

LA FIN DU PRIX DANS LES MARCHES PUBLICS ?

La question peut paraître provocatrice, mais elle se place dans une perspective bien réelle de l'achat public dans un futur sans doute plus proche qu'on ne le pense.

Il est bien sûr indéniable que le prix a été et reste toujours un élément clé tant de la définition que du régime de passation et d'exécution des marchés publics. Il est pourtant de plus en plus concurrencé par d'autres notions comme celle du coût du cycle de vie qui va prendre de l'ampleur dans les temps à venir.

Prix, vous avez dit prix ?

La grande majorité des marchés publics reste aujourd'hui fondée sur le prix, qui est à la fois un critère et le vecteur de la rémunération des titulaires de ses contrats.

En termes de critère, il permet par exemple de tracer une frontière entre marché public et convention de subventionnement, même si cette frontière n'est pas toujours aisée à établir. Son utilité en tant que critère est plus discutable s'agissant de la distinction marchés publics – concessions. Par définition en effet, un marché est un contrat conclu « en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent » (article L.11141-1 du Code de la Commande Publique). Et un contrat de concession est un contrat au sein duquel « les prestations sont fournies en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix » (article L.1121-1 du code de la commande publique). On retrouve donc le prix dans chacune de ces définitions, sachant qu'il n'est qu'une alternative et qu'il ne s'impose dans aucune d'entre elle. De plus, les contrats de concession s'identifient par le transfert sur leur titulaire d'un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, ce qui n'a pas la même signification que le prix en tant que tel.

Au-delà de cette approche en termes de critère, le prix traduit toujours un volet important dans les marchés publics dès lors qu'il porte la rémunération des cocontractants des acheteurs publics. Il existe certes des marchés sans versement de prix – d'où le terme de « tout équivalent » de l'article L111-1 du code précité- à l'instar des contrats de mobiliers urbains (qui après de longues années de tergiversations, ont récemment été requalifiés de concessions, CE, 25 mai 2018, Sté Philippe VEDIAUD PUBLICITE, req 416825), mais l'immense majorité des marchés publics donnent lieu au versement d'une rémunération, ce qui traduit d'ailleurs leur caractère onéreux.

Le prix occupe ainsi une bonne quinzaine d'articles dans la partie réglementaire du Code de la Commande Publique, s'agissant de sa forme (unitaire ou forfaitaire) et des modalités de son évolution ou pas pendant l'exécution du marché (prix ferme ou révisable, prix affecté par les fluctuations des cours mondiaux ou prix provisoire). La détermination de la forme du prix et de ses modalités d'évolution nécessite une ingénierie financière et technique de plus en plus poussée, une telle compétence étant d'autant plus indispensable

que bon nombre d'opérateurs économiques ne ménagent pas leurs critiques à l'encontre des dispositions de formules de révisions inscrites dans les CCAP qui apparaissent bien éloignées de la réalité de leurs métiers.

Du prix au coût global

A côté de cela, on assiste à une intrusion progressive du concept du coût du cycle de vie dans les marchés publics. Déjà, l'article R.2152-7 du code de la commande Publique prévoit que, pour attribuer ses marchés, l'acheteur a la possibilité de se fonder sur un critère unique qui peut être le prix pour les services et les fournitures standardisés ou le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie. Ce dernier devient ainsi une vraie alternative au prix et peut donc être un critère unique dans les marchés publics.

Le coût du cycle de vie traduit une approche fondamentalement différente de celle du prix. Contrairement à ce dernier, qui est une photographie à l'instant T du coût d'un produit, d'un bâtiment ou d'un service, le coût du cycle de vie prend en compte toutes les étapes de la vie de ces derniers, de leur acquisition à leur fin de vie en passant par leur utilisation et leur maintenance, sans oublier les coûts « imputés aux externalités environnementales au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie », ces coûts devant inclure « le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique » (article R.2152-9 du code de la commande Publique).

On en est bien évidemment qu'au stade des balbutiements, tous les produits, services et autres ouvrages de bâtiments ou d'infrastructures ne pouvant aujourd'hui faire l'objet d'une telle approche en terme de coût global ; seuls les véhicules terrestres et en premier lieu les voitures étant réellement en capacité de répondre à une telle approche.

Mais les acheteurs – et leurs prestataires- vont petit à petit devoir s'y mettre. On pense d'abord à ceux qui interviennent dans le domaine des achats de produits alimentaires. On sait en effet que la loi EGALIM du 30 Octobre 2018 impose que, à partir du 1^{er} janvier 2022, les repas servis dans les restaurants collectifs publics soient composés à hauteur de 50% de produits répondant à des conditions précises dont 20% issus de l'agriculture biologique et 30% « acquis selon des modalités prenant en compte les coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit pendant son cycle de vie ». Les producteurs vont donc devoir s'organiser non seulement pour renforcer la qualité de leurs produits mais aussi pour la prouver. La loi EGALIM mentionne à ce titre toute une liste de sigles ou mentions de qualité susceptibles d'être apposés, du label rouge à l'appellation d'origine, l'indication géographique ou la spécialité traditionnelle garantie, en passant par les produits issus « d'une exploitation de haute valeur environnementale ». Cette dernière répond à trois niveaux qui conditionnent le niveau même des aides européennes susceptibles d'être attribuées, véritable carotte ayant pour but de tirer vers le haut la qualité environnementale des produits concernés. Il appartiendra également aux acheteurs

de jouer le jeu et, en miroir avec ces problématiques d'organisation des producteurs, de donner davantage de poids à leurs critères qualité et HSE au regard du critère prix.

On assiste ainsi, à l'instar du secteur privé, à une véritable labélisation des marchés publics, et pas seulement dans ce domaine des denrées alimentaires. Ainsi, les achats responsables disposent depuis quelques mois d'une norme spécifique, l'ISO 20400 publiée par l'Organisation Internationale de la Normalisation qui fait l'objet de labels octroyés par les organismes compétents sur la base de process harmonisés, notamment en termes de critère sociaux et environnementaux, applicables au niveau mondial. Une telle norme symbolise bien l'internationalisation des marchés publics et l'universalisme de ses principes et valeurs, s'agissant en l'espèce de la promotion des achats responsables au regard des objectifs de développement durable.

Le coût du cycle de vie est également en train de s'étendre progressivement au secteur du bâtiment. La RE2020 est ainsi appelée à remplacer la RT2012 – c'est déjà le cas dans certains secteurs par expérimentation- en application des objectifs fixés par la Cop21 en matière de lutte contre le réchauffement climatique. Elle impose que soit calculée l'empreinte carbone non seulement des bâtiments nouvellement construits mais aussi de celle de l'ensemble des produits les composants, et ce sur la totalité de leur cycle de vie. Cette réglementation particulièrement ambitieuse et rigoureuse repose sous le label « E+C -> » c'est à dire énergie positive/carbone réduit décerné par des certificateurs agréés des lors que sont atteints les niveaux de performances minimaux définis dans le référentiel de la RE. Ce calcul du « profil environnemental du produit » va donc toucher toute la chaîne de construction et donc tous les métiers et toutes les filières liés à cette dernière, ce qui va nécessiter de leur part une véritable prise de conscience de leur volet développement durable tant sous un angle d'organisation que de formation initiale mais aussi continue.

Au travers de l'avènement de ce coût du cycle de vie, l'achat public fait donc l'objet d'une instrumentalisation au service de la promotion des politiques publiques en faveur du développement durable, ce qui ne pourra qu'être bien reçu par les destinataires de ces politiques qui, à l'instar de la grande majorité des citoyens, sont en attente de davantage de transparence, de sécurité et de traçabilité dans les prestations susceptibles de leur être fournies.

Jean-Marc PEYRICAL

Maitre de conférences des Universités

Avocat à la Cour