

## **Avis n° 2021-070 du 16 décembre 2021**

relatif aux procédures de passation, par la société Autoroutes du Sud de la France (« ASF »), des contrats portant sur la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de recharge pour véhicules électriques sur les aires de Mornas les Adrets et Mornas Village, situées sur l'autoroute A7

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 19 novembre 2021 ;

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 l'article 3 du décret n° 2021-1177 du 10 septembre 2021 portant définition pour les sociétés concessionnaires d'autoroutes n'ayant pas qualité de pouvoir adjudicateur d'une procédure de sélection des opérateurs chargés du déploiement et de l'exploitation d'installations de recharge pour véhicules électriques sur les installations annexes du réseau autoroutier concédé, et extension des obligations relatives à la modération tarifaire aux sources d'énergie usuelles ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 16 décembre 2021,

## **ÉMET L'AVIS SUIVANT**

### **1. RAPPEL DES FAITS**

1. Le 23 mai 2018, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société ASF a lancé deux procédures de consultation visant à attribuer les contrats d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer une activité de recharge pour véhicules électriques situées sur les aires :
  - de Mornas les Adrets, située sur l'autoroute A7 (lot 2) ;

- de Mornas Village, située sur l'autoroute A7 (lot 3).
2. La société ASF a reçu les nombres de candidatures et agréé les nombres de candidats suivants :
    - pour l'aire de Mornas les Adrets, 11 candidatures, 10 agréées ;
    - pour l'aire de Mornas Village, 12 candidatures, 11 agréées.
  3. Dans les deux procédures, la société ASF a reçu les offres des sociétés [redacted] dans les délais impartis.
  4. Le 18 octobre 2021, la société ASF a informé la société Ionity qu'elle était pressentie comme attributaire des contrats portant sur la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de recharge pour véhicules électriques (ci-après « IRVE ») sur les aires de Mornas Village et de Mornas les Adrets, sur l'autoroute A7.
  5. Le 19 novembre 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur les deux procédures de passation.

## 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<sup>er</sup> de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.
10. Conformément au 4<sup>o</sup> de l'article R. 122-41 précité, dans sa rédaction en vigueur au moment de l'envoi de l'avis de concession concernant la procédure 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.

11. En ce qui concerne l'électricité distribuée par les IRVE, celle-ci ne constitue pas un « carburant » mais une source d'énergie comprise comme un « carburant alternatif » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2017-1673 du 8 décembre 2017 portant diverses mesures réglementaires de transposition de la directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs.
12. Le décret n° 2021-1177 du 10 septembre 2021 susvisé a étendu l'application du critère de la politique de modération tarifaire prévue au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière à l'ensemble des « sources d'énergie usuelles »<sup>1</sup> auquel appartient notamment l'énergie électrique<sup>2</sup>. Néanmoins, il ressort de l'article 3 de ce décret que le critère de politique de modération tarifaire ne sera applicable, concernant la distribution d'énergie électrique pour la recharge des véhicules, qu'aux consultations lancées après le 1<sup>er</sup> septembre 2022.
13. Cela n'interdit pas aux sociétés concessionnaires d'autoroutes de prévoir un tel critère pour les consultations lancées avant cette date.

### 3. ANALYSE DES PROCEDURES DE PASSATION

#### 3.1. Analyse des modalités de publicité

14. 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.
15. Les deux avis de concession ont été envoyés, pour publication, le 23 mai 2018 dans les annonces légales de *La Provence*, puis ont été publiés dans les revues spécialisées *Libre Service Actualité (LSA)* et *Bulletin de l'Industrie Pétrolière (BIP)*, sur les sites internet francemarches.com, laprovencemarchespublics.fr et marcheonline.com, ainsi que sur le profil acheteur de la société concessionnaire.
16. Les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
17. En outre, l'article R. 3123-14 du code de la commande publique prévoit que le délai minimum de réception des candidatures 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. Par ailleurs, l'article R. 3124-2 du code de la commande publique prévoit que le délai minimum de remise des offres est de 22 jours à

---

<sup>1</sup> 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 ».

<sup>2</sup> 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/donnees>), plus de 1,5 % des véhicules légers immatriculés en 2019 et 2020 étaient électriques (hors véhicules hybrides).

compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre et de 17 jours lorsque l'autorité concédante accepte que les offres lui soient transmises par voie électronique.

