

La mise en concurrence en matière de production d'électricité à partir de sources renouvelables

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 213 - Octobre 2020

[Replier](#)

Auteur(s): Aurélie Cros, Marianne Hauton - Avocates à la Cour Cabinet Seban & Associés

Pour promouvoir et inciter au développement des énergies renouvelables, les textes ont prévu des procédures de mise en concurrence distinctes des procédures classiques. Quelles sont les caractéristiques de ces procédures spécifiques ? Quelles stipulations doivent être intégrées dans le cahier des charges ?

Les sources d'énergies contribuant à limiter les émissions de gaz à effet de serre ou « énergies renouvelables » (EnR) constituent un des leviers essentiels de transition vers un modèle énergétique décarboné.

Pour promouvoir et inciter au développement de ces énergies, le cadre juridique prévoit des mécanismes de soutien. Parmi ces mécanismes, figure l'organisation de procédures de mise en concurrence aboutissant à la délivrance d'autorisations d'exploitation d'unités de production d'électricité d'origine renouvelable assorties de la signature de contrats d'obligation d'achat ou de complément de rémunération.

Ces procédures de mise en concurrence font l'objet d'un régime relativement différent des procédures de mise en concurrence « classiques ».

Caractéristiques des procédures de mise en concurrence en matière de production d'ENR

Un outil au service de la politique énergétique

L'exploitation d'installations de production d'électricité nécessite, en principe, l'obtention d'une autorisation administrative prévue par le Code de l'énergie (1).

Cette autorisation peut être délivrée soit au terme d'une procédure « normale » de demande d'autorisation (dont les conditions et modalités sont énoncées par l'[article L. 311-5 du Code de l'énergie](#)), soit au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence organisée par l'État dans les conditions énoncées aux [articles L. 311-10 et suivants du Code de l'énergie](#).

Lorsque les capacités de production électrique ne répondent pas aux objectifs de la Programmation Pluriannuelle de l'Énergie (ci-après, PPE), l'État dispose en effet de la possibilité d'organiser des procédures de mise en concurrence destinées à y remédier.

La PPE est un outil de pilotage créé par la [loi n° 2015-992 du 17 août 2015](#) relative à la transition énergétique pour la croissance verte (ci-après, loi TECV). La loi TECV a fixé des objectifs en matière énergétique tels que la réduction de la consommation énergétique primaire d'énergies fossiles de 30 % entre 2012 et 2030, l'augmentation de la part des énergies renouvelables à 23 % de la consommation finale brute d'énergie en 2020 et à 32 % en 2030 ou encore la réduction de la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 % à l'horizon 2025.

La loi TECV a prévu l'élaboration d'une PPE fixant des objectifs intermédiaires. La PPE est révisée de manière périodique tous les cinq ans en principe. La PPE actuellement en vigueur, qui résulte du [décret n° 2020-456 du 21 avril 2020](#) relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, établit des objectifs pour chaque filière de production d'électricité renouvelable à l'horizon 2023 et 2028 (2).

La stratégie énergétique française s'inscrit en outre dans le contexte des objectifs énergétiques fixés au niveau de l'Union européenne. L'Union européenne a décidé, dans le cadre du « Paquet Énergie-Climat 2020 » (composé notamment de quatre directives adoptées en 2009) puis du Paquet Énergie-Climat 2030 (adopté en 2014) - entre autres objectifs portant sur la réduction des émissions de gaz à effet de

serre et l'efficacité énergétique - d'atteindre au moins 20 % d'énergies renouvelables dans son mix énergétique en 2020 et au moins 27 % en 2030.

C'est donc pour atteindre ces différents objectifs et inciter au développement des énergies renouvelables que des procédures de mise en concurrence sont régulièrement organisées par l'État dans le domaine des énergies renouvelables. La PPE fixe d'ailleurs elle-même un calendrier indicatif des mises en concurrence devant intervenir jusqu'en 2023.

