

Avis n° 2021-045 du 9 septembre 2021

relatif à la procédure de passation du contrat portant sur la construction et l'exploitation d'une station de recharge à très haute puissance pour véhicules électriques sur l'aire de Toulon-sur-Allier, située sur l'autoroute A79, par la société Autoroute de Liaison Atlantique Europe (Aliae)

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 la saisine du ministre chargé de la voirie routière nationale en date du 9 août 2021, portant sur la procédure de passation, par la société Aliae, du contrat relatif à la construction et l'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'une station de recharge à très haute puissance pour véhicules électriques sur l'aire de Toulon-sur-Allier, située sur l'autoroute A79 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 9 septembre 2021,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 8 janvier 2021, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société Aliae a lancé une procédure de consultation, sans restriction du nombre de candidats admis à présenter une offre, visant à attribuer le contrat d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'une installation annexe à caractère commercial située sur l'aire de Toulon-sur-Allier de l'autoroute A79.
2. Une seule candidature a été déposée, à savoir celle de la société Ionity. Le candidat a été agréé et son offre analysée.

3. Le 9 avril 2021, la société Aliae a retenu la société Ionity comme attributaire pressenti en vue de conclure un contrat portant sur la construction et l'exploitation d'une station de recharge à très haute puissance pour véhicules électriques sur l'aire de Toulon-sur-Allier de l'autoroute A79.
4. Le 9 août 2021, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis sur la procédure de passation de ce contrat.

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, les critères de notation sont pondérés et comportent au moins la qualité des services rendus aux usagers, la qualité technique et environnementale, ainsi que l'ensemble des rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.

3. ANALYSE DE LA PROCEDURE DE PASSATION

3.1. Analyse des modalités de publicité

10. Il ressort de l'application combinée de l'article R. 3122-2 du code de la commande publique et du 3^o 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.

11. L'avis de concession a été envoyé à la publication le 8 janvier 2021 dans les annonces légales du *Moniteur* et dans la rubrique « concessions et contrats » de cette revue spécialisée, sur le site internet marcheonline.com, ainsi que sur le profil acheteur de la société concessionnaire.
12. Les supports de publication choisis sont conformes à la réglementation.
13. En outre, l'article R. 3123-14 du code de la commande publique prévoit que le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées 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.
14. L'avis de concession fixait la date limite de réception des candidatures et des offres au 12 février 2021, soit 35 jours après l'envoi à la publication.
15. Le délai minimum de réception des candidatures et des offres a donc été respecté.
16. Si l'avis de concession ne comportait pas l'ensemble des informations prévues par le formulaire d'avis de concession figurant en annexe XXI du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics, celles-ci figuraient, pour la plupart, dans le dossier de consultation des entreprises, publié le jour de l'envoi de l'avis de concession et étaient donc accessibles à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. Cette irrégularité formelle n'apparaît pas, au cas d'espèce, avoir été de nature à porter atteinte à la mise en concurrence.

3.2. Analyse de l'absence d'application des dispositions du d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière à la distribution de la source d'énergie usuelle fournie par les bornes de recharge pour véhicules électriques

17. 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 (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.
18. 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.
19. L'Autorité constate cependant que l'électricité distribuée par les IRVE constitue 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.
20. 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.

21. L'Autorité constate cependant qu'en l'espèce, le règlement de consultation prévoyait un sous-critère relatif à la politique tarifaire sur la distribution d'électricité par les bornes de recharge très haute puissance, inclus dans le critère relatif à la valeur commerciale et à la qualité des services de l'offre. Elle relève toutefois que ce sous-critère a un poids inférieur au critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.
22. L'Autorité rappelle 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, vise à faciliter l'accès à ces carburants dans un objectif global de décarbonation des transports et que l'atteinte de cet objectif pourrait être compromise en l'absence d'application des dispositions du d) du 4° de l'article R.122-41 du code de la voirie routière à l'énergie électrique, comme elle l'a relevé dans un précédent avis¹.
23. L'Autorité observe également qu'un projet de décret du Gouvernement, sur lequel elle a rendu un avis consultatif², prévoit l'extension de l'application du critère de la 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* », une telle extension rendant applicable ce critère à l'énergie électrique, dès l'année suivant l'entrée en vigueur du texte.
24. L'Autorité recommande ainsi que, sans attendre l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions réglementaires, les sociétés concessionnaires d'autoroute retiennent, parmi les critères de notation des offres dans leurs procédures de passation de contrats d'installation et d'exploitation d'IRVE, celui de la modération tarifaire, avec un poids au moins égal au critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.

3.3. Analyse de la méthode de notation du sous-critère relatif à la politique tarifaire

25. 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.
26. Pour juger les offres des soumissionnaires sur le sous-critère relatif à la politique tarifaire, la société Aliae attribue une note selon une grille d'analyse subjective plutôt qu'une formule de calcul. Ainsi, selon le règlement de consultation, la note maximale de 10 est attribuée pour les

¹ 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).

² Avis n° 2021-026 du 20 mai 2021 relatif au projet de décret portant définition pour les sociétés concessionnaires d'autoroutes n'ayant pas qualité de pouvoir adjudicateur d'une procédure de sélection adaptée des opérateurs chargés du déploiement et de l'exploitation d'installations de recharges 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.

prix jugés « très satisfaisants », la note de 7,5 pour les prix jugés « satisfaisants », la note de 5 pour les prix jugés « peu satisfaisants » et la note de 2,5 pour les prix jugés « non satisfaisants ».

27. Même si, dans le cas d'espèce, la méthode de notation du sous-critère relatif à la politique tarifaire est sans impact sur le résultat de la procédure, compte tenu de la présence d'une seule offre, l'Autorité considère qu'une telle méthode ne garantit pas que la comparaison des offres reflète 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

28. L'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière 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* ».
29. Or, d'après les données publiques du service des données et études statistiques (SDES) disponibles sur le site du ministère de la transition écologique³, plus de 1,5 % des véhicules légers immatriculés en 2019 et 2020 étaient électriques (hors véhicules hybrides). Ainsi, l'énergie électrique fournie par les bornes de recharge électrique constitue une source d'énergie usuelle pour les véhicules légers au sens de l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière.
30. Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié le 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, « *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* ».
31. Au cas d'espèce, c'est après la date limite de remise des offres que l'article D. 122-46-1 du code de la voirie routière a été créé et que l'arrêté du 8 août 2016 a été modifié.
32. Ces dispositions seront néanmoins applicables à l'exploitation des installations concernées. Il sera par conséquent opportun que la société concessionnaire rappelle ces dispositions à son cocontractant et prévoie, dans les conditions contractuelles, les exigences techniques qui en

³ <https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/donnees>

⁴ 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.

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 le preneur.

33. L'Autorité note que l'article 2 du projet de contrat particulier prend soin de préciser que le contrat s'inscrira dans le cadre législatif et réglementaire en vigueur comportant notamment l'arrêté du 8 août 2016 ainsi que les textes qui viendraient le modifier postérieurement au lancement de la procédure. Elle relève également que l'article 7 du projet de contrat relatif « *[aux] conditions d'implantation* » prévoit que « *si le taux d'occupation de l'ensemble des bornes de la station dépasse 8 heures par borne durant 10 jours non-consécutifs, le preneur s'engage à réaliser à ses frais jusqu'à 2 bornes supplémentaires telles que prévues dans le cadre de l'extension (...)* ». Cette clause, qui a pour objet de prévoir l'adaptation des capacités de l'installation à l'évolution de la demande, devrait cependant être mise en cohérence avec les dispositions de l'arrêté du 8 août 2016.
34. L'Autorité relève par ailleurs que l'article 12.2. du projet de contrat particulier prévoit la transmission annuelle au concessionnaire de données permettant notamment de connaître « *le nombre de recharges de la station* », « *les consommations des clients en KWh par borne et par connecteur (...) dans le temps* », « *le niveau d'indisponibilité de chaque borne de recharge et par connecteur* », « *le nombre d'intervention de maintenance (...)* » et « *le type de véhicule qui se charge* » dans certains cas.
35. L'Autorité considère que ces indicateurs permettront de suivre le niveau d'occupation des bornes de recharge de véhicules électriques.
36. Enfin, la société concessionnaire prévoit, à l'article 60.1 du cahier des charges des installations commerciales, relatif aux « *mesures coercitives* », une pénalité fixe de 300 euros HT par jour, pouvant être majorée en cas de méconnaissance d'un des engagements du preneur⁵. Au regard de la croissance prévisible du volume de vente, l'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire pourrait se révéler insuffisamment dissuasif en fin de contrat.

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

37. Afin de garantir aux usagers une 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, au cours de l'exécution du contrat, de l'application de ces engagements et de prévoir une clause de pénalité sanctionnant leur éventuelle inexécution.
38. À cet égard, il ressort, d'une part, de l'article 12.2 du projet de contrat particulier, que le preneur s'engage à transmettre au moins mensuellement à la société concessionnaire des informations sur la mise en œuvre de la politique de prix et, d'autre part, de l'article 5.3. du projet de contrat particulier, portant sur la politique de prix, que le preneur « *s'engage à respecter la politique de prix (...)* », que « *tous les 3 ans, les parties conviennent qu'elles feront un bilan depuis le début d'exécution du contrat particulier de la politique tarifaire pratiquée* » et qu' « *en fonction des constatations faites et des évolutions constatées, Aliae conviendra, en concertation avec le*

⁵ L'article 60 du cahier des charges des exploitations commerciales de la société concessionnaire prévoit que, dans le cas où « *le preneur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu du présent Cahiers des charges, du contrat particulier, ou des avenant à ce contrat* », « *il est passible d'une astreinte journalière de 300 euros HT encourue de plein droit à l'expiration du délai imparti, sans préjudice des sanctions complémentaires qui pourraient être demandées par la société à un tribunal. Au-delà de 30 jours, et si la mise en demeure est restée sans effet, ce montant pourra être porté à 500 euros HT par jour* ».

Preneur, des adaptations visant à améliorer le reporting de la politique tarifaire et en particulier la politique de prix sur et hors autoroutes ».

39. Par ailleurs, la pénalité fixe de 300 euros par jour prévue par l'article 60.1 du cahier des charges des installations commerciales précité est applicable à toute méconnaissance d'un des engagements du preneur, y compris en matière de politique tarifaire. Comme indiqué au point 36, au regard de la croissance prévisible du volume des ventes, l'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire pourrait se révéler insuffisamment dissuasif en fin de contrat.

CONCLUSION

40. L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation du contrat portant sur la construction et l'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'une station de recharge à très haute puissance pour véhicules électriques sur l'aire de Toulon-sur-Allier, située sur l'autoroute A79.
41. L'Autorité recommande de prévoir, dans les clauses contractuelles, un engagement sur le niveau d'occupation maximal des bornes de recharge conforme à la réglementation applicable.
42. En outre, et à titre de bonnes pratiques, l'Autorité recommande :
- d'accorder au critère de notation relatif à la politique tarifaire un poids au moins égal à celui du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire ;
 - de retenir une méthode de notation du sous-critère relatif à la politique tarifaire reposant sur une formule de calcul et non une grille subjective ;
 - de prévoir des sanctions suffisamment dissuasives en cas de manquement aux engagements de politique tarifaire, 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.

*

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 9 septembre 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