

Avis n° 2022-021 du 10 mars 2022

relatif à la procédure de passation, par la société Cofiroute, du contrat portant sur la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations de recharge pour véhicules électriques sur l'aire de la Vallée de l'Erve, située sur l'autoroute A81

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 14 février 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 mars 2022,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 9 avril 2020, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société Cofiroute a lancé une procédure de consultation restreinte visant à attribuer un contrat 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 l'aire de la Vallée de l'Erve, située sur l'autoroute A81.
2. La société Cofiroute a reçu, avant la date limite fixée au 17 juin 2020, 8 candidatures, qui ont toutes été agréées et jugées recevables. Elle a ensuite mis à disposition le dossier de consultation

des entreprises le 22 octobre 2021 et reçu une offre dans les délais impartis, soit avant le 17 décembre 2021.

3. Le 26 janvier 2022, la société Cofiroute a informé la société TotalEnergies Marketing France, seul soumissionnaire, qu'elle était pressentie comme attributaire du contrat portant sur l'aire de la Vallée de l'Erve.
4. Le 14 février 2022, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis dans le cadre de la présente 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.
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^o 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 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 électrique². 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.
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 DES PROCÉDURES DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité

13. 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.
14. Il ressort de l'instruction que les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
15. 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.
16. 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 la présente procédure.
17. Par ailleurs, la société Cofiroute a procédé à plusieurs modifications du dossier 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 agréés ont été informés des modifications et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre ;
 - à l'article 3.3 du règlement de la consultation, qui prévoyait que la société concessionnaire pouvait apporter des modifications de détail au dossier de consultation jusqu'à 15 jours calendaires avant la date limite de remise des offres.

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. Les données relatives à l'année 2021 n'étant pas disponibles à ce stade, l'Autorité ne peut pas encore établir de façon certaine que l'électricité constitue une source d'énergie usuelle en 2022.

18. Néanmoins, l'Autorité constate qu'un délai de presque 16 mois s'est écoulé entre l'agrément des candidats et la transmission à ces derniers du dossier de consultation des entreprises, ce qui est manifestement excessif au regard des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès au marché des IRVE.
19. Dans le cadre du contrôle qu'elle opère en application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière sur les procédures de passation des contrats portant sur l'installation et le déploiement des IRVE, singulièrement eu égard au déploiement massif de ces installations sur les aires d'autoroutes d'ici au 1^{er} janvier 2024³, l'Autorité attache une importance toute particulière à ce que les procédures de mise en concurrence garantissent le respect de ces principes. En effet, comme l'Autorité a déjà eu l'occasion de l'indiquer⁴, l'impératif de faire émerger une concurrence effective sur le marché des IRVE résulte des normes tant légales⁵ que conventionnelles⁶.
20. Or le fractionnement de la procédure soulève deux difficultés à cet égard.
21. En premier lieu, il ne permet pas de prendre en considération l'évolution de la situation des candidats entre le moment où leurs candidatures ont été appréciées et le moment où la phase d'offres est engagée.
22. En second lieu, il affecte directement le développement de la concurrence. En effet, d'une part, certains opérateurs (par exemple, de nouveaux entrants sur le marché) sont potentiellement privés de la possibilité de participer à la procédure. D'autre part, le nombre de candidatures susceptibles de déboucher sur une offre diminue naturellement avec l'allongement du délai séparant l'agrément de la remise du dossier de consultation des entreprises. Au cas particulier, seul un candidat sur les huit agréés a déposé une offre.
23. En conséquence de ce qui précède, l'Autorité considère que la procédure mise en place par Cofiroute n'a permis, en raison du délai écoulé entre la phase des candidatures et la phase de remise des offres, ni de susciter la plus large concurrence, ni de garantir le respect des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès au marché des IRVE.
24. L'Autorité recommande, lorsque les circonstances, qui peuvent être indépendantes de la volonté du concédant, ne permettent pas que la phase d'offres succède, dans un délai raisonnable, à la phase de candidatures, que la procédure soit déclarée sans suite et qu'une nouvelle procédure soit lancée. Cette pratique ne devrait pas, en elle-même, remettre en cause le respect des délais imposés aux SCA par le décret précité pour satisfaire à leurs obligations de déploiement des IRVE.

³ Décret n° 2021-159 du 12 février 2021 relatif aux obligations s'appliquant aux conventions de délégation autoroutières en matière de transition écologique.

⁴ Avis n° 2021-022 du 18 mars 2021 et avis n° 2021-026 du 20 mai 2021.

⁵ En droit interne, l'article L. 3122-1 du code de la commande publique rappelle l'objectif de susciter « *la plus large concurrence* », et l'article L. 122-24 du code de la voirie routière impose que « *le concessionnaire procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* ». Par ailleurs, le décret n° 2021-153 du 12 février 2021 conditionne le bénéfice des crédits ouverts en loi de finances pour 2021 visant à soutenir le déploiement des IRVE sur les réseaux autoroutier et routier nationaux à la démonstration de procédures de sélection « *ouvertes et transparentes* ».

⁶ L'exigence de concurrence sur le marché des IRVE résulte notamment de la directive 2014/94/UE du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs, aux termes de laquelle « *la mise en place et l'exploitation des points de recharge pour les véhicules électriques devraient se faire dans un cadre concurrentiel* » donnant à toutes les parties intéressées la possibilité de déployer ou d'exploiter des IRVE (considérant n° 30).

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

25. 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, mentionnée au point 9 du présent avis, antérieure à la modification opérée par le décret du 10 septembre 2021 susvisé.
26. 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, lorsqu'il est mis en œuvre, doit être au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations.
27. 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

28. Il ressort des annexes du rapport 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.
29. 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 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.
30. 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.
31. 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.
32. Si, au cas particulier, une seule offre a été remise, l'Autorité relève que la méthode de notation employée par la société Cofiroute aurait correctement départagé plusieurs offres, 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 du projet de contrat

3.4.1. 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 10 et 11 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 2021⁷, 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. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité considère qu'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.
36. Au cas d'espèce, 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. Elle relève cependant que son article 32.2.2. 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 sur autoroutes (CCICA) prévoit que le preneur fournisse 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

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 du contrat et de prévoir une clause de pénalité suffisamment dissuasive sanctionnant son éventuelle inexécution.

⁷ 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.

38. L'Autorité constate que l'article 42 du projet de contrat 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 du preneur pressenti.
39. Par ailleurs, l'article 6.5.9 du cahier des charges des installations commerciales sur autoroutes (CCICA) applicable au contrat de sous-concession 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 30 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.

CONCLUSION

41. 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 l'aire de la Vallée de l'Erve, située sur l'autoroute A81, compte tenu du délai manifestement excessif (presque 16 mois) entre l'agrément des candidats et l'envoi à ces derniers des documents de la consultation.
42. L'Autorité recommande par ailleurs à la société Cofiroute 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 mars 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