Ces mises en concurrence aboutissent à la délivrance d'une autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité d'origine renouvelable et par ailleurs au bénéfice d'un dispositif de soutien (3) prenant actuellement la forme :

- soit d'un contrat avec la société EDF ou une entreprise locale de distribution d'électricité prévoyant une obligation d'achat, c'est-à-dire le rachat de tout kilowattheure d'électricité injecté sur le réseau public par l'acheteur obligé à un tarif d'achat, fixé à l'avance (4);
- soit d'un contrat avec la société EDF prévoyant un complément de rémunération qui consiste en une prime versée au producteur d'énergie renouvelable en complément de la vente sur le marché de l'électricité qu'il a produite.

Ces mécanismes d'aides s'inscrivent dans le cadre établi par la Commission Européenne dans sa communication du 28 juin 2014 portant Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020.

Deux types de procédures de mise en concurrence

Deux types de procédures de mise en concurrence sont susceptibles d'être organisées en vue d'autoriser l'exploitation d'une unité de production d'électricité d'origine renouvelable :

- l'appel d'offres, procédure par laquelle le ministre chargé de l'énergie choisit l'offre économiquement la plus avantageuse sans négociation sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats (5) ;
- et le dialogue concurrentiel, par lequel le ministre chargé de l'énergie dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre (6).

- Règles communes

Si ces procédures sont spécifiques et diffèrent de celles prévues par le Code de la commande publique, il n'en demeure pas moins qu'elles doivent être organisées « dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats » (7).

Ces procédures sont conduites et gérées de manière conjointe par la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) et le ministre de l'Énergie.

La CRE assure la gestion matérielle et administrative de la procédure (réception des questions des candidats, transmission au ministre et publication des réponses, réception et enregistrement des dossiers de candidature et d'offre, publication du document de consultation en dialogue concurrentiel...). La CRE examine également la conformité des offres au cadre de la consultation lancée, leur contenu et dresse la liste des projets qu'elle propose de retenir.

C'est néanmoins le ministre qui désigne les lauréats de l'appel d'offres ou du dialogue concurrentiel. Son choix peut s'écarter de celui préconisé par la CRE, mais dans cette hypothèse, le ministre est tenu de solliciter l'avis de la CRE sur son choix (sans être toutefois tenu par ce nouvel avis).

Un recours en annulation peut être intenté par un concurrent évincé à l'encontre de la décision de rejet de sa candidature. Est par exemple illégale et encourt l'annulation la décision de rejet d'une offre qui se fonde sur des critères étrangers à ceux mentionnés dans la procédure (8).

En revanche, la notation des offres reçues par la CRE ne s'imposant pas au ministre, sa supposée illégalité ne peut être invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre les décisions désignant le lauréat et informant des sociétés du rejet de leur offre (9).

Un concurrent illégalement évincé de la procédure peut également introduire un recours indemnitaire (10).

- Spécificités de la procédure d'appel d'offres

La procédure d'appel d'offres se présente sous forme d'une procédure ouverte. Elle peut comprendre une seule période ou plusieurs périodes successives (11).

L'appel d'offre repose sur un cahier des charges comportant l'ensemble des informations liées aux modalités d'organisation de la procédure (critères de sélection, pièces à remettre, date limite de dépôt des dossiers de candidatures,...) mais également les caractéristiques faisant l'objet de l'appel d'offres (voir infra II).

Le projet de cahier des charges élaboré par le ministre est soumis pour avis à la Commission de Régulation de l'Énergie puis publié sur son site internet.

- Spécificités de la procédure de dialogue concurrentiel

Le dialogue concurrentiel prévu en matière d'installation de production d'ENR revêt la même définition que le dialogue compétitif prévu par le Code de la commande publique pour certains marchés publics (12).

Ainsi que le relevait la Cour des comptes dans son rapport thématique de 2018 sur le soutien aux ENR, la création de cette procédure, alternative à l'appel d'offre, « vise à établir en amont un dialogue permettant de préciser avec les candidats le cahier des charges ainsi que le partage des responsabilités durant les phases de construction et d'exploitation du parc ».

