

Avis n° 2023-006 du 2 février 2023

relatif à la procédure de passation, par la société ASF, d'un contrat portant sur la conception, la construction, et/ou la rénovation, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de boutique, de restauration et de services de recharge pour véhicules électriques sur les aires de Frontonnais Nord et Sud, situées sur l'autoroute A62

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 4 janvier 2023 ;

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 ;

Le collège en ayant délibéré le 2 février 2023,

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 4 janvier 2022, la société ASF a lancé, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, 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 les activités de distribution de carburants, de boutique, de restauration et de services de recharge pour véhicules électriques sur les aires de Frontonnais Nord et Sud, situées sur l'autoroute A62.
2. La société ASF a reçu quatre plis contenant chacun une candidature et une offre. Toutes les candidatures ont été jugées recevables. La société ASF a ensuite analysé les offres dans les délais impartis par le règlement de la consultation.
3. Le 28 novembre 2022, la société ASF a informé la société Sodiplec qu'elle était pressentie comme attributaire du contrat.

4. Le 4 janvier 2023, 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 applicable à la date de l'envoi de l'avis de concession de la procédure 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 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.

11. 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.
12. Cette circonstance n'interdisait 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 mise en concurrence

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 par la société ASF dans le cadre de la procédure objet du présent avis 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, 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.
16. Il ressort de l'instruction que les délais de remise des candidatures et des offres sont conformes aux dispositions réglementaires du code de la commande publique.
17. Par ailleurs, la société ASF a procédé à deux 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, 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/motorisations-des-vehicules-legers-neufs-emissions-de-co2-et-bonus-ecologique-decembre-2022>), plus de 1,5 % des véhicules légers immatriculés en 2021 et 2022 étaient électriques (hors véhicules hybrides). L'électricité constituait donc une source d'énergie usuelle en 2022.

3.2. Analyse de la politique de modération tarifaire sur les carburants

3.2.1. Analyse des engagements de modération tarifaire

18. La société ASF évalue les propositions des candidats en matière 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, sur 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 et de la Cohésion des territoires (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). Pour l'aire de Frontonnais Nord, la société ASF impose un plafond de prix moyen à ne pas dépasser pour les trois carburants.
19. L'Autorité relève tout d'abord que les écarts de prix moyens hebdomadaires par litre que le preneur s'engage 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 2022 pour les trois types de carburants. La formule de modération tarifaire proposée par la société ASF, ainsi que les engagements du titulaire pressenti, devraient par conséquent conduire à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur par rapport aux tarifs pratiqués actuellement sur les aires, toutes choses égales par ailleurs³.
20. 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 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 de modération tarifaire

21. Il ressort des annexes du rapport d'analyse des offres que la société ASF a utilisé une méthode de notation dont l'Autorité a déjà eu l'occasion de constater qu'elle départageait correctement les offres des soumissionnaires du point de vue de la modération tarifaire et respectait l'exigence de pondération de ce critère fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière.

3.3. Analyse de la politique de modération tarifaire sur les IRVE

3.3.1. Analyse de l'applicabilité d'un critère de modération tarifaire

22. 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 9 du présent avis, antérieure à la modification opérée par le décret du 10 septembre 2021 susvisé.

³ Toutefois, le contexte inflationniste actuel et son impact sur les prix de l'énergie réduisent la probabilité que cette formule de modération tarifaire et les engagements des titulaires pressentis suffisent à provoquer une baisse effective du prix du carburant à la pompe, au moins à court terme.

23. 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.
24. 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, 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.

3.3.2. Analyse de la méthode de notation du sous-critère de modération tarifaire

25. Il ressort des annexes du rapport d'analyse des offres que la société ASF a utilisé une méthode de notation dont l'Autorité a déjà eu l'occasion de constater qu'elle départageait correctement les offres des soumissionnaires du point de vue de la modération tarifaire.

3.4. Analyse du projet de contrat

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

26. 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 10 et 11 du présent avis).
27. Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 8 août 2016, modifié par arrêté du 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 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 ».
28. L'Autorité considère qu'il est nécessaire que chaque 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.

⁴ 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.

29. 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 32.2.3 prévoit, en cas de saturation, un mécanisme d'adaptation de l'offre de service de recharge, pour chaque aire, 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 la durée d'occupation journalière.

3.4.2. Sur le contrôle des engagements de modération tarifaire relatifs aux carburants et aux IRVE

30. 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.
31. L'Autorité constate, s'agissant des carburants, que l'article 41 du projet de contrat particulier 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.
32. Par ailleurs, s'agissant des IRVE, l'article 42.3 du projet de contrat particulier 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.
33. En outre, l'article 6.5.9 du CCIC, annexé au projet de contrat particulier, prévoit que la société concessionnaire peut appliquer au preneur une pénalité de 1 000 euros par manquement à une obligation prévue au contrat⁵ et, le cas échéant, par jour de retard. Cette pénalité est 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.
34. Sur la base des éléments dont elle dispose, l'Autorité estime que ce dispositif forfaitaire est, au regard des volumes concernés :
- trop peu dissuasif concernant la politique tarifaire pour la distribution de carburants ;
 - suffisamment dissuasif concernant la politique tarifaire pour les IRVE.
35. De manière générale, l'Autorité invite le concessionnaire à fixer la pénalité applicable en cas de non-respect de l'engagement de modération tarifaire en tenant compte de l'avantage financier qui résulterait, pour le preneur, de l'application de tarifs plus élevés que ceux qu'il s'est engagé à pratiquer en application du contrat.

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

ÉMET L'AVIS SUIVANT

L'Autorité émet un avis favorable sur la procédure de passation, par la société ASF, d'un contrat portant sur la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien d'installations annexes à caractère commercial assurant des activités de distribution de carburants, de boutique, de restauration et de services de recharge pour véhicules électriques, sur les aires de Frontonnais Nord et Sud, situées sur l'autoroute A62.

En outre, 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, dans les clauses contractuelles, un engagement sur le niveau d'occupation maximal des bornes de recharge conforme à la réglementation applicable ;
- de fixer, en cas de manquement aux engagements de modération tarifaire, des pénalités tenant compte de l'avantage financier qui résulterait, 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 2 février 2023.

***Présents : Monsieur Philippe Richert, vice-président, président par intérim ;
Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ;
Madame Sophie Auconie, vice-présidente.***

Le Vice-Président,

Président par intérim

Philippe Richert