

Procédure de gré à gré

Fardeau de la preuve et autres questions choisies

Yasmine Sözerman, avocate, spécialiste FSA Droit de la construction et de l'immobilier, LL.M. Columbia Law School, associée auprès de l'Etude Reymond & Associés, Lausanne

Aperçu

I. Introduction

II. Rappel général: la notion et les catégories de gré à gré

A La notion

B Les catégories

1. Le gré à gré ordinaire

2. Le gré à gré exceptionnel

a) *L'appel d'offres infructueux (art. 21 al. 2 let. a et b LMP et AIMP 2019, art. XIII ch. 1 let. a AMP)*

b) *Les particularités techniques (art. 21 al. 2 let. c LMP et AIMP 2019, art. XIII ch. 1 let. b AMP)*

c) *L'urgence (art. 21 al. 2 let. d LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. d AMP)*

d) *Les livraisons additionnelles (art. 21 al. 2 let. e LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. c AMP)*

e) *Achat de prototype (art. 21 al. 2 let. f LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. f AMP)*

f) *Achat de prestation sur un marché de produit de base (art. 21 al. 2 let. g LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. e AMP)*

g) *Achat dans le cadre d'une liquidation (art. 21 al. 2 let. h LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. g AMP)*

h) *Les concours et mandats d'étude parallèles (art. 21 al. 2 let. i LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. h AMP)*

3. La procédure de gré à gré concurrentiel

C Le recours

1. En général

2. La qualité pour recourir

3. Le fardeau de la preuve

a) *L'unicité du fournisseur en raison des particularités techniques du marché*

b) *L'acquisition d'un prototype*

D Quelques autres aspects pratiques

1. L'obligation de publier

2. Le contenu de la publication

3. La documentation à établir en cas d'adjudication de gré à gré «exceptionnelle»

E Conclusion

I. Introduction

- 1 L'organisation d'une procédure d'appel d'offres s'avère souvent longue, complexe et coûteuse. Les pouvoirs adjudicateurs seront donc régulièrement tentés de l'éviter en procédant à une adjudication du marché de gré à gré.
- 2 Dès lors qu'elle constitue une entorse aux principes régissant le droit des marchés publics, une telle procédure reste toutefois l'exception. La réglementation et la jurisprudence imposent donc des conditions strictes au recours au «gré à gré».
- 3 Lors des journées marchés publics 2014, Olivier Rodondi avait abordé en détail les différentes catégories de procédures de gré à gré¹. Manuel Jacquier a par ailleurs consacré sa thèse au «gré à gré exceptionnel» dans les marchés publics².
- 4 La présente contribution renvoie à ces publications pour tout complément. Après avoir brièvement rappelé des notions générales, elle abordera essentiellement la question du fardeau de la preuve des conditions de réalisation du cas de gré à gré ainsi que d'autres questions pratiques qu'il convient de garder à l'esprit au moment d'avoir recours à une telle procédure.
- 5 Elle fera essentiellement référence au nouveau droit, à savoir l'Accord de l'OMC sur les marchés publics adopté le 30 mars 2012 («AMP»), la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics («LMP») et son ordonnance («OMP») entrées en vigueur le 1er janvier 2021 ainsi que l'Accord intercantonal sur les marchés publics («AIMP 2019») du 15 novembre 2019.

¹ Rodondi, Les marchés de gré à gré in: Zuffèrey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2014*, Zurich Bâle Genève 2014, p. 177 ss («Rodondi»).

² Jaquier, *Le «gré à gré exceptionnel» dans les marchés publics*, Etude de droit suisse et européen, Genève Zurich Bâle 2018 («Jaquier thèse»).

II. Rappel général: la notion et les catégories de gré à gré

A La notion

«Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres (...)» (art. 21 al. 1^{er} LMP / AIMP 2019). 6

Ainsi, les principes du droit des marchés publics (économicité, transparence, concurrence) ne s'y appliquent que sous une forme affaiblie³. 7

L'on distingue traditionnellement plusieurs catégories de «gré à gré», à savoir la procédure de gré à gré *ordinaire* (cf. infra B. 1.), le gré à gré *exceptionnel* (cf. infra B. 2.) et enfin, le gré à gré *concurrentiel* (cf. infra B. 3.). 8

B Les catégories

1. Le gré à gré ordinaire

La première catégorie de procédure de gré à gré est dite «ordinaire». Elle comprend les marchés qui n'atteignent pas les valeurs-seuils exigeant un appel d'offres (art. 17 LMP / AIMP 2019). 9

Pour rappel, on distingue traditionnellement: 10

- Les marchés fédéraux, soit les marchés lancés par les pouvoirs adjudicateurs qui relèvent de la Confédération (art. 4 LMP);
- Les marchés cantonaux et communaux, soit les marchés lancés par les pouvoirs adjudicateurs qui relèvent des cantons ou des communes (art. 4 AIMP 2019).

Une seconde distinction vise à différencier: 11

- Les marchés soumis aux traités internationaux,
- Les marchés non soumis aux traités internationaux.

Les marchés fédéraux qui dépassent les valeurs seuils suivantes sont actuellement soumis aux traités internationaux⁴: 12

- Pour les marchés de services: dès CHF 230 000.-

³ FF 2017 1695, p. 1770 («Message LMP»).

⁴ Art. 8 al. 4 LMP et annexe 4 ch. 1 LMP.

- Pour les marchés de fournitures : dès CHF 230 000.-
 - Pour les marchés de construction : dès CHF 8 700 000.-
- 13 Pour les marchés fédéraux non soumis aux traités internationaux, la procédure de gré à gré ordinaire est possible⁵ :
- Pour les marchés de services : en-dessous de CHF 150 000.-
 - Pour les marchés de fournitures : en-dessous de CHF 150 000.-
 - Pour les marchés de travaux de construction : en-dessous de CHF 300 000.-
- 14 Les marchés cantonaux et communaux qui dépassent les valeurs seuils suivantes sont soumis aux traités internationaux⁶ :
- Pour les marchés de services : dès CHF 350 000.-
 - Pour les marchés de fournitures : dès CHF 350 000.-
 - Pour les marchés de construction : dès CHF 8 700 000.-
- 15 Pour les marchés cantonaux et communaux non-soumis aux traités internationaux, l'AIMP 2019 prévoit en outre une ouverture interne à la concurrence. La procédure de gré à gré ordinaire ne sera possible que ⁷ :
- Pour les marchés de services : en-dessous de CHF 150 000.-
 - Pour les marchés de fournitures : en-dessous de CHF 150 000.-⁸
 - Pour les marchés de travaux de construction de gros œuvre : en-dessous de CHF 300 000.-
 - Pour les marchés de travaux de construction de second œuvre : en-dessous CHF 150 000.-

⁵ Annexe 4 ch. 2 LMP.

⁶ Annexe 1 AIMP 2019.

⁷ Annexe 2 AIMP 2019; Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP) du 15 novembre 2019, Message type Version 1.2 du 24 septembre 2020 (« Message type AIMP »), p. 55.

⁸ L'AIMP 2001 prévoit un seuil de CHF 100 000.-.

2. Le gré à gré exceptionnel

En présence d'un marché dépassant les valeurs seuils applicables, le pouvoir adjudicateur devra en principe recourir à un appel d'offres selon la procédure ouverte ou sélective⁹. 16

Il arrive toutefois que des circonstances exceptionnelles autorisent l'adjudicateur à attribuer directement le marché à un candidat sans passer par une procédure d'appel d'offres. Ces circonstances sont énoncées aux art. XIII AMP, 21 al. 2 LMP/AIMP 2019 ainsi que dans de nombreuses législations cantonales¹⁰. 17

L'admissibilité du «gré à gré exceptionnel» découle notamment de la reconnaissance du fait que les coûts de la procédure avec appel d'offres public peuvent, dans certaines circonstances, être plus élevés que l'avantage obtenu par la mise en concurrence et la transparence d'un appel d'offres ouvert¹¹. 18

Les cas de gré à gré exceptionnel font l'objet d'une liste exhaustive – toute interprétation par analogie étant exclue. Ces cas doivent au surplus faire l'objet d'une interprétation étroite¹². 19

S'agissant du nouveau droit, la liste des circonstances permettant d'avoir recours à une procédure de gré à gré exceptionnelle correspond, à de rares modifications près, à celle que contenait l'ancien art. 13 al. 1^{er} OMP 1995¹³. On y reviendra ci-dessous en abordant chaque cas. 20

a) *L'appel d'offres infructueux (art. 21 al. 2 let. a et b LMP et AIMP 2019, art. XIII ch. 1 let. a AMP)*

Plusieurs situations sont visées par l'appel d'offres infructueux. Ces possibilités correspondent en substance à ce qui était prévu sous l'ancien droit¹⁴. 21

Ainsi, l'adjudicateur peut adjuger le marché de gré à gré lorsque, au terme d'une procédure d'appel d'offres,; 22

(a) il ne reçoit aucune soumission;

⁹ Jaquier thèse, p. 1, para. 2; ATF 141 II 113, consid. 5 («arrêt Tridel»); à certaines conditions, la procédure sur invitation peut également être envisagée.

¹⁰ Cf. également Gachet, Les procédures in : DC 2020 20, p. 21 («Gachet»).

¹¹ Arrêt du TAF du 7 octobre 2015, B-1570/2015, consid. 2.1 et références citées.

¹² Message LMP, p. 1771.

¹³ Message LMP, p. 1771; les art. 13 al. 1^{er} let. e et h OMP 1995 n'ont pas été repris dans le nouveau droit.

¹⁴ Art. 13 al. 1^{er} let. a et b de l'Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 («OMP 1995»).

- (b) aucune offre ne satisfait aux exigences essentielles de l'appel d'offres ;
 - (c) aucune offre ne respecte les spécifications techniques ou ;
 - (d) aucun soumissionnaire ne répond aux critères d'aptitude.
- 23 Relevons qu'il est évidemment exclu qu'un adjudicateur conçoive les documents d'appel d'offres de telle façon que les soumissionnaires soient dans l'impossibilité de répondre aux exigences, afin qu'il puisse ensuite adjuger le marché de gré à gré. Un recours à la procédure de gré à gré fondé sur l'art. 21 al. 2 let. a et b LMP / AIMP 2019 suppose dès lors que les conditions de participation et les autres exigences de l'appel d'offres ne soient pas substantiellement modifiées au moment de l'adjudication¹⁵.
- 24 Enfin, il faut rappeler qu'avant d'adjuger le marché de gré à gré, le pouvoir adjudicateur devra rendre une décision d'interruption de la première procédure¹⁶.
- 25 L'appel d'offres est également considéré comme infructueux lorsque des indices suffisants laissent penser que toutes les offres résultent d'un accord illicite affectant la concurrence.
- 26 L'adjudicateur devra pouvoir recourir à la procédure de gré à gré s'il a des raisons suffisantes de penser qu'il existe un accord illicite et s'il n'y a pas de concurrence résiduelle en dehors du cartel de soumission¹⁷.
- b) *Les particularités techniques (art. 21 al. 2 let. c LMP et AIMP 2019, art. XIII ch. 1 let. b AMP)*
- 27 Un marché peut également être passé de gré à gré si (i) en raison de ses particularités techniques ou artistiques ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle, (ii) il ne peut être adjugé qu'à un soumissionnaire bien précis et (iii) qu'il n'existe pas de solutions de rechange adéquates. Cette disposition est identique à celle de l'ancien droit¹⁸.
- 28 L'on se concentrera ici sur le marché présentant des particularités techniques qui est l'une des circonstances exceptionnelles les plus utilisées par les pouvoirs adjudicateurs. Cette circonstance est notamment réalisée lorsqu'un soumissionnaire, du fait de l'absence de solutions de rechange adéquates, est

¹⁵ Art. XIII, par. 1, let. a, AMP 2012 ; Message LMP, p. 1771.

¹⁶ Art. 43 al. 1^{er} let. b LMP/AIMP 2019 ; Gachet, p. 21 s.

¹⁷ Message LMP, p. 1771.

¹⁸ Art. 13 al. 1^{er} let. c OMP 1995.

seul capable de fournir un produit, un service ou des travaux de construction donnés¹⁹.

La première condition d'application de ce cas de gré à gré est l'existence de raisons « techniques ». Tel est le cas lorsqu'il est fait référence à une spécification technique qui figurerait dans les documents de soumission si l'adjudicateur mettait le marché en concurrence²⁰. Cette condition ne pose en principe pas de problèmes particuliers. En effet, les tribunaux semblent admettre largement que les raisons invoquées par les adjudicateurs pour adjuger le marché de gré à gré ont un caractère technique. 29

La seconde condition est en revanche plus délicate. Elle implique que les spécificités techniques du marché doivent empêcher toute mise en concurrence²¹. En d'autres termes, un seul fournisseur doit être apte à offrir la prestation recherchée et se trouver ainsi dans une position d'exclusivité. Selon la doctrine, cette position d'exclusivité doit reposer sur des considérations objectives²². 30

Enfin, la troisième condition est celle de l'absence de solution de rechange ou de remplacement adéquate ou raisonnablement satisfaisante. Selon la jurisprudence, une solution de rechange devrait être considérée équivalente lorsqu'elle est apte à couvrir le besoin de l'adjudicateur de manière fonctionnelle et qu'elle est économiquement à peu près aussi avantageuse que le produit acquis²³. 31

c) L'urgence (art. 21 al. 2 let. d LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. d AMP)

Si, en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être menée à bien, le pouvoir adjudicateur peut adjuger le marché directement. 32

Contrairement à l'ancien droit, les nouveaux art. 21 al. 2 let. d LMP/AIMP 2019 posent désormais expressément comme condition d'application de ce cas de gré à gré que la réduction du délai de présentation de soumissions ne suffise pas à mener à bien une procédure d'appel d'offres en temps utile²⁴. 33

¹⁹ Message LMP, p. 1771.

²⁰ Jaquier thèse, p. 118, para. 132.

²¹ Art. XIII para. 1 let. b ch. iii AMP.

²² Jaquier thèse, p. 121, para. 139.

²³ ATF 137 II 313, consid. 3.6.1; JT 2012 I 20 (« arrêt Microsoft »); cf. également Jaquier, Le gré à gré exceptionnel pour des raisons techniques : oui, mais à la condition d'avoir un besoin objectif, in : DC 2021 14, p. 16 (« Jaquier, raisons techniques »).

²⁴ Art. 13 al. 1^{er} let. d OMP 1995.

- 34 En droit européen, l'art. 31 para. 1 let. c de la Directive 2004/18/CE prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché « dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché (...). Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs ».
- 35 En droit suisse, les conditions cumulatives d'application de cette exception sont strictes et correspondent en substance à ce que prévoit le droit européen à savoir que (i) l'évènement survenu doit être imprévisible, (ii) cet évènement est à l'origine d'une situation impérieuse, (iii) l'urgence ne doit pas découler du fait du pouvoir adjudicateur, notamment de son imprévoyance, (iv) elle doit être telle que l'organisation d'une procédure d'appel d'offres ne permettrait pas d'y faire face, même en réduisant les délais et (v) la procédure de gré à gré ne peut être utilisée que dans la mesure nécessaire à rétablir une situation normale²⁵.
- 36 S'il existe des solutions moins radicales que le recours à la procédure de gré à gré, il faut opter pour celles-ci²⁶. La doctrine parle à cet égard d'une urgence non impérieuse par opposition à l'urgence impérieuse qui justifierait l'application du cas de gré à gré²⁷.
- 37 En principe, le délai pour présenter des offres doit être d'au minimum 40 jours. En cas d'urgence *non impérieuse*, l'adjudicateur pourra réduire ce délai à 10 jours au minimum (voire 5 jours dans certains cas) en le mentionnant expressément dans les documents d'appel d'offres²⁸.
- 38 Ainsi, ce cas de gré à gré sera exclu chaque fois que, moyennant réduction des délais, une procédure d'appel d'offres peut être menée à bien.
- 39 Dans l'arrêt *Tridel*²⁹, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'urgence comme motif de gré à gré.
- 40 La société Tridel SA a notamment pour but le traitement des déchets urbains dans le canton de Vaud. Elle a en outre été chargée par certaines communes

²⁵ Arrêt Tridel, consid. 5.3.1 ; Rodondi, p. 201, para. 56.

²⁶ Message LMP, p. 1772.

²⁷ Rodondi, La gestion de la procédure de soumission, Questions choisies, en particulier les délais in: Zufferey/Stöckli (édit.), Marchés publics 2008, Genève Zurich Bâle 2008, p. 163 ss, p. 173 (« Rodondi procédure »).

²⁸ Art. XI para 3 AMP ; art. 47 al. 1^{er} LMP/AIMP 2019.

²⁹ ATF 141 II 113.

de la mise en place de la «taxe au sac». Tridel a, à son tour, décidé de confier à un acteur externe plusieurs prestations, notamment la fabrication des sacs et leur distribution aux points de vente.

Dans ce contexte, Tridel a lancé un appel d'offres sur invitation (par opposition à un appel d'offres en procédure ouverte qui aurait dû s'appliquer compte tenu du montant du marché en question). 41

Dès lors, seule l'urgence pouvait justifier l'entorse faite à la pleine application du droit des marchés publics et en particulier des principes de la liberté d'accès au marché et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. 42

Au niveau cantonal, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois avait admis l'application de cette exception en retenant, en substance, que l'introduction de la taxe au sac dans le droit cantonal constituait une «raison d'extrême urgence» permettant à l'adjudicateur de déroger à une procédure ouverte³⁰. 43

Le Tribunal fédéral a en revanche considéré que Tridel ne se trouvait pas dans une situation d'extrême urgence. Le pouvoir adjudicateur était partant tenu d'organiser un appel d'offres selon la procédure ouverte, au besoin en réduisant les délais impartis pour soumissionner. 44

d) Les livraisons additionnelles (art. 21 al. 2 let. e LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. c AMP)

Le nouveau droit prévoit que le recours à la procédure de gré à gré est possible lorsqu'un changement de soumissionnaire pour des prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques ou entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts. 45

Cette disposition correspond en partie à l'art. 13 al. 1^{er} let. f OMP 1995. Le nouveau droit abandonne toutefois la clause permettant d'adjuger un marché de construction subséquent à un marché initial adjugé selon la procédure ouverte ou sélective, cette situation relevant désormais exclusivement de l'art. 21 al. 1^{er} let. e LMP/AIMP 2019³¹. 46

Les dispositions précitées visent les marchés complémentaires ou les livraisons additionnelles. 47

³⁰ Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 30 octobre 2013, MPU.2013.0005.

³¹ Art. 13 al. 1^{er} let. h OMP 1995; Gachet, p. 22.

- 48 L'adjudication de gré à gré sera possible lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réalisées :
- des prestations sont nécessaires pour remplacer, compléter ou accroître des prestations (fournitures, services ou travaux de construction) déjà fournies et
 - la livraison additionnelle sert à achever la prestation initiale.
- 49 La prestation initiale doit par ailleurs avoir été acquise en conformité avec le droit des marchés publics et avoir été adjugée au moins en procédure sur invitation. En effet, cette disposition ne doit pas permettre d'é luder les règles du droit des marchés publics et d'adjuger un petit marché soustrait à la concurrence pour ensuite en adjuger un plus important sous le couvert d'une livraison additionnelle³².
- ces prestations doivent être achetées auprès du soumissionnaire initial parce qu'un changement de soumissionnaire est impossible :
 - o pour des raisons économiques ou
 - o techniques ou
 - o entraînerait des difficultés considérables ou une augmentation substantielle des coûts.
- 50 Ces raisons peuvent consister par exemple dans le fait qu'un matériel, des services, des installations ou des logiciels donnés ne sont pas interchangeables avec d'autres prestations du même type. Quand il faut assurer la compatibilité avec des composants existants, recourir à une procédure ouverte ou sélective peut ne pas s'avérer judicieux³³.
- 51 En ce qui concerne l'augmentation des coûts attendue, elle doit être substantielle. En d'autres termes, toute augmentation ne justifiera pas une renonciation à une mise en concurrence. Les surcoûts doivent être sans commune mesure avec le prix du marché que l'adjudicateur entend adjuger de gré à gré³⁴.
- 52 Relevons que l'on peut se demander si la LMP et l'AIMP 2019 transposent correctement l'AMP. Celui-ci exige en effet non seulement que le changement de soumissionnaire ne soit pas possible sur le plan technique ou économique, mais également – cumulativement – que ce changement entraîne des

³² Message LMP, p. 1773 ; Jaquier thèse, p. 436 ss, paras 658 ss.

³³ Message LMP, p. 1772.

³⁴ Message LMP, p. 1772.

inconvenients importants ou une duplication substantielle des coûts. Dans la LMP et l'AIMP 2019, ces conditions sont posées de façon alternative³⁵.

Selon le Message du Conseil fédéral, sauf exception dûment justifiée, la valeur du marché complémentaire ne peut excéder celle du marché de base. Lorsque plusieurs marchés complémentaires sont liés à un même marché de base, leur valeur totale ne peut, selon cette règle, dépasser celle du marché de base³⁶. 53

Enfin, l'adjudicateur doit énoncer clairement, par écrit, pourquoi il considère que les prestations acquises antérieurement ne sont pas interchangeables ou compatibles avec d'autres prestations du même type ou pourquoi un changement de soumissionnaire entraînerait des difficultés considérables ou une augmentation substantielle des coûts³⁷. 54

e) Achat de prototype (art. 21 al. 2 let. f LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. f AMP)

Cette exception peut s'appliquer lorsque l'adjudicateur cherche à acquérir un prototype (ou un produit ou service nouveau) développé à l'occasion d'un « contrat de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original » et uniquement si le pouvoir adjudicateur a réellement l'intention d'acquérir le résultat de ce travail de recherche ou développement. Ce premier produit ou service doit constituer une innovation³⁸. 55

A l'inverse, si l'adjudicateur souhaite uniquement acquérir un produit ou un service qui existe déjà sur le marché, cette disposition ne saurait trouver application. 56

Relevons que cette disposition correspond exactement à celle de l'ancien droit³⁹. 57

f) Achat de prestation sur un marché de produit de base (art. 21 al. 2 let. g LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. e AMP)

L'acquisition de biens sur un marché de produits de base est exemptée de l'application du droit des marchés publics dès lors que – sur de tels marchés – il ne peut y avoir de fournisseur individuel. 58

³⁵ Gachet, p. 22.

³⁶ Message LMP, p. 1773.

³⁷ Message LMP, p. 1772.

³⁸ Jaquier, Quand l'adjudicateur a-t-il le droit de recourir à la circonstance exceptionnelle du prototype pour acquérir un marché de gré à gré in: DC 2022 20, p. 22 («Jaquier prototype»).

³⁹ Art. 13 al. 1^{er} let. g OMP 1995.

- 59 Dans ce genre de cas, le marché lui-même est le fournisseur et les mécanismes de fonctionnement dudit marché garantissent par nature la transparence et l'égalité de traitement nécessaire à la formation de prix compétitifs⁴⁰.
- 60 Pour que cette exception s'applique, il faut que (i) le produit acquis soit un *produit de base* et (ii) qu'il soit acheté sur un *marché de produit de base*. Les nouvelles dispositions correspondent à l'ancien droit⁴¹.
- 61 En résumé, les produits de base sont en général des biens mobiliers fongibles et qui font l'objet de très fortes variations de prix⁴². Cela inclut notamment les matières premières, les produits agricoles, les minéraux et les denrées alimentaires à l'exclusion, en principe, des produits industriels⁴³.
- 62 S'agissant du marché de produits de base, les textes de l'AMP, de la LMP et de l'AIMP 2019 ne reprennent pas l'expression du droit européen de « bourse de matières premières »⁴⁴. Ils ne définissent pas ce qu'il convient d'entendre par marché de produits de base. L'on considère que cette condition sera notamment remplie si le pouvoir adjudicateur achète le produit de base en bourse en passant lui-même la transaction, sans intermédiaire⁴⁵.
- 63 A titre d'exemple, il est fréquemment soutenu que l'approvisionnement en électricité ne doit pas être mis en soumission, car il s'agit d'un bien acquis « sur un marché de produits de base ».
- 64 Si l'électricité est sans doute un *produit de base*, encore faut-il qu'elle soit acquise sur un marché de produit de base. Selon certains auteurs, tel pourrait être le cas si l'électricité est négociée dans une bourse d'électricité telle qu'EPEX SPOT ou, éventuellement, si son prix d'acquisition se réfère aux prix boursiers⁴⁶.
- 65 Dans une recommandation du 22 mars 2021, la COMCO a toutefois confirmé qu'elle estimait que les cantons et communes devaient procéder à un appel d'offres pour leur approvisionnement en électricité⁴⁷.

⁴⁰ Zufferey /Seydoux, Commande d'électricité par les collectivités publiques : assujettissement au droit des marchés publics ? in : DC 2020 181, p. 184 s. (« Zufferey/Seydoux »).

⁴¹ Art. 13 al. 1^{er} let. i OMP 1995.

⁴² Jaquier thèse, p. 305, para. 425 ; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, thèse d'habilitation, Zurich Bâle Genève 2012, para. 969.

⁴³ Zufferey/Seydoux., p. 185.

⁴⁴ Art. 32 para. 3 let. c Directive 2014/24.

⁴⁵ Pour plus de développements sur cette question : Jaquier thèse, p. 308 ss, paras 432 ss et références citées.

⁴⁶ Zufferey/Seydoux, p. 185.

⁴⁷ Recommandation de la COMCO du 22 mars 2021, Unterstellung Stromlieferungen unter das Beschaffungsrecht.

g) *Achat dans le cadre d'une liquidation (art. 21 al. 2 let. h LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. g AMP)*

Lorsque l'adjudicateur a l'occasion d'acheter à très court terme une prestation à un prix exceptionnellement avantageux à la suite d'un écoulement inhabituel, il peut échapper à l'obligation de mise en concurrence⁴⁸. 66

On vise ici principalement les acquisitions effectuées dans le contexte de faillites, saisies ou liquidations pour cause de cessation d'activité. 67

Cette disposition – qui correspond à celle de l'ancien droit⁴⁹ – n'a qu'une importance limitée dans la pratique. On ne la mentionne ici qu'à des fins d'exhaustivité. 68

h) *Les concours et mandats d'étude parallèles (art. 21 al. 2 let. i LMP et AIMP 2019, art. XIII para. 1 let. h AMP)*

Cette disposition prévoit qu'un adjudicateur qui a fait élaborer dans le cadre d'une procédure précédente consistant soit dans un concours d'études, soit dans un concours portant sur les études et la réalisation, soit dans des mandats d'étude parallèles, la solution d'une tâche ayant fait l'objet d'un appel d'offres peut recourir à la procédure de gré à gré pour adjuger au lauréat de cette procédure précédente des prestations étroitement liées à ladite tâche⁵⁰. 69

Elle correspond à l'ancien droit⁵¹. On ne s'y attardera pas ici. 70

3. La procédure de gré à gré concurrentiel

La procédure de gré à gré concurrentiel (ou comparatif) est un cas spécial de procédure de gré à gré. A certaines conditions, elle autorise l'adjudicateur à demander des offres à plusieurs soumissionnaires de son choix, à les comparer et à négocier dans le cadre d'une procédure sans formalisme. 71

L'on se contentera ici uniquement de rappeler que certains cantons admettent cette procédure à certaines conditions spécifiques⁵². 72

Dans le nouveau droit, le gré à gré concurrentiel ou comparatif reste possible. L'adjudicateur devra cependant veiller à distinguer soigneusement les cas de 73

⁴⁸ Jaquier thèse, p. 324 ss, paras 458 ss.

⁴⁹ Art. 13 al. 1^{er} let. k OMP 1995.

⁵⁰ Message LMP, p. 1773.

⁵¹ Art. 13 al. 1^{er} let. l OMP 1995.

⁵² Notamment Art. 7 al. 1^{er} let. c LMP-VD; cf. Rodondi, p. 190 ss, paras 29 ss.

gré à gré concurrentiel, de la procédure sur invitation dans laquelle les négociations ne sont pas possibles⁵³.

C Le recours

1. En général

- 74 Qui dit « gré à gré » dit absence de mise en concurrence du marché. Dès lors, il arrive fréquemment que des soumissionnaires potentiels entendent contester l'adjudication de gré à gré au motif que, si un appel d'offres avait été organisé, ils y auraient participé et auraient pu remporter le marché en cause.
- 75 Dans cette section, l'on se concentrera essentiellement sur les contestations en matière de gré à gré exceptionnel en portant une attention particulière aux catégories (i) du fournisseur unique en raison des spécificités techniques du marché, (ii), de l'acquisition de prototype et (iii) de l'appel d'offres infructueux.

2. La qualité pour recourir

- 76 Les art. 56 al. 4 LMP/AIMP 2019 énoncent désormais que « [s]eules les personnes qui prouvent qu'elles peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes peuvent faire recours contre les adjudications de gré à gré ».
- 77 Il ressort des messages concernant la révision de la LMP et l'AIMP 2019 que, pour faire valoir ses griefs, le recourant devra « (...) établir de manière crédible qu'il est en mesure de fournir les prestations faisant l'objet de l'adjudication litigieuse »⁵⁴.
- 78 Le législateur a ainsi codifié la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral en lien avec la qualité pour recourir contre les adjudications de gré à gré.
- 79 Selon cette jurisprudence, lorsqu'il n'y a pas eu d'appel d'offres classique, en particulier en cas d'adjudication de gré à gré, l'on considère que seul est légitimé à recourir le concurrent qui est en mesure d'offrir la prestation que l'autorité a l'intention de se procurer. Le pouvoir adjudicateur est en effet libre de définir l'objet du marché en fonction de ses besoins. Celui qui veut offrir un autre produit n'a pas qualité pour recourir dès lors qu'il n'est d'emblée pas en mesure d'obtenir le marché qu'il convoite. Il ne suffit donc pas de proposer des solutions alternatives à ce que souhaite obtenir la collectivité, même si celles-ci seraient envisageables et si le soumissionnaire potentiel serait en

⁵³ Art. 21 al. 1^{er} LMP/AIMP 2019; Gachet, p. 22.

⁵⁴ Message LMP, p. 1829.

mesure de les offrir. En d'autres termes, seuls les soumissionnaires potentiels définis en fonction de l'objet du marché fixé par l'adjudicateur peuvent recourir, mais pas ceux qui offrent un autre produit⁵⁵.

Le recourant ne pourra donc se contenter de démontrer que le choix de l'adjudicateur d'opter pour une procédure de gré à gré était contraire au droit. Il devra porter un soin particulier à démontrer – ou à tout le moins à rendre crédible – qu'il peut fournir la prestation souhaitée par le pouvoir adjudicateur. Si cette preuve n'est pas apportée, la qualité pour recourir lui sera niée. 80

Comme nous le verrons ci-dessous, dans certains cas – en particulier celui du fournisseur unique en raison de spécificités techniques du marché – cette exigence se confond avec la question de fond de la légalité du recours au cas de gré à gré. Dans un tel cas, il suffit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, au stade de l'examen de la recevabilité, que le recourant rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du tribunal sont remplies. La question de savoir si tel est effectivement le cas sera ensuite tranchée avec l'examen de la cause au fond. On parle à cet égard d'une application par analogie de la théorie de la « double pertinence »⁵⁶. 81

Cette approche ne s'applique en revanche pas pour la circonstance exceptionnelle de l'urgence. Dans ce cas, ce n'est qu'au stade de la recevabilité que celui qui conteste l'adjudication de gré à gré doit démontrer qu'il aurait pu offrir la prestation recherchée ou, au moins, une prestation équivalente du point de vue fonctionnel et économique. Cette question ne sera plus examinée avec le fond dès lors que, même si des prestations équivalentes existent, la clause de l'urgence pourrait trouver application⁵⁷. 82

Comme nous le développerons plus bas, pour le cas de l'acquisition d'un prototype, au stade de la qualité pour recourir, le tiers devra déjà démontrer, au moins au stade de la vraisemblance, qu'il fait partie du cercle des « soumissionnaires potentiels d'un marché de développement portant sur un produit nouveau ». 83

⁵⁵ Arrêt Microsoft, consid. 3.3.2; arrêt du Tribunal fédéral du 6 juin 2014, 2C_134/2013, consid. 2.8.2.; cf. également Guignard, La qualité pour recourir in: Zufferey/Beyeler/Scherler (édit.), *Marchés publics 2020*, Zurich Bâle Genève 2020, p. 455 ss, p. 455, para. 12.

⁵⁶ Arrêt Microsoft, consid. 3.3.3; ATF 141 II 14, consid. 5.1 et références citées; Jaquier thèse, p. 538 s., para. 811.

⁵⁷ Jaquier thèse, p. 538 s., para. 811.

3. Le fardeau de la preuve

- 84 Dans le contexte d'une contestation d'une adjudication de gré à gré pour des raisons exceptionnelles, se pose la question de savoir qui du pouvoir adjudicateur ou du tiers, soumissionnaire potentiel, doit démontrer que les conditions du cas de gré à gré en question étaient (ou n'étaient pas) réalisées.
- 85 Nous concentrerons ici notre analyse sur certains cas de gré à gré exceptionnel qui ont occupé les tribunaux.

a) *L'unicité du fournisseur en raison des particularités techniques du marché*

- 86 Comme développé plus haut, l'adjudicateur peut adjuger un marché directement sans lancer d'appel d'offres pour des marchés soumis aux procédures ouvertes et sélectives si un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle et s'il n'existe pas de solution de rechange adéquate.
- 87 Dans ce contexte, la preuve de l'existence de solution de rechange adéquate incombe-t-elle à l'adjudicateur ou au tiers recourant ?

(1) *L'arrêt « Microsoft »*

- 88 Dans l'arrêt dit « Microsoft », la Confédération avait adjugé directement à Microsoft un marché de fournitures portant sur la prolongation de licences d'utilisation de logiciels Microsoft pour les places de travail standardisées de la Confédération, ainsi que sur les applications dérivées, la maintenance et le support y relatifs.
- 89 La Confédération avait procédé par la voie du gré à gré exceptionnel au motif que seule l'adjudicataire pouvait offrir les produits Microsoft en question.
- 90 Les recourantes ne prétendaient pas pouvoir offrir les logiciels Microsoft à la place de l'adjudicataire mais souhaitaient proposer des logiciels libres (*open source*) en lieu et place. Elles soutenaient que la limitation du marché aux produits Microsoft était inadmissible au regard du droit des marchés publics.
- 91 A cet égard, le Tribunal fédéral a tout d'abord rappelé qu'en principe, l'adjudicateur spécifie ce qu'il veut acquérir en fonction de ses besoins et les tribunaux ne sauraient lui imposer d'acheter un autre produit que celui qu'il souhaite. Il découle de ce qui précède que seul celui qui propose ce qui est

souhaité peut avoir qualité pour recourir à l'exclusion de celui qui offre un autre produit⁵⁸.

Si le recourant soutient, comme dans cette affaire, que l'objet du marché a été défini de façon inadmissible, le recours doit en tous les cas permettre de vérifier si la spécification du marché est conforme au droit. En effet, si la qualité pour recourir était déniée au seul motif que le recourant n'offre pas le produit demandé, il ne serait jamais possible de vérifier que l'objet du marché a été déterminé de façon conforme au droit⁵⁹. 92

La spécification licite du marché constitue ainsi un fait doublement pertinent, au stade de la qualité pour recourir et au stade de l'examen du fond pour déterminer si le recours à la procédure de gré à gré était licite. Le Tribunal fédéral retient que ce fait peut être établi aussi bien au stade de la recevabilité que dans le cadre du jugement au fond.⁶⁰ 93

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a tranché la question du fardeau de la preuve de la licéité de l'adjudication de gré à gré au stade de l'examen de la qualité pour recourir. 94

Les recourantes soutenaient que le fait d'examiner la question au stade de la recevabilité impliquait un renversement du fardeau de la preuve, à la charge de l'adjudicateur. Elles plaidaient que, sur le fond, il appartenait à l'adjudicateur de prouver cette licéité. 95

Le Tribunal fédéral leur a donné tort en retenant qu'il s'agit d'une règle générale qui ne s'applique pas de manière absolue⁶¹. 96

En substance, il a considéré que le fardeau de la preuve de l'existence de solutions de rechange adéquates incombait au tiers (et non à l'adjudicateur). Ainsi, le tiers qui prétend qu'il existe des solutions de rechange doit les proposer de manière détaillée et démontrer leur caractère adéquat⁶². 97

Le Tribunal fédéral a justifié cette solution comme il suit : 98

Premièrement, l'existence de solutions de rechange adéquates est un fait générateur, duquel le tiers déduit l'illicéité de l'adjudication de gré à gré et son droit à participer à une procédure de soumission. Il s'ensuit que ce tiers a la charge de la preuve en vertu de l'art. 8 CC. Imposer à l'adjudicateur de 99

⁵⁸ Arrêt Microsoft, consid. 3.3.1.

⁵⁹ Arrêt Microsoft, consid. 3.3.2.

⁶⁰ Arrêt Microsoft, consid. 3.3.3.

⁶¹ Arrêt Microsoft, consid. 3.5.2.

⁶² Arrêt Microsoft, consid. 3.5.2.

prouver l'absence de solutions de rechange adéquates reviendrait à exiger la preuve d'un fait négatif, ce qui n'est admis qu'avec réserve⁶³.

- 100 Deuxièmement, les règles de la bonne foi obligent la partie adverse, soit le pouvoir adjudicateur, à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire. Dans l'hypothèse où cette partie refuserait d'apporter cette preuve du contraire, le juge pourrait en tirer certaines conséquences sous l'angle du refus de collaborer à l'administration des preuves⁶⁴.
- 101 Troisièmement, mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'adjudicateur contredirait l'essence même de la procédure de gré à gré. En effet, pour déterminer s'il existe des solutions de rechange, l'adjudicateur devrait demander des offres proposant de telles solutions. Ainsi, une condition de validité de la procédure de gré à gré consisterait à réaliser une forme de procédure ouverte ou sélective, ce qui viderait de sens le cas de gré à gré.
- 102 S'agissant de la définition du marché, le Tribunal fédéral reconnaît que les objets des marchés publics devraient être spécifiés en premier lieu de manière fonctionnelle. Les solutions de rechange doivent ainsi être analysées en tenant compte de leur aptitude à couvrir le besoin fonctionnel de l'adjudicateur. Le Tribunal fédéral nuance toutefois en ajoutant que l'un des buts principaux du droit des marchés publics est de favoriser l'utilisation économique des fonds publics. Ainsi, la solution de rechange proposée doit être économiquement à peu près aussi avantageuse que le produit acheté⁶⁵.
- 103 En l'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que les recourantes ne présentaient pas de solutions de rechange ni ne démontraient l'équivalence fonctionnelle et économique de leur produit.
- 104 Il a enfin rejeté enfin l'idée selon laquelle l'adjudicateur devrait procéder à des recherches ou expertises afin de déterminer si la migration à des produits *open source* impliquerait une dépense plus élevée⁶⁶.
- 105 Il semble résulter de cette jurisprudence que le fardeau de la preuve pèse intégralement sur le tiers recourant. Il lui incombe de démontrer (i) que le marché n'a pas été déterminé de façon licite, à savoir que d'autres produits auraient pu être considérés du point de vue fonctionnel et économique et (ii) qu'il offre un tel produit de rechange adéquat.

⁶³ Cf. également arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 2010, 2C_50/2010, consid. 2.3.3.

⁶⁴ Cf. également ATF 133 V 205, consid. 5.5 ; ATF 119 II 305, consid. 1b aa ; ATF 106 II 29, consid. 2.

⁶⁵ Arrêt Microsoft, consid. 3.6.1.

⁶⁶ Arrêt Microsoft, consid. 3.6.2.

Plusieurs auteurs ont critiqué cette jurisprudence. Ils estiment notamment que cela va à l'encontre du principe selon lequel celui qui se prévaut d'une circonstance exceptionnelle doit démontrer qu'il en remplit les conditions et qu'il n'est pas admissible que la charge de la preuve repose uniquement sur les épaules du recourant à la décharge totale de l'adjudicateur. Certains soutiennent en outre qu'avant d'adjuger un marché de gré à gré, le pouvoir adjudicateur devrait procéder activement à des recherches. Celles-ci n'exigent pas nécessairement l'organisation d'une procédure de marchés publics mais impliquent de s'assurer que le marché ne connaît pas de services, travaux ou marchandises de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisants⁶⁷. 106

(2) *Les pratiques cantonales conformes à cette jurisprudence*

La règle posée dans l'arrêt Microsoft a été appliquée par plusieurs tribunaux cantonaux. 107

Le Tribunal administratif du canton de Zurich a ainsi jugé, à tout le moins à deux reprises⁶⁸, en se fondant sur la jurisprudence précitée, que le fardeau de la preuve de l'existence de solutions de rechange adéquates incombait au tiers et non au pouvoir adjudicateur. 108

Dans le premier cas⁶⁹, le canton de Zurich – en collaboration avec d'autres cantons – avait, en 2005, commandé le développement d'une solution informatique visant à mettre en œuvre les exigences fédérales en matière de registre foncier électronique. En raison de problèmes fonctionnels importants et de retard, le canton s'était ensuite retiré du projet. Deux options étaient alors envisagées, soit (i) l'acquisition d'un produit standardisé disponible sur le marché ou (ii) l'extension du système déjà utilisé depuis 2005 pour en faire un registre foncier informatisé. C'est cette deuxième option qui avait été choisie et le marché de transformation du sous-système de registre foncier existant avait été attribué de gré à gré. 109

Initialement, la recourante ne faisait pas valoir qu'elle pouvait se charger de l'extension de la solution existante mais prétendait uniquement pouvoir fournir le produit standardisé. Dans sa réplique, elle soutenait toutefois qu'elle pouvait également procéder à l'extension du système informatique existant. 110

A ce sujet, le Tribunal rappelle, en se fondant sur l'arrêt Microsoft, que le pouvoir adjudicateur définit librement l'objet du marché pour autant qu'il soit 111

⁶⁷ Jaquier thèse, p. 142 ss, paras 170 ss; Beyeler, *Freihänder: BVGer schwenkt Warnlampe!* in : DC 2016 25, p. 27 («Beyeler Freihänder»); Jaquier technique, p. 17.

