

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

*Édités par Peter Gauch*

381

---

MANUEL JAQUIER

# Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics

Etude de droit suisse et européen

# SOMMAIRE

<b>AVANT-PROPOS</b>	<b>VII</b>
<b>SOMMAIRE</b>	<b>IX</b>
<b>TABLES DES MATIERES</b>	<b>XIII</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>XXXIII</b>
<b>TABLE DES ABREVIATIONS</b>	<b>XLVII</b>
<b>TABLES DES SOURCES OFFICIELLES</b>	<b>LXI</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE :</b>	
<b>LE « DROIT DU GRE A GRE EXCEPTIONNEL »</b>	<b>13</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : LES FONDEMENTS LEGAUX</b>	<b>15</b>
§ 1. Les sources internationales	15
§ 2. Les sources suisses	50
<b>CHAPITRE DEUXIEME : LE SYSTEME LEGAL</b>	<b>87</b>
§ 3. Un essai de classification	87
§ 4. Les éléments communs aux circonstances exceptionnelles	96
<b>DEUXIEME PARTIE :</b>	
<b>LA PRESTATION DE GRE A GRE</b>	<b>113</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : LES RAISONS TECHNIQUES, LES DROITS EXCLUSIFS, L'ŒUVRE D'ART</b>	<b>115</b>
§ 5. Les raisons techniques	115
§ 6. Les droits exclusifs	147
§ 7. L'œuvre d'art	174
§ 8. Les transactions immobilières grevées d'une clause d'architecte ou d'entrepreneur	198

<b>CHAPITRE DEUXIEME : LES PROTOTYPES, LES BIENS ET LES SERVICES NOUVEAUX</b>	<b>216</b>
§ 9. Une activité de R&D assujettie ou non ?	216
§ 10. Le gré à gré exceptionnel : Une solution à l'assujettissement	227
<b>TROISIEME PARTIE :</b>	<b>243</b>
<b>LE GRE A GRE EN RAISON D'EVENEMENTS EXTERNES</b>	<b>243</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : L'URGENCE</b>	<b>245</b>
§ 11. Une extrême urgence	245
§ 12. Un événement imprévisible	272
§ 13. La causalité et le marché strictement nécessaire	291
<b>CHAPITRE DEUXIEME : LES MARCHANDISES ACHETEES SUR UN MARCHE DE PRODUITS DE BASE</b>	<b>302</b>
§ 14. Les produits de base	302
§ 15. La transaction	308
§ 16. L'achat d'électricité par l'Etat	318
<b>CHAPITRE TROISIEME : UN ACHAT DANS DES CONDITIONS EXCEPTIONNELLEMENT AVANTAGEUSES</b>	<b>324</b>
§ 17. Un écoulement inhabituel	324
§ 18. Une offre d'achat à très court terme à un prix exceptionnellement avantageux	330
<b>QUATRIEME PARTIE :</b>	<b>339</b>
<b>LE GRE A GRE EN RAISON D'ELEMENTS DE PROCEDURE</b>	<b>339</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : LES APPELS D'OFFRES INFRACTUEUX</b>	<b>341</b>
§ 19. L'absence de soumission ou de demande de participation	341
§ 20. L'absence de soumission conforme aux prescriptions essentielles	348
§ 21. L'absence de participants conformes	362
§ 22. Les soumissions concertées	368

---

§ 23. Les conséquences	388
<b>CHAPITRE DEUXIEME : LES MARCHES ADDITIONNELS</b>	<b>412</b>
§ 24. Une livraison additionnelle	412
§ 25. L'impossibilité de changer d'adjudicataire	440
<b>CINQUIEME PARTIE :</b>	<b>465</b>
<b>LA MISE EN ŒUVRE DU GRE A GRE EXCEPTIONNEL</b>	<b>465</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE</b>	<b>467</b>
§ 26. Les étapes	467
§ 27. Le gré à gré concurrentiel	483
§ 28. L'adjudication	502
<b>CHAPITRE DEUXIEME : LE CONTENTIEUX</b>	<b>525</b>
§ 29. La protection juridique	525
§ 30. La qualité pour recourir	532
§ 31. Le délai de recours	544
<b>CONCLUSION</b>	<b>549</b>
<b>INDEX DES MOTS-CLEFS</b>	<b>579</b>

