Condensé de l'expertise juridique de Maître Brigitta Kratz concernant les questions relevant du droit des marchés publics en relation avec la réalisation d'installations photovoltaïques («Solar-Express»)

1. Les **contrats de superficie** des communes avec les responsables de projets de telles installations qui règlent l'utilisation du domaine public pour leur réalisation et exploitation constituent des **contrats de vente** et ne doivent donc **pas faire** en tant que tels **l'objet d'un appel d'offres, sauf** s'ils visent **aussi à accomplir des tâches d'utilité publique dans le cas particulier**, p. ex. l'approvisionnement en électricité de la commune. Si une concession est octroyée au lieu de cela (ce qui relève du pouvoir discrétionnaire de la commune), il devrait s'agir d'une concession d'usage spécial qui selon l'opinion dominante ne doit pas faire l'objet d'un appel d'offres.
2. Contrairement aux adjudicateurs purement privés, les **adjudicateurs publics** (communes, unités administratives, établissements de droit public) sont **en principe soumis au droit des marchés publics (AIMP ou droit cantonal) pour les mandats de prestations (travaux de construction, fournitures et services visés à l'art. 8, al. 2, AIMP)**, qu'ils adjugent dans le cadre de «Solar-Express», **dès que les valeurs seuils sont atteintes**.
3. Une exception s'applique dans la mesure où il s'agit d'un marché ou d'un secteur concurrentiel, comme c'est apparemment le cas dans la phase de planification selon l'évaluation de l'experte.
4. En tant qu'adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels, les **gestionnaires de réseau de distribution / EAE** sont assujettis au droit des marchés publics dans le domaine de base de leur activité sur un marché sectoriel. Selon l'opinion dominante, la **production d'électricité issue de nouvelles énergies renouvelables, notamment l'énergie photovoltaïque**, intervient **en dehors du domaine sectoriel de base**, avec pour conséquence que les adjudicateurs (privés) opérant sur des marchés sectoriels ne sont **pas soumis à une obligation de publier un appel d'offres**, dès lors qu'**ils ne sont pas déjà assujettis au droit des marchés publics par ailleurs en tant qu'adjudicateurs publics**. Cependant, dès que cette production d'électricité sert aussi à l'activité sur un marché sectoriel, l'obligation de publier un appel d'offres serait effective dès l'atteinte des valeurs seuils. Il s'agit donc notamment de procéder à une affectation et délimitation claires dans la décision d'investissement correspondante de l'entreprise.
5. La question de l'assujettissement au droit des marchés publics **dépend toujours des circonstances concrètes dans le cas particulier** et **peut changer d'une phase à une autre**, de sorte qu'**elle devra être réévaluée à chaque nouvelle phase**.
6. La **clause d'urgence** (art. 21, al. 2, let. d, AIMP) devrait généralement pouvoir être invoquée **dans le cadre de «Solar-Express»**. Il n'existe cependant **pas d'exemption générale**, mais **l'urgence doit être examinée, motivée et documentée en fonction de la situation dans le cas particulier concret** (art. 21, al. 3, AIMP). Il ne doit pas y avoir de manquements.
7. L'invocation d'intérêts publics supérieurs dans le sens de l'art. 10, al. 3, AIMP (sécurité de l'approvisionnement en électricité) serait très exceptionnellement possible au gré de la situation.
8. Dans la perspective du cycle de vie des coûts totaux dans le sens du but de la loi énoncé à l'art. 71*a* LEne, la rétribution unique au sens de l'art. 71*a*, al. 4, LEne, en tant que subvention fédérale, ne devrait pas entraîner d'assujettissement partiel sur les marchés non soumis aux accords internationaux selon l'art. 4, al. 4, let. b, AIMP pour les bénéficiaires (privés) de la subvention.
9. **L'appel d'offres est recommandé en cas de doute.**

Veuillez tournez la page.

En cas de questions sur un cas concret, il est possible de s'adresser non seulement aux services cantonaux spécialisés dans les marchés publics, mais aussi au secrétariat de la CMP/DTAP (031 320 16 90; info@bpuk.ch), le secrétariat de la Commission de la concurrence (058 462 20 40; https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/kontakt/kontakt.html) et l'Office fédéral de l'énergie (058 462 56 11; contact@bfe.admin.ch) peuvent être contactés.