La Cour soulignait encore que « Les études de levée de risques réalisées en amont par l'État dans le cadre de cette nouvelle procédure (...) pourraient à la fois réduire le risque et sa perception par les financeurs et permettre des baisses de prix significatives » (13).

Dans le cadre du dialogue concurrentiel, le ministre élabore un document de consultation, qui mentionne les caractéristiques essentielles du dialogue concurrentiel et le soumet à l'avis de la CRE. Une fois l'avis de la CRE obtenu, le ministre publie au JOUE un avis d'appel public à la concurrence. Puis, une fois les candidatures reçues et analysées, le ministre adresse aux candidats admis à participer au dialogue concurrentiel (entre autres documents), le règlement de la consultation du dialogue et son cahier des charges.

Si c'est le Ministre qui organise et conduit le dialogue concurrentiel, ce dernier peut néanmoins se faire assister de tiers et notamment de la CRE et du gestionnaire de réseau public d'électricité auquel sont raccordés les installations objets de la procédure (14).

Les cahiers des charges

Le contenu des cahiers des charges

La rédaction des cahiers des charges d'appels d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir d'énergies renouvelables, relève, comme on l'a dit, d'un cadre spécifique inscrit dans le Code de l'énergie.

Les projets de cahiers des charges sont préparés par la CRE dans les conditions fixées par l'[article R. 311-12 du Code de l'énergie](#) dans le cas d'une procédure d'appel d'offres et dans les conditions fixées à l'[article R. 311-25-12 du Code de l'énergie](#) dans le cas d'un dialogue concurrentiel.

Dans les deux cas, les cahiers des charges doivent comporter les précisions ci-après :

- Le contexte et l'objet de l'appel d'offres

Les cahiers des charges décrivent tout d'abord les caractéristiques de l'appel d'offres.

L'appel d'offres peut ainsi porter sur l'exploitation d'installations de production d'électricité situées qui utilisent l'énergie mécanique du vent (éoliennes), des installations qui produisent de l'électricité à partir de l'énergie solaire (« Centrales au sol ») ou à partir de biomasse, des installations de cogénération de chaleur et d'électricité ou encore des installations de production d'électricité à partir d'énergies renouvelables en autoconsommation.

Le cahier des charges décrit également la zone géographique concernée et la puissance maximale recherchée. Ainsi un appel d'offres peut porter sur une puissance maximale de 40 MW, répartie en deux périodes de candidature de 20 MW chacune.

En outre, les appels d'offres sont parfois divisés en plusieurs lots dénommés « famille », par exemple pour des installations photovoltaïques au sol, les lots correspondent aux puissances.

- Les conditions d'admissibilité des offres

Les cahiers des charges comportent généralement plusieurs conditions d'admissibilité qui tiennent aux limites de puissance et aux distances entre installations. Ainsi, un appel d'offres peut parfois prévoir que seules peuvent concourir les installations pour lesquelles la somme de la puissance de l'installation et

de la puissance des installations candidates à l'appel d'offres situées à une distance inférieure à 500 mètres est inférieure ou égale à 500 kW.

Il faut aussi relever que les cahiers des charges mentionnent un critère de « nouveauté » de l'installation. Ainsi, seules peuvent concourir des installations nouvelles c'est-à-dire dont aucun des organes fondamentaux n'ont jamais produit de l'électricité.

De même le candidat doit être producteur de l'installation et ne peut pas indiquer dans son offre qu'une autre société sera le producteur de l'installation au cas où le projet serait retenu.

Enfin, des conditions d'implantation de l'installation peuvent être fixées. Afin de préserver les espaces boisés et agricoles et de minimiser l'impact environnemental des projets, il peut être prévu que seules peuvent concourir les installations dont l'implantation remplit une ou plusieurs conditions, par exemple, le terrain d'implantation se situe soit, sur une zone urbanisée ou à urbaniser d'un PLU, soit sur une zone naturelle d'un PLU ou d'un POS portant mention « énergie renouvelable », « solaire », ou « photovoltaïque ».

