

Avis n° 2021-053 du 14 octobre 2021

relatif à la procédure de passation, par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF), d'un contrat relatif à la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial sur les aires de la Chateaudrie et de la Canepetière, situées sur l'autoroute A83

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 la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale en date du 16 septembre 2021 portant sur 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 boutique et de restauration sur les aires de la Chateaudrie et de la Canepetière, situées sur l'autoroute A83, par la société ASF ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 14 octobre 2021,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Par avis n° 2019-068 du 17 octobre 2019, l'Autorité a rendu un avis défavorable sur la procédure organisée par la société ASF pour la passation d'un contrat concernant des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur les aires de la Chateaudrie et de la Canepetière, situées sur l'autoroute A83. À la suite de cet avis, le ministère a refusé d'agréer l'attributaire pressenti. Le 5 février 2021, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société ASF a lancé une procédure de consultation, sans restriction du nombre de candidats admis à présenter une offre, visant à attribuer le contrat d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'installations annexes à caractère commercial situées sur les aires précitées.
2. La société concessionnaire a reçu une seule candidature, de la part de la société Sodiplec. Ce candidat a été agréé et son offre analysée. Par la suite, la société concessionnaire a envoyé au candidat des questions écrites puis a organisé une réunion de négociation. Le candidat a ensuite été invité par la société ASF à remettre son offre finale.

3. Le 30 juillet 2021, la société ASF a retenu la société Sodiplec comme attributaire pressenti en vue de conclure le contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur les aires de la Chateaudrie et de la Canepetière, situées sur l'autoroute A83. La société Sodiplec exploite actuellement les aires de service objets du présent avis.
4. Le 16 septembre 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

5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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 1^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.
9. 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

10. Il ressort de l'application combinée de l'article R. 3122-2 du code de la commande publique et du 3^o 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.

11. L'avis de concession a été envoyé à la publication le 5 février 2021 dans les annonces légales du *Courrier de l'Ouest*, dans les revues spécialisées *Libre Service Actualités (LSA)* et *Bulletin de l'Industrie Pétrolière (BIP)*, sur les sites internet *marcheonline.com*, *francemarches.com* et *centraledesmarches.com*, ainsi que sur le profil acheteur de la société concessionnaire.
12. Les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
13. L'avis de concession a fixé la date limite de réception des candidatures et des offres au 4 juin 2021. Par avis rectificatif en date du 26 avril 2021, soit 39 jours avant la date limite de remise des offres initiales, la société concessionnaire a modifié et précisé le guide de réponse et le projet de contrat particulier.
14. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le délai de remise des candidatures et des offres est conforme aux prescriptions de l'article R. 3123-14 du code de la commande publique.
15. En outre, conformément à l'article R. 3122-8 du code de la commande publique, l'ensemble des opérateurs économiques ont été informés des modifications du document de la consultation des entreprises et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une candidature et une offre.
16. Par ailleurs, la société ASF a procédé à la modification du dossier de consultation des entreprises dans les conditions prévues par l'article 3.3 du règlement de la consultation, qui prévoyait qu'elle pouvait modifier le détail du dossier de consultation jusqu'à 15 jours calendaires avant la date limite de remise des offres.

3.2. Analyse des engagements de modération tarifaire

17. La société ASF 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).
18. L'Autorité relève tout d'abord que 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 durant l'année 2020 sur chaque aire et pour les trois types de carburants. La formule de modération tarifaire proposée par la société ASF, ainsi que les engagements du titulaire pressenti, devraient par conséquent conduire à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur sur les deux aires par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.
19. L'Autorité remarque toutefois que l'engagement peut être relativisé, en ce que la modération tarifaire est appréciée uniquement en référence à des moyennes de prix hebdomadaires. 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

20. Il ressort du rapport d'analyse des offres que, pour le critère de la modération tarifaire, les offres des candidats sont évaluées en fonction de deux valeurs :
 - premièrement, l'engagement de l'offre la moins-disante ;
 - deuxièmement, l'écart entre leur engagement et l'engagement de l'offre la moins-disante.
21. La note des candidats est obtenue en pondérant les notes de chaque carburant par la répartition prévisionnelle des volumes de vente.
22. L'Autorité rappelle 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 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.
23. L'Autorité constate que la méthode de notation employée par la société ASF départage correctement les offres des candidats du point de vue de la modération tarifaire puisque la formule ne prend en compte que les engagements des candidats (c'est-à-dire les écarts en centimes entre leurs prix par carburant et les prix DGEC). 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 d'autres soumissionnaires.
24. L'Autorité rappelle en outre que le d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière impose que la pondération du critère de la modération tarifaire relatif à la distribution de carburants soit au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.
25. 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'Autorité a évalué 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 de la rémunération globale minimum, et donc sur le critère des rémunérations versées, le soumissionnaire devrait s'engager à verser 0,176 millions d'euros de plus au concessionnaire ; en parallèle, le gain d'un point supplémentaire sur le critère de la modération tarifaire lui coûterait, dans l'hypothèse d'une baisse homogène des prix des carburants, 0,004 millions d'euros de pertes de recettes sur la durée de son contrat. Avec la méthode mise en place, l'incitation du soumissionnaire à améliorer son offre sur le critère de la modération tarifaire est supérieure à son incitation à améliorer son offre sur le critère de la rémunération du concessionnaire.
26. L'Autorité considère donc que la méthode de notation retenue par la société ASF satisfait l'exigence fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, au bénéfice des usagers de l'autoroute.

3.4. Analyse du projet de contrat

27. Afin de garantir aux usagers une application effective de la politique de modération tarifaire, il appartient à la société concessionnaire de s'assurer, au cours de l'exécution du contrat, du respect 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.

28. L'Autorité constate que le preneur doit transmettre, chaque semaine, à la société ASF, un état justifiant de ce respect pour les trois catégories de carburants concernés, ce qui permet une vérification régulière de ses engagements.
29. Par ailleurs, l'article 6.5.8 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 euros par manquement ou, le cas échéant, par jour de retard ¹. L'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif.

CONCLUSION

30. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur les aires de la Chateaudrie et de la Canepetière, situées sur l'autoroute A83.
31. L'Autorité recommande, 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, de variations de prix entre les différentes périodes de la semaine ;
 - 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.
32. 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 14 octobre 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

¹ La société encourt de plein droit une pénalité de 1 000 euros par manquement et, le cas échéant, par jour de retard, dès le constat de la méconnaissance, à moins que la société n'ait notifié une mise en demeure préalable fixant un délai au preneur. Dans ce cas, le montant de la pénalité est porté à 2 000 euros par jour de retard au-delà de 30 jours après l'expiration du délai imparti.