

Avis n° 2023-042 du 14 septembre 2023

relatif à la procédure de passation, par la société Sanef, d'un contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations assurant les activités de distribution de carburants, de boutique, de restauration et de services de recharge pour poids lourds électriques sur l'aire de La Maxe, située sur l'autoroute A31

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 17 août 2023 ;

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 du dossier ;

Le collège en ayant délibéré le 14 septembre 2023,

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 8 février 2023, la société Sanef a lancé, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, une procédure de consultation ouverte visant à attribuer un contrat d'exploitation, sur le domaine public autoroutier concédé, d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique, de restauration et de services de recharge pour poids lourds électriques sur l'aire de La Maxe, située sur l'autoroute A31.
2. La société Sanef a reçu un pli contenant une candidature et une offre. La candidature a été jugée recevable. La société Sanef a ensuite analysé l'offre dans les délais impartis par le règlement de la consultation.
3. Le 17 août 2023, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis dans le cadre de la présente procédure de passation.

2. CADRE JURIDIQUE

4. 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.

5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. Conformément au 4° 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 sources d'énergie usuelles¹, la politique de modération tarifaire, la pondération de ce critère étant au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations.

3. ANALYSE DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité et de mise en concurrence

9. Il résulte 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.
10. Il ressort de l'instruction que les supports de publication choisis par la société Sanef dans le cadre de la procédure objet du présent avis sont conformes à la réglementation.
11. 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

¹ L'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière, applicable aux conventions de délégation de service public autoroutier en cours au 15 février 2021, dispose que « [c]onstitue une source d'énergie usuelle au sens de la présente disposition, respectivement pour les véhicules légers et les poids lourds, toute source d'énergie utilisée par plus de 1,5 % des véhicules à moteur immatriculés pendant deux années consécutives ou par au moins 5 % du parc de véhicules à moteur en circulation ». D'après les données publiques du service des données et études statistiques (SDES) disponibles sur le site du ministère de la transition écologique (<https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/motorisations-des-vehicules-legers-neufs-emissions-de-co2-et-bonus-ecologique-decembre-2022>), plus de 1,5 % des véhicules légers immatriculés en 2021 et 2022 étaient électriques (hors véhicules hybrides), alors que tel n'était pas le cas pour les poids lourds (environ 0,2 % en 2021 et 1,1 % en 2022). L'électricité constituait donc en 2022 une source d'énergie usuelle pour les véhicules légers, mais pas pour les poids lourds.

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.

12. Il ressort de l'instruction que les délais de remise des candidatures et des offres sont conformes aux dispositions réglementaires du code de la commande publique.
13. Par ailleurs, la société Sanef a procédé à une modification du dossier de consultation des entreprises. Il ressort de l'instruction que les modalités de mise en œuvre de cette modification 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.

3.2. Analyse de la politique de modération tarifaire sur les carburants

3.2.1. Analyse des engagements de modération tarifaire

14. La société Sanef évalue les propositions des candidats en matière de modération tarifaire pour la distribution de carburants sur la base des écarts, exprimés en euros TTC par litre, qu'ils s'engagent à ne pas dépasser, sur toute la durée de la convention, entre le prix moyen hebdomadaire à la consommation des carburants routiers publié par la direction générale de l'énergie et du climat du ministère de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires (ci-après « DGEC ») de la semaine précédente et le prix de vente moyen maximum sur une période de sept jours démarrant le lendemain de la publication du prix moyen hebdomadaire DGEC, pour trois types de carburants : B7 (anciennement gazole), E10 (anciennement SP95-E10) et E5 (anciennement SP98).
15. 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 pratiqués durant l'année 2022 pour les trois types de carburants. La formule de modération tarifaire proposée par la société Sanef, ainsi que les engagements du titulaire pressenti, devraient par conséquent conduire à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur par rapport aux tarifs pratiqués actuellement sur les aires, toutes choses égales par ailleurs².
16. L'Autorité remarque en revanche 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. Comme elle l'a indiqué dans plusieurs de ses avis et rappelé dans son rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2021, l'Autorité considère que la formule de modération tarifaire devrait être déclinée à une échelle infra-hebdomadaire.

3.2.2. Analyse de la méthode de notation du sous-critère de modération tarifaire

17. Il ressort de la grille de notation des offres que la société Sanef a utilisé une méthode de notation dont l'Autorité a déjà eu l'occasion de constater qu'elle départageait correctement les offres des soumissionnaires du point de vue de la modération tarifaire et respectait l'exigence de pondération de ce critère fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.

² Toutefois, le contexte inflationniste actuel et son impact sur les prix de l'énergie réduisent la probabilité que cette formule de modération tarifaire et les engagements des titulaires pressentis suffisent à provoquer une baisse effective du prix du carburant à la pompe, au moins à court terme.

3.3. Analyse du projet de contrat : sur le contrôle des engagements de modération tarifaire relatifs aux carburants

18. Afin de garantir aux usagers l'application effective de la politique tarifaire à laquelle s'est engagé le preneur pressenti, il appartient à la société concessionnaire de s'assurer de son respect au cours de l'exécution du contrat et de prévoir une clause de pénalité suffisamment dissuasive sanctionnant son éventuelle inexécution.
19. 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 sur les carburants 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 :

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

20. Étant conforme à la recommandation que l'Autorité a formulée dans son rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2021, elle estime que ce dispositif est suffisamment dissuasif, 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

L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation, par la société Sanef, d'un contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations assurant les activités de distribution de carburants, de boutique, de restauration et de services de recharge pour poids lourds électriques sur l'aire de La Maxe, située sur l'autoroute A31.

L'Autorité recommande, à titre de bonne pratique, de prévoir une formule de modération tarifaire des prix des 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 14 septembre 2023.

***Présents : Monsieur Philippe Richert, vice-président, président par intérim ;
Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président.***

Le Vice-Président,
Président par intérim

Philippe Richert