# TABLES DES MATIÈRES

<b>AVANT-PROPOS</b>	<b>VII</b>
<b>SOMMAIRE</b>	<b>IX</b>
<b>TABLES DES MATIERES</b>	<b>XIII</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>XXXIII</b>
<b>TABLE DES ABREVIATIONS</b>	<b>XLVII</b>
I.    Les réglementations	XLVII
A.    Le droit fédéral	XLVII
B.    Le droit (inter)cantonal et communal	XLIX
C.    Le droit européen	LII
II.    Les autres abréviations	LIV
<b>TABLES DES SOURCES OFFICIELLES</b>	<b>LXI</b>
I.    Les sources internationales	LXI
A.    L'Union européenne	LXI
B.    L'Organisation mondiale du commerce	LXIII
C.    Les autres institutions	LXIV
II.    Les sources suisses	LXV
A.    La Confédération	LXV
B.    Les cantons	LXIX
<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
I.    L'objet de l'étude et ses délimitations	1
II.    Les justifications de l'étude	3
A.    Le constat scientifique	3
B.    L'état de la législation et son évolution	4
C.    Les besoins pratiques	6
D.    L'intérêt économique	8
III.    Le plan de l'étude	10
<b>PREMIERE PARTIE :</b>	<b>13</b>
<b>LE « DROIT DU GRE A GRE EXCEPTIONNEL »</b>	<b>13</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : LES FONDEMENTS LEGAUX</b>	<b>15</b>
§ 1. <b>Les sources internationales</b>	<b>15</b>
I.    Le droit de l'OMC	15
	<b>XIII</b>

A.	L'ancien Code GATT	15
1.	L'appel d'offre unique	15
a.	Le texte légal	15
b.	Les premiers constats sous l'angle du gré à gré exceptionnel	15
2.	Les circonstances exceptionnelles	17
B.	L'AMP 1994	20
1.	L'appel d'offres limité	20
a.	Le texte légal	20
b.	Les premiers constats sous l'angle du gré à gré exceptionnel	20
2.	Les circonstances exceptionnelles	23
C.	L'AMP 2012	27
1.	L'appel d'offres limité	27
a.	Le texte légal	27
b.	Les premiers constats sous l'angle du gré à gré exceptionnel	29
c.	La proposition de définitions	32
2.	Les circonstances exceptionnelles	32
II.	Les autres traités internationaux	33
A.	L'Accord bilatéral CEE/CH	33
B.	La Convention AELE	35
III.	Le droit européen	36
A.	Un aperçu	36
1.	La procédure négociée sans publication préalable	36
a.	Le texte légal	36
b.	Les premiers constats sous l'angle du gré à gré exceptionnel	36
2.	Une genèse des circonstances exceptionnelles	40
a.	La méthode	40
b.	La Directive 71/305	41
c.	La Directive 77/62	43
d.	Les Directives 93/36 et 93/37	44
e.	La Directive 2004/18	45
f.	La Directive 2014/24	45
B.	Une source d'inspiration	47
<b>§ 2.</b>	<b>Les sources suisses</b>	<b>50</b>
I.	Le droit fédéral des marchés publics	50

A.	Avant le « nouveau » droit	50
1.	La définition légale de la procédure de gré à gré	50
2.	Les circonstances exceptionnelles	52
B.	A l'ère de l'AMP 1994	54
1.	La définition légale de la procédure de gré à gré	54
a.	Le texte légal	54
b.	Les premiers constats sous l'angle du gré à gré exceptionnel	55
2.	Les circonstances exceptionnelles	56
a.	L'absence de base légale formelle	56
b.	Les marchés internationaux	58
c.	Les « autres marchés »	59
C.	A l'ère de l'AMP 2012	63
1.	La définition légale de la procédure de gré à gré	63
a.	Le texte légal	63
b.	Les premiers constats sous l'angle du gré à gré exceptionnel	63
2.	Les circonstances exceptionnelles	64
II.	Les autres sources légales fédérales	65
A.	La LMI	65
1.	Le système	65
2.	Les circonstances exceptionnelles	66
B.	L'ORN	67
1.	Avant la « RPT »	67
2.	Depuis la « RPT »	68
III.	Le droit (inter)cantonal	69
A.	A l'ère de l'AMP 1994	69
1.	La définition légale de la procédure de gré à gré	69
a.	Le texte légal	69
b.	Les premiers constats sous l'angle du gré à gré exceptionnel	69
2.	Les circonstances exceptionnelles	70
a.	L'exigence de la base légale formelle	70
b.	Les cantons plus généreux que l'OMC	72
c.	Les cantons plus stricts que l'OMC	74
d.	Les cantons qui confondent les causes légales de gré à gré	75

3. Le tableau des législations cantonales (récapitulatif)	78
B. A l'ère de l'AMP 2012	86
<b>CHAPITRE DEUXIEME : LE SYSTEME LEGAL</b>	<b>87</b>
<b>§ 3. Un essai de classification</b>	<b>87</b>
I. Les classements existants	87
A. Les législateurs internationaux, fédéraux et cantonaux	87
1. Une classification sans égard au type de marché visé	87
2. Divers regroupements	88
B. La doctrine	89
II. Le classement proposé	91
A. Le critère de la prestation (son contenu)	91
B. Le critère des événements externes (ou environnants)	93
C. Le critère des éléments de procédure	94
<b>§ 4. Les éléments communs aux circonstances exceptionnelles</b>	<b>96</b>
I. L'effet direct	96
A. Le caractère « self-executing » du droit de l'OMC	96
1. La doctrine	96
2. La jurisprudence	97
3. Quelques réflexions critiques	98
B. Quels effets sur le droit fédéral ?	99
1. Les marchés internationaux	99
2. Les « autres marchés »	100
C. Quels effets sur le droit cantonal ?	102
1. Les marchés internationaux	102
2. Les marchés internes	103
II. La condition d'application générale	105
A. La présentation	105
1. Le texte légal	105
2. La nécessité de respecter les principes généraux	106
B. La non-transposition en droit suisse	108
C. La relation avec l'art. 3 LMI	109

D. Le gré à gré exceptionnel et le droit à l'égalité de traitement	110
<b>DEUXIEME PARTIE :</b>	<b>113</b>
<b>LA PRESTATION DE GRE A GRE</b>	<b>113</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : LES RAISONS TECHNIQUES, LES DROITS EXCLUSIFS, L'ŒUVRE D'ART</b>	<b>115</b>
<b>§ 5. Les raisons techniques</b>	<b>115</b>
I. L'absence de concurrence en raison de particularités techniques	115
A. L'existence de raisons « techniques »	115
1. Quelques généralités	115
2. Les spécifications techniques du marché de gré à gré exceptionnel	117
B. L'unicité du fournisseur	119
1. Un monopole de fait fondé sur des raisons objectives	119
2. La charge de la preuve	122
a. Une règle jurisprudentielle	122
b. D'autres raisons techniques (prouvées ou non)	124
c. Les collaborateurs externes et des experts	129
II. Aucune prestation de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante	131
A. Les composantes de la « condition commune »	131
B. L'absence de prestation équivalente	132
1. La reprise du régime des spécifications techniques	132
2. Une prestation « équivalente »	134
3. La nécessité de procéder activement à des recherches	137
a. Un moyen de découvrir des solutions inconnues	137
b. Le périmètre géographique de la prospection	138
c. En cas de doute sur l'existence d'une solution alternative	139

4. La charge de la preuve	141
C. Une définition des besoins dans le respect de l'obligation de concurrence	144
III. Des conditions d'application interdépendantes	146
<b>§ 6. Les droits exclusifs</b>	<b>147</b>
I. L'absence de concurrence en raison d'un droit exclusif	147
A. Quelques délimitations	147
1. Le privilège d'exclusivité	147
2. L'« autre circonstance » de la propriété intellectuelle	149
3. La circonstance exceptionnelle de l'œuvre d'art	150
B. Les types de droits visés	150
1. Une notion « large »	150
2. Les exemples légaux	153
a. Le droit du brevet d'invention	153
b. Les droits d'auteur	155
c. L'œuvre architecturale en particulier	157
3. Les autres « droits exclusifs »	160
a. Le design	160
b. Les licences informatiques	160
c. Les licences de distribution exclusive	163
d. Le droit de propriété et le droit de superficie	163
4. Un marché entièrement couvert par l'exclusivité	166
C. L'unicité du fournisseur	168
II. Aucune prestation de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante	171
<b>§ 7. L'œuvre d'art</b>	<b>174</b>
I. L'achat d'une œuvre d'art mobilière	174
A. La première « situation type »	174
1. La présentation	174
2. Le type de marché	174
B. La portée du gré à gré exceptionnel	176
1. L'existence d'une œuvre d'art mobilière	176
a. Des points de repère officiels utiles	176

	b.	L'œuvre d'art dans la doctrine et la jurisprudence des marchés publics	177
	c.	Les enseignements	179
	2.	Aucune prestation de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante	181
II.		La commande d'une œuvre d'art mobilière	183
	A.	La deuxième « situation type »	183
	1.	La présentation	183
	2.	Le type de marché	184
	B.	La portée du gré à gré exceptionnel	184
	1.	La personne de l'artiste : le point de départ de l'analyse	184
	2.	Aucune prestation de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante	185
	a.	L'approche subjective	185
	b.	L'approche objective	186
	c.	Laquelle des deux choisir ?	188
III.		L'animation artistique d'une construction	190
	A.	La troisième « situation type »	190
	1.	La présentation	190
	2.	Le type de marché	190
	B.	La portée du gré à gré exceptionnel	191
IV.		Les prestations artistiques	193
	A.	Les services d'architecture	193
	1.	Sont-ils des travaux d'art ?	193
	2.	Une question laissée ouverte	195
	B.	Les services récréatifs, culturels et sportifs	196
	1.	Les prestations visées	196
	2.	Les marchés fédéraux	196
	3.	Les marchés cantonaux et communaux	197
<b>§ 8.</b>		<b>Les transactions immobilières grevées d'une clause d'architecte ou d'entrepreneur</b>	<b>198</b>
I.		L'Etat comme acteur du marché de la construction	198
	A.	En chiffres	198
	B.	Le « Grundstücksprivileg »	199
	1.	Le principe	199
	2.	Les exceptions	199

II.	Une institution « controversée »	200
	A. La notion	200
	B. Les solutions du législateur fédéral, de la doctrine et des tribunaux	201
	1. Ceux qui y sont favorables	201
	2. Ceux qui y sont défavorables	203
III.	Une approche fondée sur l'indissociabilité des prestations	205
	A. Un « marché hybride »	205
	1. La notion	205
	2. Le caractère indissociable : une notion juridique	206
	3. L'expropriation et l'indissociabilité	208
	B. La méthode d'analyse	210
	1. En général	210
	2. Le choix de la circonstance exceptionnelle	211
	a. Les droits exclusifs	211
	b. Les raisons techniques	212
	3. Le cas particulier des fondations immobilières de droit public du canton de Genève	213
<b>CHAPITRE DEUXIEME : LES PROTOTYPES, LES BIENS ET LES SERVICES NOUVEAUX</b>		<b>216</b>
§ 9.	<b>Une activité de R&amp;D assujettie ou non ?</b>	<b>216</b>
I.	Les éléments constitutifs de l'activité	216
	A. Les trois « sortes » de prestations concernées	216
	B. Un entremêlement de prestations (assujetties ou non)	217
II.	Qu'est-ce qu'un service de R&D ?	219
	A. L'Union européenne	219
	B. Le Manuel de Frascati (OCDE)	220
III.	Une marche à suivre	221
	A. La présentation	221
	1. Une analogie avec le droit européen	221
	2. Les hypothèses retenues	222
	B. Les marchés de R&D non assujettis	223
	1. Au niveau fédéral	223
	2. Au niveau cantonal	224
	3. Le régime commun en cas d'interruption de la R&D	225

C.	Un marché de R&D assujetti	225
1.	Au niveau fédéral	225
2.	Au niveau cantonal	226
<b>§ 10.</b>	<b>Le gré à gré exceptionnel : Une solution à l'assujettissement</b>	<b>227</b>
I.	Une prestation mise au point pour les besoins du contrat de R&D	227
A.	Une transposition insuffisante	227
B.	L'acquisition d'une connaissance	228
1.	La jurisprudence	228
2.	La doctrine et les Institutions européennes	232
C.	Une prestation impossible à décrire	233
II.	L'acquisition d'un prototype, d'un bien ou d'un service nouveau	234
A.	Une transposition insuffisante	234
B.	Les caractéristiques propres aux trois notions	235
1.	Le prototype	235
2.	Une première marchandise ou un premier service	237
C.	Les caractéristiques communes aux trois notions	237
D.	Les délimitations entre les prestations en gré à gré et commercialisables	238
III.	La non-exclusivité sur le résultat de la R&D	240
A.	Une condition sous-jacente	240
1.	La justification	240
2.	Une illustration	241
B.	Une analogie avec le droit européen	242
	<b>TROISIEME PARTIE :</b>	<b>243</b>
	<b>LE GRE A GRE EN RAISON D'EVENEMENTS EXTERNES</b>	<b>243</b>
	<b>CHAPITRE PREMIER : L'URGENCE</b>	<b>245</b>
<b>§ 11.</b>	<b>Une extrême urgence</b>	<b>245</b>
I.	La notion	245
A.	La doctrine	245
1.	Les solutions d'évaluation proposées	245
a.	Le critère du préjudice potentiel	245

