

Acheteurs publics : **la mise en concurrence** **des fournisseurs d'électricité** **et de gaz naturel**

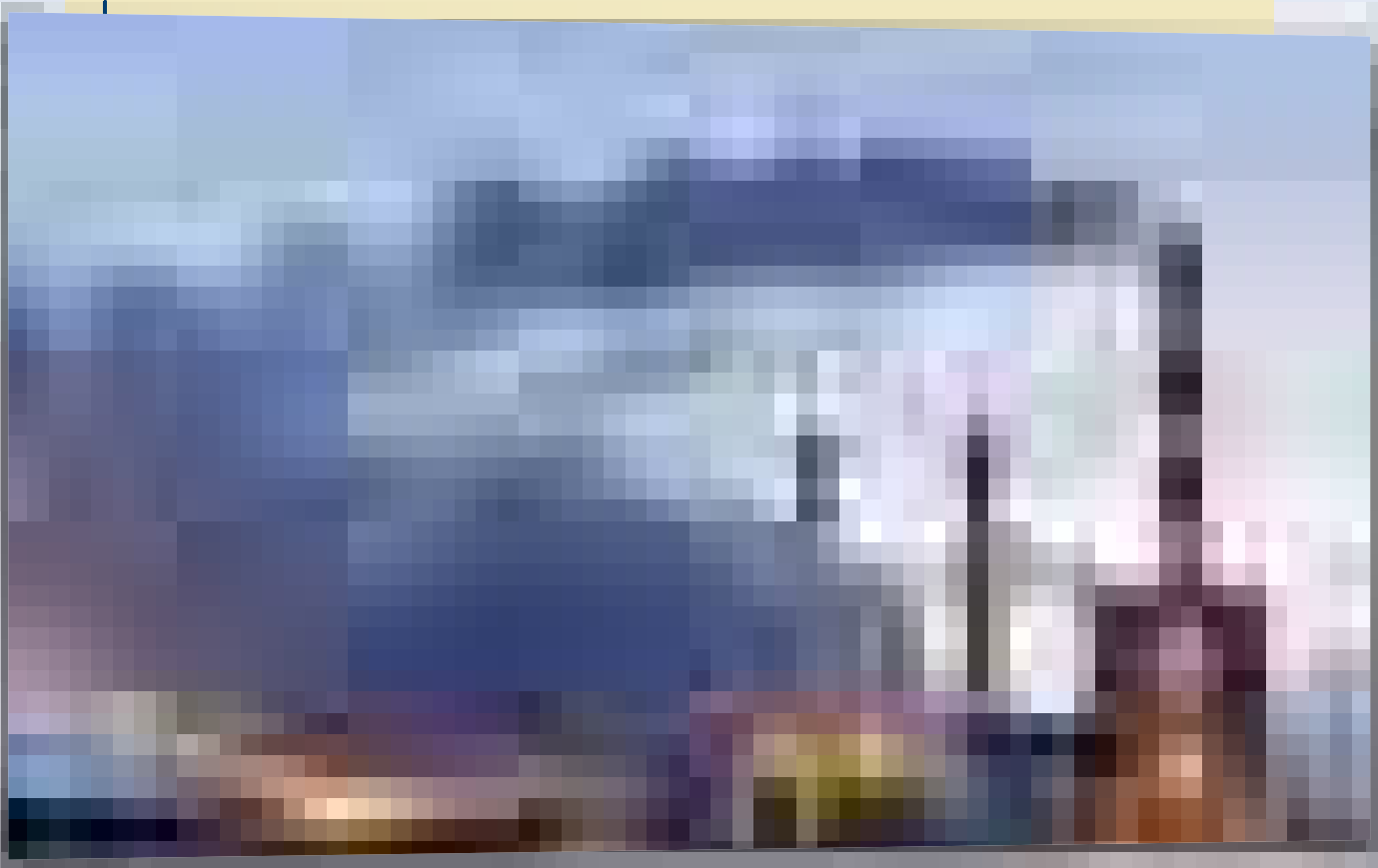
Sous l'effet de la libéralisation, l'ordonnancement « à la française » de notre paysage énergétique a été profondément redessiné.

« Ai-je le choix ? Vais-je y gagner ? Comment s'y prendre ? » : la disparition du monopole légal de fourniture soulève des questions singulièrement inédites pour les acheteurs publics d'électricité ou de gaz.

1 Obligation ou liberté ?

2 Risque ou opportunité ?

3 Les points clés de la consultation



1

Obligation ou liberté ?

La collectivité peut-elle s'approvisionner à des tarifs publics sans formalité particulière auprès des opérateurs historiques, EDF pour l'électricité et Gaz de France pour le gaz (GDF SUEZ depuis la fusion), ou doit-elle appliquer les règles de la commande publique et conclure un contrat à des prix de marché ? Politiquement sensible et donc juridiquement instable, cette question a fait l'objet de pas moins d'une demi-douzaine de lois depuis l'été 2004, de sorte que la règle du jeu est devenue relativement complexe.

Les cas de mise en concurrence facultative

S'agissant des contrats en cours bénéficiant des tarifs réglementés servis par les opérateurs historiques, la loi est claire ¹ : le Code des marchés publics n'impose pas à la collectivité d'exercer son éligibilité, c'est-à-dire de mettre ses fournisseurs en concurrence. Par ailleurs, et même si la question n'a jamais été explicitement débat-

éligibilité, la collectivité peut y revenir mais uniquement pour un contrat de fourniture électrique, souscrit avant le 1^{er} juillet 2010 et dont la puissance est égale ou inférieure à 36 kVA₃. Pour un nouveau site, la souscription d'un contrat est dispensée de mise en concurrence s'il s'agit également d'un site électrique et à la condition qu'il soit raccordé au réseau avant le 1^{er} juillet 2010 ⁴.

L'application obligatoire du Code des marchés publics

La collectivité doit conclure un contrat selon les règles du Code des marchés publics dans toutes les hypothèses où le site ne peut légalement pas avoir accès aux tarifs réglementés.

La première concerne les sites gaziers nouvellement mis en service (raccordement, conversion au gaz d'une chaudière au fioul). Elle résulte de l'intervention du Conseil constitutionnel qui, quelque temps avant l'ouverture totale des marchés en juillet 2007 ⁵, avait jugé que le maintien des tarifs réglementés pour les nouveaux sites méconnaissait manifestement les objectifs européens. Si le législateur a pu rétablir le droit aux tarifs pour les nouveaux sites électriques, les conséquences de cette décision demeurent aujourd'hui entières s'agissant des nouveaux contrats gaziers de la collectivité : depuis le 1^{er} juillet 2007, les règles de la commande publique doivent être respectées pour la conclusion de tout nouveau contrat de gaz. Aussi peut-il être opportun, en gaz, de passer un marché global destiné à intégrer toutes les nouvelles mises en service.

Les autres hypothèses correspondent aux sites existants mais ne bénéficiant plus des tarifs réglementés, l'exercice de l'éligibilité étant en effet irréversible pour les professionnels. La collectivité est obligée de souscrire un contrat selon le Code des marchés publics dans deux cas : lorsqu'elle reprend un site sur lequel le précédent occupant avait déjà fait jouer son éligibilité (à l'exception du cas, précédemment évoqué, des plus petits contrats électriques souscrits avant juillet 2010) ; elle doit à plus forte raison appliquer le code quand elle renouvelle un contrat qu'elle aurait, elle-même, fait sortir des tarifs réglementés sans forcément d'ailleurs l'avoir toujours souhaité.

Des pratiques opposées pour les nouveaux sites

En effet, le sort à réserver aux nouveaux sites n'avait pas été explicitement réglé au moment de l'ouverture des marchés aux collectivités, en juillet 2004. Dans le

tue, la reconduction de ces contrats, dont la plupart se renouvèle tacitement par période d'un an, est également admise. Ainsi, sauf si elle en décide autrement, la collectivité conserve, avec les opérateurs historiques, l'ensemble de ses contrats, qui se poursuivent aux conditions habituelles.

Pour un nouveau contrat, il convient cette fois de faire une distinction selon que la collectivité le souscrit pour un site existant précédemment occupé (acquisition d'un bâtiment, reprise en régie d'un site auparavant délégué, etc.) ou pour un nouveau site (raccordement d'un équipement).

Dans le premier cas, la collectivité peut toujours souscrire un nouveau contrat sans mise en concurrence, aussi bien en gaz qu'en électricité, à la condition que le site bénéficie encore des tarifs réglementés ². Si l'ancien occupant les avait déjà quittés en ayant exercé son

silence des textes, les opérateurs historiques avaient, sur le terrain, suivi une attitude diamétralement opposée : EDF acceptait, sur demande écrite de la collectivité, de délivrer des contrats aux tarifs réglementés pour les nouveaux sites électriques alors que Gaz de France le refusait pour les nouveaux sites gaziers. Avant que la loi du 13 juillet 2005 ne rétablisse le droit aux tarifs réglementés pour les nouveaux sites gaziers (ils le

perdront de nouveau en juillet 2007 !), toute nouvelle mise en service a donné lieu à la conclusion, avec Gaz de France ou un autre fournisseur, d'un contrat en offre de marché, le plus souvent d'une durée d'un an. Les collectivités ayant dans leur patrimoine un tel contrat doivent ainsi, quand il arrive à échéance, en conclure un nouveau selon les règles du Code des marchés publics.

Cas d'application obligatoire du Code des marchés publics aux achats d'énergie

		En électricité	En gaz
Sur un site existant, la collectivité est titulaire d'un contrat	Aux tarifs réglementés	NON	
	En offre de marché	OUI À l'expiration du contrat	
La collectivité souhaite souscrire un nouveau contrat	Pour un site existant	Aux tarifs réglementés	NON
		En offre de marché	NON Si ≤ 36 kVA et avant juillet 2010
			OUI Si > 36 kVA
Pour un nouveau site		NON Si raccordé avant juillet 2010	OUI Depuis juillet 2007

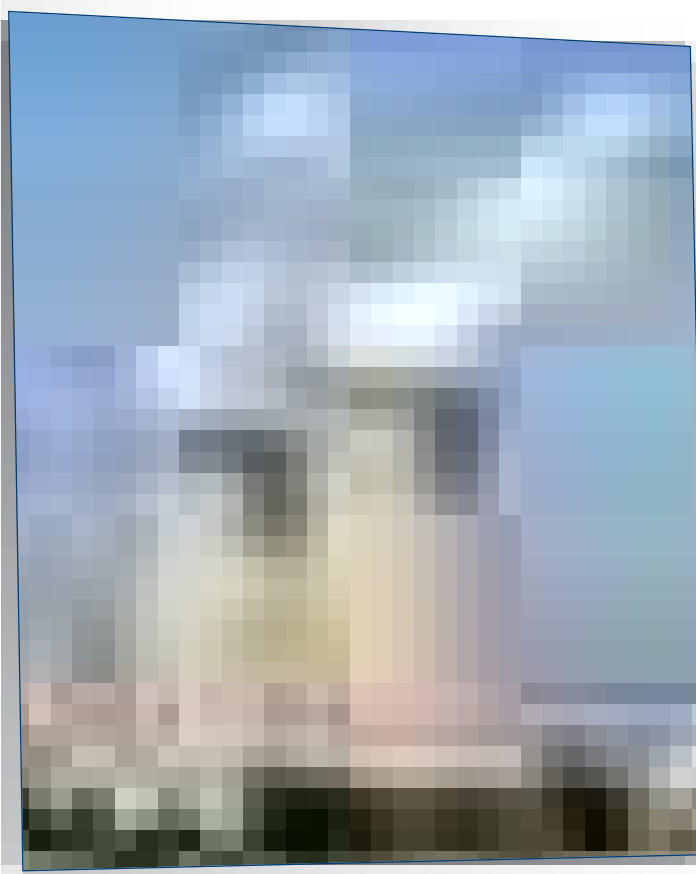
Remarque : dans les cas où le Code des marchés publics ne s'applique pas obligatoirement, la collectivité demeure évidemment libre de procéder de son plein gré à une mise en concurrence selon ce code.

2 Risque ou opportunité ?

Quelle résulte d'un choix ou d'une contrainte légale, la mise en concurrence peut être envisagée comme un risque à courir ou une opportunité à saisir. Des éléments de réponse existent tant au regard du prix que de la qualité de la prestation.

Les enjeux financiers d'une mise en concurrence

À titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler que la libéralisation n'a d'impact financier que sur une partie du prix de l'énergie qui, en effet, recouvre des coûts (frais d'acheminement et taxes) ne dépendant pas du fournisseur choisi. La concurrence ne s'exerce donc que sur la part correspondant à la fourniture et qui ne représente en moyenne qu'à peine la moitié du prix payé, de sorte qu'il vaut mieux ne pas nourrir trop d'espoirs quant aux possibilités de gains dans ce domaine.



Mais ce sont les risques financiers qui se trouvent bien plus souvent au centre des débats sur la libéralisation, tant les prix du marché concurrentiel semblent être aujourd'hui plus élevés que les tarifs publics.

Cependant, cette configuration pourrait rapidement évoluer. Deux procédures d'infraction sont actuellement engagées par la Commission européenne contre la France, notamment au motif que le niveau des tarifs publics de l'électricité serait déconnecté de la réalité du marché. Les dernières augmentations en août 2008 (+ 2 % sur les tarifs bleus, 6 % sur les jaunes et 8 % sur les verts) ont ainsi été jugées insuffisantes par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) qui a néanmoins souligné qu'elles constituaient « une première étape importante sur la trajectoire visant à atteindre les niveaux de couverture prévus par la loi ».

Dépendance énergétique oblige, tarifs publics du gaz et prix de marché convergent nettement

La hausse inéluctable des tarifs du gaz

Le mouvement de convergence entre les tarifs publics et les prix de marché est encore plus net pour le gaz : dépendance énergétique oblige, le prix d'achat du gaz, pour tous les fournisseurs, est exogène (et mécaniquement lié aux cours pétroliers). De surcroît, le nouveau tarif social du gaz, complétant le dispositif existant en électricité, donne à penser que l'intervention publique va se repositionner en faveur des seuls clients démunis, la régulation tarifaire ne pouvant mettre les autres consommateurs indéfiniment à l'abri du mouvement mondial de renchérissement des énergies.

Quand les offres de marché rivalisent avec les tarifs publics

En 2005, l'appel d'offres électrique rassemblant une centaine de collectivités publiques franciliennes sous l'égide du Sipperec (Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication) avait été déclaré infructueux, faute d'avoir pu susciter des prix attractifs.

Un an après, le Sigeif (Syndicat intercommunal pour le gaz et l'électricité en Ile-de-France) constatait à son tour, à l'issue de sa consultation gazière, que la concurrence ne pouvait rivaliser avec les tarifs publics.

Fin 2007, le Sigeif a lancé un second appel d'offres fédérant 170 acheteurs publics franciliens (communes, EPCI, collèges, hôpitaux...) pour une consommation annuelle estimée à 810 GWh et un budget d'environ 35 millions d'euros par an. Cette fois, deux lots ont pu être attribués avec des gains significatifs par rapport aux tarifs réglementés (de - 5 à - 10 %) : l'un, à Gaz de France, rassemblant tous les nouveaux sites gaziers soumis à l'obligation légale de mise en concurrence, l'autre à Tegaz (filiale de Total) concernant les plus gros sites de consommation.

Mise en concurrence et qualité de la prestation

En dehors du prix, l'opportunité d'une mise en concurrence se juge également à l'aune des relations nouées dans le cadre des contrats en cours avec les fournisseurs historiques et dont on peut tout de même constater le léger durcissement depuis quelques années : facturation de la mise à disposition, auparavant « gratuite », des données numériques pour les logiciels de gestion de l'énergie, pénalités pour non-respect des engagements de consommation (contrat gaz B25), et majorations pour non-paiement dans le délai de quinze jours (sans d'ailleurs que la collectivité ne puisse invoquer la règle du paiement à quarante-cinq jours du Code des marchés publics qui ne s'applique paradoxalement pas aux contrats aux tarifs réglementés).

Une mise en concurrence tranche avec ce contexte dans lequel la collectivité ne maîtrisait aucunement ces conditions générales de vente, sorte de contrats d'adhésion unilatéralement établis et modifiés à l'initiative des opérateurs historiques. Elle confère ainsi à la collectivité, en tant qu'acheteur public, la prérogative de déterminer dans son cahier des charges la gamme de services qu'elle entend associer à la fourniture d'énergie et dont le premier est évidemment la facture (contenu, fréquence, regroupements éventuels).

À titre d'illustration, le Sigeif a, dans son marché de gaz naturel, prévu la possibilité de simplifier la gestion

comptable en réduisant le nombre de factures tout en conservant le détail site par site pour une bonne gestion énergétique. En lieu et place du principe classique « un site – une facture », le titulaire du marché adresse désormais une seule facture, accompagnée en annexe des données de consommation concernant un ensemble de sites regroupés selon les besoins de l'acheteur (par services utilisateurs, par imputation budgétaire...).

Un lot spécifique pour l'efficacité énergétique

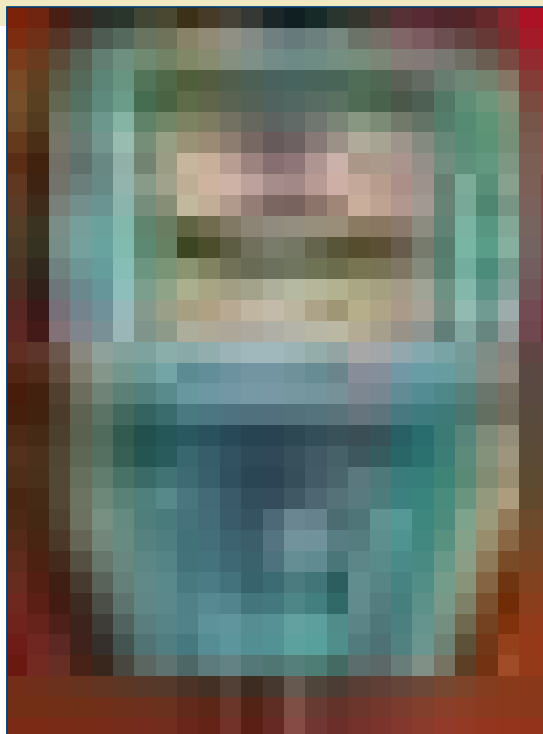
D'autres prestations de gestion de l'énergie peuvent être mises à la charge du titulaire du marché : outils de suivi des consommations, transmission numérique de leurs données, relations clientèle, etc. Une liste trop exhaustive risque cependant d'empêcher certains petits fournisseurs de se porter candidats. En tout état de cause, il faut se garder de faire de la maîtrise de l'énergie « à tout prix » et éviter, au-delà des services ci-dessus évoqués, d'alourdir son marché en y intégrant des services d'efficacité énergétique proprement dits, à réserver plutôt dans un lot spécifique.

Appel d'offres du SIGEIF : un lot MDE-ENR centré sur l'efficacité énergétique

Aujourd'hui, l'augmentation du prix des énergies favorise des investissements en efficacité énergétique de nature à réduire les budgets de fonctionnement¹. Dans ce contexte, il est plus que jamais d'actualité de définir des plans pluriannuels d'amélioration du patrimoine basés sur des diagnostics thermiques qui ont beaucoup progressé depuis l'époque du Fonds spécial grands travaux de l'AFME dans les années quatre-vingt. À la faveur de son appel d'offres de gaz naturel, le SigEIF a ainsi prévu un lot « MDE-ENR », attribué conjointement à la société Deltawatt et au cabinet Vail. Pour le volet MDE, le diagnostic thermique constitue un outil d'aide à la décision en offrant à la collectivité une approche par bâtiment mais également une vue synthétique multicritère pour l'ensemble du patrimoine.

Les préconisations sont hiérarchisées selon les gains escomptables (en euros, kWh et kg de CO₂) et classées en travaux sur opportunité et travaux volontaires. La prestation, s'appuyant sur l'utilisation d'un logiciel développé par Deltawatt, inclut également l'affichage réglementaire du diagnostic de performance énergétique. Si l'opportunité de recourir au volet EnR est confirmée, la collectivité peut alors lancer une étude solaire thermique conduite par le Cabinet Vail et débouchant sur un dossier de consultation permettant de lancer des travaux.

1. En moyenne 36 euros/habitant, 510 kWh/habitant selon l'enquête nationale ADEME-AITF-EDF-Gaz de France « Énergie et patrimoine communal », édition 2005.



En tout état de cause, la mise en concurrence n'a aucune conséquence sur les prestations qui demeurent assurées en monopole, notamment sous la responsabilité des gestionnaires de réseaux de distribution (GRD). Ces entités (ERDF et GrDF), désormais autonomes au sein des fournisseurs historiques, assurent les raccordements (mise en service d'un nouveau site, déplacement d'ouvrage, conversion au gaz), les relevés, les dépannages, etc. Elles sont également responsables de la qualité et de la continuité de la fourniture (tension de l'électricité, pouvoir calorifique, pression et odorisation du gaz, etc.). Toutes ces prestations ne dépendent donc absolument pas du fournisseur choisi par la collectivité et n'ont pas à être traitées dans son cahier des charges.

Un contrat peut en cacher un autre

Auparavant, la collectivité nouait une relation avec opérateur « intégré » chargé d'accomplir à la fois une prestation de fourniture et de distribution. Dans le cadre de l'ouverture des marchés, elle est bénéficiaire de prestations accomplies désormais par deux acteurs différents, le fournisseur (en concurrence) et le GRD (hors concurrence).

Le dispositif du « contrat unique » dispense cependant la collectivité de conclure, parallèlement à son contrat de fourniture, un contrat spécifique d'accès au réseau. Sauf pour un dépannage (numéro systématiquement indiqué sur les factures), c'est par l'intermédiaire de son fournisseur que la collectivité demande une intervention du GRD et, le cas échéant, la paie (par exemple un relevé spécial, ou changement de compteur) selon un tarif non négociable indiqué dans le « catalogue de prestations » téléchargeable sur le site de chaque GRD (erfdistribution.fr et grdf.fr).

La CRE (Commission de régulation de l'énergie) a précisé que le client bénéficie des mêmes droits et obligations que s'il avait conclu un contrat d'accès au réseau de sorte qu'il peut engager directement la responsabilité du GRD.

3 Les points clés de la consultation

Une mise en concurrence des fournisseurs pré suppose une bonne connaissance d'un marché qui présente de nombreuses spécificités auxquelles l'acheteur public doit savoir s'adapter.

Bien connaître le marché et son fonctionnement

Une procédure de mise en concurrence nécessite ainsi un investissement assez long des services de la collectivité (juristes et techniciens). Bien en amont de cette procédure, des échanges avec d'autres collectivités ayant déjà mené une consultation, ainsi qu'avec les fournisseurs, peuvent aider à se familiariser avec un domaine dans lequel n'existent encore que peu de retours d'expérience et, contrairement aux télécommunications, aucun guide officiel diffusé par les pouvoirs publics.

La plupart des fournisseurs présents sur le marché français sont recensés sur le site public www.energie-info.fr. Le nombre de concurrents est sensiblement plus réduit en gaz qu'en électricité puisque seuls des fournisseurs spécifiquement autorisés, faisant preuve de garanties renforcées en matière de sécurité d'approvisionnement, peuvent se porter candidat à une consultation lancée par une collectivité revêtue du statut

de « client exerçant des missions d'intérêt général » : administration recevant du public, établissement scolaire, pénitencier, hôpital, maison de santé ou de retraite, caserne de pompiers...

La liste officielle de ces fournisseurs gaziers est consultable sur le site www.industrie.gouv.fr/energie.

Suffisamment informée, la collectivité doit ensuite dresser un état des lieux précis de ses contrats puisqu'il lui faut impérativement mentionner, dans les pièces constitutives de son marché, l'identifiant de chaque site mis en concurrence. Véritable « sésame » permettant aux fournisseurs de se relier au système d'information des GRD, il s'agit du numéro du « point de livraison » (PDL) en électricité et du « point de comptage et d'estimation » (PCE) en gaz. À la date d'effet du nouveau marché, les contrats en cours aux tarifs réglementés sont alors automatiquement et gratuitement résiliés. La collectivité signalera également, à titre indicatif, tout retrait ou mise en service de site intervenant durant le marché.

Quantifier l'énergie consommée ?

L'article 76 VIII du Code des marchés publics consacré aux « achats d'énergies non stockables » dispense l'acheteur (sauf s'il passe un marché à bons de commande) d'indiquer la quantité précise d'énergie : elle est simplement « constatée » en fin de marché. Pour que les candidats puissent convenablement bâtir leurs offres, il est néanmoins recommandé que le règlement de la consultation contienne certaines données de consommation attachées à chaque contrat : profil et facteur puissance en électricité et, pour le gaz, profil et consommation annuelle de référence (CAR). Propriété de la collectivité, ces données peuvent être récupérées auprès du GRD. Tout changement notable de la consommation d'un site en cours de marché peut également être mentionné.

Il est en revanche inutile de collecter une courbe de charge dans l'immense majorité des cas, hormis pour les sites, pratiquement absents du patrimoine d'une collectivité (même en tarif vert), transmettant des données en « temps réel » (par demi-heure en électricité, à la journée en gaz). Seules ces courbes de charges sont en effet exploitables et susceptibles d'intéresser les candidats au marché. Il est pareillement inopérant d'utiliser les courbes de charges afin de déterminer un allotissement selon le « ruban » et la « dentelle ».

Adapter sa stratégie de consultation

Classiquement, le code offre à l'acheteur public d'énergie le choix entre un marché à bons de commande, un marché non fractionné ou encore un accord-cadre. En revanche, une intéressante dérogation en matière de détermination du seuil de procédure a été légalement instituée (article 30 de la loi du 9 août 2004). Ainsi, contrairement au principe de prise en compte de la valeur totale des fournitures considérées comme « homogènes », seule la consommation du ou des seuls sites que l'acheteur met en concurrence (valeur de l'ensemble des factures annuelles multipliée par le nombre d'année du marché) déterminera la procédure à suivre (adaptée ou formalisée).

Le « juste prix » de l'énergie

Le prix est typiquement la clause dont la rédaction implique de concilier, de façon pragmatique, les prescriptions du code avec la réalité du secteur électrique et gazier. L'acheteur doit être conscient qu'un cahier des charges inadapté, notamment sur ce point, est susceptible de renchérir les offres de prix voire de rendre la procédure infructueuse.

Une procédure nouvelle et complexe milite pour le regroupement des commandes

Plusieurs bonnes pratiques favorisent l'obtention d'un « juste prix » de l'énergie. La collectivité doit d'abord privilégier une durée ferme de marché et éviter les clauses de reconduction, source d'incertitude pour le fournisseur. Ensuite, le cahier des charges doit permettre aux candidats de répercuter, dans le prix remis, tout ou partie des coûts qu'ils supportent. Puisque les fournisseurs sont facturés par le GRD, pour chaque point de livraison, selon un prix comportant un abonnement et un terme de quantité, la clause de prix peut prévoir une part forfaitaire exprimée en euros/an (le cas échéant plafonnée) et une part unitaire s'appliquant aux quan-

« couvrir ». La mécanique de l'accord-cadre offre ici une piste intéressante en ce qu'elle permet de découpler la phase de présélection des fournisseurs, selon le formalisme exigé par le code, de la dévolution du marché subséquent, plus souple. Lors de son appel d'offres gazier, le Sigeif a ainsi placé l'analyse des dossiers techniques au niveau de l'attribution de l'accord-cadre pour être ensuite en mesure d'attribuer le marché subséquent sur la base d'une offre de prix dont la durée de validité était limitée à 48 heures.

Prix ferme et prix révisable

Quant à la forme du prix, l'acheteur doit opter, dans son cahier des charges, entre un prix ferme ou un prix révisable (article 18 II du CMP). Sans pouvoir encore bénéficier de beaucoup de recul, on observe que, pour obtenir un prix ferme (invariable pendant toute la durée du marché), l'acheteur doit s'efforcer de remplir plusieurs conditions : un périmètre figé (ni retrait, ni ajout de site), une très courte période de validité de l'offre, une durée limitée du marché (pas plus de trois ans en gaz). À défaut, le marché sera conclu à prix révisable ce qui, au demeurant, est la forme de prix selon laquelle le gaz et l'électricité ont toujours été facturés.

La libéralisation tourne ainsi une longue page d'histoire, en faisant peu à peu basculer l'achat d'énergie dans un cadre entièrement concurrentiel, résolument nouveau et relativement complexe. Isolément, les collectivités ne disposent pourtant pas forcément du temps ou des compétences nécessaires, et leurs faibles consommations ne sont pas toujours de nature à susciter la concurrence des fournisseurs. Dans ce domaine, la dynamique intercommunale, sous la forme de grou-

pements de commandes, peut constituer un levier leur permettant de tirer pleinement parti de l'ouverture des marchés. ■

tités fournies, exprimée en euros/MWh. L'article 17 du code autorise ce type de marché à prix « mixte ».

Le prix d'un site ultérieurement mis en service, à défaut d'être établi initialement, pourra faire l'objet d'une formule fixant les modalités de sa détermination (article 12 du CMP), par exemple en fonction de sa consommation prévisionnelle. Il est à noter que deux taux de TVA coexistent pour le prix de l'énergie : 5,5 % sur la part forfaitaire pour tous les contrats de gaz et pour les seuls contrats d'électricité inférieurs à 36 kVA ; 19,6 % sur la part variable de tous les contrats.

Enfin, l'acheteur évitera de fixer une trop longue période de validité de l'offre qui obligerait les fournisseurs à se

1. Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, article 30.
2. Loi du 13 juillet 2005 : articles 66 I pour l'électricité et 66-1 pour le gaz.
3. Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, article 66 VI créé par la loi du 21 janvier 2008.
4. Loi du 13 juillet 2005, article 66-2 créé par la loi du 5 mars 2007.
5. Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006.