- La forme de l'offre et les pièces à produire

Le cahier des charges doit contenir la liste exhaustive des indications et des pièces à produire par les candidats pour permettre l'appréciation des offres au regard de ces critères (identification du candidat, courte description du projet).

Le dépôt des offres s'effectue sur une plateforme en ligne mise en place par la CRE qui assure notamment, comme indiqué précédemment, la gestion matérielle de la procédure.

Aucune modification n'est possible entre le dépôt de l'offre et la décision du ministre chargé de l'énergie désignant les lauréats de l'appel de d'offres.

- La notation des offres

Le cahier des charges comporte ensuite la liste exhaustive des critères de notation des offres, leur pondération ou leur hiérarchisation.

À titre d'exemple, un cahier des charges peut comporter les critères suivants :

- Prix (NP) ;

- Impact carbone (NC) : ce critère prend en compte les émissions de gaz à effet de serre liées à la production du module, aux équipements de procédés, aux bâtiments et utilités. La note est établie à partir de la valeur de l'évaluation carbone des modules proposée par le candidat et des bilans carbone plafond ECSup et bilan carbone plancher ECSinf ;

- Pertinence environnementale (NE) : ce critère concerne le terrain d'implantation de l'installation. Le Préfet indique dans un certificat si celui-ci est dégradé ;

- Non-défrichement : le projet ne doit pas être soumis à autorisation de défrichement, et le terrain d'implantation ne doit pas avoir fait l'objet de défrichement au cours des cinq années précédant la date limite de dépôt des offres ;

- Détention de l'Autorisation d'Urbanisme (NA) : lorsque le candidat dispose déjà de l'autorisation d'urbanisme, la note est maximale.

- Les procédures suite à la désignation des lauréats

L'information des candidats est réalisée conformément à l'[article R. 311-23 du Code de l'énergie](#), à savoir que le ministre chargé de l'énergie désigne les candidats retenus et avise tous les autres candidats du rejet de leurs offres.

Dans le cas où, après l'examen des projets retenus par la CRE, le choix envisagé par le ministre n'est pas conforme au classement de la commission, le ministre recueille préalablement l'avis de la commission sur le choix qu'il envisage. Elle dispose pour ce faire d'un délai de quinze jours au-delà duquel son avis est réputé donné.

La CRE publie la liste des candidats retenus ainsi qu'une version non confidentielle du rapport de synthèse sur l'analyse des offres sur son site.

- Les obligations du candidat après sélection de son offre

La remise d'une offre vaut engagement du candidat à respecter l'ensemble des obligations de toute nature figurant au présent cahier des charges en cas de sélection de son offre.

En premier lieu, le candidat dont l'offre a été retenue doit déposer sa demande de raccordement dans un délai de deux mois suivant sa désignation.

Ce délai peut être prolongé de deux mois après l'obtention des autorisations d'urbanisme ou des autorisations environnementales le cas échéant, pour les offres qui ne les auraient pas encore obtenues au moment du dépôt.

En deuxième lieu, le candidat est tenu de mettre en service l'installation dans les conditions du cahier des charges et de la réaliser conformément aux éléments du dossier de candidature.

Et conformément à l'article R. 111-27-1 du Code de l'énergie, la prise d'effet du contrat est subordonnée à la fourniture par le producteur à EDF d'une attestation de conformité de son installation.

En troisième lieu, le candidat doit, dans certains cas, constituer une garantie financière d'exécution (garantie à première demande émise au profit de l'État par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance ou consignation entre les mains de la Caisse des Dépôts et Consignations).

En quatrième lieu, lors du démantèlement de l'installation ou en cas de renouvellement des parties électrogènes de l'installation, le candidat doit récupérer les éléments productifs de son installation et les confier à un organisme spécialisé dans le recyclage de ces dispositifs.

- Le contrat

Les installations admissibles bénéficieront d'un soutien par le biais d'une obligation d'achat imposée à certains fournisseurs d'électricité ou d'un complément de rémunération.

Il s'agit des deux modes de rémunération en vigueur à ce jour qui visent à permettre aux producteurs de couvrir les coûts de leur installation tout en assurant une rentabilité normale de leur projet.

S'agissant du contrat d'obligation d'achat, le co-contractant est soit EDF, soit une entreprise locale de distribution en fonction du réseau public de raccordement de l'installation.

Le co-contractant est compensé pour les coûts supplémentaires qu'il supporte en raison de l'obligation d'achat. Les coûts supplémentaires correspondent à la différence entre le tarif d'achat et le prix du marché auquel le co-contractant vend l'électricité achetée sous contrat d'achat.

S'agissant du contrat de complément de rémunération, il est conclu avec EDF, conformément à l'article L. 311-13-2 du Code de l'énergie. Ce complément se calcule comme la différence entre un tarif de référence et le prix de marché de référence. Il constitue une prime qui vient compenser l'écart entre les revenus tirés de la vente d'électricité sur le marché par le producteur et un niveau de rémunération de référence, fixé selon le type d'installations par la puissance publique dans le cadre d'un arrêté tarifaire ou par le producteur dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence.

Le tarif de référence T du complément de rémunération est spécifié dans chaque offre déposée et pour les projets sélectionnés, et sera constitutif du tarif de référence servant à déterminer le complément de rémunération après déduction du prix du marché.

EDF est tenue de conclure ce contrat avec le lauréat qui doit reprendre les conditions du cahier des charges et les caractéristiques de l'offre déposée (puissance installée et prix de référence).

À cet effet, le producteur adresse une demande de contrat à EDF qui instruit la demande et transmet au producteur le projet de contrat dans un délai de trois mois.

Ce contrat est conclu dans les six mois qui suivent la demande qui en est faite par le lauréat.

De même, les producteurs d'électricité renouvelable dont la production bénéficie d'un mécanisme de soutien n'ont pas la possibilité de valoriser les garanties d'origine : détenues par l'État, celles-ci seront mises aux enchères tous les mois, à compter de la fin de l'année.

Cette perte de valorisation de la garantie d'origine se retrouve de facto dans le montant de soutien versé au producteur, qui est augmenté d'autant.

Ainsi dans le cadre des cahiers des charges, pour bénéficier du complément de rémunération, le lauréat doit, conformément au dernier alinéa de l'article R. 311-27-6 du Code de l'énergie, renoncer au droit d'obtenir la délivrance des garanties d'origine pour l'électricité produite par l'installation pendant toute la durée du contrat. Le contrat prend généralement effet une fois que le producteur a fourni à EDF une attestation de conformité de son installation.

Le contrat est conclu pour l'installation et reste en vigueur tout au long de la vie de cette installation dans la limite d'une durée de dix ans. La fin d'exploitation de l'installation peut intervenir après l'expiration du contrat.

- Les modalités de contrôle et de sanction

Ces contrôles peuvent intervenir lors de la mise en service de l'installation ou périodiquement. Ils sont réalisés sur demande du préfet afin de s'assurer que ces installations ont été construites ou fonctionnent dans les conditions requises par la réglementation, par les conditions de la procédure de mise en concurrence ou par le contrat dont elles bénéficient en application du même article L. 311-12. Ces contrôles sont effectués aux frais du producteur par des organismes agréés.

Le décret n° 2016-1726 du 14 décembre 2016 relatif à la mise en service, aux contrôles et aux sanctions applicables à certaines installations de production d'électricité codifié au sein du Code de l'énergie, précise les caractéristiques des installations, la périodicité et les modalités de fonctionnement du système de contrôle.

Les apports du décret n° 2019-1175 du 14 novembre 2019

Le décret modifie tout d'abord le Code de l'énergie, à compter du 1er janvier 2021, afin de réduire le délai entre la publication d'un avis d'appel à la concurrence au JOUE et la date limite de dépôt des offres.

Auparavant, il était laissé aux candidats un délai d'au moins six mois à compter de la date de publication de l'avis au JOUE pour déposer leurs offres. Désormais, le délai a été raccourci à trente-cinq jours (15).

Il en va de même pour la procédure de dialogue concurrentiel (16), où le délai a été raccourci à trente jours au lieu de six mois.

Il s'agit toutefois de délais minimum. Aussi, le ministre chargé de l'énergie pourra toujours octroyer aux candidats un délai supérieur pour déposer leurs offres.

Le décret modifie ensuite le Code de l'énergie afin de permettre des modifications non substantielles des cahiers des charges des appels d'offres et dialogues concurrentiels.

Le ministre chargé de l'énergie peut, postérieurement à la désignation des candidats retenus de l'appel d'offres, apporter au cahier des charges relatif à la procédure d'appel d'offres (17) ou à celui relatif à la procédure de dialogue concurrentiel (18) des modifications non substantielles, en vue d'en adapter ou d'en simplifier le contenu. Ces modifications ne peuvent conduire à remettre en cause les règles sur lesquelles a reposé la désignation des candidats retenus, en particulier les critères d'admissibilité, de classement et de sélection des offres.

Pour autant, le décret ne définit pas la notion de « modification substantielle ».

Les modifications permises a posteriori peuvent concerner :

- les reports des délais de mise en service industrielle des installations prévus par les cahiers des charges ;
- la satisfaction des obligations d'information de l'autorité compétente incombant, selon le cas, aux candidats retenus ou aux producteurs, en cas de changement du producteur, de l'actionnariat, du fournisseur, de la puissance installée ou du terrain d'implantation des installations ;
- les changements de producteurs, d'actionnaire, de fournisseur de puissance installée ou de terrain d'implantation de l'installation soumis à autorisation ;
- les garanties financières requises ;
- le calcul des pénalités tarifaires fixées ;
- l'adaptation des marges d'évolution permises par les cahiers des charges en matière de caractéristiques énergétiques et techniques des installations.

Le projet de modification du cahier des charges est transmis, pour avis, par le ministre chargé de l'énergie à la Commission de régulation de l'énergie.

La CRE dispose ensuite d'un délai de quinze jours pour s'assurer du respect des conditions relatives aux modifications et émettre un avis favorable ou défavorable, lequel conduira le ministre à réexaminer son projet de modification.

(1) Les installations, d'une capacité limitée, visées aux articles R. 311-1 et R. 311-2 du Code de l'énergie sont autorisées de plein droit.

(2) Décret n° 2020-456 du 21 avril 2020, art. 3.

(3) Code de l'énergie, art. L. 311-12.

(4) Code de l'énergie, art. L. 314-1 et s..

(5) Code de l'énergie, art. R. 311-12.

(6) Code de l'énergie, art. R. 311-12. Cette seconde forme de procédure a été introduite par l'ordonnance n° 2016-1059 du 3 août 2016, relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables. Antérieurement, seule la procédure d'appel d'offre était prévue par le Code de l'énergie.

(7) Code de l'énergie, art. L. 311-10-1.

(8) CE 24 juillet 2019, Société Nass et Wind smart services, req. n° 416862.

(9) CE 21 août 2019, Sociétés WPD Offshore GmbH et WPD Offshore France, req. n° 418918.

(10) CE 24 juillet 2019, Société Nass et Wind smart services, req. n° 416862, préc.

(11) Code de l'énergie, art. R. 311-13.

(12) CCP, art. L. 2124-4.

(13) Rapport de la Cour des comptes, « Le soutien aux énergies renouvelables » - mars 2018, p. 65.

(14) Code de l'énergie, art. R. 311-25-9.

(15) Code de l'énergie, art. R. 311-13 5°.

(16) Code de l'énergie, art. R. 311-25-12.

(17) Code de l'énergie, art. R. 311-16.

(18) Code de l'énergie, art. R. 311-25-14.

Mots clés

Appel d'offres - Cahier des charges - Délais - Dialogue concurrentiel - Offres

Mes annotations (0)
