

Pertinence du droit des marchés publics pour l'achat d'électricité



Regina Füeg (DTAP) / Jürg Müller (AES)

Conférence sur les marchés publics durables
10 mai 2022



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

BKB

Beschaffungskonferenz des Bundes
Conférence des achats de la Confédération
Conferenza degli acquisti della Confederazione

KBOB

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane
der öffentlichen Bauherren
Conférence de coordination des services de la construction
et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics
Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione
e degli immobili dei committenti pubblici



Schweizerischer Gemeindeverband
Association des Communes Suisses
Associazione dei Comuni Svizzeri
Associazion da las Vischnancas Svizras



BPUK DTAP DCPA

Schweizerischer Städteverband
Union des villes suisses
Unione delle città svizzere





Situations de base de l'achat d'électricité par des entreprises ayant un mandat public

L'achat d'électricité par des entreprises ayant un mandat public se divise en **deux situations de base**:

- **Achat d'électricité en tant que fournisseur pour l'approvisionnement de base:**
un gestionnaire de réseau de distribution achète de l'électricité afin d'assumer son obligation légale d'approvisionnement en électricité des clients finaux dans le cadre de l'approvisionnement de base.
- **Achat d'électricité en tant que consommateur final (consommation propre):**
une entreprise publique ou une unité administrative achète de l'électricité pour sa consommation propre en tant que client final (une commune achète de l'électricité pour l'exploitation des bâtiments administratifs ou pour l'éclairage public)

Les deux situations sont en principes assujetties au droit des marchés publics.



Pertinence du droit des marchés publics pour l'achat d'électricité - adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels

- La notion d'«**adjudicateur opérant sur des marchés sectoriels**» décrit les adjudicateurs publics ou de droit privé ou les entreprises compétents pour certains domaines (marchés sectoriels).
- Les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels se définissent comme des adjudicateurs publics ou personnes morales de droit privé opérant sur les marchés de l'**approvisionnement en énergie**, du **transport** et de l'**approvisionnement en eau potable**.
- Selon l'art. 4, al. 3, LMP/AIMP, les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels ne sont soumis au **droit des marchés publics** que si les acquisitions sont effectuées **dans le domaine d'activité en question** et non dans d'autres domaines d'activité.
- Lorsqu'un adjudicateur opérant sur des marchés sectoriels se contente d'exercer uniquement l'une des activités sur un marché sectoriel déterminantes en droit des marchés publics, toutes ses adjudications sont automatiquement liées à cette activité sur un marché sectoriel, de sorte que mêmes les autres acquisitions, par exemple de mobilier de bureau ou de matériel informatique, sont soumises au droit des marchés publics.



Principes du droit des marchés publics - valeurs-seuils



- Principes du droit des marchés publics:
 - **Economicité**: utilisation économique des deniers publics
 - **Egalité de traitement**: égalité de traitement de tous les soumissionnaires («à armes égales»)
 - **Equité**: accès équitable aux marchés publics
 - **Transparence**: processus d'acquisition transparent

- Valeurs-seuils:
 - **Marchés > CHF 250 000.-**: appel d'offres public (SIMAP en guise de plateforme électronique commune de la Confédération, des cantons et des communes pour la publication des projets d'adjudication)
 - **Marchés entre CHF 150 000.- et 250 000.-**: procédure sur invitation (au moins 3 offres)
 - **Marchés < CHF 150 000.-**: ils peuvent être passés de gré à gré (il existe souvent des prescriptions spécifiques à l'entreprise plus rigoureuse pour les marchés de gré à gré)



Exceptions : situations où le droit des marchés publics n'est pas applicable

- Une exception est possible lorsqu'il y a une situation concurrentielle (p. ex. achat en bourse).
- La production propre est possible, pour autant que l'activité sur le marché soit faible ou inexistante (marchés *in-house* ou *quasi in-house*):

- **Adjudication in-house:** un achat qui est en principe soumis au droit des marchés publics est effectué en interne, c.-à-d. au sein de la même personne morale ou collectivité (p. ex. ewz effectue un achat auprès d'un autre service de la ville de Zurich).

- **Adjudication quasi in-house:** un achat est effectué auprès d'un prestataire avec lequel il existe une proximité particulière (p. ex. filiale sans activité importante sur le marché). Le principe veut que le prestataire puisse fournir au plus 20% de ses prestations *in-house* à des tiers (c.-à-d. sur le marché) et qu'aucune personne privée ne puisse détenir de participation dans l'entreprise.



Exemples pratiques 1/4



Exemple 1: achat d'électricité pour les besoins essentiels auprès d'une filiale (l'EAE a une filiale pour la production d'électricité)

- Principe: l'achat d'électricité à une filiale est en principe soumis au droit des marchés publics
- Exception: dans le cas d'une «adjudication *quasi in-house*», lorsque trois conditions sont réunies:
- **Critère de contrôle**: la société-mère exerce une influence prédominante sur la filiale (selon la jurisprudence, un contrôle comme sur l'un de ses propres services)
- **Critère d'activité**: la filiale n'intervient pas ou très peu sur le marché (selon la jurisprudence, chiffre d'affaires de l'activité sur le marché < 20%)
- **Critère de participation**: aucune personne privée ne doit détenir de participation dans la filiale

Ces principes s'appliquent également lorsque plusieurs adjudicateurs assujettis au droit des marchés publics exercent collectivement le contrôle sur une filiale.



Exemples pratiques 2/4



*Exemple 2: une EAE (sans propre production d'électricité) **charge un tiers** d'acheter de l'électricité*

- Le fait de mandater un tiers pour acheter de l'électricité dans le cadre de l'approvisionnement de base est également assujéti au droit des marchés publics
- Une EAE ne peut pas contourner l'assujettissement au droit des marchés publics en externalisant l'achat



Exemples pratiques 3/4



Exemple 3: une EAE achète de l'électricité en bourse

- **Aucun appel d'offres n'est requis** pour l'achat d'électricité en bourse. En soi, la bourse constitue un instrument de concurrence et permet de s'assurer que le prix de l'électricité est établi dans les conditions du marché, conformément aux règles de l'offre et de la demande.
- L'**octroi d'un mandat à un tiers** pour acheter de l'électricité en bourse est **en principe assujéti au droit des marchés publics**. Lorsque le prestataire est mandaté pour une durée indéterminée, la valeur du marché sur quatre ans est déterminante pour déterminer la valeur-seuil. En règle générale, la valeur du marché devrait être inférieure à la valeur-seuil de CHF 250 000.--, qui entraîne un appel d'offres public. Si les honoraires du mandat sont compris entre CHF 150 000.-- et CHF 250 000.--, le marché doit être adjudgé dans le cadre d'une «procédure sur invitation» (c.-à-d. sollicitation d'au moins trois offres).



Exemples pratiques 4/4



Exemple 4: une EAE achète de l'électricité par le biais d'un partenaire dans le cadre d'une transaction de gré à gré («over the counter»)

Possible sans appel d'offres public **selon la COMCO**, si:

- la transaction de gré à gré est similaire à une opération boursière lorsque celle-ci se déroule de manière anonyme via une plateforme (rarement le cas dans la pratique)
- Une situation concurrentielle entre l'offre et la demande n'est instaurée que s'il est possible de former un «prix du marché» pour la marchandise négociée. Ce n'est possible que si les soumissionnaires restent anonymes pour l'acquéreur.

Position divergente AES/EnDK: les achats ne relèvent du droit des marchés publics que s'il n'y a pas de concurrence. **Lorsque le prix est établi dans des conditions concurrentielles, un achat de gré à gré est recevable.** Dans une transaction de gré à gré, le prix se base sur le cours de bourse respectif. Tant que cette formation concurrentielle du prix est garantie, le droit des marchés public n'est **pas** applicable.



Achat d'électricité – aspects du développement durable



- L'électricité négociée sur le marché a toujours la même qualité **physique**. Aussi, le thème de la durabilité lors de l'achat d'électricité ne peut-il pas être directement adressé, faute de différenciation.
- Une différenciation de la qualité de l'électricité n'est possible **qu'indirectement via les attestations d'origine** (AOR) et les éco-labels correspondants (p. ex. force hydraulique, naturmade-star, etc.).
- Les marchés de l'électricité et des AOR sont des marchés séparés.
- Les consommateurs finaux peuvent parvenir à une «valorisation» de l'électricité en acquérant en plus de l'électricité sa qualité «supérieure» sous la forme de certificats (attestations d'origine, AOR).
- La participation à des installations qui produisent de l'énergie renouvelable constitue une forme indirecte d'achat d'électricité durable.



Check-lists de la DTAP et de l'EnDK

Q & A de l'AES

- La DTAP et l'EnDK ont élaboré **deux check-lists** consultables à l'adresse suivante:
 - <https://www.bpuk.ch/bpuk/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/bereich-oeffentliches-beschaffungswesen> (allemand/italien)
 - <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/documentation/rapports-expertises-concepts/domaine-des-marches-publics> (français/italien)
-
- L'AES a élaborée une Q & A sur cette thématique, qui est consultable à l'adresse suivante:
 - <https://www.strom.ch/de/media/13463/download> (allemand)
 - <https://www.strom.ch/fr/media/13464/download> (français)



Expertise juridique B. Kratz & M. Morgenbesser



- La DTAP et l'EnDK ont en outre mandaté une expertise juridique afin de clarifier les questions en suspens. Celle-ci est consultable à l'adresse: <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/documentation/rapports-expertises-concepts/domaine-des-marches-publics>
- Deux affirmations intéressantes des experts:
 - Regina Füeg (DTAP) / Jürg Müller (VSE)

 - Selon la LApEI, le législateur a sciemment créé une possibilité de choix pour les clients, afin qu'ils décident s'ils veulent rester dans l'approvisionnement de base ou passer au marché libre. Cette possibilité est également offerte aux institutions publiques et n'est pas contournée par le droit de la concurrence ou des marchés publics. Autrement dit, **un adjudicateur public peut rester dans l'approvisionnement de base.** (Cm 25)
 - **Le négoce de gré à gré est possible**, tant que les prix de la transaction de gré à gré se basent sur les prix du marché. (Cm 91)



Conférence sur les marchés publics durables

10 mai 2022

Merci de votre attention!

Regina Füeg, Secrétaire générale suppléante DTAP
Jürg Müller, responsable juridique de l'AES