

Avis n° 2019-066 du 3 octobre 2019
relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation des activités de distribution de carburants et de boutique de l'aire de Montpellier Fabrègues Nord sur l'autoroute A9 (lot 1) par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF)

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

Vu le code de la voirie routière ;

Vu le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au greffe de l'Autorité et déclarée complète le 5 septembre 2019, relative à la procédure de passation du contrat relatif à la conception, la construction et/ ou la rénovation, le réaménagement, à l'exploitation, à l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et de boutique de l'aire de Montpellier Fabrègues Nord de l'autoroute A9 (lot 1) par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) ;

Après en avoir délibéré le 3 octobre 2019 ;

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 code de la voirie routière, ou à la cession du contrat à un nouvel exploitant, obtenir l'agrément de l'attributaire ou du cessionnaire, 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. Aux termes de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, l'avis rendu par l'Autorité, dans le cadre de la procédure d'agrément délivré par le ministre chargé de la voirie nationale, porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du même code et précisées par voie réglementaire.
5. Ces règles prévoient notamment que, sauf dans les cas où le concessionnaire d'autoroute constitue un pouvoir adjudicateur, les contrats qu'il passe 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, et dont la procédure a été initiée avant le 1^{er} avril 2019, sont soumis aux dispositions des titres II et III du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession alors applicables, sous réserve des adaptations prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
6. Aux termes du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière dans sa version en vigueur avant le 1^{er} avril 2019, « [l]es critères mentionnés aux articles 26 et 27 du [décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession] sont pondérés et comprennent au moins les critères relatifs aux éléments suivants : [...] a) la qualité des services rendus aux usagers ; b) la qualité technique et environnementale ; c) l'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire ; 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 ».
7. Le 5 septembre 2019, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation du contrat relatif à la conception, la construction et/ ou la rénovation, le réaménagement, à l'exploitation, à l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et de boutique de l'aire de Montpellier Fabrègues Nord sur l'autoroute A9 (lot 1) par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF).

2. PROCEDURE DE PASSATION

8. Par un avis de concession envoyé à la publication le 23 mai 2018, la société ASF a lancé une procédure restreinte en vue du renouvellement du contrat relatif à la conception, la construction et/ ou la rénovation, le réaménagement, à l'exploitation, à l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et de boutique de l'aire de Montpellier Fabrègues Nord de l'autoroute A9 (lot 1).
9. Dix dossiers de candidatures ont été reçus et analysés par la société ASF. Après examen, neuf candidatures ont été jugées recevables et agréées. Quatre candidats ont remis une offre dans le délai qui leur était imparti.

2.1. Sur le critère de la politique de modération tarifaire pour la distribution de carburants

2.1.1. Sur l'encadrement des prix résultant du critère de modération tarifaire

10. Conformément au guide de réponses des documents de la consultation, « les candidats [sont] évalués pour ce critère sur la base de l'écart maximal de prix moyen mensuel qu'ils [s'engagent] à pratiquer durant toute la durée du contrat par rapport aux prix moyens mensuels au litre pratiqués dans ces deux stations de référence », et ce pour chaque type de carburant (Gazole, SP95-E10, SP98). »

11. L'Autorité constate que la formule de modération tarifaire telle que proposée par la société ASF correspond à un encadrement des prix qui conduit à la fixation d'un prix plafond mais aussi d'un prix plancher des tarifs des carburants applicables sur l'aire de Montpellier Fabrègues Nord, déterminés, l'un et l'autre, par rapport au prix mensuel moyen des carburants sur des « aires de référence ».
12. L'Autorité s'interroge ainsi sur le caractère modérateur de cette formule puisqu'elle impose un prix plancher, ce qui semble être contraire à l'objectif de modération tarifaire recherché.
13. En outre, la temporalité choisie par la société ASF pour la mise en œuvre des engagements de modération tarifaire permet à l'attributaire de rester libre d'ajuster ses prix au cours du mois, par exemple en fonction de la demande (intensité du trafic) et de la volatilité des prix des carburants (volatilité croissante avec la durée de la période de référence retenue).
14. Par ailleurs, l'utilisation d'un pourcentage pour calculer l'écart maximum par rapport au prix moyen mensuel peut faire varier considérablement cet écart maximal, rendant ainsi le contrôle de l'engagement tarifaire plus difficile.