	b.	Le critère de la réduction du délai de présentation des offres	247
	2.	Les solutions retenues	249
B.		La jurisprudence européenne	250
	1.	La présentation	250
	2.	Les enseignements	253
C.		La jurisprudence suisse	254
	1.	La présentation	254
	a.	L'affaire de « l'usine d'incinération »	254
	b.	Les affaires de « l'animalerie universitaire » et de « la halle de Payerne »	255
	c.	L'affaire de « la caserne de Liestal »	256
	d.	L'affaire de « l'autoroute N9 »	256
	e.	L'affaire de « l'outil d'évaluation de Santésuisse »	257
	f.	L'affaire de « Tridel SA »	258
	g.	Les autres affaires	260
	2.	Les enseignements	262
II.		Trois « critères d'appréciation »	267
	A.	L'urgence qualifiée de l'effet suspensif	267
	1.	Pourquoi s'en inspirer ?	267
	2.	La jurisprudence fédérale	267
	3.	La jurisprudence cantonale	269
	B.	L'urgence de la clause générale de police	269
	C.	L'urgence des « autres circonstances »	270
	1.	Pourquoi s'en inspirer ?	270
	2.	La jurisprudence	272
<b>§ 12.</b>		<b>Un événement imprévisible</b>	<b>272</b>
I.		La notion	272
	A.	Quand un événement est-il imprévisible ?	272
	B.	L'adjudicateur à l'origine de la situation d'urgence	275
	1.	Des opinions divergentes	275
	2.	Quelques réflexions critiques	277
	3.	L'imputabilité et l'imprévisibilité : Quelle relation ?	278
	C.	L'imprévisibilité et le temps qui « passe »	279
II.		Les cas d'applications types	280

A.	Les circonstances dans la sphère d'influence de l'adjudicateur	280
1.	La mauvaise planification en général	280
2.	Le dépôt d'un recours	283
3.	L'adoption d'une loi (par l'adjudicateur)	284
B.	Les circonstances hors de la sphère d'influence de l'adjudicateur	285
1.	La catastrophe naturelle	285
a.	En général	285
b.	Les phénomènes saisonniers et endémiques	286
2.	Un appel d'offres infructueux	287
3.	L'adoption d'une loi (par un législateur autre que l'adjudicateur)	289
C.	D'autres illustrations	290
<b>§ 13.</b>	<b>La causalité et le marché strictement nécessaire</b>	<b>291</b>
I.	Un lien de causalité	291
A.	La notion	291
B.	Une méthode d'analyse « empruntée » à la RC	293
1.	La causalité naturelle	293
a.	L'événement comme condition sine qua non de l'extrême urgence	293
b.	La vertu réparatrice de la causalité dépassante	293
2.	La causalité adéquate	294
a.	Pourquoi s'en inspirer ?	294
b.	Quelles conséquences en droit du gré à gré exceptionnel ?	295
II.	Un marché strictement nécessaire	297
A.	L'expression du principe de la proportionnalité	297
B.	L'examen de la nécessité	298
1.	En général	298
2.	Les prestations de durée	300
3.	Les prestations instantanées	301

<b>CHAPITRE DEUXIEME : LES MARCHANDISES ACHETEES SUR UN MARCHÉ DE PRODUITS DE BASE</b>	<b>302</b>
<b>§ 14. Les produits de base</b>	<b>302</b>
I. La notion	302
A. Des marchandises générales	302
B. Des marchandises particulières	305
II. Des points de repère	306
A. La Classification Type pour le Commerce international (CTCI)	306
B. Le glossaire de Statistics Explained de l'UE et la banque mondiale	307
<b>§ 15. La transaction</b>	<b>308</b>
I. Un marché de produits de base : une bourse	308
A. La notion	308
1. Le législateur	308
a. En Suisse	308
b. Dans l'Union européenne	309
2. La doctrine	310
3. Le Guide pour les marchés publics	311
B. La bourse et le droit des marchés publics	311
1. Des objectifs communs	311
2. Des institutions incompatibles	312
II. L'achat direct	312
A. Un intérêt économique	312
B. L'absence de revendeur	314
1. Une condition d'application	314
2. Quatre applications	315
C. La question de la représentation directe	316
<b>§ 16. L'achat d'électricité par l'Etat</b>	<b>318</b>
I. La libéralisation du marché de l'électricité	318
II. La portée du gré à gré exceptionnel	319
A. La condition du produit de base	319
B. La condition de l'achat direct en bourse	322
1. La bourse européenne d'électricité EPEX SPOT	322
2. L'exigence de l'achat direct	323

<b>CHAPITRE TROISIEME : UN ACHAT DANS DES CONDITIONS EXCEPTIONNELLEMENT AVANTAGEUSES</b>	<b>324</b>
<b>§ 17. Un écoulement inhabituel</b>	<b>324</b>
I. Le critère du « fournisseur inhabituel »	324
II. Les situations visées	326
A. La faillite, la liquidation et l'administration judiciaire	326
B. Les autres hypothèses	328
<b>§ 18. Une offre d'achat à très court terme à un prix exceptionnellement avantageux</b>	<b>330</b>
I. Le type d'aliénation couvert	330
II. Le champ d'application objectif de la circonstance exceptionnelle	331
III. Des « conditions exceptionnellement avantageuses »	332
A. L'absence de point de repère dans la loi, la doctrine et la jurisprudence	332
B. Une méthode d'évaluation	333
C. Les marchés d'occasion	335
IV. Une opportunité à « très court terme »	336
A. En général	336
B. En cas d'exécution forcée	338
<b>QUATRIEME PARTIE :</b>	<b>339</b>
<b>LE GRE A GRE EN RAISON D'ELEMENTS DE PROCEDURE</b>	<b>339</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : LES APPELS D'OFFRES INFRUCTUEUX</b>	<b>341</b>
<b>§ 19. L'absence de soumission ou de demande de participation</b>	<b>341</b>
I. La soumission et la demande de participation	341
A. Les textes légaux et les enseignements	341
B. Aucune offre sous la forme écrite ou électronique	342
II. Les applications	344
A. En procédure ouverte ou sélective	344
B. En procédure sur invitation	346
C. A la suite d'un avis de marché programmé	347

<b>§ 20. L'absence de soumission conforme aux prescriptions essentielles</b>	<b>348</b>
I. Les prescriptions essentielles	348
A. Les textes légaux et les enseignements	348
B. La notion	349
1. La doctrine	349
2. Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables du droit européen	350
3. La jurisprudence	353
4. Les enseignements	354
II. Quelques applications	358
A. Des offres anormalement basses	358
B. Des offres trop onéreuses	360
C. Les variantes	361
<b>§ 21. L'absence de participants conformes</b>	<b>362</b>
I. Les conditions de participation	362
A. Les textes légaux et les enseignements	362
B. La notion	364
1. En général	364
2. Quelques cas particuliers	365
a. Les conditions légales ou conventionnelles	365
b. Les conditions de forme	365
II. Quelques critères d'aptitude litigieux	367
<b>§ 22. Les soumissions concertées</b>	<b>368</b>
I. L'offre concertée	368
A. Les textes légaux et les enseignements	368
B. La notion	369
1. L'OCDE	369
2. La doctrine et la jurisprudence	371
3. Le droit suisse de la concurrence	373
a. Une source indispensable	373
b. Les accords sur les prix	376
c. Les autres accords visés par la loi	378
4. Les enseignements	379
II. La preuve de la concertation	380
A. Qui la supporte ?	380

B.	Le degré de preuve exigé	380
1.	Des soupçons concrets	380
2.	Les signaux d'alerte de l'OCDE et de la COMCO	383
III.	Toutes les offres « contaminées »	386
<b>§ 23.</b>	<b>Les conséquences</b>	<b>388</b>
I.	L'obligation de mettre un terme à la procédure initiale	388
A.	Par des décisions d'exclusion	388
1.	La relation entre l'exclusion et les cas d'appel d'offres infructueux	388
2.	L'exclusion dans la jurisprudence	389
B.	Par une décision d'interruption	391
1.	La relation entre l'interruption et les cas d'appel d'offres infructueux	391
2.	L'interruption dans la jurisprudence	392
C.	L'exigence d'une procédure initiale conforme au droit	395
II.	Des conditions de soumission substantiellement identiques	397
A.	La notion de « modifications substantielles »	397
1.	Les textes légaux et les enseignements	397
2.	La doctrine et la jurisprudence	398
3.	Les Institutions européennes	401
B.	Deux critères d'appréciation	401
1.	La renégociation d'un marché attribué	401
2.	L'interruption et la répétition du marché en raison d'une modification du projet	404
C.	Trois applications	405
1.	L'adaptation du prix budgétisé	405
2.	La modification du type de marché, de son ampleur ou de sa configuration	405
3.	Le délai de livraison de la prestation ou la durée du marché	406
III.	Une seule offre rentrée valable	407
A.	Quelle place pour l'interruption ?	407
B.	Quelle place pour le gré à gré exceptionnel ?	410

<b>CHAPITRE DEUXIEME : LES MARCHES ADDITIONNELS</b>	<b>412</b>
<b>§ 24. Une livraison additionnelle</b>	<b>412</b>
<b>I. Les types d'acquisitions visés</b>	<b>412</b>
<b>A. Le complément au marché initial</b>	<b>412</b>
1. L'évolution législative	412
a. Avant l'AMP 2012	412
b. Depuis l'AMP 2012	413
2. La notion	415
a. En général	415
b. Qu'en est-il de l'accroissement de la prestation existante	416
<b>B. Le remplacement d'une pièce du marché initial</b>	<b>417</b>
1. L'évolution législative	417
2. La notion	418
<b>C. L'achèvement du marché initial</b>	<b>419</b>
1. L'évolution législative	419
a. Avant l'AMP 2012	419
b. Depuis l'AMP 2012	420
2. La notion	422
<b>D. Les services de travaux analogues</b>	<b>423</b>
1. Avant l'AMP 2012	423
2. Depuis l'AMP 2012	423
<b>II. Les caractéristiques essentielles</b>	<b>425</b>
<b>A. Un marché de services, de travaux ou de fournitures</b>	<b>425</b>
<b>B. Un marché attribué à l'adjudicataire initial</b>	<b>426</b>
1. Comment identifier ce premier prestataire?	426
2. Trois cas particuliers	427
a. Un changement dans la composition du consortium	427
b. Un changement chez les sous-traitants	428
c. Une adjudication de gré à gré au « fabricant » du marché initial ou à son nouveau distributeur	428
<b>C. Un marché en lien de connexité avec la prestation initiale</b>	<b>429</b>
<b>D. Un marché proportionnel</b>	<b>431</b>
1. En général	431

	2. L'aptitude, la nécessité et l'exigibilité	432
	3. La limite des trois ans du droit européen	434
III.	Une adjudication initiale conforme au droit	436
	A. La signification	436
	B. L'impact d'une irrégularité	439
<b>§ 25.</b>	<b>L'impossibilité de changer d'adjudicataire</b>	<b>440</b>
I.	L'évolution législative	440
	A. Le droit de l'OMC	440
	B. Le droit suisse	443
II.	L'incompatibilité absolue (technique)	445
	A. Les notions d'interchangeabilité et d'interopérabilité	445
	B. Les raisons techniques	447
	1. La jurisprudence et la doctrine	447
	a. L'affaire des « travaux de mensuration »	447
	b. L'affaire du « remaniement parcellaire »	448
	c. L'affaire des « postes de commande »	449
	d. L'affaire du « matériel informatique »	450
	e. L'affaire des « conduites »	450
	f. L'affaire du « registre foncier électronique »	451
	g. L'affaire de « l'achat des hélicoptères »	451
	h. Les autres illustrations	452
	2. Les enseignements	454
III.	L'incompatibilité relative	456
	A. La notion	456
	B. Les raisons économiques	457
	1. La jurisprudence	457
	a. L'affaire des « travaux de mensuration »	457
	b. L'affaire du « poste de commande »	457
	c. L'affaire du « registre foncier électronique »	458
	2. La doctrine	458
	3. Les enseignements	459
	C. Les inconvénients importants	459
	D. Une « duplication substantielle des coûts »	461
IV.	L'imprévisibilité objective de l'absence de fournisseur	462

<b>CINQUIEME PARTIE :</b>	<b>465</b>
<b>LA MISE EN ŒUVRE DU GRE A GRE EXCEPTIONNEL</b>	<b>465</b>
<b>CHAPITRE PREMIER : LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE</b>	<b>467</b>
<b>§ 26. Les étapes</b>	<b>467</b>
I. La prise de contact avec l'adjudicataire potentiel	467
A. Le libre-choix	467
1. La justification	467
2. Quelle portée ?	469
B. L'absence de forme particulière	471
C. La préimplication	472
1. La question	472
2. La doctrine et la jurisprudence	472
3. Quelques réflexions critiques	474
II. Les négociations	475
A. La notion	475
B. La place des négociations dans le gré à gré exceptionnel ?	477
1. Le principe	477
2. Le cas particulier de l'appel d'offres infructueux	479
3. Le prix du marché de gré à gré exceptionnel	481
C. Le droit de regard sur le prix	482
<b>§ 27. Le gré à gré concurrentiel</b>	<b>483</b>
I. La notion	483
A. L'absence de définition légale	483
1. Le droit international	483
2. Le droit européen	483
3. Les droits fédéral et intercantonal	484
B. La définition de la doctrine et des tribunaux	485
II. Une pratique controversée	485
A. Les « détracteurs »	485
1. La doctrine majoritaire	485
2. Quelques tribunaux	487
B. Les « partisans »	489
1. Les cantons	489
2. La majorité de la doctrine	491

3. La majorité des tribunaux	494
C. La conception proposée	498
<b>§ 28. L'adjudication</b>	<b>502</b>
I. La décision	502
A. L'adjudication de gré à gré exceptionnel est-elle une décision ?	502
1. Les marchés internationaux et internes	502
2. Les « petits marchés »	503
3. Les enseignements	505
B. La communication à l'adjudicataire	506
1. La notification	506
a. Les marchés internationaux et internes	506
b. Les « petits marchés »	508
2. Le contenu de l'adjudication exceptionnelle	510
3. Dans quel délai ?	511
C. La communication au public d'un avis de renseignements	512
1. La notification	512
a. Les marchés internationaux et internes	512
b. Les « petits marchés »	514
2. Le contenu de l'avis	515
a. En Suisse	515
b. Dans l'Union européenne	517
3. Dans quel délai ?	518
II. Le procès-verbal	520
A. Les marchés internationaux	520
B. Les marchés non soumis au droit international	523
<b>CHAPITRE DEUXIEME : LE CONTENTIEUX</b>	<b>525</b>
<b>§ 29. La protection juridique</b>	<b>525</b>
I. Au niveau fédéral	525
A. A l'ère de l'AMP 1994	525
1. Les marchés internationaux	525
2. Les « autres marchés »	526
B. A l'ère de l'AMP 2012	527
II. Au niveau cantonal	529
A. A l'ère de l'AMP 1994	529

B.	A l'ère de l'AMP 2012	530
III.	Le droit à la réparation du dommage	531
<b>§ 30.</b>	<b>La qualité pour recourir</b>	<b>532</b>
I.	L'absence d'obligation de participer à la procédure devant l'autorité inférieure	532
II.	Un intérêt digne de protection	534
A.	Quelques rappels généraux	534
B.	Un soumissionnaire potentiel	535
C.	Quelques cas particuliers	540
1.	Les associations professionnelles	540
2.	La COMCO	542
3.	Autres situations	543
<b>§ 31.</b>	<b>Le délai de recours</b>	<b>544</b>
I.	En cas de publication de l'adjudication	544
II.	En l'absence de publication de l'adjudication	545
<b>CONCLUSION</b>		<b>549</b>
I.	Le droit du gré à gré exceptionnel	549
II.	La prestation de gré à gré	553
III.	Le gré à gré en raison d'événements externes	560
IV.	Le gré à gré en raison d'éléments de procédure	563
V.	La mise en œuvre du gré à gré exceptionnel	570
<b>INDEX DES MOTS-CLEFS</b>		<b>579</b>