

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).

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

Vu le code de la commande publique ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale, enregistrée au pôle procédure de l'Autorité et déclarée complète au 17 novembre 2020, portant sur la procédure de passation du contrat d'installations annexes à caractère commercial relatif à 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) ;

Vu les autres pièces du dossier,

Après en avoir délibéré le 17 décembre 2020,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CADRE JURIDIQUE

1. Les articles L. 122-23, L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière disposent que les contrats 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 et de mise en concurrence.

2. En application des articles L. 122-27 et R. 122-42 du code de la voirie routière, le concessionnaire d'autoroute doit, préalablement à la conclusion d'un contrat mentionné à l'article L. 122-23 du même code, ou à la cession du contrat à un nouvel exploitant, obtenir l'agrément de l'attributaire ou du cessionnaire, par l'autorité administrative.
3. L'agrément est délivré par le ministre chargé de la voirie routière nationale après avis de l'Autorité, qui dispose d'un délai d'un mois à compter de la date de la saisine pour se prononcer.
4. En application de l'article L. 122-27 du code de la voirie routière, en cas d'avis défavorable de l'Autorité, la délivrance de l'agrément à l'attributaire est motivée par le ministre.
5. Aux termes du même article, l'avis rendu par l'Autorité porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code de la voirie routière et précisées aux articles R. 122-40 à R. 122-41 du même code.
6. Pour les sociétés concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats d'exploitation sont régies par les titres II et III du livre I^{er} de la troisième partie du code de la commande publique, sous réserve des adaptations prévues à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.
7. Conformément à l'arrêté du 2 janvier 2019 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, 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 (ci-après « 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.
8. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : « *Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.* »
9. En outre, aux termes du 4^o de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière « *[I]es critères mentionnés aux articles R. 3124-1 et R. 3124-4 du [code de la commande publique] sont pondérés et comprennent au moins les critères relatifs aux éléments suivants : a) La qualité des services rendus aux usagers ; b) La qualité technique et environnementale ; c) L'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire ; d) Si le contrat d'exploitation porte sur la distribution de carburants, 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* ».
10. Par un avis de concession envoyé à la publication le 20 décembre 2019, la société APRR a lancé une procédure de type ouvert avec possibilité de négociation, en vue de l'attribution d'un contrat relatif à 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).
11. Le 17 novembre 2020, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis concernant la procédure de passation de ce contrat.

2. ANALYSE

2.1. Sur l'absence d'application des dispositions de l'article R.122-41 du code de la voirie routière à la distribution de carburants alternatifs

12. Comme rappelé au point 7 du présent avis, 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 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.
13. 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.
14. L'Autorité constate cependant que l'électricité distribuée dans les IRVE constitue 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.
15. 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 carburant, 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. L'Autorité constate qu'en l'espèce, la société concessionnaire a bien prévu, dans la procédure de passation, un dispositif de modération tarifaire sur la distribution d'électricité des IRVE, en accordant toutefois à ce critère un poids inférieur à celui des rémunérations versées par l'exploitant.
16. L'Autorité prend acte de ce résultat. Elle 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, a pour objectif de faciliter l'accès à ces carburants dans un objectif global de décarbonation des transports. Or force est de constater que les dispositions du d) du 4° de l'article R.122-41 du code de la voirie routière n'étant pas applicables aux carburants alternatifs, l'atteinte de cet objectif pourrait être compromise faute d'avoir étendu à ces derniers l'obligation de modération tarifaire qui s'impose aux carburants fossiles.
17. Dans ces conditions, l'Autorité estime qu'une modification du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière pour étendre les obligations relatives à la modération tarifaire pratiquée par l'exploitant à l'ensemble des catégories de carburants distribués sur les installations annexes à caractère commercial, y compris les carburants alternatifs, permettrait d'homogénéiser l'application du critère de modération tarifaire et de faciliter l'accès à ces carburants dans un objectif global de décarbonation des transports.

2.2. Sur les variantes facultatives à l'initiative de la SCA

18. L'Autorité constate que, dans les documents de la consultation, les aires d'Achères Ouest (variante n°1) et de Saint Ambreuil (variante n°2) constituent des variantes facultatives. Les soumissionnaires peuvent dès lors proposer une offre de base portant sur l'exploitation de sept aires, une offre de base avec une variante (huit aires) ou encore une offre de base avec deux variantes (neuf aires).
19. Le règlement de consultation précise que, si un soumissionnaire présente une ou deux variantes, son offre sans variante n'est pas analysée. De plus, la note globale de l'offre est majorée de 3 % pour une variante et de 7 % pour deux variantes.
20. L'Autorité estime, en premier lieu, même si, en l'espèce, une seule offre a été analysée par la société concessionnaire, que l'application d'un tel dispositif peut conduire à comparer des offres établies sur des périmètres différents, à savoir le nombre d'aires comprises dans l'objet du contrat, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique.
21. L'Autorité considère, en second lieu, que la majoration automatique de la note des offres portant sur un plus grand nombre d'aires peut conduire à attribuer le contrat à un soumissionnaire qui n'a pas présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour la société concessionnaire, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique précitées.
22. Il résulte de ces éléments que la procédure de consultation suivie par la société APRR a méconnu les obligations de mise en concurrence prévues par les titres II et III du livre Ier de la troisième partie du code de la commande publique.

3. RECOMMANDATION À L'ATTENTION DU MINISTRE CHARGE DE LA VOIRIE ROUTIERE NATIONALE

23. Compte tenu des éléments développés en section 2.1 du présent avis, l'Autorité constate que la notion de carburant telle qu'employée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière ne s'applique pas à l'électricité fournie par les IRVE, laquelle constitue une source d'énergie qui doit être comprise comme un « carburant alternatif » au sens du décret n° 2017-1673 du 8 décembre 2017 précité.
24. Dès lors, dans un souci d'homogénéisation d'application du critère de modération tarifaire et de facilitation de l'accès aux carburants alternatifs dans un objectif global de décarbonation des transports, l'Autorité appelle l'attention du ministre sur l'avantage qui résulterait d'une modification du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière pour étendre les obligations relatives à la modération tarifaire pratiquée par l'exploitant à l'ensemble des catégories de carburants distribués sur les installations annexes à caractère commercial, y compris les carburants alternatifs.

CONCLUSION

L'Autorité émet un avis défavorable sur la procédure de passation du contrat d'installations annexes à caractère commercial relatif à 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) (société APRR).

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 17 décembre 2020.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Madame Florence Rouse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Mesdames Marie Picard et Cécile George, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman