

Avis n° 2022-010 du 8 février 2022

relatif à la procédure de passation, par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF), d'un contrat portant sur la construction, 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 Carcassonne Arzens Nord et Sud, situées sur l'autoroute A61

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 10 janvier 2022 ;

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 les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 8 février 2022,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 11 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 visant à attribuer le contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien sur le domaine public autoroutier concédé d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur les aires de Carcassonne Arzens Nord et Sud, situées sur l'autoroute A61.
2. La société concessionnaire a reçu un pli contenant une candidature et une offre. Elle a déclaré recevable cette candidature avant d'analyser l'offre. Par la suite, la société concessionnaire a envoyé au candidat des questions écrites puis organisé une réunion de négociation. Elle a ensuite invité le candidat à remettre son offre finale.
3. Le 30 juillet 2021, la société ASF a informé la société Dyneff qu'elle était retenue 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 Carcassonne Arzens Nord et Sud.
4. La société Dyneff exploite actuellement ces deux aires.

5. Le 10 janvier 2022, 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° 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 PROCÉDURE 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. Les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
13. 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.

14. En l'espèce, les délais de remise des candidatures et des offres sont conformes aux prescriptions réglementaires du code de la commande publique.
15. Par ailleurs, la société ASF a procédé à plusieurs modifications du dossier de consultation des entreprises. Les modalités de mise en œuvre de ces modifications sont conformes :
 - à l'article R. 3122-8 du code de la commande publique, car les opérateurs économiques ayant retiré un dossier de consultation des entreprises ont été informés des modifications et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre ;
 - à l'article 3.3 du règlement de la consultation, qui prévoyait que la société concessionnaire pouvait apporter des modifications de détail au dossier de consultation jusqu'à 15 jours calendaires avant la date limite de remise des candidatures et des offres.

3.2. Analyse de la méthode de notation du critère financier

16. L'article 7.1 du règlement de consultation porté à la connaissance des opérateurs économiques prévoit notamment que :
 - la SCA choisit l'offre la mieux classée en fonction de plusieurs critères, dont celui portant sur la qualité financière notée sur 20 points sur 113 ; en ce qui concerne l'aire de Carcassonne Arzens Sud, ce critère est décomposé en quatre sous-critères, dont le sous-critère n° 32 portant sur les chiffres d'affaires, noté sur 1 point, et le sous-critère n° 33 portant sur les réinvestissements et la maintenance, noté sur 2 points ; en ce qui concerne l'aire de Carcassonne Arzens Nord, ce critère n'est décomposé qu'en trois sous-critères, en l'absence de sous-critère portant sur le chiffre d'affaires, le sous-critère portant sur les réinvestissements et la maintenance étant noté sur 3 points ;
 - chacune des deux aires fait l'objet d'une notation distincte et un coefficient de 50 % est appliqué à la note globale obtenue sur chacune de celles-ci.
17. Il ressort du rapport d'analyse des offres dressé par la société concessionnaire que cette dernière a appliqué à l'aire de Carcassonne Arzens Sud la même méthode de notation que celle annoncée dans le règlement de la consultation pour l'aire de Carcassonne Arzens Nord.
18. ASF n'a donc pas appliqué la méthode de notation annoncée dans le règlement de la consultation en ce qui concerne l'aire de Carcassonne Arzens Sud. Cette irrégularité n'a cependant pas, au cas d'espèce, exercé d'influence sur la sélection de l'attributaire en raison de la présence d'une seule offre.

3.3. Analyse des engagements de modération tarifaire

19. 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 « DGECE »), 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 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 par le même exploitant durant l'année 2021 sur l'aire, 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 l'aire par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.
21. L'Autorité remarque enfin que l'engagement peut être relativisé, en ce que la modération tarifaire est appréciée uniquement en référence à des moyennes de prix hebdomadaires. Cette circonstance 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.

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

22. 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.
23. La note des candidats est obtenue en pondérant les notes de chaque carburant par la répartition prévisionnelle des volumes de vente.
24. 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.
25. 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 cependant que dans le cas présent, le titulaire pressenti est le seul à avoir présenté une offre.
26. 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.
27. 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 0,408 million 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, moins de 0,003 million 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 nettement plus importante que son incitation à améliorer son offre sur le critère de la rémunération du concessionnaire.

28. 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.

3.5. Analyse du projet de contrat

29. 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.
30. 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 concernées, ce qui permet une vérification régulière de ses engagements.
31. Par ailleurs, l'article 6.5.8 du cahier des charges des installations commerciales applicable au contrat de sous-concession objet du présent avis prévoit que la société concessionnaire peut appliquer à l'exploitant ou à ses tiers-exploitants une pénalité de 1 000 euros par manquement – notamment en matière de politique tarifaire – et, le cas échéant, par jour de retard, encourue de plein droit dès le constat du manquement, à moins que la société n'ait notifié une mise en demeure préalable fixant un délai au preneur. En cas de mise en demeure infructueuse, et après une période de 30 jours suivant l'expiration du délai imparti, une majoration de 1 000 euros de la pénalité par manquement et, le cas échéant, par jour de retard est prévue au même article. L'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif.

CONCLUSION

32. 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 Carcassonne Arzens Nord et Sud, situées sur l'autoroute A61.
33. L'Autorité rappelle néanmoins à la société ASF qu'elle doit appliquer les critères de sélection conformément à la description dont les soumissionnaires ont eu connaissance sous peine de fausser la procédure de sélection.
34. L'Autorité recommande en outre, à titre de bonnes pratiques :
 - 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 ;

- de prévoir des sanctions suffisamment dissuasives en cas de manquement aux engagements de modération tarifaire des prix des carburants, 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.
35. 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 8 février 2022.

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, membre du collège.

Le Président

Bernard Roman