Application du droit des marchés publics et de la LMI aux acquisitions en matière d'électricité: check-list pour les gestionnaires de réseau de distribution[1]

Les acquisitions en matière d'électricité sont en principe assujetties au droit des marchés publics.

Gestionnaires de réseaux	
Qui est visé?	- Les gestionnaires de réseau[2] désignés par les cantons, cf. à ce sujet la carte des réseaux de distribution d'électricité de l'AES: https://www.strom.ch/fr/services/shop/carte-des-reseaux-de-distribution-delectricite - Également les gestionnaires de réseau qui ne sont pas désignés par les cantons comme gestionnaires de réseau de distribution. La forme juridique de l'entreprise n'est pas déterminante à cet égard!
Que faut-il adjuger?	- Achat d'électricité pour l'approvisionnement des consommateurs captifs avec approvisionnement de base[3] (la fourniture d'électricité aux clients sur le marché libre n'a pas besoin de faire l'objet d'un appel d'offres public) - L'achat de fournitures et de services liés à l'exploitation des réseaux électriques.
Valeurs seuils[4]	**Procédure sur invitation AIMP 2001**: supérieur à CHF 100 000.- en dessous de CHF 250 000.- (hors TVA) **Procédure sur invitation AIMP 2019**: supérieur à CHF 150 000.- en dessous de CHF 250 000.- (hors TVA) **Procédure ouverte**: dès CHF 250 000.- (hors TVA) Attention: dans la procédure ouverte, l'appel d'offres doit être réalisé selon les règles du GATT/OMC dès CHF 700 000.-. La valeur seuil pour les marchés non soumis aux traités internationaux est déterminante pour un appel d'offres public dans une procédure ouverte (CHF 250 000.-, cf. recommandation de la COMCO, Cm 45 et 64 A-2).
Contrats pluriannuels d'acquisition d'électricité	- Les contrats de durée *déterminée* ne doivent généralement pas excéder 5 ans (art. 15 al. 4 AIMP 2019). - Dans les contrats de durée *indéterminée*, la valeur du marché est calculée en multipliant la rémunération mensuelle par 48 (art. 15 al. 5 AIMP 2019). Autrement dit, l'acquisition d'électricité doit être

[1] La check-list a été établie par la Conférence des marchés publics (CMP) en collaboration avec la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK), l'Association des Communes Suisses (ACS) et l'Union des villes suisses (UVS).
[2] Cf. art. 5 al. 1, art. 6 al. 2 et art. 13 LApEl.
[3] Cf. art. 6, al. 1 et 2 LApEl. Le rapport entre le droit d'acquisition et le droit d'acquisition d'électricité selon les lois spéciales (notamment par rapport à l'art. 6 al. 5 et 3bis LApEl) n'est pas encore clarifié.
[4] Voir la carte des adhésions pour savoir quel accord intercantonal s'applique dans quel canton: hhttps://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019

Maison des cantons
Speichergasse 6
Case postale, 3001 Berne
Tél. 031 320 16 92
regina.fueeg@dtap.ch
www.dtap.ch

	adjugée dans une procédure sur invitation ou dans une procédure ouverte, si la valeur du marché atteint les valeurs seuils pour une durée de 4 ans.
Quantité d'électricité sans appel d'offres public (adjudication de gré à gré et procédure sur invitation)	**Avec les valeurs seuils de l'AIMP 2001**: un marché portant sur l'acquisition d'électricité pour un montant **inférieur à CHF 100 000.-** peut être passé *de gré à gré*. Lors d'un achat d'un montant **supérieur à CHF 100 000.- jusqu'à CHF 250 000.-**, une **procédure sur invitation** s'applique. Avec des prix du commerce de gros de CHF 0,10 par KWh, une quantité d'électricité jusqu'à 0,95 GWh peut donc être acquise de gré à gré. Si elle est comprise entre 1 et 2,5 GWh, la procédure sur invitation s'applique. **Avec les valeurs seuils de l'AIMP 2019**: un marché portant sur l'acquisition d'électricité pour un montant **inférieur à CHF 150 000.-** peut être passé *de gré à gré*. Lors d'un achat d'un montant **supérieur à CHF 150 000.- jusqu'à CHF 250 000.-**, une **procédure sur invitation** s'applique. Avec des prix du commerce de gros de CHF 0,10 par KWh, une quantité d'électricité jusqu'à 1,45 GWh peut donc être acquise de gré à gré. Si elle est comprise entre 1.5 et 2,5 GWh, la procédure sur invitation s'applique. L'achat d'électricité ne doit pas être subdivisé en vue de contourner un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte (art. 15 al. 2 AIMP 2019).
Exceptions à l'obligation de procéder à un appel d'offres	- **Achat d'électricité destinée à être vendue ou revendue dans le commerce (art. 10 al. 1 let. a AIMP2019)**: p. ex. achats d'électricité pour des clients finaux ayant accès au marché libre. - **Adjudication in-house (art. 10 al. 2 let. c AIMP2019)**: il s'agit de l'achat de prestations auprès d'unités organisationnelles dépendantes de l'adjudicateur, p. ex. quand un gestionnaire de réseau achète son électricité auprès de ses propres centrales hydroélectriques[5]. - **Adjudication quasi in-house (art. 10 al. 2 let. d AIMP2019)**: Il s'agit de l'achat de prestations auprès d'entreprises tierces, sur lesquelles l'adjudicateur exerce un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services (critère du contrôle) et que cette entreprise fournit l'essentiel de ses services (c.-à-d. au moins à 80 %) à l'adjudicateur (critère d'activité). Le contrôle sur l'entreprise tierce peut également être exercé conjointement par plusieurs adjudicateurs (soumis au droit des marchés publics). La question de savoir si même une participation privée minimale exclut déjà l'invocation du privilège quasi in-house n'a pas encore été clarifiée par les

[5] Le rapport entre le droit d'acquisition et le droit d'acquisition d'électricité selon les lois spéciales (notamment par rapport à l'art. 6 al. 5 et 3bis LApEl) n'est pas encore clarifié.

	tribunaux. La jurisprudence future indiquera quels autres critères doivent être remplis lors de l'adjudication quasi in-house. Des exemples d'adjudication quasi in-house figurent dans le document de l'AES => https://www.strom.ch/fr/media/13464/download - **Acquisition d'électricité sur un marché de produits de base (art. 21 al. 2 let. g AIMP2019):** l'acquisition d'électricité auprès d'une bourse de l'électricité ou sur un marché de gré à gré (la question de savoir si les conditions applicables au négoce de gré à gré citées par la COMCO doivent effectivement être remplies pour que la dérogation de l'achat de biens sur un marché de produits de base soit satisfaite requiert des clarifications juridiques supplémentaires), que ce soit directement ou par le biais d'un prestataire, peut être réalisé de gré à gré, c.-à-d. sans appel d'offres public. Les adjudications de gré à gré sur les marchés soumis aux traités internationaux (cf. valeurs seuils) doivent être publiées sur SIMAP. Il est à noter que le marché doit être adjugé à un prestataire dans le cadre de la procédure sur invitation ou de la procédure ouverte, lorsque les valeurs seuils sont atteintes.

Vous trouverez de plus amples informations ainsi que des exemples de cas sur:
=> https://www.strom.ch/fr/media/13464/download