Application du droit des marchés publics et de la LMI aux acquisitions en matière d'électricité: check-list pour les adjudicateurs publics qui achètent de l'électricité pour couvrir leurs propres besoins[1]

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

Adjudicateur public	
Qui est visé?	- Unités administratives centrales ou décentralisées des communes (p. ex. établissements dépendants d'une autorité communale qui, en tant qu'entreprises juridiquement dépendantes, approvisionnent la commune en électricité) - Unités administratives centrales ou décentralisées des cantons - Établissements de droit public - Adjudicateurs opérant dans les secteurs (p. ex. Bernmobil AG etc.) - Organismes de droit privé accomplissant des tâches publiques (p. ex. services communaux organisés sous forme de SA/sàrl)
Que faut-il adjuger?	Achat d'électricité, par exemple pour : - Bâtiment administratif - Ecoles - Transports publics - Eclairage public - Hôpitaux contrôlés par l'Etat - etc.
Quand faut-il adjuger?	Les adjudicateurs dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh par site de consommation n'ont pas besoin ou ne peuvent pas soumettre l'acquisition d'électricité à un appel d'offres car ils n'ont pas le droit d'accès au réseau de sorte qu'ils doivent acheter leur électricité auprès du gestionnaire de réseau habituel. Les adjudicateurs qui ont le droit d'accès au réseau (consommation annuelle d'au moins 100 MWh par site de consommation) et qui ont déjà fait usage de ce droit doivent soumettre l'acquisition d'électricité à un appel d'offres. La règle suivante s'applique aux adjudicateurs qui ont le droit d'accéder au réseau mais qui n'ont pas encore fait usage de ce droit : **Avis de la CMP**: aucune obligation de procéder à un appel d'offres : celle-ci n'est effective que si l'adjudicateur public a exercé son droit de choisir le marché libre (cf. TF 2C_739/2010, consid. 4.5). **Avis divergent de la COMCO**: obligation de procéder à un appel d'offres : les adjudicateurs publics qui sont actuellement approvisionnés par le gestionnaire de réseau habituel dans le cadre de l'approvisionnement de base relèvent du droit des marchés publics. Ils sont par conséquent tenus d'organiser une procédure d'adjudication (cf. recommandation de la COMCO, Cm 19-22, Cm 32-41). L'arrêt du TF 2C_739/2010 ne traite pas de cette question.

[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).

Valeurs seuils[2]	**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 350 000.- (cantons et communes) ou dès CHF 640 000.- / CHF 700 000.- (adjudicateurs opérant dans les secteurs). 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).
Comment les valeurs seuils sont-elles calculées?	Dans le cas de formes d'organisation juridiquement dépendantes qui constituent ensemble une unité économique et géographique (site de consommation), la consommation globale du site de consommation doit être additionnée pour l'accès au réseau et l'acquisition d'électricité. Par exemple, la consommation d'électricité de plusieurs offices de l'administration centrale qui se trouvent dans des bâtiments séparés voisins géographiquement doit en principe être additionnée.
Critère d'adjudication de la durabilité	Le nouveau droit des marchés publics (AIMP 2019) prévoit que les critères d'adjudication du prix et de la qualité doivent impérativement être utilisés, les prestations standardisées ne pouvant être adjugées que sur la base du seul critère du prix le plus bas. Pour les autres critères d'adjudication éventuellement utilisés, l'application doit toujours présenter un lien objectif avec l'objet du marché, être décrite de façon suffisamment claire et ne doit pas être discriminante. Ainsi, le critère de la « durabilité » ne doit par exemple pas être mis en avant afin de discriminer les soumissionnaires externes. Il est en outre nécessaire de pouvoir évaluer un tel critère de manière suffisamment différenciée. Autres liens: - Fiche d'information TRIAS «Critères d'adjudication» - Fiche d'information TRIAS «Développement durable» - Plateforme de connaissances sur les achats publics responsables (PAP)
Exceptions à l'obligation de procéder à un appel d'offres	- **Adjudication in-house**: il s'agit de l'achat de prestations auprès d'unités d'organisation dépendantes de l'adjudicateur, p. ex. quand une commune achète son électricité auprès de son établissement juridiquement dépendant. - **Adjudication quasi in-house**: il s'agit de l'achat de prestations auprès d'une entreprise juridiquement indépendante, sur laquelle l'adjudicateur exerce un contrôle correspondant au contrôle qu'il exerce sur ses propres services (critère du contrôle), cette entreprise fournissant ses services essentiellement (c.-à-d. au moins à 80%) pour 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

[2] Voir la carte des adhésions pour savoir quel accord intercantonal s'applique dans quel canton: https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019

	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 tribunaux. 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:** l'acquisition d'électricité auprès d'une bourse de l'électricité ou sur un marché de gré à gré, que ce soit directement ou par le biais d'un prestataire, peut être réalisée 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.