2.1.2. Sur le choix des aires de référence

15. Le guide de réponses remis aux candidats dans des documents de la consultation prévoit que « *la politique de modération tarifaire proposée par le candidat s'appréciera en comparaison avec les tarifs pratiqués sur autoroute.* » A ce titre, deux stations-service de référence sont identifiées en amont et en aval de l'aire de Montpellier Fabrègues Nord.
16. Envisageant l'hypothèse dans laquelle le soumissionnaire exploiterait l'une ou l'autre ou les deux stations-service de référence SR1 (en amont) et SR2 (en aval), le guide de réponses précise qu'il convient de retenir la ou les station(s)-service de référence concurrente(s) immédiatement en amont de SR1 et/ou immédiatement en aval de SR2.
17. Conformément à la formule vue au 2.1.1, le critère de la modération tarifaire se fonde sur l'écart maximal de prix moyen mensuel proposé par le candidat par rapport aux prix moyens mensuels au litre pratiqués dans les deux stations de référence pour chaque type de carburant.
18. Or, pour la distribution de Gazole en 2018, les aires de référence présentaient des prix mensuels moyens supérieurs de 12 c€/L en moyenne à celui de Montpellier Fabrègues Nord. Pour la distribution de SP95-E10, les prix mensuels moyens des aires de référence étaient en moyenne supérieurs de 8 c€/L. Enfin, pour la distribution de SP98, les prix mensuels moyens des aires de référence étaient en moyenne supérieurs de 16 c€/L.
19. Dès lors, l'Autorité considère que la formule de modération tarifaire, en ce qu'elle repose sur le prix mensuel moyen d'aires de référence plus élevé que l'aire de Montpellier Fabrègues Nord, conduira nécessairement à une hausse du prix plafond et du prix plancher des carburants sur la dite aire, cet encadrement à la hausse étant susceptible de mener à une hausse des prix payés par l'utilisateur, à rebours de l'objectif recherché en application des dispositions de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.

2.1.3. Sur l'absence de clause de pénalité en cas d'inexécution des candidats

L'Autorité considère que l'absence de garantie d'effectivité de la modération tarifaire est d'autant plus réelle que le projet de contrat ne comporte aucune clause de pénalité en cas d'inexécution des engagements du candidat.

2.1.4. Sur l'imprécision des attentes de la société concessionnaire

20. Compte tenu de la formule du critère retenue par la société concessionnaire, telle que décrite au 2.1.1, consistant en un encadrement de prix, le critère de modération tarifaire ne permet pas aux candidats de déterminer s'ils doivent proposer un écart le plus proche de zéro pour être au plus près des niveaux de tarifs pratiqués par les stations de référence (avec le risque d'alignement des prix que cela induit) ou un écart le plus important possible pour se laisser la faculté de baisser le plus possible les prix, mais avec le risque de lui permettre d'augmenter de façon plus importante les prix situés au-dessus du prix moyen.
21. L'Autorité considère que cette imprécision nuit à la bonne compréhension des attentes de la société concessionnaire par les différents soumissionnaires, en contradiction avec le principe de transparence des procédures.

2.1.5. Sur la suppression des prix planchers dans le contrat définitif du titulaire pressenti

22. L'Autorité constate que le titulaire pressenti a précisé dans son offre finale qu'il s'engageait à pratiquer des prix dont la moyenne mensuelle n'excèdera pas le prix moyen des stations de référence. Elle en déduit que le candidat s'engage ainsi sur un prix plafond en lieu et place d'un encadrement de prix ce qui est théoriquement plus avantageux pour l'utilisateur.
23. Toutefois, l'Autorité relève que ces engagements plus favorables à l'utilisateur ne figurent pas dans le projet de contrat définitif soumis à l'agrément du ministre.
24. La suppression de ces engagements étant moins favorable à l'utilisateur, l'Autorité invite la société concessionnaire à s'assurer que l'engagement pris par le titulaire pressenti dans son offre soit bien repris dans le contrat définitif soumis à l'agrément du ministre.

2.2. Sur la méthode de notation

2.2.1. Sur la méthode de notation par palier utilisée dans les critères de notation

25. L'Autorité constate que la société concessionnaire applique une méthode de notation par palier au critère relatif à la qualité financière et à celui relatif à la politique de modération tarifaire des carburants.
26. L'Autorité considère que ce système de notation par palier induit, soit des écarts de notes injustifiés lorsque deux offres sont proches l'une de l'autre mais n'appartiennent pas au même palier, soit un écart de note insuffisant alors que les offres sont sensiblement différentes mais appartiennent au même palier.

2.2.2. Sur la méthode de notation des rémunérations versées par les candidats pour les redevances additionnelles

27. L'Autorité relève que, pour analyser les propositions relatives aux redevances additionnelles (hors carburant), la société concessionnaire a choisi de noter un écart en pourcentage sans l'appliquer au chiffre d'affaires prévisionnel proposé sur la durée du contrat.
28. L'Autorité considère que cette méthode de notation, qui ne rend pas compte de l'importance des écarts réels entre les engagements des candidats, pourrait amener à attribuer la meilleure note à un candidat qui ne propose pas le montant de redevances additionnelles le plus élevé et ainsi à ne pas sélectionner la meilleure offre sur ce critère.

3. SUR LES BONNES PRATIQUES

En outre, à titre de bonne pratique, l'Autorité recommande à la société concessionnaire :

- afin de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, de mettre en place une méthode de notation permettant de différencier les offres remises de façon proportionnelle aux écarts réels proposés par chacun des candidats et non à l'aide d'une méthode par palier ;
- lorsque le contrat porte sur la distribution de carburants, afin de limiter les hausses de tarifs pour l'usager, de prévenir le risque d'alignement des prix à la hausse et de rendre plus efficaces les engagements du titulaire pressenti :
 - de renforcer l'importance du critère de politique de modération tarifaire du carburant en augmentant la pondération affectée à celui-ci ;
 - d'envisager un référentiel pour analyser les engagements tarifaires des candidats sur les prix des carburants, autre que celui du contrôle de l'écart moyen aux prix proposés dans la station-service de la première aire en amont et dans celle de la première aire en aval ;
 - de prévoir une période de référence plus courte compte tenu de la volatilité des prix dans le secteur des carburants (croissante avec la durée de la période de référence retenue) et des possibilités d'ajustement des prix proposés par le distributeur en fonction de la demande (intensité du trafic) ;
 - 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 ;
 - de prévoir une clause de pénalité en cas d'inexécution des engagements du candidat ;
- de veiller à ce que les engagements pris par les candidats dans leur offre soient bien repris dans les contrats définitifs ;
- de s'assurer que les méthodes de notation employées permettent de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- afin de permettre à l'Autorité d'exercer correctement son office, de joindre dans son dossier de présentation, l'intégralité des éléments et des informations nécessaires à la compréhension de son choix d'attributaire, notamment le barème de notation des offres.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis défavorable sur la procédure de passation du contrat relatif à la conception, la construction et/ou la rénovation, le réaménagement, à l'exploitation, à l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants et de boutique de l'aire de Montpellier Fabrègues Nord de l'autoroute A9 (lot 1), au regard des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière.

*

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 3 octobre 2019.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Mesdames Cécile George et Marie Picard ainsi que Monsieur Yann Pétel, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman