

Avis n° 2024-018 du 29 février 2024

relatif à la procédure de passation, par la société ASF, d'un contrat portant sur 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 électrique pour poids lourds sur l'aire de Trémentines située sur l'autoroute A87

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

Saisie par le ministre chargé de la voirie routière nationale le 2 février 2024 ;

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 les autres pièces du dossier ;

Le collège en ayant délibéré le 29 février 2024 ;

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. RAPPEL DES FAITS

1. Le 14 mars 2023, la société concessionnaire d'autoroute ASF (ci-après « la SCA ») a lancé, conformément aux articles L. 122-25 et R. 122-41 du code de la voirie routière, une procédure de consultation relative, à la conception, la construction, la rénovation, l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'installations annexes à caractère commercial assurant, sur le domaine public autoroutier concédé, des activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique sur l'aire de Trémentines.
2. Le 16 juin 2023, un dossier contenant la candidature et l'offre initiale de la société ENI France a été reçu par la société ASF. L'offre initiale de la société ENI France ne comportait aucune proposition relative à la distribution d'énergie électrique pour les poids lourds, cet élément ne figurant ni dans l'avis de concession publié, ni dans les éléments composant le dossier de consultation des entreprises. Aucun autre dossier n'a été reçu à la date limite de remise des candidatures et des offres.

3. Le 11 juillet 2023, une réunion de négociation a eu lieu entre la société ASF et la société ENI France, au cours de laquelle la société ASF a demandé au soumissionnaire d'étudier la possibilité d'intégrer une activité de recharge électrique pour poids lourds dans son offre finale.
4. Le 1^{er} septembre 2023, le soumissionnaire a remis à la société ASF une offre finale, intégrant une activité de recharge électrique pour poids lourds représentant [0,5 - 1] million d'euros d'investissement initial (soit 16 % du total) et [2 - 5] millions d'euros de chiffre d'affaires prévisionnel sur la durée du contrat (soit 5 % du total). La proposition définitive de la société ENI France a été retenue par la société ASF en vue de la conclusion du 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.
6. Les articles L. 122-27 et R. 122-42 précisent que l'attributaire est agréé, préalablement à la conclusion du contrat, 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. Cet avis porte sur le respect des règles mentionnées aux articles L. 122-24 et L. 122-25 du code précité, c'est-à-dire aux règles de publicité et de mise en concurrence applicables.
7. Dans le cas des concessionnaires qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, la passation et l'exécution des contrats mentionnés à l'article L. 122-23 précité 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.

3. ANALYSE

8. L'article L. 3124-1 du code de la commande publique prévoit que, lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer un contrat de concession, celle-ci ne peut modifier le périmètre de la concession.
9. Au cas d'espèce, l'Autorité constate que l'avis de concession initial, publié le 14 mars 2023 par la société ASF, conformément à l'article R. 3122-1 du code de la commande publique, précise que l'objet de la concession est relatif à des « *activités de distribution de carburants, de restauration et de boutique* ». Or, ainsi que l'Autorité a déjà pu le relever dans son avis n° 2022-029, l'électricité distribuée par les installations de recharge pour véhicules électriques (ci-après « IRVE ») 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. Ainsi, il ne pouvait se déduire de la lecture de l'avis de concession initial et des documents de consultation auxquels ont eu accès les opérateurs économiques avant la remise de leurs offres initiales que la société ASF souhaitait voir développée sur l'aire de Trémentines une activité de

recharge électrique pour poids lourds, l'activité de recharge électrique pour véhicules légers étant assurée par la société TotalEnergie, en vertu d'un contrat expirant en 2037.

11. En demandant au candidat retenu d'inclure dans son offre finale le développement de cette activité, la société ASF a fait évoluer l'objet de la concession en cours de négociation. L'Autorité considère que l'installation de cette borne IRVE, laquelle constitue une évolution de l'objet de la concession ne pouvant être considérée comme mineure dans les circonstances de l'espèce, aurait pu permettre la participation d'autres candidats si elle avait été annoncée dès l'avis de concession initial. À cet égard, l'Autorité avait annoncé, dans son avis n° 2021-026 du 26 mai 2021, être particulièrement attentive, s'agissant des contrats portant sur l'installation et l'exploitation d'IRVE, « à ce que les sociétés concessionnaires procèdent aux publications adéquates pour permettre effectivement « aux candidats potentiels de se manifester », afin de susciter, conformément à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, « la présentation de plusieurs offres concurrentes » en prenant en considération les spécificités du marché des IRVE »¹.
12. Enfin, s'agissant de la politique de modération tarifaire sur les carburants, il ressort du dossier transmis à l'Autorité que :
 - La formule de modération tarifaire proposée par la SCA ainsi que les engagements du titulaire pressenti devraient conduire, à indices publiés par la direction générale de l'énergie et du climat (DGECC) inchangés, à une baisse des tarifs payés par l'utilisateur ;
 - La grille de notation des offres fait apparaître que la SCA a utilisé une méthode de notation départageant correctement les offres des soumissionnaires du point de vue de la modération tarifaire et respecté l'exigence de pondération de ce critère fixée au d) du 4° de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, relative aux carburants.

¹ Point 50 de l'avis n°2021-026 du 26 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

ÉMET L'AVIS SUIVANT

L'Autorité émet un avis défavorable relatif à la procédure de passation, par la société ASF, d'un contrat portant sur 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 électrique pour poids lourds sur l'aire de Trémentines située sur l'autoroute A87.

*

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 29 février 2024.

Présents : Monsieur Thierry Guimbaud, président ; Monsieur Philippe Richert, vice-président ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Madame Sophie Auconie, vice-présidente.

Le Président

Thierry Guimbaud