

Avis n° 2022-005 du 20 janvier 2022

relatif à la procédure de passation, par la société des Autoroutes Rhône-Alpes (« Area»), du contrat portant sur la construction et l'exploitation d'installations de recharge pour véhicules électriques sur les aires de Groisy et les Crêts Blancs, situées sur l'autoroute A410, de Romagnieu, située sur l'autoroute A43, et de Saint Nazaire les Eymes, située sur l'autoroute A41S

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 20 décembre 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 20 janvier 2022,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 15 juin 2021, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société Area a lancé une procédure de consultation visant à attribuer le contrat de construction et d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer une activité de recharge pour véhicules électriques sur les aires :
 - de Groisy, située sur l'autoroute A410 ;
 - des Crêts Blancs, située sur l'autoroute A410 ;
 - de Romagnieu, située sur l'autoroute A43 ;
 - de Saint Nazaire les Eymes, située sur l'autoroute A41S.
2. La société Area a reçu trois dossiers contenant chacun une candidature et une offre. Elle a déclaré recevables l'ensemble des candidatures. À la suite du dépôt des offres, la société concessionnaire a envoyé aux soumissionnaires des questions écrites. Une offre a été déclarée irrecevable, car incomplète, et les deux autres soumissionnaires ont été invités à remettre leur offre finale.
3. À l'issue de la procédure de sélection des offres, la société Area a retenu la société [] comme attributaire pressenti¹ en vue de conclure le contrat de construction et d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer une activité de recharge pour véhicules électriques sur les aires précitées.
4. Le 20 décembre 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation.

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. Ces conditions et exceptions sont précisées aux articles R. 122-40 à R. 122-41-1 du même code.
6. 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.

¹ À la date de saisine de l'Autorité, cette société n'avait pas été informée par la société concessionnaire d'autoroutes de ce qu'elle était retenue comme attributaire pressenti.

7. 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.
8. 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.
9. Conformément au 4° 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.
10. 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^{er} 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.
11. 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 »² auquel appartient notamment l'énergie électrique³. 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^{er} septembre 2022.
12. Cette circonstance n'interdit pas aux sociétés concessionnaires d'autoroutes de prévoir un tel critère pour les consultations lancées avant cette date.

3. ANALYSE DE LA PROCEDURE DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité

13. 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.

² 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 ».

³ 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).

14. L'avis de concession a été envoyé, pour publication, le 15 juin 2021 dans les annonces légales des revues *Les Affiches de Grenoble et du Dauphiné* et *Le Faucigny* et du site internet *Le Médiaa*, dans la revue spécialisée *le Moniteur*, ainsi que sur le profil acheteur de la société concessionnaire.
15. Les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
16. En outre, l'article R. 3123-14 du code de la commande publique prévoit que le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées 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.
17. L'avis de concession fixait la date limite de réception des candidatures et des offres au 1^{er} octobre 2021, soit 108 jours après leur date d'envoi à la publication.
18. 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.
19. Par ailleurs, la société Area a procédé à des modifications des documents de la consultation. 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 opérateurs économiques ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre ;
 - à l'article 2.8 du règlement de la consultation, qui prévoyait que la société concessionnaire pouvait apporter des modifications au dossier de consultation jusqu'à 30 jours calendaires avant la date limite de remise des offres.

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

20. À la date d'envoi de l'avis de concession, la procédure objet du présent avis était soumise, 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 11 du présent avis.
21. Il en résulte que la société concessionnaire n'avait pas l'obligation d'attribuer le contrat 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.
22. 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.

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

23. Il ressort du rapport d'analyse des offres que le critère relatif à la modération tarifaire a été apprécié en tenant compte de la grille tarifaire proposée en début de contrat et de la règle d'évolution⁴ des prix proposée sur la durée du contrat : l'engagement de chaque candidat est exprimé comme une combinaison de ses tarifs initiaux et de leurs évolutions au cours du contrat.
24. L'Autorité rappelle que les critères de sélection doivent permettre de départager les offres conformément à leurs différences objectives. Ainsi, la méthode de notation 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.
25. L'Autorité estime que la méthode de notation employée par la société Area départage correctement les offres des candidats puisque la formule tient compte du rapport entre les engagements des différents candidats (l'offre la moins-disante et l'offre du candidat).

3.4. Analyse du projet de contrat

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

26. 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 10 et 11 du présent avis).
27. Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié par arrêté du 15 février 2021⁵, 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 1^{er} 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 ».
28. Il sera 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.

⁴ L'Autorité note que la société Area impose aux candidats un taux d'évolution annuel à ne pas dépasser.

⁵ Par 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.

29. À cet égard, l'Autorité constate que les articles 8.2 et 14.2 du projet de contrat particulier devant être conclu dans le cadre de la procédure faisant l'objet du présent avis prévoient que l'attributaire s'engage à respecter le taux d'occupation maximal des bornes de recharge pour véhicules électriques tel que prévu par l'arrêté précité du 8 août 2016, ainsi qu'un mécanisme de surveillance de ce plafond d'occupation. L'article 60 du projet de cahier des charges prévoit par ailleurs une pénalité applicable à tout manquement aux stipulations du projet de contrat particulier.

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

30. Afin de garantir aux usagers l'application effective de la politique tarifaire à laquelle le preneur pressenti s'est engagé, 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.
31. L'Autorité constate que l'article 5.2 du projet de contrat prévoit une obligation, pour le preneur, d'informer la société concessionnaire de toute évolution des tarifs au plus tard trente jours avant la mise en place des nouveaux tarifs, ce qui permettra à la société concessionnaire de s'assurer du respect des engagements en matière de politique tarifaire du preneur pressenti.
32. Par ailleurs, l'article 29 du projet de contrat prévoit qu'en cas de non-respect des engagements relatifs à la politique de prix, la société Area appliquera une pénalité de 1 200 euros par jour calendaire de manquement, après mise en demeure infructueuse de la société concessionnaire.
33. L'Autorité considère que la pénalité précitée est suffisamment dissuasive s'agissant de l'exploitation des bornes de recharge pour véhicules électriques.

CONCLUSION

34. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la construction et l'exploitation d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer la recharge de véhicules électriques sur les aires de Groisy et des Crêts Blancs, situées sur l'autoroute A410, de Romagnieu, située sur l'autoroute A43, et de Saint Nazaire les Eymes, située sur l'autoroute A41S.

*

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 20 janvier 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, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman