

Avis n° 2022-015 du 15 février 2022

relatif aux procédures de passation, par la société Autoroutes du Sud de la France (« ASF »), des contrats portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de recharge pour véhicules électriques sur l'aire de Corbières Nord, située sur l'autoroute A61, sur l'aire du Mas d'Agenais, située sur l'autoroute A62 et sur les aires de Brouzils et de Chavagnes-en-Paillers, situées sur l'autoroute A83

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 21 janvier 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 des dossiers ;

Après en avoir délibéré le 15 février 2022,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 16 février 2021, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société ASF a lancé trois procédures de consultation restreintes 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 sur l'aire de Corbières Nord, située sur l'autoroute A61, sur l'aire de Mas d'Agenais, située sur l'autoroute A62 et sur les aires de Brouzils et de Chavagnes-en-Paillers, situées sur l'autoroute A83.

2. Pour l'aire de Corbières Nord, la société ASF a reçu 10 candidatures, dont 9 ont été agréées et jugées recevables. Elle a ensuite reçu 5 offres. Le 7 décembre 2021, la société ASF a informé la société Picoty qu'elle était pressentie comme attributaire du contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de recharge pour véhicules électriques (ci-après « IRVE ») sur l'aire de Corbières Nord.
3. Pour l'aire de Mas d'Agenais, la société ASF a reçu 10 candidatures, dont 9 ont été agréées et jugées recevables. Elle a ensuite reçu 5 offres. Le 20 novembre 2021, la société ASF a informé la société Ionity GMBH qu'elle était pressentie comme attributaire du contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'IRVE sur l'aire de Mas d'Agenais.
4. Pour les aires de Brouzils et de Chavagnes-en-Paillers, la société ASF a reçu 9 candidatures, dont 8 ont été agréées et jugées recevables. Elle a ensuite reçu 2 offres. Le 4 novembre 2021, la société ASF a informé l'un des deux soumissionnaires¹ qu'il était pressenti comme attributaire du contrat portant sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'IRVE sur les aires de Brouzils et de Chavagnes-en-Paillers.
5. Le 21 janvier 2022, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur les trois 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^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations qu'il prévoit.

¹ L'offre déposée par ce soumissionnaire ne respectait pas les exigences minimales imposées par le dossier de consultation des entreprises, ce qui conduit l'Autorité à émettre un avis défavorable sur la procédure de passation du contrat concerné, par l'État (cf. point 45), pour non-respect de l'article L. 3124-2 du code de la commande publique qui dispose que les autorités concédantes doivent écarter les offres irrégulières ou inappropriées avant le jugement des offres finales. Dans la perspective de la publication du présent avis, elle fait ainsi le choix de ne pas divulguer le nom de ce soumissionnaire.

10. Conformément au 4° de l'article R. 122-41 précité, dans sa rédaction en vigueur au moment de l'envoi des avis de concession concernant les procédures 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^{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.
12. Le décret 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 n'est applicable, concernant la distribution d'énergie électrique pour la recharge des véhicules, qu'aux consultations lancées après le 1^{er} septembre 2022.
13. 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

14. 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.
15. Il ressort de l'instruction que 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 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 jours lorsque l'autorité concédante accepte que les offres lui soient transmises par voie électronique.

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). Les données relatives à l'année 2021 ne sont pas encore disponibles.

17. 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.
18. Par ailleurs, la société ASF a procédé à plusieurs modifications des dossiers de consultation des entreprises. 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 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

19. À la date d'envoi des avis de concession, les procédures objet 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 du 10 septembre 2021 susvisé et mentionnée au point 10 du présent avis.
20. 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.
21. L'Autorité relève néanmoins que les documents des consultations 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

22. Il ressort 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.
23. 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. Dans le cas présent, les documents des consultations 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.
24. 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.

25. 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.
26. L'Autorité estime que la méthode de notation employée dans les trois procédures par la société ASF départage correctement les offres des candidats tant du point de vue de la grille tarifaire en début de 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 de l'appréciation de la recevabilité des offres finales

27. Dans les procédures objet du présent avis, les soumissionnaires devaient s'engager sur un plafond d'augmentation annuelle des tarifs en proposant un paramètre (« coefficient de pondération ») de la formule de révision annuelle des prix définie par la SCA : le respect de cette formule générale relevait des exigences minimales du dossier de consultation des entreprises.
28. L'article L. 3124-3 du code de la commande publique dispose « *[qu']une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation* ». Et l'article L. 3124-2 du même code dispose que « *l'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées* ».
29. Dans chacune des procédures, l'offre d'un des soumissionnaires reposait sur une formule de révision des prix différente de celle imposée par la SCA. Elle était donc irrégulière.
30. Par conséquent, la SCA aurait dû éliminer ces offres sans les noter et sans les inclure dans le classement des offres finales. Néanmoins, ces offres n'ont pas été écartées par la SCA, qui a procédé, dans le cadre des trois procédures de passation objet du présent avis, à leur notation en leur attribuant [...], en contravention avec l'article L. 3124-2 du code de la commande publique.
31. Le fait que l'offre irrégulière n'ait pas été écartée n'a pas eu d'incidence sur le résultat des procédures relatives aux aires de Corbières Nord et de Mas d'Agenais, puisque cette offre n'émanait pas de l'attributaire pressenti. En tout état de cause, le contrat ne pourrait être signé avec l'auteur de cette offre sans enfreindre les règles de la commande publique applicables.
32. Au contraire, en ce qui concerne les aires de Brouzils et de Chavagnes-en-Paillers, l'offre irrégulière a été classée première et la société qui a présenté cette offre est pressentie attributaire pour le contrat. La formule de révision annuelle des prix a été modifiée et mise en conformité avec les exigences minimales du dossier de consultation lors de la mise au point du contrat. Néanmoins, le fait que la mise en conformité soit intervenue au cours de la mise au point du contrat n'est pas de nature à régulariser cette procédure dans la mesure où cet élément essentiel de l'offre ne pouvait être modifié après sa notation.

3.5. Analyse des projets de contrats

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

33. 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).
34. Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié par arrêté du 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 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 ».
35. 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.
36. À cet égard, l'Autorité constate que les trois projets de contrats particuliers devant être conclus dans le cadre des procédures faisant l'objet du présent avis ne prévoient ni 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, les articles 32.2.2. des projets de contrats relatifs au « réinvestissement pour évolution de l'offre » prévoient un mécanisme d'adaptation de l'offre qui devra « être conforme à la législation et réglementation en vigueur ».

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

37. 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.
38. 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.

⁴ 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.

39. Par ailleurs, l'article 6.5.8 des cahiers des charges des installations commerciales applicables aux contrats de sous-concession objets du présent avis 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 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 trente jours suivant l'expiration du délai imparti, une majoration de 1 000 euros de la pénalité par manquement et, le cas échéant, par jour de retard 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.

3.5.3. Sur les listes de pièces annexées aux projets de contrats

41. L'Autorité relève des erreurs matérielles dans les listes des annexes des projets de contrats, des versions antérieures aux versions finales étant visées pour certaines pièces.

CONCLUSION

42. L'Autorité émet un avis favorable sur les procédures de passation des contrats 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 Corbières Nord, située sur l'autoroute A61, et sur l'aire de Mas d'Agenais, située sur l'autoroute A62.
43. L'Autorité rappelle néanmoins que la société ASF aurait dû écarter, avant la notation des offres finales, l'offre qui ne respectait pas les exigences minimales fixées dans les documents de la consultation sous peine de fausser la procédure de sélection. En tout état de cause, cette offre est irrégulière et ne pourrait être retenue.
44. 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 ;
 - de mettre en place un dispositif contractuel de suivi du niveau d'occupation des bornes de recharge.
45. L'Autorité émet un avis défavorable 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 les aires de Brouzils et de Chavagnes-en-Paillers, situées sur l'autoroute A83. En effet, cette procédure n'a pas respecté l'article L. 3124-2 du code de la commande publique, qui dispose que les autorités concédantes doivent écarter les offres irrégulières ou inappropriées avant le jugement des offres finales. La société ASF aurait dû écarter, avant la notation des offres finales, l'offre de la société qui est pressentie attributaire pour le contrat, qui ne respectait pas les exigences minimales imposées par le dossier de consultation des entreprises.

*

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 15 février 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