Version publique du document
expurgée des éléments couverts par des secrets protégés par la loi : [•••] ou [fourchette]

Avis n° 2022-032 du 10 mai 2022

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 Toulouse Sud Sud et de Port Lauragais Nord, 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 12 avril 2022 ;

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 10 mai 2022,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 19 avril 2021, 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 restreinte visant à attribuer les contrats d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer des activités de recharge pour véhicules électriques sur les aires de Toulouse Sud Sud et de Port Lauragais Nord, situées sur l'autoroute A61.

2. Pour l'aire de Toulouse Sud Sud, la société ASF a reçu 13 candidatures qui ont toutes été jugées recevables. Elle a ensuite reçu 7 offres dans les délais impartis.

3. Pour l'aire de Port Lauragais Nord, la société ASF a reçu 11 candidatures qui ont toutes été jugées recevables. Elle a ensuite reçu 7 offres dans les délais impartis.

4. Le 28 mars 2022, la société ASF a informé la société Engie Énergie Services qu'elle était pressentie comme attributaire du contrat portant sur l'aire de Port Lauragais Nord.

5. Le 29 mars 2022, la société ASF a informé la société Spie Citynetworks que le groupement formé avec la société Demeter, dont elle était mandataire, était pressenti comme attributaire du contrat portant sur l'aire de Toulouse Sud Sud.

6. Le 12 avril 2022, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis dans le cadre des présentes procédures de passation.

2. CADRE JURIDIQUE

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. En ce qui concerne l'électricité distribuée par les installations de recharge pour véhicules électriques (ci-après « IRVE »), celle-ci ne constitue pas un « *carburant* » mais une source d'énergie comprise comme un « *carburant alternatif* » au sens de l'article 1er 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.

13. 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* »[1], auquel appartient notamment l'énergie électrique[2]. Néanmoins, il ressort de l'article 3 de ce décret que le critère de politique de modération tarifaire n'est applicable, concernant la distribution d'énergie électrique pour la recharge des véhicules, qu'aux consultations lancées après le 1er septembre 2022.

14. Cette circonstance n'interdit pas aux sociétés concessionnaires d'autoroutes de prévoir un tel critère pour les consultations lancées avant cette date.

3. ANALYSE DES PROCÉDURES DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité

15. Il résulte 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.

16. Il ressort de l'instruction que les supports de publication choisis dans les deux procédures 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. De plus, 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 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. Il ressort de l'instruction que les délais de remise des candidatures et des offres sont conformes aux prescriptions réglementaires du code de la commande publique dans le cadre des deux présentes procédures.

19. Par ailleurs, la société ASF a procédé à plusieurs modifications des dossiers de consultation des entreprises. Il ressort de l'instruction que 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 admis à déposer une offre ont été informés des modifications et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre ;

[1] 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* ».
[2] 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). L'électricité constituait donc une source d'énergie usuelle en 2021.

- aux articles 3.3 des règlements de la consultation, qui prévoyaient que la société concessionnaire pouvait apporter des modifications de détail aux dossiers de consultation jusqu'à 15 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 des avis de concession, les procédures étaient soumises, notamment, à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière dans sa rédaction, mentionnée au point 11 du présent avis, antérieure à la modification opérée par le décret du 10 septembre 2021 susvisé.

21. 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, lorsqu'il est mis en œuvre, doit 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 la règle d'évolution des prix. 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 des annexes des rapports d'analyse des offres que le critère relatif à la modération tarifaire a été apprécié à la fois du point de vue de la grille tarifaire proposée en début de contrat et du point de vue de l'évolution des prix proposée au cours du contrat.

24. L'Autorité rappelle que la description d'un critère au sens de l'article R. 3124-4 du code de la commande publique doit permettre à chaque entreprise de connaître avec précision les éléments de son offre qui seront appréciés.

25. Dans le cas présent, les documents de la consultation spécifiaient les indices de référence et la formule à retenir pour construire la loi d'évolution des prix, rendant possible une comparaison objective entre les offres.

26. Les offres des candidats, relativement à leur politique de prix, étaient évaluées en fonction de deux valeurs pour chaque élément de notation :

- premièrement, l'engagement de l'offre la moins-disante ;

- deuxièmement, l'écart entre leur engagement et l'engagement de l'offre la moins-disante.

27. 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.

28. L'Autorité estime que la méthode de notation employée dans les deux procédures par la société ASF départage correctement les offres des soumissionnaires, tant du point de vue de la grille tarifaire au début du contrat, que du point de vue de l'évolution des prix au cours du contrat puisque, dans les deux cas, 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 des projets de contrats

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

29. L'énergie 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 12 et 13 du présent avis).

30. Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié par arrêté du 15 février 2021[3], 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 ».*

31. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité considère qu'il sera nécessaire que la société concessionnaire rappelle ces dispositions à ses cocontractants 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.

32. Au cas d'espèce, l'Autorité constate que l'article 32.2.2 des projets de contrat particulier avec les candidats pressentis sur les aires de Toulouse Sud Sud et de Port Lauragais Nord prévoit un engagement sur le taux d'occupation maximal des bornes de recharge pour véhicules électriques, mais qui ne correspond pas parfaitement aux exigences des dispositions citées au point 30. Elle relève cependant que l'article précité prévoit un mécanisme d'adaptation de l'offre de service de recharge qui devra « *être conforme à la législation et réglementation en vigueur* ». Par ailleurs, l'article 6.4.2 du cahier des charges des installations commerciales (CCIC) prévoit que le preneur fournit un rapport mensuel d'activité, comportant notamment le taux d'occupation relevé pour le mois écoulé.

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

33. Afin de garantir aux usagers l'application effective de la politique tarifaire à laquelle s'est engagé le preneur pressenti à l'issue de la mise en concurrence, 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.

[3] 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.

34. 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 15 jours avant la date d'application de l'évolution tarifaire, ce qui permettra à la société concessionnaire de s'assurer du respect des engagements pris en matière de politique tarifaire par les preneurs pressentis.

35. Par ailleurs, l'article 6.5.9 du CCIC annexé aux projets de contrats particuliers prévoit que la société concessionnaire peut appliquer au preneur 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 par jour de retard est prévue au même article.

36. L'Autorité considère que cette pénalité est, dans le cas présent, suffisamment dissuasive.

CONCLUSION

37. L'Autorité émet un avis favorable 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 Toulouse Sud Sud et de Port Lauragais Nord, situées sur l'autoroute A61.

38. L'Autorité recommande par ailleurs à la société ASF de prévoir, dans les clauses contractuelles, un engagement sur le niveau d'occupation maximal des bornes de recharge conforme à la réglementation applicable.

*

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 10 mai 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