

Avis n° 2022-073 du 22 septembre 2022

relatif à la procédure de passation, par la société Autoroutes du Sud de la France (ASF), de deux contrats portant, d'une part, sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de recharge pour véhicules électriques, de boutique et de restauration sur l'aire de Comminges, située sur l'autoroute A64 et d'autre part, sur la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de la Corrèze, située sur l'autoroute A89

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 23 août 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 ;

Le collège en ayant délibéré le 22 septembre 2022 ;

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. RAPPEL DES FAITS

1. Conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, la société ASF a lancé, par avis publiés respectivement les 15 décembre 2021 et 4 janvier 2022, deux procédures de consultation ouvertes, visant à attribuer des contrats d'exploitation sur le domaine public autoroutier concédé d'installations annexes à caractère commercial permettant d'assurer, d'une part, les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de la Corrèze, située sur l'autoroute A89, d'autre part, les activités de distribution de carburants, de recharge pour véhicules électriques, de boutique et de restauration sur l'aire de Comminges, située sur l'autoroute A64.

2. S'agissant de la procédure relative à l'aire de Comminges, la société ASF a reçu un pli contenant une candidature et une offre, jugées recevables. Elle a ensuite analysé l'offre dans les délais impartis par le règlement de la consultation.
3. S'agissant de la procédure relative à l'aire de la Corrèze, la société ASF a reçu un pli contenant une candidature et une offre, jugées recevables. Elle a ensuite analysé l'offre dans les délais impartis par le règlement de la consultation.
4. La société ASF a informé :
 - le 17 juin 2022, la société Picoty Autoroutes qu'elle était pressentie comme attributaire du contrat portant sur l'aire de Comminges ;
 - le 1^{er} juillet 2022, la société Sodiplec qu'elle était pressentie comme attributaire du contrat portant sur l'aire de la Corrèze.
5. Le 23 août 2022, le ministre chargé de la voirie routière nationale a saisi l'Autorité pour avis dans le cadre des présentes 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.
10. Conformément au 4^o de l'article R. 122-41 précité, dans sa rédaction applicable au moment de l'envoi de l'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 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.
12. Le décret n° 2021-1177 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.
13. Cette circonstance n'interdisait 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, dans le cadre des deux procédures, 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, 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.
17. Il ressort de l'instruction que les délais de remise des candidatures et des offres, dans le cadre des deux procédures, sont conformes aux dispositions réglementaires du code de la commande publique.
18. Par ailleurs, la société ASF a procédé à la modification des deux dossiers 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, dans la mesure où tous les candidats ont été informés desdites modifications et ont disposé d'un délai suffisant pour remettre une offre ;

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.

- à l'article 3.3 de chaque règlement 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 la politique de modération tarifaire sur les carburants

3.2.1. Analyse des engagements de modération tarifaire des prix des carburants

19. La société ASF évalue les propositions des candidats en termes de modération tarifaire pour la distribution de carburants sur la base des écarts, exprimés en euros TTC, qu'ils s'engagent à ne pas dépasser, durant toute la durée du contrat, entre les prix par litre de la semaine précédente, publiés par la direction générale de l'énergie et du climat du ministère de la transition écologique (ci-après « DGEC »), et les prix moyens hebdomadaires par litre, pour trois types de carburants : B7 (anciennement gazole), E10 (anciennement SP95-E10) et E5 (anciennement SP98).
20. L'Autorité relève tout d'abord que les écarts de prix moyens hebdomadaires par litre que les preneurs s'engagent à ne pas dépasser par rapport aux prix moyens hebdomadaires publiés par la DGEC sont plus faibles que les écarts de prix moyens hebdomadaires pratiqués durant l'année 2021 sur chacune des aires et pour les trois types de carburants. La formule de modération tarifaire proposée par la société ASF, ainsi que les engagements des titulaires pressentis, devraient par conséquent conduire à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur sur chaque aire par rapport aux tarifs pratiqués actuellement, toutes choses égales par ailleurs.
21. L'Autorité remarque en revanche que l'engagement peut être relativisé en ce que la modération tarifaire est appréciée uniquement en référence à des moyennes de prix hebdomadaires. Ceci permet à l'exploitant de jouer sur les variations de prix entre les différentes périodes de la semaine, qui peuvent se caractériser par des différences d'affluence sur le réseau. Comme elle l'a indiqué dans plusieurs de ses avis et rappelé dans son rapport annuel sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2021, l'Autorité considère que la formule de modération tarifaire devrait être déclinée à une échelle infra-hebdomadaire.

3.2.2. Analyse de la méthode de notation du sous-critère portant sur la modération tarifaire des prix des carburants

22. Il ressort des rapports d'analyses des offres que, pour le critère de la modération tarifaire, les offres des candidats sont évaluées en fonction de deux valeurs :
 - premièrement, l'engagement de l'offre la moins-disante ;
 - deuxièmement, l'écart entre leur engagement et l'engagement de l'offre la moins-disante.
23. La note des candidats est obtenue en pondérant les notes de chaque carburant par la répartition prévisionnelle des volumes de vente.
24. L'Autorité rappelle que les critères de sélection doivent permettre de départager les offres conformément à leurs différences. Ainsi, la méthode de notation retenue doit 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.

25. L'Autorité constate que la méthode de notation employée par la société ASF départage correctement les offres des candidats du point de vue de la modération tarifaire puisque la formule ne prend en compte que les engagements des candidats (c'est-à-dire les écarts en centimes entre leurs prix par carburant et les prix DGEC). L'Autorité note cependant que le titulaire pressenti de chaque aire est le seul à avoir présenté une offre.
26. L'Autorité rappelle en outre que le d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière impose que la pondération du critère de la modération tarifaire relatif à la distribution de carburants soit au moins égale à celle du critère relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire. L'Autorité a évalué l'effort, exprimé en coût monétaire, associé au gain d'un point sur chacun des critères.
27. Concernant l'aire de Comminges, il ressort de cette analyse que pour obtenir un point supplémentaire sur le critère des rémunérations versées, le soumissionnaire devrait s'engager à verser 294 000 euros de plus au concessionnaire ; en comparaison, le gain d'un point supplémentaire sur le critère de la modération tarifaire lui coûterait, dans l'hypothèse d'une baisse homogène des prix des carburants, 5 000 euros de pertes de recettes sur la durée de son contrat. Avec la méthode mise en place, l'incitation du soumissionnaire à améliorer son offre sur le critère de la modération tarifaire est plus importante que son incitation à améliorer son offre sur le critère de la rémunération du concessionnaire.
28. Concernant l'aire de la Corrèze, il ressort de cette analyse que pour obtenir un point supplémentaire sur le critère des rémunérations versées, le soumissionnaire devrait s'engager à verser 552 000 euros de plus au concessionnaire ; en comparaison, le gain d'un point supplémentaire sur le critère de la modération tarifaire lui coûterait, dans l'hypothèse d'une baisse homogène des prix des carburants, 6 000 euros de pertes de recettes sur la durée de son contrat. Avec la méthode mise en place, l'incitation du soumissionnaire à améliorer son offre sur le critère de la modération tarifaire est plus importante que son incitation à améliorer son offre sur le critère de la rémunération du concessionnaire.
29. L'Autorité considère donc que la méthode de notation retenue par la société ASF satisfait l'exigence fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, au bénéfice des usagers de l'autoroute.

3.3. Analyse de la politique de modération tarifaire sur la source d'énergie usuelle fournie par les bornes de recharges pour véhicules électriques

3.3.1. 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

30. À la date d'envoi de l'avis de concession relatif à l'aire de Comminges, la procédure était soumise, notamment, à l'article R. 122-41 du code de la voirie routière dans sa rédaction, mentionnée au point 10 du présent avis, antérieure à la modification opérée par le décret du 10 septembre 2021 susvisé.
31. 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.

32. 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. Ce critère avait un poids égal à celui relatif aux rémunérations versées par l'exploitant au concessionnaire.

3.3.2. Analyse de la méthode de notation du sous-critère relatif à la modération tarifaire des prix de la source d'énergie usuelle fournie par les bornes de recharge pour véhicules électriques

33. 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.
34. 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.
35. 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.
36. 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.
37. 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.
38. L'Autorité estime que la méthode de notation employée par la société ASF, dans le cadre de la procédure relative à l'aire de Comminges, départage correctement les offres des soumissionnaires, tant du point de vue de la grille tarifaire au début du contrat, que du point de vue de l'évolution des prix au cours du contrat puisque, dans tous les 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 des projets de contrats

3.4.1. Sur le taux d'occupation maximal de chaque borne de recharge pour véhicules électriques sur l'aire de Comminges

39. 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 11 et 12 du présent avis).

40. 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 ».
41. 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 du contrat et qu'elle prévoie une clause de pénalité adéquate sanctionnant l'inexécution des engagements par le preneur.
42. S'agissant du projet de contrat relatif à l'aire de Comminges, l'Autorité constate que l'article 32.2.3 du projet de contrat particulier avec le candidat pressenti prévoit un engagement sur le taux d'occupation maximal des bornes de recharge pour véhicules électriques, mais qui ne correspond pas aux exigences des dispositions citées au point 40⁴. L'Autorité relève cependant que l'article précité prévoit, en cas de saturation, 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 (CCIC), prévoit que le preneur fournit un rapport mensuel d'activité, comportant notamment le taux d'occupation relevé pour le mois écoulé et la durée d'occupation journalière.

3.4.2. Sur la politique de modération tarifaire des sources d'énergie usuelles

43. 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.
44. L'Autorité constate, s'agissant des carburants, que l'article 41 des deux projets de contrats particuliers prévoit une obligation pour le preneur de transmettre, chaque semaine, à la société concessionnaire, un état justifiant du respect des engagements en matière de modération tarifaire pour les trois catégories de carburants concernées, ce qui permet une vérification régulière de ces engagements.

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.

⁴ La proposition du preneur porte sur un taux d'occupation quotidien maximal alors que les exigences réglementaires portent sur un taux d'occupation quotidien qui ne peut être dépassé qu'un nombre de jours limité par an. Il est donc possible que le preneur respecte ses engagements sans respecter les futures exigences réglementaires.

45. Par ailleurs, s'agissant des IRVE, l'article 42 du projet de contrat particulier relatif à l'aire de Comminges prévoit une obligation, pour le preneur, d'informer, par voie électronique, la société concessionnaire de toute évolution des tarifs, au plus tard 15 jours avant la date d'application de l'évolution tarifaire, ce qui permettra à la société concessionnaire de s'assurer du respect des engagements pris en matière de politique tarifaire par le preneur pressenti.
46. En outre, l'article 6.5.9 du CCIC, annexé aux deux projets de contrats particuliers, prévoit que la société concessionnaire peut appliquer au preneur une pénalité de 1 000 euros par manquement à une obligation du contrat⁵ 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 par jour de retard est prévue au même article.
47. L'Autorité considère que ce dispositif forfaitaire est trop peu dissuasif concernant la politique tarifaire sur les carburants. Elle estime en revanche qu'il pourrait être suffisamment dissuasif pour les IRVE.

ÉMET L'AVIS SUIVANT

48. L'Autorité émet un avis favorable sur les deux procédures de passation des contrats portant sur la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations permettant d'assurer les activités de distribution de carburants, de recharge pour véhicules électriques, de boutique et de restauration sur l'aire de Comminges, située sur l'autoroute A64, d'une part, et les activités de distribution de carburants, de boutique et de restauration sur l'aire de la Corrèze, située sur l'autoroute A89, d'autre part.
49. L'Autorité recommande, à titre de bonnes pratiques :
- de prévoir une formule de modération tarifaire des prix des carburants ne permettant pas de tirer avantage, compte tenu des différences d'affluence sur le réseau, de variations de prix entre les différentes périodes de la semaine ;
 - de prévoir des sanctions suffisamment dissuasives en cas de manquement aux engagements de modération 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 ;
 - 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 22 septembre 2022.

⁵ Obligation autre que celles faisant l'objet de pénalités spécifiques

Présents : Monsieur Philippe Richert, vice-président, président par intérim de l'Autorité ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Madame Sophie Auconie, vice-présidente ; Madame Cécile George, membre du collège.

Le Vice-Président,

Président par intérim de l'Autorité

Philippe Richert