmentant la pondération affectée à celui-ci ;

¹ [...].

- de prévoir une modération tarifaire pour l'ensemble des carburants distribués sur l'aire, y compris le GPL ;
- de prévoir des sanctions suffisamment dissuasives en cas de manquement aux engagements de modération tarifaire, tenant compte des avantages de toute nature qui résulteraient, pour le preneur, de l'application de tarifs plus élevés que ceux qu'il s'est engagé à pratiquer en application du contrat.

4.2. À l'attention du ministre chargé de la voirie routière nationale

27. Compte tenu des éléments développés en section 2.1 du présent avis, l'Autorité constate que l'obligation d'introduire un critère de modération tarifaire, dont la pondération soit au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations prévue au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière ne suffit pas, à elle seule, à assurer à ce critère un caractère discriminant, dans la notation des offres, et, partant, à garantir effectivement la mise en œuvre d'une politique de modération tarifaire au bénéfice de l'utilisateur du service public autoroutier, notamment lorsqu'une société concessionnaire applique une méthode de notation qui neutralise ledit critère en minorant les écarts réels entre les propositions des soumissionnaires et/ou lorsque la pondération affectée à l'engagement de modération tarifaire est trop faible par rapport à l'ensemble des autres critères de sélection.
28. L'Autorité appelle ainsi l'attention du ministre sur l'avantage qui résulterait d'une modification du d) de l'article R. 122-41-4° du code de la voirie routière pour assurer l'effectivité du critère associé à la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant lors de la passation des contrats d'exploitation portant sur la distribution de carburants.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis favorable 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 sur l'aire du Mas d'Agenais située sur l'Autoroute A62 (société ASF), au regard du seul respect formel 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 et R. 122-41 du même code, nonobstant les éléments développés dans la section 2.1. du présent avis. Elle accordera toutefois la plus grande attention, à l'avenir, aux modalités concrètes de mise en œuvre du critère associé à la politique de modération tarifaire dans les procédures de passation des contrats d'exploitation portant sur la distribution de carburants, afin de s'assurer que ces modalités ne conduisent pas à priver d'effets les règles précitées.

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 5 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