

Avis n° 2022-053 du 12 juillet 2022

relatif à la procédure de passation, par la société Autoroute de Liaison Calvados Orne (Alicorne), d'un contrat d'occupation du domaine concédé en vue de l'exercice d'une activité de service d'une station de recharge pour véhicules électriques sur l'aire du Pays d'Argentan, située sur l'autoroute A88

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 15 juin 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 12 juillet 2022,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 18 février 2022, la société Alicorne a lancé une procédure de consultation ouverte 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 du Pays d'Argentan, située sur l'autoroute A88.
2. La société Alicorne a mis à disposition des candidats le dossier de consultation des entreprises, une fois l'avis de concession publié. Elle a reçu, avant la date limite fixée au 14 avril 2022, 2 plis contenant chacun une candidature et une offre, qu'elle a déclarées recevables. Elle a ensuite reçu, après négociation, 2 offres finales dans les délais impartis.

3. Le 15 juin 2022, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis de la présente procédure de passation.

2. CADRE JURIDIQUE

4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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.
9. 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 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.

10. 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.
11. Cette circonstance n'interdit pas aux sociétés concessionnaires d'autoroutes de prévoir un tel critère pour les consultations lancées avant cette date.

3. ANALYSE DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité et de réception des plis

12. S'agissant de l'analyse des modalités de publicité, 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.
13. Par ailleurs, ce même alinéa de l'article R. 122-41 précité dispose expressément que : « *[l]a publication au Journal officiel de l'Union européenne prévue à l'article R. 3122-2 du même code n'est pas requise et le concessionnaire ne peut pas recourir à la faculté de publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics* ».
14. Il ressort de l'instruction que la société Alicorne a publié l'avis de concession :
 - au Journal officiel de l'Union Européenne ; une telle publication n'est pas obligatoire aux termes de l'article R. 122-41 précité, mais n'est pas proscrite pour autant ;
 - au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), contrairement à ce que prévoit l'article R. 122-41 précité ;
 - dans une revue spécialisée.
15. En revanche, la société Alicorne n'a pas procédé à la publication de l'avis dans un journal d'annonces légales. Partant, si l'Autorité relève que les supports utilisés au cas présent attestent de la volonté d'assurer une large publicité à la procédure, elle rappelle que la société Alicorne doit se conformer aux modalités de publicité prévues par l'article R. 122-41 précité.
16. L'Autorité relève par ailleurs que l'avis de publicité et les autres pièces constitutives du DCE ne comportent pas d'indication sur la valeur estimée du contrat. Or, aux termes de l'article R. 3121-1 du code de la commande publique, « *la valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article*

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.

R. 3122-7. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat [...] ».

17. L'Autorité rappelle que la valeur estimée du contrat et sa méthode de calcul constituent une donnée importante pour les opérateurs économiques, notamment pour décider de faire acte de candidature ou non à une procédure.
18. S'agissant de l'analyse des délais de réception des plis, 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.
19. 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 de la présente procédure.

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 de l'avis de concession, la procédure était soumise, notamment, à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière dans sa rédaction, mentionnée au point 8 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 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.
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 supérieur à celui relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.

3.3. Analyse de la méthode de notation des critères

23. S'agissant de la méthode de notation des critères relatifs aux qualités technique, commerciale, environnementale et de service, il résulte de l'article 7.1.2 du règlement de consultation qu'il est attribué une note sur 10, allant de 2,5 (non satisfaisant) à 10 (très satisfaisant), pour chaque sous-critère.
24. L'Autorité relève qu'une telle méthode peut avoir pour effet de neutraliser partiellement les critères, en octroyant au minimum 2,5 points aux candidats, quelle que soit la qualité de l'offre. L'Autorité invite donc la société Alicorne à ne pas octroyer aux offres, indépendamment de leur qualité, un nombre minimal de points.
25. S'agissant de la méthode de notation du critère relatif à la modération tarifaire, il ressort des documents de consultation que ce critère 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.

26. 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.
27. Les offres des candidats, relativement à l'évolution de leur politique de prix, ont été évaluées sur la base d'un indicateur unique, tenant compte à la fois des tarifs initiaux et des engagements de hausses annuelles maximales. La note retenue pour ce sous-critère a été calculée en fonction des valeurs de cet indicateur pour l'offre la moins-disante et pour l'offre du candidat.
28. 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.
29. L'Autorité relève que la méthode de notation employée par la société Alicorne était de nature à départager correctement 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

30. 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 9 et 10 du présent avis).
31. Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié par arrêté du 15 février 2021³, 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 ».
32. 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

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.

l'exécution des contrats et qu'elle prévoise une clause de pénalité adéquate sanctionnant l'inexécution des engagements par les preneurs.

33. Au cas d'espèce, l'Autorité constate que l'article 8.2 du projet de contrat particulier prévoit un engagement sur le taux d'occupation maximal des bornes de recharge pour véhicules électriques qui répond aux exigences des dispositions citées au point 29. Par ailleurs, l'article 14 du même projet de contrat prévoit que le preneur fournit un rapport annuel d'activité comportant notamment le nombre d'heures d'occupation des 10 jours d'utilisation la plus élevée pour l'année passée.

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 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.
35. L'Autorité relève que l'article 5.2 du projet de contrat particulier prévoit que le preneur s'engage à respecter les stipulations relatives à la politique de prix et à communiquer à la société Alicorne toute évolution notable de cette politique 30 jours avant la mise en place de celle-ci.
36. L'article 60 du cahier des charges des installations commerciales sur autoroutes annexé au projet de contrat particulier prévoit qu'après mise en demeure restée sans effet, la société concessionnaire peut appliquer au preneur, en cas de manquement à l'une quelconque des obligations – notamment en matière de politique tarifaire – et de façon cumulative le cas échéant, une astreinte journalière de 300 euros HT, qui pourra être portée à 500 euros HT au-delà de 30 jours.
37. Par ailleurs, l'article 26 du projet de contrat particulier prévoit qu'« *[e]n complément à l'article 60 du cahier des charges des installations commerciales* » et en cas de non-respect par le preneur de ses obligations en matière de politique tarifaire, la société Alicorne appliquera une pénalité de 250 euros HT par mois et par manquement, cumulable avec les astreintes journalières évoquées ci-dessus.
38. Compte tenu des éléments figurant dans le dossier de saisine, et à défaut, en particulier, de données chiffrées sur les volumes de ventes prévisionnels, l'Autorité n'est pas en mesure de juger du niveau des sanctions prévues par le projet de contrat particulier et ses annexes, qui pourraient se révéler insuffisamment dissuasives.
39. L'Autorité rappelle que pour être suffisamment dissuasives, des sanctions doivent être établies en tenant compte des avantages de toute nature qui résulteraient, pour le preneur, de l'application de tarifs plus élevés que ceux qu'il s'est engagé à pratiquer en application du contrat.

CONCLUSION

40. L'Autorité émet un avis défavorable sur la procédure de passation du contrat d'autorisation d'occupation du domaine concédé en vue de l'exercice d'une activité de service d'une station de recharge pour véhicules électriques sur l'aire du pays d'Argentan.
41. L'Autorité relève certes que les supports utilisés au cas présent attestent de la volonté de la société Alicorne d'assurer une large publicité à la procédure. Elle rappelle toutefois que les

sociétés concessionnaires doivent se conformer aux dispositions combinées des articles R. 3122-2 du code de la commande publique et R. 122-41 du code de la voirie routière, d'où il résulte que les avis de concession doivent faire l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales, à l'exclusion du Bulletin officiel des annonces des marchés publics, et dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

42. L'Autorité rappelle en outre que la société Alicorne doit renseigner la valeur estimée du contrat et sa méthode de calcul dans le dossier de consultation des entreprises.
43. L'Autorité recommande enfin à la société Alicorne de ne pas mettre en œuvre des méthodes de notation qui, en octroyant un nombre minimal de points aux candidats quelle que soit la qualité de leurs offres, pourraient avoir pour effet de neutraliser en tout ou partie les critères de jugement des offres.

*

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 12 juillet 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