

Avis n° 2021-044 du 9 septembre 2021

relatif à la procédure de passation, par la société Arcos, du contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer la recharge de véhicules électriques sur l'aire de Duttlenheim, située sur l'autoroute A355

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

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 la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale en date du 9 août 2021, portant sur la procédure de passation, par la société Arcos, d'un contrat relatif à la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant l'activité de recharge de véhicules électriques sur l'aire de Duttlenheim, située sur l'autoroute A355 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 9 septembre 2021,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 29 septembre 2020, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société Arcos a lancé une procédure de consultation, de type restreint, visant à attribuer le contrat d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'une installation annexe à caractère commercial située sur l'aire de Duttlenheim de l'autoroute A355.
2. L'ensemble des six candidats ont été agréés. Une seule offre a été reçue et analysée, à savoir celle de la société Allego France SAS.

3. Le 5 mai 2021, la société Arcos a retenu la société Allego France SAS comme attributaire pressenti en vue de conclure un contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer la recharge de véhicules électriques sur l'aire de Duttlenheim de l'autoroute A355.
4. Le 9 août 2021, 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

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.
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, les critères de notation sont pondérés et comportent au moins la qualité des services rendus aux usagers, la qualité technique et environnementale, ainsi que l'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.

3. ANALYSE DE LA PROCEDURE DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité

10. 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.

11. L'avis de concession a été envoyé à la publication le 29 septembre 2020 dans les annonces légales du *Dernières Nouvelles d'Alsace (DNA)*, dans la revue spécialisée *L'Usine Nouvelle*, sur le site internet *marcheonline.com*, sur le *Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP)* ainsi que sur le profil acheteur de la société concessionnaire.
12. Les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
13. En outre, dans l'hypothèse où tout candidat agréé, sans restriction, est admis à déposer une offre, 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.
14. L'avis de concession fixait la date limite de réception des candidatures au 2 novembre 2020. La société concessionnaire a mis à disposition des candidats le dossier de consultation des entreprises le 16 décembre 2020, après l'agrément de toutes les candidatures, et fixé la date limite de réception des offres initiales au 29 janvier 2021.
15. Le 13 janvier 2021, soit 16 jours avant la date limite de remise des offres initiales, la société concessionnaire a procédé à plusieurs modifications du dossier de consultation :
 - les conditions financières minimales ont été précisées ;
 - la date de remise de l'offre a été reportée au 12 février 2021 ;
 - la trame « Business Plan » ainsi que le « plan de surface affectée » ont été ajoutés ;
 - la date de valeur de la redevance garantie précisée dans le cadre de réponse et dans le projet de contrat particulier, ainsi que la date de valeur des réinvestissements précisée dans le contrat particulier ont été modifiées ;
 - l'offre de recharge détaillée dans le cadre de réponse a été précisée.
16. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le délai de remise des candidatures et des offres est conforme aux prescriptions réglementaires du code de la commande publique.
17. En outre, conformément à l'article R. 3122-8 du code de la commande publique, l'ensemble des candidats agréés ont été informés des modifications du dossier de consultation et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre, 30 jours séparant la modification du dossier de consultation des entreprises et la nouvelle date limite de remise des offres initiales.
18. Par ailleurs, la société Arcos a procédé à la modification du dossier de consultation des entreprises conformément à l'article 3.3 du règlement de la consultation, qui prévoyait qu'elle pouvait modifier le détail du dossier de consultation jusqu'à 8 jours calendaires avant la date limite de remise des offres.

3.2. Analyse de l'absence d'application des dispositions du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière à la distribution de la source d'énergie usuelle fournie par les bornes de recharge pour véhicules électriques

19. Les contrats passés par le concessionnaire d'autoroute en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien d'une infrastructure de recharge pour véhicules électriques (IRVE) pour lesquels une procédure de publicité est engagée à compter du 1^{er} juillet 2019 sont régis par les articles R. 122-40 à R. 122-45 du code de la voirie routière, notamment les dispositions du 4° de l'article R.122-41.
20. Il résulte des dispositions du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière que, lorsque le contrat d'exploitation porte sur la distribution de carburants, les critères définis par l'autorité concédante pour attribuer le contrat doivent comprendre un critère relatif à 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.
21. L'Autorité constate cependant que l'électricité distribuée dans les IRVE constitue 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.
22. Il résulte de cette qualification que le d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière précité, qui ne concerne que les contrats d'exploitation portant sur la distribution de carburants, n'est pas applicable à la procédure objet du présent avis. La société concessionnaire pouvait donc légalement s'écarter du dispositif prévu par ces dispositions.
23. L'Autorité constate qu'en l'espèce, la société concessionnaire n'a pas prévu, parmi les critères de jugement des offres, de critère relatif à la politique tarifaire des bornes de recharge de véhicules électriques.
24. L'Autorité observe cependant que le déploiement des infrastructures destinées à la distribution de carburants alternatifs, qui constitue l'objet de la directive 2014/94/UE transposée par le décret du 8 décembre 2017, vise à faciliter l'accès à ces carburants dans un objectif global de décarbonation des transports et que l'atteinte de cet objectif pourrait être compromise en l'absence d'application des dispositions du d) du 4° de l'article R.122-41 du code de la voirie routière à l'énergie électrique, comme elle l'a relevé dans un précédent avis¹.
25. L'Autorité observe également qu'un projet de décret du Gouvernement, sur lequel elle a rendu un avis consultatif², prévoit l'extension de l'application du critère de la 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

¹ Avis n° 2020-084 du 17 décembre 2020 relatif à la procédure de passation du contrat d'exploitation pour l'exercice d'une activité de station de bornes de recharge à très haute puissance ouverte au public pour véhicules électriques sur les aires de Jonchets Grande Paroisse (A5), Jonchets les Récompenses (A5), Dracé (A6), Gevrey Ouest (A31), Écot (A36), Pont Val de Saône (A39), Pont Chêne d'Argent (A39) et en variante, les aires d'Achères Ouest (A6) et de Saint-Ambreuil (A6) par la société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR).

² Avis n° 2021-026 du 20 mai 2021 relatif au projet de décret portant définition pour les sociétés concessionnaires d'autoroutes n'ayant pas qualité de pouvoir adjudicateur d'une procédure de sélection adaptée des opérateurs chargés du déploiement et de l'exploitation d'installations de recharges 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.

usuelles », une telle extension rendant applicable ce critère à l'énergie électrique, dès l'année suivant l'entrée en vigueur du texte.

26. L'Autorité relève enfin que, si le cadre de métrologie légale relatif aux opérations de recharge électrique n'est pas encore finalisé, son absence ne s'oppose pas à la mise en place d'un mécanisme de modération tarifaire. Certes, un cadre de métrologie permet, d'une part, de disposer d'une mesure objective pour vérifier les engagements de modération tarifaire des titulaires de contrat et, d'autre part, de définir un référentiel de prix pour les recharges électriques, à l'instar de celui mis à disposition par la direction générale de l'énergie et du climat (DGEC) pour les carburants usuels. Néanmoins, l'Autorité observe que certaines sociétés concessionnaires ont d'ores et déjà inclus des clauses tarifaires applicables à l'électricité distribuée par les bornes de recharge.
27. L'Autorité recommande ainsi que, sans attendre l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions réglementaires, les sociétés concessionnaires d'autoroute retiennent, parmi les critères de notation des offres, dans leurs procédures de passation de contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE, celui de la modération tarifaire, avec un poids au moins égal au critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.

3.3. Analyse du projet de contrat

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

28. L'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière 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 ».
29. Or, d'après les données publiques du service des données et études statistiques (SDES) disponibles sur le site du ministère de la transition écologique³, plus de 1,5 % des véhicules légers immatriculés en 2019 et 2020 étaient électriques (hors véhicules hybrides). Ainsi, 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.
30. Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié le 15 février 2021⁴, 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, « 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 <https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/donnees>

⁴ 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.

- « 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. Au cas d'espèce, c'est après la date limite de remise des offres que l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière a été créé et que l'arrêté du 8 août 2016 a été modifié.
32. Ces dispositions seront néanmoins applicables à l'exploitation des installations concernées. Le concessionnaire devra donc veiller à leur mise en œuvre par son cocontractant qui devra s'engager sur un niveau d'occupation maximal des bornes de recharge conforme à la réglementation applicable. À cette fin, le contrat devrait préciser les conditions d'adaptation des capacités de l'installation à l'évolution de la demande, à charge pour le concessionnaire d'en vérifier le respect au cours de l'exécution du contrat et de prévoir une clause de pénalité adéquate sanctionnant l'inexécution desdits engagements par le preneur.
33. À cet égard, l'Autorité constate que le projet de contrat particulier ne prévoit pas d'engagement sur le taux d'occupation maximal des bornes de recharge pour véhicules électriques, mais uniquement sur le taux de disponibilité⁵, ce dernier correspondant dans les conditions contractuelles aux situations où le point de charge :
 - « ne présente pas de défaut d'affichage »,
 - « permet l'identification de l'utilisateur, le paiement par carte bancaire, la recharge sur chacun des connecteurs »,
 - « permet la communication au système de supervision de la Société de ces informations en temps réel »,
 - « n'est pas en maintenance ».
34. Le contrat ne prévoyant pas de mécanisme d'adaptation du nombre de bornes de recharge pour véhicules électriques au niveau d'occupation maximal de chaque point de distribution, le projet de contrat particulier ne permet pas de s'assurer d'un niveau d'occupation maximal pour chaque type de borne de recharge. Il devra donc être mis en cohérence avec les dispositions de l'arrêté du 8 août 2016 rappelées au point 30 du présent avis.

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

35. Bien que la société concessionnaire n'ait pas prévu de critère de sélection portant sur la politique tarifaire, l'article 1.2.2.1 du projet de contrat particulier relatif à la politique de prix prévoit que le preneur s'engage sur un plafond d'augmentation des tarifs.
36. Néanmoins le taux d'augmentation retenu, de [2-5] % par année civile par rapport aux tarifs pratiqués la première année de la concession, semble trop haut pour garantir une modération effective des prix. A titre d'illustration, le preneur pourrait faire progresser ses prix de plus de [50-60] % en 10 ans en les augmentant chaque année de [2-5] %.

⁵ Le projet de contrat prévoit un taux annuel de durée de fonctionnement sans indisponibilité de [90-100] % et un taux mensuel de fonctionnement de chaque type de point de charge de [80-90] %.

37. Par ailleurs, 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, au cours de l'exécution du contrat, du respect de ces engagements et de prévoir une clause de pénalité sanctionnant leur éventuelle inexécution.
38. Cependant, l'Autorité constate que les documents contractuels ne prévoient pas de mécanisme de contrôle des engagements en matière de politique tarifaire du preneur pressenti.
39. Néanmoins, l'article 6.5.9 du cahier des charges des installations commerciales prévoit que la société concessionnaire peut appliquer à l'exploitant ou à ses tiers-exploitants une pénalité de 1 000 euros par manquement – parmi lesquels figurent les manquements aux engagements 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 la pénalité (1 000 euros) est prévue au même article.
40. L'Autorité considère que la pénalité précitée est suffisamment dissuasive s'agissant de l'exploitation des bornes de recharge pour véhicules électriques.

CONCLUSION

41. 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 la recharge de véhicules électriques sur l'aire de Duttlenheim, située sur l'autoroute A355.
42. L'Autorité recommande par ailleurs :
 - 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 permettant de vérifier le niveau d'occupation maximal des bornes de recharge et d'adapter en conséquence le nombre de points de distribution.
43. En outre, à titre de bonnes pratiques, il est recommandé :
 - eu égard à l'enjeu économique que cela représente pour les usagers, de prévoir un critère portant sur la politique tarifaire applicable à l'électricité distribuée par les bornes de recharge et de lui accorder un poids au moins égal à celui du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire ;
 - de mettre en place un dispositif contractuel permettant de vérifier régulièrement le respect des engagements de politique tarifaire.

*

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 9 septembre 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 ; Mesdames Marie Picard et Cécile George, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman