

Avis n° 2025-031 du 27 mars 2025

Relatif à la procédure de passation, par la société APRR, de quatre contrats portant sur l'exploitation des activités commerciales suivantes : distribution de carburants, boutique et restauration sur les aires de Creux Moreau et de la Ferté situées sur l'autoroute A6 et sur l'aire de Toul Dommartin située sur l'autoroute A31, restauration sur l'aire de Jugy située sur l'autoroute A6

L'essentiel

Le 4 juillet 2023, la société concessionnaire d'autoroute APRR a lancé une procédure de consultation visant à attribuer quatre contrats d'exploitation d'installations annexes à caractère commercial situées sur le domaine public autoroutier concédé. La procédure ayant été déclarée infructueuse en raison d'une absence d'offre, la société APRR a engagé une procédure de gré à gré pour l'attribution du contrat.

Il ressort de l'instruction que la procédure de passation est conforme à la réglementation en vigueur. Par ailleurs, s'agissant de la politique de modération tarifaire sur les carburants, la société APRR a prévu une sanction en cas de méconnaissance de l'engagement de modération par le titulaire, mais la pénalité retenue au cas d'espèce, où la distribution de carburants repose sur un montage de type « Fulli », n'apparaît pas suffisamment dissuasive. Il lui est donc recommandé de la rehausser conformément aux préconisations de l'Autorité en la matière.

L'Autorité émet un avis favorable à la procédure de passation, tout en indiquant qu'elle se réserve, pour l'avenir, la possibilité de rendre des avis défavorables si ses recommandations concernant le caractère dissuasif du montant de la pénalité prévue n'étaient pas prises en compte.

Cette synthèse a un caractère strictement informatif. Elle ne saurait se substituer aux motifs et conclusions ci-après, qui seuls font foi.

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 27 février 2025 ;

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 27 mars 2025 ;

Considérant les éléments qui suivent :

1. Rappel des faits

1. Le 4 juillet 2023, la société concessionnaire d'autoroute APRR (ci-après « la SCA ») a lancé, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, une procédure de consultation visant à attribuer quatre contrats permettant d'assurer l'exploitation d'activités de distribution de carburants¹, de boutique et de restauration sur les aires de Creux Moreau et de la Ferté situées sur l'autoroute A6 ainsi que sur l'aire de Toul Dommartin située sur l'autoroute A31, et de restauration sur l'aire de Jugy située sur l'autoroute A6.
2. Pendant cette consultation, réalisée dans le cadre d'une procédure restreinte avec négociation, la SCA n'avait reçu aucune offre à la date limite de remise des plis, fixée au 31 mai 2024 pour le présent lot.
3. Constatant cette infructuosité, la SCA a engagé, sur le fondement des articles L. 3121-2 et R. 3121-6 2° du code de la commande publique, une consultation pour l'attribution des contrats d'exploitation précités, selon une procédure de gré à gré.
4. Seule la société [●●●] a remis une offre dans les délais impartis. À l'issue de la phase d'analyse, l'offre finale du soumissionnaire [●●●] a été retenue par la SCA.

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.
6. Les articles L. 122-27 et R. 122-42 précisent que l'attributaire est agréé, préalablement à la conclusion du contrat, 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. Cet avis porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code précité, c'est-à-dire les règles de publicité et de mise en concurrence applicables.
7. Dans le cas des concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats mentionnés à l'article L. 122-23 précité 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. Aux termes de l'article L. 3121-2 du code de la commande publique : « *l'autorité concédante peut passer un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'État, lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante* ».
9. À cet égard, l'article R. 3121-6 du même code prévoit que les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants :

¹ Pour le présent lot, la distribution de carburants repose sur un montage de type « Fulli », dans le cadre duquel un mandat d'acquisition et de distribution des carburants est confié, à titre accessoire, à l'attributaire du contrat. L'approvisionnement des carburants se fait à travers un contrat avec un fournisseur choisi par la SCA.

« 1° Le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;

2° Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article L. 3123-20 ou des offres inappropriées au sens de l'article R. 3124-4 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande ;

3° En cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation »².

3. Analyse

10. Il ressort de l'instruction que la procédure engagée par la SCA le 4 juillet 2023 ayant été déclarée infructueuse en raison de l'absence d'offre, celle-ci a engagé une procédure de gré à gré pour l'attribution du contrat.
11. L'Autorité observe que les éléments essentiels du projet de contrat initial, en particulier son objet, sa durée et son montant, n'ont fait l'objet d'aucune modification substantielle entre la procédure déclarée infructueuse et la procédure de gré à gré qui s'en est suivie.
12. Il résulte de ce qui précède que les conditions posées par les dispositions de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique pour la passation de la procédure sans publicité ni mise en concurrence peuvent être regardées comme satisfaites.
13. L'absence de modification substantielle du contrat implique également que le mandataire a pris des engagements de modération tarifaire pour l'activité de distribution de carburants. La sanction du manquement aux obligations qui en découlent relève du dispositif général de sanction prévu à l'article 60.1 du Cahier des charges des installations annexes, et ne fait pas l'objet d'un dispositif spécifique de pénalité. Conformément à ces stipulations, le concessionnaire peut appliquer à l'exploitant une pénalité de 300 euros HT (valeur 2008), par jour de retard, par manquement à une obligation prévue au contrat. Cette pénalité est encourue de plein droit à l'expiration du délai imparti fixé par une mise en demeure. En cas de mise en demeure infructueuse, et après une période de 30 jours suivant l'expiration du délai imparti, la pénalité pourra être portée à 500 euros par jour de retard.
14. Sur la base des éléments dont elle dispose, l'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est, au regard des volumes concernés, trop peu dissuasif concernant la politique tarifaire pour la distribution de carburants, la pénalité de 300 euros HT (valeur 2008) ne représentant que 0,6 % du chiffre d'affaires journalier prévisionnel relatif aux ventes de carburant.
15. Comme elle a déjà eu l'occasion de le faire à plusieurs reprises, l'Autorité recommande au concessionnaire, quand bien même le mandataire opère dans le cadre d'un montage de type « Fulli », de fixer une pénalité en tenant compte des avantages 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.

² Pour l'application de ces dispositions du code de la commande publique aux contrats d'exploitation des installations annexes, l'autorité concédante s'entend comme la société concessionnaire d'autoroute.

Adopte l'avis suivant :

L'Autorité émet un avis favorable à la procédure de passation, par la société APRR, de quatre contrats portant sur l'exploitation des activités commerciales suivantes : distribution de carburants, boutique et restauration sur les aires de Creux Moreau et de la Ferté situées sur l'autoroute A6 ainsi que sur l'aire de Toul Dommartin située sur l'autoroute A31, et restauration sur l'aire de Jugy située sur l'autoroute A6.

Par ailleurs, l'Autorité se réserve, pour l'avenir, la possibilité de rendre des avis défavorables si ses recommandations concernant le caractère dissuasif du montant de la pénalité prévue n'étaient pas prises en compte dans les prochaines saisines.

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 27 mars 2025.

Présents :

Monsieur Thierry Guimbaud, président ;
Madame Florence Rousse, vice-présidente ;
Monsieur Patrick Vieu, vice-président ;
Madame Sophie Auconie, vice-présidente.

Le Président

Thierry Guimbaud