

## **Avis n° 2021-058 du 28 octobre 2021**

relatif à la procédure de passation, par la société Autoroutes du Sud de la France (« ASF »), du contrat portant sur la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de recharge pour véhicules électriques sur l'aire de Fabrègues Nord, située sur l'autoroute A9

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 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 la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, en date du 28 septembre 2021, portant sur la procédure de passation, par la société ASF, du contrat relatif à la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de recharge pour véhicules électriques sur l'aire de Fabrègues Nord, située sur l'autoroute A9 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 28 octobre 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 une procédure de consultation, de type restreint, visant à attribuer le contrat 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 l'aire de Fabrègues Nord, située sur l'autoroute A9.

2. La société ASF a reçu douze candidatures et a agréé onze d'entre elles.
3. La société ASF a mis à disposition des candidats agréés le document de consultation des entreprises le 5 mai 2021 et a reçu les offres de trois candidats, à savoir les sociétés Fastned France, Total Marketing France (devenu TotalEnergies Marketing France au 1<sup>er</sup> juillet 2021) et Ionity.
4. Le 6 août 2021, la société ASF a informé la société TotalEnergies Marketing France qu'elle était pressentie comme attributaire du contrat portant sur la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de recharge pour véhicules électriques (ci-après « IRVE ») sur l'aire de Fabrègues Nord, sur l'autoroute A9.
5. Le 28 septembre 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure 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 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.
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>, que constitue 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 13 septembre 2022.
13. Cela n'interdit bien évidemment 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

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. L'avis de concession a été envoyé, pour publication, le 22 mai 2018 dans la revue spécialisée *Libre Service Actualité (LSA)*, le 23 mai 2018 dans les annonces légales du *Midi Libre*, dans la revue spécialisée *Bulletin de l'Industrie Pétrolière (BIP)*, puis sur les sites internet *midilibre-legales.com* 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, accompagnées le cas échéant 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. 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 compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre et de 17

---

<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)

jours lorsque l'autorité concédante accepte que les offres lui soient transmises par voie électronique.

18. L'avis de concession fixait la date limite de réception des candidatures au 3 juillet 2018. La société concessionnaire a mis à disposition des candidats agréés le dossier de consultation des entreprises le 5 mai 2021 et fixé la date limite de réception des offres initiales au 17 juin 2021. Le 12 mai 2021, soit 36 jours avant la date limite de remise des offres initiales, la société concessionnaire a modifié l'article 41 du projet de contrat particulier, relatif à l'engagement sur la modération tarifaire.
19. 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.
20. En outre, conformément à l'article R. 3122-8 du code de la commande publique, tous les candidats agréés ont été informés des modifications du dossier de consultation des entreprises et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre.
21. Par ailleurs, la société ASF a procédé à la modification du dossier de consultation des entreprises dans le délai de 15 jours calendaires avant la date limite de remise des offres, conformément à l'article 3.3 du règlement de la consultation.

### **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**

22. 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 12 du présent avis.
23. 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.
24. L'Autorité relève néanmoins que le règlement de consultation prévoyait un critère relatif à la modération tarifaire portant, d'une part, sur la grille tarifaire prévue par le soumissionnaire au début du contrat (prix d'appel proposé pour le tarif de recharge à l'acte 50 kW et prix d'appel proposé pour le tarif de recharge à l'acte >150 kW) 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**

25. Il ressort du rapport d'analyse des offres<sup>3</sup>, pour le critère de la modération tarifaire du point de vue de la grille tarifaire en début de contrat, que, d'une part, la meilleure note est attribuée à la

---

<sup>3</sup> La présentation de la méthode de notation du critère 4 relatif à la politique de modération tarifaire (en ce qui concerne la notation des prix d'appel) figurant dans l'annexe au rapport d'analyse des offres semble comporter une erreur matérielle ; il ressort des calculs effectués par l'Autorité que la société a utilisé la formule de notation du critère de modération tarifaire indiquée dans les

meilleure offre et, d'autre part, que 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.
26. Le rapport d'analyse des offres ne précise pas la méthode de notation appliquée pour les règles d'évolution des prix.
27. 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.
28. L'Autorité constate que la méthode de notation employée par la société ASF départage correctement 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 différents engagements des candidats (l'offre la moins-disante et l'offre du candidat). À titre d'exemple, une différence de prix de [0-1] euros sur le prix d'appel pour le tarif de recharge à l'acte 50 kW se traduit par une différence significative sur la note relative à la grille tarifaire (0,7 point sur 2).
29. L'Autorité relève que les offres des candidats relatives à la formule de révision des tarifs de recharge à l'acte ont été prises en compte dans la notation, bien que la méthode de notation n'ait pas été explicitée. L'Autorité suppose que la note a été établie sur des fondements subjectifs et non à partir d'une formule de calcul. L'Autorité considère qu'une telle méthode ne garantit pas que la comparaison des offres reflète au mieux la réalité de leurs écarts.

### 3.4. Analyse du projet de contrat

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

30. 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 12 et 13 du présent avis).
31. Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié le 15 février 2021<sup>4</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

---

précédentes saisines concernant la société ASF. Cette erreur matérielle est sans incidence puisque la formule effectivement appliquée, d'une part, était la même pour l'ensemble des candidats et, d'autre part, présentait les propriétés adéquates.

<sup>4</sup> 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.

*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 ».*

32. Il sera par conséquent nécessaire que la société concessionnaire rappelle ces dispositions à son cocontractant et prévoie, dans les conditions contractuelles (ce qui pourrait être fait dès à présent en prévoyant l'application différée de ces stipulations), les exigences techniques qui en découlent, qu'elle en vérifie le respect au cours de l'exécution du contrat et qu'elle prévoie une clause de pénalité adéquate sanctionnant l'inexécution des engagements par les preneurs.
33. À cet égard, l'Autorité constate que le projet de contrat particulier et ses annexes ne prévoient pas 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 » du projet de contrat 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**

34. 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 du contrat et de prévoir une clause de pénalité suffisamment dissuasive sanctionnant son éventuelle inexécution.
35. L'Autorité constate que l'article 42 du projet de contrat prévoit une obligation pour le preneur d'informer la société concessionnaire de toute évolution des tarifs, ce qui permettra à cette dernière de s'assurer du respect des engagements en matière de politique tarifaire des preneurs pressentis.
36. Par ailleurs, l'article 6.5.8 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 – 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 la pénalité (de 1 000 euros) est prévue au même article.
37. L'Autorité considère que la pénalité précitée est suffisamment dissuasive s'agissant de l'exploitation des bornes de recharge pour véhicules électriques.

## **CONCLUSION**

38. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat 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 l'aire de Fabrègues Nord, située sur l'autoroute A9.

39. 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 suivre le niveau d'occupation des bornes de recharge et d'adapter en conséquence, en cas d'atteinte du niveau maximal, le nombre de points de distribution ;
- de retenir, pour le sous-critère relatif à la formule de révision des tarifs, une méthode de notation reposant sur une formule de calcul.

\*

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 28 octobre 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