

Avis n° 2021-042 du 29 juillet 2021

relatif à la procédure de passation d'un contrat portant sur la construction et l'exploitation d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de Limours Briis-sous-Forges, située sur l'autoroute A10, par la société Cofiroute

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

Vu le code de la commande publique ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-27 et R. 122-44 ;

Vu l'avis de l'Autorité n° 2020-066 du 15 octobre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur l'aire de Corbières Nord sur l'Autoroute A61 par la société ASF ;

Vu l'avis de l'Autorité n° 2021-037 du 8 juillet 2021 relatif à la procédure de passation d'un contrat relatif à la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de la Vallée de l'Erve, située sur l'autoroute A81, par la société Cofiroute ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale en date du 12 juillet 2021, portant sur la procédure de passation d'un contrat relatif à la construction et l'exploitation d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de Limours Briis-sous-Forges, située sur l'autoroute A10, par la société Cofiroute ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 29 juillet 2021,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 9 avril 2020, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société Cofiroute a lancé une procédure de consultation visant à renouveler le contrat d'exploitation des installations annexes à caractère commercial situées sur l'aire de Limours Briis-sous-Forges, située sur l'autoroute A10.
2. Six candidats ont été agréés et autorisés à retirer le dossier de consultation des entreprises, et seulement un candidat a finalement remis une offre.
3. Le 7 mai 2021, la société Cofiroute a désigné la société Total Marketing France comme attributaire pressenti en vue de conclure un contrat portant sur la construction et l'exploitation des installations annexes à caractère commercial permettant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de Limours Briis-sous-Forges sur l'autoroute A10.
4. La société Total Marketing France est l'actuel exploitant de l'aire de Limours Briis-sous-Forges.
5. Le 12 juillet 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation de ce contrat.

2. CADRE JURIDIQUE

6. Il résulte de l'article L. 122-24 du code de la voirie routière que les contrats, mentionnés à l'article L. 122-23 du même code, 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 permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire. Ces conditions et exceptions sont précisées aux articles R. 122-40 à R. 122-41-1 du même code.
7. En application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'attributaire est agréé, préalablement à la conclusion du contrat mentionné à l'article L. 122-23, par l'autorité administrative, après avis de l'Autorité qui dispose d'un délai d'un mois à compter de la date de la saisine pour se prononcer. Cet avis porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code précité. En cas d'avis défavorable, la délivrance de l'agrément à l'attributaire est motivée par l'autorité administrative.
8. En vertu de l'article R. 122-42 du code de la voirie routière, l'agrément prévu à l'article L. 122-27 du même code est délivré par le ministre chargé de la voirie routière nationale.
9. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats d'exploitation mentionnés à l'article L. 122-23 du code de la voirie routière sont régies, en vertu de l'article R. 122-41 du même code, par les titres II et III du livre I^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.
10. Conformément au 4^o de l'article R. 122-41 précité, les critères de notation sont pondérés et comportent au moins la qualité des services rendus aux usagers, la qualité technique et environnementale, l'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire et,

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.

3. ANALYSE DE LA PROCEDURE DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité

11. Il ressort de l'application combinée de l'article R. 3122-2 du code de la commande publique et du 3° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière que la société concessionnaire doit publier l'avis de concession dans un journal d'annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.
12. L'avis de concession a été envoyé à la publication le 9 avril 2020 dans les annonces légales des *Échos*, dans les revues spécialisées *Libre Service Actualités (LSA)* et *Bulletin de l'Industrie Pétrolière (BIP)*, sur les sites internet francemarches.com, lesechos.fr et marcheonline.com ainsi que sur le profil acheteur de la société concessionnaire.
13. Les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
14. Par ailleurs, l'avis de concession fixait la date limite de réception des candidatures au 17 juin 2020. La société concessionnaire a mis à disposition des candidats le dossier de consultation des entreprises le 27 octobre 2020, après l'agrément des candidatures, et fixé la date limite de réception des offres au 26 février 2021.
15. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les délais de remise des candidatures et des offres sont conformes aux prescriptions réglementaires du code de la commande publique.
16. Par la suite, la société concessionnaire a procédé à trois modifications de documents composant le dossier de consultation. En particulier, le 3 février 2021, soit 23 jours avant la date limite de remise des offres initiales, le règlement de la consultation a été modifié, avec la suppression du sous-critère « Chiffre d'affaires », qui représentait 0,5 point sur les 22 points attribués au critère de la qualité financière. Ce demi-point a été transféré au sous-critère « Investissement ». En conséquence, la pondération de ce dernier est passée de 4,5 points à 5 points sur les 22 points attribués au critère de la qualité financière.
17. Ainsi, conformément à l'article R. 3122-8 du code de la commande publique, l'ensemble des opérateurs économiques ont été informés des deux modifications du document de la consultation et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre. La société Cofiroute a ainsi respecté l'article 2.5. du règlement de la consultation qui prévoyait qu'elle pouvait modifier le règlement de la consultation jusqu'à 15 jours calendaires avant la date limite de remise des offres.
18. Enfin, l'Autorité constate que la modification des deux sous-critères relatifs au chiffre d'affaires et à l'investissement était mineure (1 point sur 113). Ces modifications n'ont pas eu d'influence sur le classement des offres.

3.2. Analyse des engagements de modération tarifaire

19. La société Cofiroute évalue les propositions des candidats en termes de modération tarifaire pour la distribution de carburants sur la base des écarts, exprimés en euros TTC, qu'ils s'engagent à ne pas dépasser, durant toute la durée du contrat, entre les prix par litre de la semaine précédente, publiés par la direction générale de l'énergie et du climat du ministère de la transition écologique (ci-après « DGEC »), et les prix moyens hebdomadaires par litre, pour trois types de carburants : B7 (anciennement gazole), E10 (anciennement SP95-E10) et E5 (anciennement SP98).
20. L'Autorité note avec intérêt que la société a imposé une valeur plafond, applicable à l'ensemble des carburants mentionnés au point 18, aux écarts maximaux de prix moyen hebdomadaire par litre sur lesquels doivent s'engager les soumissionnaires.
21. L'Autorité relève que, pour les trois types de carburants, les écarts 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 sur l'année 2020. La formule de modération tarifaire proposée par la société Cofiroute, ainsi que les engagements du titulaire pressenti, devraient par conséquent conduire à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur sur l'aire par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.
22. L'Autorité remarque toutefois que l'engagement peut être relativisé, en ce que la modération tarifaire est appréciée uniquement en référence à une moyenne de prix hebdomadaire. Ceci permet à l'exploitant de jouer sur les variations de prix entre les différentes périodes de la semaine, qui peuvent se caractériser par des différences d'affluence sur le réseau.

3.3. Analyse de la méthode de notation du critère de la modération tarifaire

23. Il ressort du rapport d'analyse des offres que, pour le critère de la modération tarifaire, les offres des candidats sont évaluées selon le rapport entre le prix total de leur panier de carburants et le prix total du panier de l'offre la moins-disante.
24. L'Autorité rappelle, ainsi qu'elle l'a souligné dans de précédents avis¹, que les critères de sélection doivent permettre de départager les offres conformément à leurs différences. Ainsi, la méthode de notation retenue doit refléter la réalité des écarts qui séparent les offres sur chacun des

¹ Avis de l'Autorité n° 2020-066 du 15 octobre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur l'aire de Corbières Nord sur l'Autoroute A61 par la société ASF ; avis n° 2020-070 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 (lot n° 1) sur l'aire de Bréguières Sud sur l'Autoroute A8 par la société Escota ; 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 ; avis n° 2020-079 du 3 décembre 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 de Mornas les Adrets sur l'Autoroute A7 par la société ASF ; avis n° 2020-082 du 10 décembre 2020 relatif aux procédures de passation des contrats d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur les aires d'Agen Porte d'Aquitaine sur l'autoroute A62 (lot 1) et de Port Lauragais Sud sur l'autoroute A61 (lot 1) par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) ; avis n° 2021-002 du 7 janvier 2021 relatif aux procédures de passation des contrats d'exploitation des activités de restauration et boutique de produits régionaux sur l'aire d'Agen Porte d'Aquitaine (lot 2) sur l'A62, de boutique de produits régionaux et de maison du tourisme sur l'aire de Port Lauragais Sud (lot 2) sur l'A61, de distribution de carburants, restauration et de boutique sur les aires de Brouzils et de Chavagnes-en-Paillers sur l'A83 et de Rouillé Pamproux Nord sur l'A10 par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF).

critères, de sorte que la note attribuée à chaque offre traduise sa performance globale au regard de l'ensemble des critères, compte tenu de leurs poids respectifs.

25. Or, pour comparer les offres des candidats sur le critère de la modération tarifaire, la société Cofiroute a pris en compte le rapport entre le prix total de leur panier de carburants et le prix total du panier de l'offre la moins-disante, plutôt que le rapport entre l'écart maximal que les candidats proposent par rapport au référentiel DGEC et l'écart maximal, par rapport à ce référentiel, de l'offre la moins-disante. Une telle méthode de notation se traduit mécaniquement par des notes faiblement différenciées. L'Autorité note que le titulaire pressenti est le seul à avoir présenté une offre, ce qui ne permet pas de comparer sa proposition à celles des autres soumissionnaires.
26. Il n'en demeure pas moins que la méthode de notation appliquée par le concessionnaire a pour effet de neutraliser le critère de la modération tarifaire en minorant les écarts entre les prix, de sorte que les offres ne sont finalement différenciées que par application des autres critères de sélection.
27. Depuis son avis du 15 octobre 2020², l'Autorité a eu l'occasion, à plusieurs reprises, d'appeler l'attention des sociétés concessionnaires d'autoroutes sur les défauts de cette méthode de notation du critère de modération tarifaire. Elle a pris soin d'explicitier systématiquement les termes de son raisonnement et recommandé, de façon insistante et répétée, le recours à une méthode plus conforme aux exigences formulées au point 24. Afin de laisser le temps aux sociétés concessionnaires de prendre en compte cette recommandation dans leurs procédures de consultation, elle n'a toutefois pas souhaité l'assortir immédiatement d'un avis défavorable.
28. La société Cofiroute, qui ne pouvait ignorer, au 26 février 2021, date limite de réception des offres de la procédure objet du présent avis, la position de l'Autorité, n'a pas jugé utile de modifier sa méthode de notation, laquelle a pour effet de neutraliser le critère de modération tarifaire et de priver d'effet les dispositions du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière qui imposent que la pondération du critère de modération tarifaire soit au moins égale à celle du critère des rémunérations versées au concessionnaire.
29. Ainsi, malgré la pondération du critère de modération tarifaire plus importante que celle du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire, respectivement égales à 18,6 % et 12,4 %, les méthodes de notation respectives des deux critères ne peuvent qu'inciter les candidats à privilégier le second de ces critères (en faveur du concessionnaire) sur le premier (en faveur des usagers). En effet, l'Autorité a évalué, comme elle le proposait dans son rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2020, l'effort, exprimé en coût monétaire, associé au gain d'un point sur chacun des critères. Il ressort de cette analyse que, pour obtenir un point supplémentaire sur le sous-critère des redevances garanties, et donc sur le critère des rémunérations versées au concessionnaire, le soumissionnaire devrait s'engager à verser, sur la durée du contrat, 460 000 euros de plus au concessionnaire³, alors que le gain d'un point supplémentaire sur le critère de modération tarifaire lui coûterait, du fait de la baisse des prix des carburants, 21,561 millions d'euros de pertes de recettes sur la durée de son contrat. En tenant compte des pondérations respectives des deux critères, le soumissionnaire est ainsi 31,3 fois plus incité à améliorer son offre sur le critère des redevances que sur celui de la modération tarifaire.

² Avis de l'Autorité n° 2020-066 du 15 octobre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique sur l'aire de Corbières Nord sur l'Autoroute A61 par la société ASF.

³ Il ressort des documents joints au rapport d'analyse des offres que les redevances garanties sont un des éléments d'appréciation du sous-critère tenant à la rémunération. Cependant, faute d'information, dans le dossier, concernant la répartition des points de notation associés au critère des rémunérations versées, l'Autorité a retenu la pondération appliquée au

30. L'Autorité considère donc que la méthode de notation retenue par la société Cofiroute, qui aboutit à une distorsion manifeste du poids relatif de chacun des deux critères considérés, a pour résultat de méconnaître l'exigence fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41.

3.4. Analyse du projet de contrat

31. 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.
32. L'Autorité constate que le preneur doit transmettre, chaque semaine, à la société Cofiroute, un état justifiant de ce respect pour les trois catégories de carburants concernés, ce qui permet une vérification régulière de ses engagements.
33. L'article [...] du cahier des charges des installations commerciales relatif « *aux autres pénalités applicables* », annexé au projet de contrat, prévoit que le titulaire qui méconnaît ses obligations contractuelles encourt une pénalité de [1 000-2 000] euros par manquement ou, le cas échéant, par jour de retard⁴. L'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif.

CONCLUSION

34. L'Autorité émet un avis défavorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la construction et l'exploitation d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de Limours Briis-sous-Forges, située sur l'autoroute A10 (société Cofiroute). Cet avis est motivé par la neutralisation du critère de la modération tarifaire prévu au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, résultant de la méthode de notation utilisée par le concessionnaire, laquelle a pour résultat de méconnaître l'exigence d'une pondération de ce critère au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations versées au concessionnaire.
35. Ainsi, l'Autorité invite la société Cofiroute à modifier ses méthodes de notation de sorte qu'elles ne suppriment pas les incitations à mettre en œuvre une politique de modération tarifaire, privant d'effet l'exigence rappelée au point précédent. Elle recommande en outre au ministre chargé de la voirie routière nationale de veiller à la mise en œuvre effective de l'objectif de modération tarifaire sur les aires de service du réseau autoroutier concédé, qui représente un enjeu économique important pour les usagers.
36. L'Autorité recommande par ailleurs, à titre de bonnes pratiques :
- de prévoir une formule de modération tarifaire ne permettant pas de tirer avantage, compte tenu des différences d'affluence sur le réseau, des variations de prix entre les différentes périodes de la semaine ;

sous-critère des redevances garanties et d'entretien dans les précédentes saisines. Le sens de l'analyse n'est pas modifié lorsque la pondération appliquée à ce sous-critère évolue.

⁴ [...]

- 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.

*

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 29 juillet 2021.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Madame Sophie Auconie, vice-présidente ; Mesdames Marie Picard et Cécile George, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman