

Achats via eOperations Suisse

Bases juridiques et mise en œuvre

7 mai 2019

1 Objet

La coopération avec eOperations Suisse est souvent nouvelle pour les services administratifs et des questions juridiques se posent. Le présent document fournit des informations sur l'organisation eOperations Suisse et résume les principes de base du droit des marchés publics et de la concurrence ainsi que les clarifications apportées à ce jour. Il fournit aux chefs de projets et aux services juridiques une base de décision et les décharge d'effectuer eux-mêmes des recherches.

Le document doit être à la fois suffisamment précis et concis. Des questions plus approfondies seront clarifiées séparément par eOperations Suisse le cas échéant. De nouveaux résultats seront intégrés dans le document et publiés régulièrement.

2 Objectifs et principes d'eOperations Suisse

eOperations Suisse a été fondée par la Conférence suisse de l'informatique (CSI) dans le but de fournir à la Confédération, aux cantons et aux communes des prestations liées à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication. eOperations Suisse permet d'offrir des prestations administratives numériques communes à plusieurs collectivités au même niveau étatique ou à différents niveaux étatiques.

La forme juridique d'une société anonyme de droit privé a été choisie car de nombreux aspects d'une activité opérationnelle, en particulier les questions de gouvernance d'entreprise, sont déjà bien réglementés par la loi et les collectivités de tous les niveaux étatiques peuvent facilement participer à une société anonyme, même après sa création. Les organisations informatiques du secteur public peuvent également participer si elles sont détenues à 100 % par des collectivités et fournissent uniquement des prestations à ces dernières et non sur le marché.

eOperations Suisse est active dans deux domaines:

1. Installation et exploitation communes de solutions informatiques pour les prestations administratives numériques de la Confédération, des cantons et des communes.
2. Acquisition de
 - a. prestations de marchés pour les solutions informatiques mentionnées au point 1; ainsi que
 - b. prestations TIC normalisables grâce à la
 - i. constitution de groupements d'achats de plusieurs collectivités
 - ii. mise en œuvre de projets d'achat communs
 - iii. suivi des accords-cadres qui en découlent avec les fournisseurs («gestion des contrats»).

eOperations Suisse fournit à ses clients des prestations de conseil et de gestion de projets, prend en charge la gestion des besoins et des fournisseurs en matière de solutions informatiques, établit des modèles de financement, assure le controlling, lance des appels d'offres sur le marché en fonction des besoins, attribue des marchés et conclut des contrats avec les fournisseurs.

Les prestations d'eOperations Suisse présentent les avantages suivants pour les collectivités:

1. Économiser du temps et des coûts, soulager les différentes organisations.
2. Échanger et réutiliser les expériences.
3. Mettre en œuvre plus rapidement des solutions d'e-gouvernement pour l'économie et la population.

L'activité commerciale couvre durablement les coûts, mais n'est pas à but lucratif.

3 Bases du droit des marchés publics d'eOperations Suisse

3.1 Principes d'eOperations Suisse

La coopération entre les collectivités et eOperations Suisse doit donner lieu à des synergies. Il est donc essentiel que les communes puissent donner mandat à eOperations Suisse sans devoir faire un appel d'offres pour la prestation correspondante¹. La structure juridique d'eOperations Suisse est conçue de manière à ce que cela soit possible.

Les caractéristiques et principes d'action suivants d'eOperations Suisse sont déterminants à cet égard:

- Prestataire de services exclusivement pour les collectivités: Confédération, cantons et communes (art. 2 des statuts, voir point 3.2 ci-dessous).
- Seules les collectivités sont actionnaires². Les organisations du secteur public peuvent également devenir actionnaires, à condition qu'elles soient la propriété exclusive de collectivités et ne fournissent leurs prestations qu'à ces dernières. La cession d'actions nécessite l'approbation du conseil d'administration (art. 6 des statuts, voir 3.2 ci-dessous).
- Aucune entreprise privée en tant que client. Ainsi, eOperations Suisse ne participe à aucun appel d'offres de tiers.
- Tous les clients doivent devenir actionnaires dans la mesure du possible.
- 100% du chiffre d'affaires avec les collectivités, dont au moins 90% avec les actionnaires (actuellement plus de 99%).

¹ En se basant sur la règle d'exception «Quasi-Inhouse» ou «In-State», voir à ce sujet point 3.3 ci-dessous.

² Liste des actionnaires: <https://www.eoperations.ch/fr/eoperations-suisse/mission-organisation>.

- Achats des prestations par eOperations Suisse, à la demande des collectivités, sur le marché ou auprès d'autres organismes étatiques. Exemples: Services de serveurs ou développement de logiciels.
- Activités commerciales à but non lucratif (art. 2 des statuts, voir point 3.2 ci-dessous).

Les procédures de passation des marchés sont régies par les dispositions de la LMP et de l'AIMP ainsi que par toute autre disposition applicable.

3.2 Articles des statuts de la société relatifs aux achats³

Article 2: Objet

« La société a pour but de fournir à la Confédération, aux cantons et aux communes des prestations liées à l'utilisation des technologies de l'information et de communication, en particulier pour soutenir l'offre de prestations administratives numériques. L'activité commerciale couvre durablement les coûts, mais n'est pas à but lucratif.
(...)»

Article 6: Transmissibilité d'actions nominatives

«Un transfert juridiquement valable d'actions nominatives et de tous les droits qui en découlent requiert l'approbation du conseil d'administration. (...) L'approbation peut être refusée dans les cas suivants:

- si l'acquéreur n'est pas une société de droit public suisse;
(...)»

3.3 Rapport de la COMCO sur eOperations Suisse

Problématique: Les communes et les cantons (détenant ou non des participations) peuvent-ils recourir à des prestations d'eOperations Suisse et s'abstenir de passer par une procédure formelle d'adjudication sans contrevenir à l'art. 5 LMI?

Résultat: Le rapport de la COMCO du 1er décembre 2014 sur eOperations Suisse («rapport COMCO»)⁴ conclut que cela est possible sous réserve du respect de certaines conditions, en particulier si aucune partie privée n'est impliquée dans eOperations Suisse, si l'entreprise opère à titre non commercial et exclusivement pour le secteur public et si les acquisitions d'eOperations Suisse sont effectuées conformément au droit des marchés publics. Les critères pour les règles d'exception «Quasi-Inhouse» et «In-State» sont présentés séparément ci-dessous.

³ Statuts eOperations Suisse SA <https://www.eoperations.ch/wp-content/uploads/2018/06/Statuts-f-20180620.pdf>.

⁴ Voir <https://www.eoperations.ch/wp-content/uploads/2018/11/WEKO-Gutachten-eOperations-Schweiz.pdf>.

3.4 Achat privilégié en vertu des exceptions «Quasi-Inhouse» ou «In-State»

Définitions et bases

Les collectivités sont en principe libres de décider si elles veulent fournir elles-mêmes une prestation requise («make») ou l'acheter sur le marché («buy»). Le droit des marchés publics n'interfère pas avec cette décision fondamentale («make or buy»).

On parle d'**achat «Inhouse»**, lorsqu'un donneur d'ordre public couvre ses besoins en interne par l'intermédiaire de ses propres services, c'est-à-dire au sein de la même personne morale ou collectivité. La transaction «Inhouse» est précédée d'une décision «make».

Parallèlement, dans certaines conditions, les **achats «Quasi-Inhouse»** sont également considérés comme des achats internes («make»), qui peuvent être traités sans passer par une procédure formelle d'adjudication. Le donneur d'ordre public ne se procure pas les prestations requises auprès de ses propres services ou au sein de sa propre organisation, mais auprès d'une autre personne morale (prestataire de services ayant sa propre personnalité juridique). Cependant, il existe une relation particulière entre le donneur d'ordre public et ce prestataire de services: Le donneur d'ordre contrôle le prestataire de services «comme son propre service» (critère de contrôle) et ce prestataire de services travaille essentiellement uniquement pour le donneur d'ordre public (critère d'activité; le chiffre d'affaires réalisé avec des tiers est au maximum de 20 %). Si, en outre, aucun particulier ne détient de participation chez le prestataire de services (par exemple en tant qu'actionnaire), la prestation peut être obtenue en dehors du droit des marchés publics.

Si plusieurs donneurs d'ordre publics détiennent des participations chez le même prestataire de services, chacun d'entre eux doit participer au contrôle commun. Un tel contrôle partagé satisfait également au critère de contrôle susmentionné. Toutefois, si des particuliers détiennent des participations (directes) chez le prestataire de services, ce contrôle, nécessaire pour l'exception «Quasi-Inhouse», n'est plus donné.

On parle d'un **achat «In-State»**, si le donneur d'ordre public achète des prestations auprès d'une autre organisation ou collectivité publique («make»). Ces achats sont effectués en dehors du droit des marchés publics à condition que le prestataire de services publics ne soit pas aussi actif de son côté sur le marché et que des particuliers ne détiennent pas de participations chez ce dernier.

Ces deux exceptions ont en commun que le flux de prestations reste dans la sphère étatique et qu'aucun achat n'a lieu effectivement sur le «marché». En conséquence, l'attribution directe dans de telles constellations n'entraîne pas de distorsions de concurrence, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de lancer un appel d'offres conformément aux règles du droit des marchés publics.

Ni les procédures «Quasi-Inhouse», ni les procédures «In-State» de passation de marchés ne sont actuellement réglementées dans la législation intercantonale et cantonale actuelle sur les marchés publics ou dans le droit fédéral des marchés publics. La jurisprudence et la

doctrine relatives au droit des marchés publics postulent leur application également en Suisse, par analogie avec la situation juridique dans l'UE et la jurisprudence de la Cour de justice européenne. Il est prévu que ces deux cas soient explicitement réglementés pour la première fois dans le cadre des révisions totales en cours de l'AIMP et de la LMP.

Exception «Quasi-Inhouse» pour eOperations Suisse

Selon les conclusions du rapport COMCO,⁵ nous pouvons partir du principe que les prestations d'eOperations Suisse pour ses actionnaires relèvent de l'exception «Quasi-Inhouse»⁶, car

- eOperations Suisse est une entreprise publique⁷;
- les actionnaires exercent un contrôle commun sur eOperations Suisse (critère de contrôle);
- eOperations Suisse fournit principalement ses prestations à ses actionnaires (critère d'activité; actuellement > 99%) et
- aucun particulier ne détient de participation chez eOperations Suisse.

Exception «In-State» pour eOperations Suisse

Selon le rapport COMCO, l'exception «In-State» est également applicable⁸, car eOperations Suisse⁹

- jouit d'une personnalité juridique propre;
- n'a aucun actionnaire ne faisant pas partie de la collectivité publique¹⁰;
- fournit ses prestations uniquement à des donneurs d'ordre publics¹¹, agit dans l'intérêt public de façon durable et rentable, mais sans but lucratif et
- fournit en principe ses prestations sans entrer en concurrence avec des prestataires privés, mais recourt à des prestations sur le marché conformément aux règles du droit des marchés publics.

⁵ Rapport COMCO, Cm. 48 / 49 p. 12 / 13 et Cm. 54 à 58 p. 14 / 15

⁶ au sens de l'art. 11 al. 3 let. d P-AIMP.

⁷ au sens de l'art. 2 let. i P-AIMP.

⁸ Rapport COMCO cm 89 à 98, p. 24 à 26.

⁹ au sens de l'art. 11 al. 3 let. b P-AIMP.

¹⁰ Cela signifie qu'aucun particulier ne détient de participation.

¹¹ au sens de «flux de prestations au sein de la sphère étatique».

Résumé des aspects relevant du droit des marchés publics selon P-LMP et P-AIMP

- eOperations Suisse satisfait aux exigences imposées à toute «entreprise publique»¹² et, en tant qu'«institution de droit public»¹³, est soumise au droit des marchés publics.
- L'exception «Quasi-Inhouse»* est applicable aux actionnaires¹⁴.
- L'exception «In-State»* est applicable aux collectivités non-actionnaires¹⁵. L'aspect central est que la coopération publique a lieu dans la sphère de l'État¹⁶.

* Au vu de la pratique usuelle ou de l'opinion dominante, nous partons du principe que ces deux règles peuvent être appliquées dès maintenant, avant l'entrée en vigueur des lois révisées relatives aux marchés publics, avec un risque acceptable.

4 Neutralité par rapport à la concurrence: à quoi faut-il faire attention?

4.1 Pertinence de l'activité d'eOperations Suisse pour la concurrence

eOperations Suisse achète les prestations pour ses clients sur le marché et ne fournit ses propres prestations que dans la mesure nécessaire pour les achats, la gestion des besoins et des fournisseurs, la coordination des groupements d'achats et d'exploitants des collectivités, l'assurance qualité et le controlling. En ce qui concerne les prestations ainsi achetées sur le marché, les activités d'eOperations Suisse sont neutres par rapport à la concurrence. La valeur ajoutée d'eOperations Suisse réside dans la mise en œuvre de ces achats et - pour ses propres services informatiques - également dans la gestion de prestataires externes, la gestion et la coordination de projets, le transfert de savoir-faire et le controlling financier, mais aussi dans les fonctions de conseil, l'élaboration de cahiers des charges et d'autres activités comparables.

4.2 Pertinence des acquisitions communes pour la concurrence

Les acquisitions communes via eOperations Suisse peuvent également être pertinentes du point de vue de la concurrence. Cet aspect doit être clarifié pour chaque projet d'acquisition dans le cadre d'un groupement d'achat. Si besoin, eOperations Suisse fait appel au service de conseil du Secrétariat de la COMCO pendant la phase conceptuelle.

¹² Art. 3, let. b P-LMP resp. art. 2, let. i P-AIMP

¹³ Art. 4, al. 1 P-AIMP

¹⁴ Selon l'art. 10, al. 3, let. d P-LMP resp. l'art. 11, al. 3, let. d P-AIMP

¹⁵ Selon l'art. 10, al. 3, let. b P-LMP resp. art. 11, al. 3, let. b P-AIMP.

¹⁶ Voir rapport COMCO cm 86 à 90, p. 23 à 24.

5 eOperations Suisse en tant que service d'achat et d'adjudication pour les collectivités

Deux types d'achats:

- a) **Acquisition de prestations pour les propres services d'eOperations Suisse**
(exemple: développement de logiciels et prestations de serveurs pour eDéménagementCH)
- b) **Regroupement des besoins de plusieurs collectivités publiques** au sens de groupements d'achats, sans qu'eOperations Suisse n'achète elle-même des prestations
(exemple: achat commun de services de télécommunication standards via eOperations Suisse)

En principe, un achat par eOperations Suisse pour une seule collectivité est envisageable en tant que combinaison de a. ou b. Il s'agira toutefois d'une exception, car eOperations Suisse a été fondée pour mener à bien des projets communs.

a) Pour les propres services d'eOperations Suisse:

- Législation applicable en matière de marchés publics: celle du Canton de Berne, en tant que canton de siège (des solutions ou possibilités différentes peuvent être examinées au cas par cas)
- La décision d'attribution est prise avec le consentement des collectivités qui sont clientes ou donneurs d'ordre du projet du service à ce moment-là.
- eOperations Suisse rend la décision formelle d'adjudication du marché et conclut le contrat avec le fournisseur. Les prestations sont facturées aux collectivités conformément aux contrats de services pour l'exploitation.
- Nous partons du principe que les collectivités peuvent utiliser un service d'eOperations Suisse et les prestations ainsi acquises, même si elles n'étaient pas encore clientes d'eOperations Suisse pour le service concerné au moment de l'appel d'offres. Dans l'appel d'offres, la possibilité d'ajouter d'autres collectivités à une date ultérieure doit être décrite de manière transparente. En outre, dans ce cas, les options pour les quantités supplémentaires dans le volume acheté doivent être planifiées et garanties contractuellement.

b) Regroupement des besoins pour plusieurs collectivités publiques, qui forment un groupement d'achat, sans achat par eOperations Suisse pour ses propres besoins:

- Législation applicable en matière de marchés publics: celle du canton de la collectivité avec l'achat proportionnellement le plus important.
- Nous supposons actuellement que, contrairement au point a) ci-dessus, les collectivités ne peuvent acquérir des services achetés que si elles font partie du groupement d'achat au moment de l'appel d'offres et qu'elles sont nommément mentionnées dans l'appel d'offres.
- De tels achats sont réalisés sous forme d'un projet. Le concept et les documents de l'appel d'offres ainsi que la décision d'adjudication sont préparés par l'équipe de projet.

- Les communautés participantes, en tant que donneurs d'ordre, forment un comité de pilotage. Dans la composition de celui-ci, les intérêts de toutes les parties prenantes sont représentés de manière adéquate. Les donneurs d'ordre désignent le président du comité de pilotage.
- En règle générale, c'est le comité de pilotage qui prend la décision d'attribution (réglementation spécifique au projet). eOperations Suisse rend les décisions formelles d'adjudication, conclut les contrats-cadres avec les fournisseurs et les supervise.

Cas particulier «Achats pour les organisations de collectivités»:

Pour des raisons juridiques, eOperations Suisse fournit des prestations de marché exclusivement aux acheteurs qui ne sont pas eux-mêmes actifs sur le marché. Les organisations de collectivités ne peuvent participer à des marchés publics communs via eOperations Suisse en tant que services demandeurs que si elles ne sont pas actives sur le plan commercial, (pas même dans une faible mesure).

Achats communs avec participation de la Confédération:

- La Confédération travaille à l'élaboration d'une base légale pour la participation et la coopération avec des organisations telles qu'eOperations Suisse:
«Une base légale est nécessaire pour que la Confédération puisse participer à eOperations Suisse SA et, le cas échéant dans le futur, à d'autres organisations dans le cadre de la coopération dans le domaine de l'e-gouvernement. Le 30 janvier 2019, le Conseil fédéral a donc chargé le DFF d'élaborer ces bases légales et de lui soumettre un projet de consultation correspondant avant la fin août 2019. Les bases juridiques devraient régler à la fois la participation de la Confédération aux organisations de coopération dans le domaine de l'e-gouvernement ainsi que la possibilité de transférer à ces dernières des tâches dans le domaine des activités auxiliaires administratives et doivent être définies au niveau législatif»¹⁷.
- Deux problèmes se posent à l'heure actuelle:
 - o L'acquisition de prestations par eOperations Suisse pour la Confédération tomberait sous le coup de la règle de l'exception «In-State», moins bien établie actuellement dans la pratique juridique, tant que la Confédération n'est pas encore actionnaire.
 - o L'art 9 de l'Org-OMP cite les quatre services d'achats centraux de la Confédération. En d'autres termes, il n'est pas possible de créer de nouveaux services d'achat centraux par le biais d'une scission, d'un accord ou d'une décision. Cela exigerait une révision de l'Org-OMP.

6 Conclusion

- Compte tenu de la situation juridique, de la structure juridique et des règles de conduite d'eOperations Suisse, les collectivités peuvent partir du principe qu'elles ont le droit d'acheter des prestations auprès d'eOperations Suisse sans devoir passer d'appel d'offres conformément aux dispositions du droit des marchés publics. Cela vaut également pour les organisations autonomes des collectivités publiques chargées de tâches publiques (p. ex. organisations externalisées fournissant des prestations informatiques exclusivement aux collectivités publiques).
- Pour les cantons et les communes, les achats communs via eOperations Suisse sont autorisés par la loi sur les marchés publics.
- Les achats communs avec participation de la Confédération sont possibles dès que la Confédération aura créé les bases légales idoines et en particulier modifié l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (Org-OMP).
- Pour chaque projet d'achat, eOperations Suisse clarifie si de tels achats conjoints entraînent une concentration excessive de la demande et sont donc problématiques au regard du droit de la concurrence. Le cas échéant, le Secrétariat de la COMCO est sollicité pour un conseil.