18. Les avis de concession fixaient la date limite de réception des candidatures au 3 juillet 2018, soit 41 jours après la date d'envoi des deux avis de concession.
19. La société concessionnaire a mis à disposition des candidats agréés les dossiers de consultation des entreprises le 6 mai 2021, dans le cas de la procédure portant sur l'aire de Mornas les Adrets et le 12 mai 2021, dans le cas de la procédure portant sur l'aire de Mornas Village, et elle a fixé les dates limites de réception des offres initiales au 17 juin 2021 (Mornas les Adrets) et au 23 juin 2021 (Mornas Village), soit 42 jours à compter de la mise à disposition des dossiers de consultation des entreprises.
20. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les délais de remise des candidatures et des offres sont conformes aux prescriptions réglementaires du code de la commande publique.
21. Par ailleurs, la société ASF a procédé à plusieurs modifications du dossier de consultation des entreprises dans les deux procédures.
22. Les modalités de mise en œuvre de ces modifications sont conformes :
  - à l'article R. 3122-8 du code de la commande publique, car tous les candidats agréés ont été informés des modifications et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre ;
  - à l'article 3.3 des règlements de la consultation, qui prévoyait que la société concessionnaire pouvait modifier le dossier de consultation jusqu'à 15 jours calendaires avant la date limite de remise des offres.
23. Néanmoins, l'Autorité constate qu'un délai d'environ trois ans s'est écoulé entre l'agrément des candidats et la transmission des dossiers de consultation des entreprises, ce qui est manifestement excessif au regard des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès au marché des IRVE.
24. Dans le cadre du contrôle qu'elle opère en application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière sur les procédures de passation des contrats portant sur l'installation et le déploiement des IRVE, singulièrement eu égard au déploiement massif de ces installations sur les aires d'autoroutes d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2024<sup>3</sup>, l'Autorité attache une importance toute particulière à ce que les procédures de mise en concurrence garantissent le respect de ces principes. En effet, comme l'Autorité a déjà eu l'occasion de l'indiquer<sup>4</sup>, l'impératif de faire émerger une concurrence effective sur le marché des IRVE résulte tant des normes légales<sup>5</sup> que conventionnelles<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Décret n° 2021-159 du 12 février 2021 relatif aux obligations s'appliquant aux conventions de délégation autoroutières en matière de transition écologique.

<sup>4</sup> Avis n° 2021-022 du 18 mars 2021 et avis n° 2021-026 du 20 mai 2021.

<sup>5</sup> En droit interne, l'article L. 3122-1 du code de la commande publique rappelle l'objectif de susciter « *la plus large concurrence* », et l'article L. 122-24 du code de la voirie routière impose que « *le concessionnaire procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* ». Par ailleurs, le décret n° 2021-153 du 12 février 2021 conditionne le bénéfice des crédits ouverts en loi de finances pour 2021 visant à soutenir le déploiement des IRVE sur les réseaux autoroutier et routier nationaux à la démonstration de procédures de sélection « *ouvertes et transparentes* ».

<sup>6</sup> L'exigence de concurrence sur le marché des IRVE résulte notamment de la directive 2014/94/UE du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs, aux termes de laquelle « *la mise en place et l'exploitation des points de recharge pour les véhicules électriques devraient se faire dans un cadre concurrentiel* » donnant à toutes les parties intéressées la possibilité de déployer ou d'exploiter des IRVE (considérant n° 30).

25. Or le fractionnement de la procédure soulève deux difficultés à cet égard. En premier lieu, il ne permet pas de prendre en considération l'évolution de la situation des candidats entre le moment où leurs candidatures ont été appréciées et le moment où la phase d'offres est engagée. En second lieu, il affecte directement le développement de la concurrence. En effet, d'une part, certains opérateurs (par exemple, de nouveaux entrants sur le marché) sont potentiellement privés de la possibilité de participer à la procédure. D'autre part, le nombre de candidatures susceptibles de déboucher sur une offre diminue naturellement avec l'allongement du délai séparant l'agrément de la remise du dossier de consultation des entreprises (dans les procédures examinées, un nombre important de candidatures ont été déposées, mais seuls trois des candidats agréés ont finalement remis une offre). Ainsi, les principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès au marché des IRVE ne sont pas respectés compte tenu du temps écoulé entre les phases de candidatures et d'offres.
26. Dans ces conditions, l'Autorité recommande, lorsque les circonstances ne permettent pas que la phase d'offres succède, dans un délai raisonnable, à la phase de candidatures, que la procédure soit déclarée sans suite et qu'une nouvelle procédure soit ensuite lancée. Cette pratique ne devrait pas, en elle-même, remettre en cause le respect des délais imposés aux SCA par le décret précité pour satisfaire à leurs obligations de déploiement des IRVE.

