

Avis n° 2022-071 du 22 septembre 2022

relatif aux procédures de passation, par la Société des Autoroutes Paris-Normandie (ci-après « SAPN »), de deux contrats portant sur l'exploitation et l'entretien d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur les aires de Bosgouet Sud et de Rosny-sur-Seine Sud, situées sur l'autoroute A13

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 23 août 2022 ;

Vu le code de la commande publique ;

Vu le code de la voirie routière, notamment ses articles L. 122-27, R. 122-44 et D. 122-46-1 ;

Vu l'arrêté modifié du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé ; Vu les autres pièces des dossiers ;

Le collège en ayant délibéré le 22 septembre 2022 ;

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 3 août 2021, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société SAPN a lancé deux procédures de consultation ouvertes, visant à attribuer deux contrats d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur les aires de Bosgouet Sud et Rosny-sur-Seine Sud, situées sur l'autoroute A13.
2. S'agissant de la procédure relative à l'aire de Bosgouet Sud, la société SAPN a reçu deux plis, contenant chacun une candidature et une offre. Toutes les candidatures ont été jugées recevables. Elle a ensuite analysé les offres dans les délais impartis par le règlement de la consultation.
3. S'agissant de la procédure relative à l'aire de Rosny-sur-Seine Sud, la société SAPN a reçu deux plis, contenant chacun une candidature et une offre. Toutes les candidatures ont été jugées recevables. Elle a ensuite analysé les offres dans les délais impartis par le règlement de la consultation.
4. Le 23 août 2022, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis dans le cadre des présentes procédures de passation.

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 I^{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, dans sa rédaction applicable au moment de l'envoi des avis de concession concernant les procédures faisant l'objet du présent avis, 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, la pondération de ce critère étant au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations.

3. ANALYSE DES PROCÉDURES DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité

10. Il résulte 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. Il ressort de l'instruction que les supports de publication choisis, dans le cadre des deux procédures, sont conformes à la réglementation.
12. En outre, l'article R. 3123-14 du code de la commande publique prévoit que le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres, est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession, ce délai pouvant être ramené à 25 jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures lui soient transmises par voie électronique.

13. Il ressort de l'instruction que les délais de remise des candidatures et des offres, dans le cadre des deux procédures, sont conformes aux dispositions réglementaires du code de la commande publique.
14. Par ailleurs, la société SAPN a procédé à la modification des dossiers de consultation des entreprises. Il ressort de l'instruction que les modalités de mise en œuvre de ces modifications sont conformes :
 - à l'article R. 3122-8 du code de la commande publique, dans la mesure où tous les candidats ont été informés desdites modifications et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre ;
 - à l'article 3-4 de chaque règlement de la consultation, qui prévoyait que la société concessionnaire pouvait apporter des modifications de détail aux dossiers de consultation jusqu'à 20 jours calendaires avant la date limite de remise des offres.

3.2. Analyse des engagement de modération tarifaire

15. La société SAPN 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). Sur l'aire de Rosny-sur-Seine Sud, la société impose un plafond de prix moyen à ne pas dépasser pour les carburants B7 et E10.
16. L'Autorité relève tout d'abord que les écarts de prix moyens hebdomadaires par litre que les preneurs s'engagent à ne pas dépasser par rapport aux prix moyens hebdomadaires publiés par la DGEC sont plus faibles que les écarts de prix moyens hebdomadaires pratiqués durant l'année 2021 sur chaque aire, pour les trois types de carburants. La formule de modération tarifaire proposée par la société SAPN, ainsi que les engagements des titulaires pressentis, devraient par conséquent conduire à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur sur les aires par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.
17. L'Autorité relève que la société SAPN apprécie dorénavant l'engagement de la modération tarifaire en référence à des moyennes de prix hebdomadaires et non plus mensuelles, ce qui constitue une avancée. Cependant, l'exploitant garde la possibilité 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. Comme indiqué dans le rapport annuel de l'Autorité sur les marchés et contrats passés par les concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2021, la formule de modération tarifaire devrait être déclinée à une échelle infra-hebdomadaire.

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

18. Il ressort du rapport d'analyse des offres que, pour le critère de la modération tarifaire, les offres des candidats sont évaluées par rapport à l'engagement de l'offre la moins-disante. La note des candidats est obtenue en pondérant les notes obtenues pour chaque carburant par la répartition prévisionnelle des volumes de vente.

19. 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.
20. L'Autorité constate que la méthode de notation employée par la société SAPN 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).
21. 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.
22. L'Autorité a évalué l'effort, exprimé en coût monétaire, associé au gain d'un point sur chacun des deux critères pour les deux aires concernées par le présent avis.
23. Concernant l'aire de Bosgouet Sud, il ressort de cette analyse que pour obtenir un point supplémentaire sur le critère financier, le soumissionnaire devrait s'engager à verser 1,45 million d'euros de plus au concessionnaire ; en parallèle, le gain d'un point supplémentaire sur le critère de la modération tarifaire relatif à la distribution de carburant lui coûterait, dans l'hypothèse d'une baisse homogène des prix des carburants, moins de 6 000 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 relatif à la distribution de carburant est nettement plus importante que son incitation à améliorer son offre sur le critère de la rémunération du concessionnaire.
24. Concernant l'aire de Rosny-sur-Seine Sud, il ressort de cette analyse que, pour obtenir un point supplémentaire sur le critère financier, le soumissionnaire devrait s'engager à verser 0,25 million d'euros de plus au concessionnaire ; en parallèle, le gain d'un point supplémentaire sur le critère de la modération tarifaire relatif à la distribution de carburant lui coûterait, dans l'hypothèse d'une baisse homogène des prix des carburants, moins de 1 000 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 relatif à la distribution de carburant est plus importante que son incitation à améliorer son offre sur le critère de la rémunération du concessionnaire.
25. L'Autorité considère donc que la méthode de notation retenue par la société SAPN 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 des projets de contrat

26. 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, de 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 preneur.

27. L'Autorité constate que la société concessionnaire a prévu de vérifier régulièrement, 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. Ainsi, en cas de méconnaissance de l'engagement de modération tarifaire, le projet de contrat prévoit l'application, sans mise en demeure préalable, d'une pénalité proportionnelle aux recettes supplémentaires ainsi acquises, avec un coefficient multiplicateur supérieur à 1 :

$$\text{Pénalité} = (\text{Nombre de litres vendus sur la période}) \times [(\text{Prix moyen de vente de la période constaté}) - (\text{Engagement prix moyen maximum sur la période})] \times 3$$

28. Cette formule confère un véritable pouvoir incitatif au dispositif, la pénalité allant au-delà des bénéfices que pourrait procurer la méconnaissance de ses obligations par l'exploitant à condition, cependant, que la fréquence des contrôles du respect de l'engagement soit suffisante pour rendre le dispositif pleinement opérant.

ÉMET L'AVIS SUIVANT

29. L'Autorité émet un avis favorable sur les deux procédures de passation de contrats portant sur l'exploitation et l'entretien d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur les aires de Bosgouet Sud et de Rosny-sur-Seine Sud, situées sur l'autoroute A13.
30. L'Autorité recommande, à titre de bonne pratique, de prévoir une formule de modération tarifaire des prix de carburants 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.

*

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 22 septembre 2022.

**Présents : Monsieur Philippe Richert, vice-président, président par intérim de l'Autorité ;
Madame Florence Rouse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ;
Madame Sophie Auconie, vice-présidente ; Madame Cécile George, membre du collège.**

Le Vice-Président,

Président par intérim de l'Autorité

Philippe Richert