### **3.2. Analyse de l'applicabilité d'un critère de modération tarifaire pour la source d'énergie usuelle fournie par les bornes de recharge pour véhicules électriques**

27. À la date d'envoi des avis de concession, les procédures objets du présent avis étaient soumises, notamment, à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière dans sa rédaction antérieure à la modification opérée par le décret n° 2021-1177 du 10 septembre 2021 susvisé et mentionnée au point 12 du présent avis.
28. Il en résulte que la société concessionnaire n'avait pas l'obligation d'attribuer les contrats sur le fondement, notamment, d'un critère relatif à la politique de modération tarifaire pratiquée par l'exploitant, dont la pondération aurait dû être au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations.
29. L'Autorité relève néanmoins que les documents de la consultation prévoyaient un critère relatif à la modération tarifaire portant, d'une part, sur la grille tarifaire prévue par le soumissionnaire au début du contrat et, d'autre part, sur les règles d'évolution des prix (révision des tarifs de recharge à l'acte). De plus, ce critère avait un poids égal à celui relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire dans les deux procédures.

### **3.3. Analyse de la méthode de notation du critère relatif à la modération tarifaire**

30. Il ressort des rapports d'analyse des offres que le critère relatif à la modération tarifaire a été apprécié uniquement du point de vue de la grille tarifaire proposée en début de contrat, et non du point de vue de l'évolution des prix proposée au cours du contrat.

31. Dans ce cadre<sup>7</sup>, la meilleure note est attribuée à la meilleure offre, et les offres des candidats relatives à la politique de prix 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.
32. L'Autorité rappelle que les critères de sélection doivent permettre de départager les offres conformément à leurs différences. Ainsi, la méthode de notation ne doit pas avoir pour effet de contourner les règles de la commande publique. À cet égard, elle doit notamment 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.
33. L'Autorité estime que la méthode de notation employée par la société ASF départage correctement<sup>8</sup> les offres des candidats du point de vue de la grille tarifaire en début de contrat puisque la formule tient compte du rapport entre les engagements des différents candidats (l'offre la moins-disante et l'offre du candidat).
34. L'Autorité relève néanmoins que les éléments d'appréciation effectivement retenus par la société ASF pour noter l'engagement tarifaire des soumissionnaires en début de contrat ne coïncident pas parfaitement avec ceux précédemment annoncés (les engagements sont évalués pour des recharges de moins de 50 kWh et pour des recharges de plus de 50 kWh, qui correspondent aux grilles proposées par les candidats, alors que la société ASF avait indiqué qu'elle évaluerait les engagements pour des recharges de moins de 50 kWh et pour des recharges de plus de 150 kWh).

### 3.4. Analyse des projets de contrats

#### 3.4.1. Sur le taux d'occupation maximal de chaque borne de recharge pour véhicules électriques

35. L'énergie électrique fournie par les bornes de recharge électrique est une source d'énergie usuelle pour les véhicules légers au sens de l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière (voir points 11 et 12 du présent avis).

---

<sup>7</sup> La présentation de la méthode de notation du critère 4 relatif à la politique de modération tarifaire figurant dans l'annexe au rapport d'analyse des offres semble comporter une erreur matérielle ; la formule réellement utilisée par la société ASF semble être celle indiquée dans les précédentes saisines concernant la société ASF. Si la formule appliquée est bien la même pour l'ensemble des candidats, cette erreur matérielle est sans incidence.

<sup>8</sup> L'Autorité constate que les engagements notés par la société ASF dans le rapport d'analyse des offres ne correspondent pas au contenu de leurs offres finales. Toutefois, elle relève que le preneur a été noté par la société ASF sur le fondement d'un engagement moins ambitieux que celui qu'il proposait dans son offre. Par ailleurs, l'Autorité constate que le classement final serait inchangé, même dans l'hypothèse où le poids du sous-critère pour lequel le preneur propose l'engagement le moins ambitieux serait maximal dans la note du critère de modération tarifaire (l'avance du preneur par rapport aux autres candidats, en nombre de points, est en effet très importante sur les autres critères). Ainsi, cette erreur matérielle est sans incidence sur le classement final.

36. Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié par arrêté du 15 février 2021<sup>9</sup>, fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé que :
- sauf dérogation expressément accordée par le ministre chargé de la voirie routière nationale, « 1° Toutes les sources d'énergies usuelles, telles que définies à l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière, sont distribuées au plus tard au 1er janvier de l'année N + 3, N étant l'année calendaire, où l'un des seuils prévus à l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière est atteint » ;
  - « 3° Le nombre de points de distribution de chaque source d'énergie usuelle est adapté aux niveaux de trafics au droit de l'aire. À ce titre, le niveau d'occupation d'un point de distribution ne dépasse pas 7 heures quotidiennes plus de 10 jours par an ».
37. Il sera par conséquent nécessaire que la société concessionnaire rappelle ces dispositions à son cocontractant et prévoie, dans les conditions contractuelles, les exigences techniques qui en découlent (ce qui pourrait être fait dès à présent en prévoyant l'application différée de ces stipulations), qu'elle en vérifie le respect au cours de l'exécution des contrats et qu'elle prévoie une clause de pénalité adéquate sanctionnant l'inexécution des engagements par les preneurs.
38. À cet égard, l'Autorité constate qu'aucun des projets de contrats particuliers ne prévoit d'engagement sur le taux d'occupation maximal des bornes de recharge pour véhicules électriques, ni de mécanisme de surveillance de ce plafond d'occupation. En revanche, l'article 32.2.2. relatif au « réinvestissement pour évolution de la demande » desdits projets prévoit un mécanisme d'adaptation de l'offre qui devra « être conforme à la législation et réglementation en vigueur ».

#### **3.4.2. Sur la politique tarifaire des bornes de recharge pour véhicules électriques**

39. Afin de garantir aux usagers l'application effective de la politique tarifaire à laquelle le preneur pressenti à l'issue de la mise en concurrence s'est engagé, il appartient à la société concessionnaire de s'assurer de son respect au cours de l'exécution des contrats et de prévoir une clause de pénalité suffisamment dissuasive sanctionnant son éventuelle inexécution.
40. L'Autorité constate que l'article 42 des projets de contrats prévoit une obligation pour le preneur d'informer, par voie électronique, la société concessionnaire de toute évolution des tarifs, au plus tard quinze jours avant la date d'application de l'évolution tarifaire, ce qui permettra à la société concessionnaire de s'assurer du respect des engagements en matière de politique tarifaire des preneurs pressentis.
41. Par ailleurs, l'article 6.5.8 du cahier des charges des installations commerciales applicable aux deux contrats de sous-concession, 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, 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, une majoration de 1 000 euros de la pénalité par manquement et, le cas échéant, par jour de retard est prévue au même article.

---

<sup>9</sup> Arrêté du 15 février 2021 portant modification de l'arrêté du 8 août 2016 fixant les conditions d'organisation du service public sur les installations annexes situées sur le réseau autoroutier concédé.

42. L'Autorité considère que la pénalité précitée est suffisamment dissuasive dans les deux contrats s'agissant de l'exploitation des bornes de recharge pour véhicules électriques.

## CONCLUSION

43. L'Autorité émet un avis défavorable sur les procédures de passation des contrats portant sur la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer la recharge de véhicules électriques sur les aires de Mornas les Adrets et de Mornas Village, situées sur l'autoroute A7, compte tenu du délai manifestement excessif entre l'agrément des candidats et l'envoi à ces derniers des documents de la consultation.
44. L'Autorité recommande, en tout état de cause :
- de prévoir, dans les clauses contractuelles, un engagement sur le niveau d'occupation maximal des bornes de recharge conforme à la réglementation applicable ;
  - de mettre en place un dispositif contractuel de suivi du niveau d'occupation des bornes de recharge et prévoyant d'adapter en conséquence, en cas d'atteinte du niveau maximal, le nombre de points de distribution ;
  - d'apprécier les critères de sélection conformément à la description dont les soumissionnaires ont eu connaissance.

\*

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 16 décembre 2021.*

***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 ; Madame Cécile George, membre du collège.***

Le Président

Bernard Roman