⁶⁸ Arrêt VB.2014.00215 du 29 juillet 2014; arrêt VB.2015.00780 du 11 août 2016.

⁶⁹ Arrêt VB.2014.00215 du 29 juillet 2014.

licite, ce qui était le cas en l'espèce puisque le choix entre les deux options s'était fondé sur une analyse méticuleuse effectuée par un groupe d'experts interne.

- 112 Sur la question du fardeau de la preuve, il cite les considérants du Tribunal fédéral et considère que l'on ne saurait exiger de l'adjudicateur qu'il apporte la preuve stricte de l'absence de solution de rechange adéquate. Ainsi, il incombe à la recourante de démontrer qu'elle propose une telle solution, ce qu'elle a échoué à prouver en l'espèce.
- 113 Relevons encore que le Tribunal zurichois effectue cette analyse au stade de la recevabilité du recours. Par surabondance, il analyse toutefois brièvement le fond en retenant que la complexité du système informatique existant sur lequel seul l'adjudicataire dispose de connaissances approfondies impliquait sans doute que les conditions d'adjudication de gré à gré étaient remplies.
- 114 Dans la seconde affaire⁷⁰, l'association Arge Polis – regroupant plusieurs polices cantonales – a adjugé de gré à gré la prolongation du contrat de maintenance et de support ainsi que de développement et de mise à jour du «portefeuille d'applications dans l'environnement policier (Polis)» à l'ancien soumissionnaire. Une concurrente de l'adjudicataire recourt au motif qu'elle est un fournisseur central sur le marché suisse de l'informatique policière, qu'elle serait en mesure de fournir les prestations demandées et, en outre, que son propre système de traitement de dossiers de police constitue une alternative appropriée à l'objet du marché.
- 115 Le Tribunal administratif zurichois a retenu que les débuts de «Polis» remontaient aux années 90 et qu'il avait été développé pendant plus de 20 ans en collaboration avec les corps de police concernés. En l'espèce, il ne s'agissait pas de changer de système mais uniquement de poursuivre les prestations de service concernant la «maintenance et le support ainsi que le développement et la mise à jour».
- 116 S'agissant du produit alternatif proposé par la recourante, la Cour a estimé qu'il s'agissait d'un autre objet que celui sur lequel portait le marché. Estimant que le souhait du pouvoir adjudicateur de conserver la solution existante était fondé sur des motifs objectifs, elle n'a pas examiné si le produit de la recourante constituait une solution de rechange adéquate.
- 117 Pour ce qui est des prestations, la recourante relevait que l'on ne pouvait exiger d'elle une offre répondant à un cahier des charges qu'elle ne connaissait pas. Citant l'arrêt Microsoft, le Tribunal a considéré à l'inverse que l'on ne pouvait pas non plus exiger de l'adjudicateur une preuve stricte de l'absence

⁷⁰ Arrêt VB.2015.00780 du 11 août 2016.

de solutions de rechange adéquates. Il incombait donc à la recourante de démontrer qu'elle était en mesure d'offrir les prestations de maintenance et de support en lien avec Polis, ce qu'elle n'avait pas été en mesure de faire en l'espèce.

Dans le canton du Jura, la Cour administrative a également appliqué l'arrêt Microsoft en considérant que le tiers devait établir « (...) qu'il aurait été en mesure de présenter une offre susceptible d'être retenue dans l'hypothèse d'une procédure ouverte; il ne lui suffit donc pas de démontrer que le choix de l'adjudication de gré à gré était contraire au droit »⁷¹. Nous ne développons pas cette jurisprudence qui ne présente qu'un intérêt limité sur le fond. 118

(3) *Les autres pratiques*

D'autres tribunaux se sont en revanche écartés de la jurisprudence Microsoft. 119

A Genève, l'Office cantonal des bâtiments genevois avait adjudgé de gré à gré un marché portant sur un système de gestion vidéo pour les postes de police du canton. La Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève a retenu que « (...) s'agissant d'une exception, il appartient à l'adjudicateur de démontrer que les conditions en sont remplies. En outre, la définition choisie du marché ne doit pas conduire à une restriction de la concurrence, l'obligation de mise en concurrence commençant dès l'analyse du ou des besoins de l'entité contractante »⁷². La Chambre administrative de la Cour de justice genevoise a dès lors annulé la décision d'adjudication de gré à gré en considérant que le pouvoir adjudicateur n'avait en l'espèce pas prouvé les caractéristiques techniques qui feraient que seule la solution de vidéosurveillance choisie pouvait entrer en ligne de compte. 120

Dans un arrêt de 2015, le TAF a examiné une adjudication de gré à gré par armasuisse d'un marché de fournitures de lampes clignotantes d'avertissement. Quand bien même la recourante ne prétendait pas offrir un modèle de lampe équivalent du point de vue fonctionnel et économique, le TAF a admis sa qualité pour recourir afin de vérifier si l'adjudicateur avait spécifié l'objet du marché de manière conforme au droit. Sur le fond, le TAF a estimé que le pouvoir adjudicateur n'avait pas démontré pourquoi le marché avait été défini de manière aussi étroite. Il a ainsi retenu que celui qui se prévalait de l'existence d'une exception en faveur de l'adjudication de gré à gré devait en principe aussi prouver que toutes les conditions y relatives étaient remplies. Le fardeau de la preuve de l'existence des faits justifiant l'exception incombait donc à l'adjudicateur. A noter que dans cet arrêt, le TAF – qui mentionne 121

⁷¹ Arrêt ADM 2012 127 du 26 avril 2013, consid. 7.1.

⁷² Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise ATA/761/2020 du 18 août 2020, consid. 7; cf. également Jaquier technique.

l'arrêt Microsoft «éventuellement contra» – n'indique cependant pas clairement les motifs qui l'amènent à s'écarter de la jurisprudence de notre Haute Cour⁷³.

122 Par ailleurs, cet arrêt semble également se heurter à la propre jurisprudence du TAF qui, dans un arrêt publié, a considéré que c'est au recourant de démontrer que sa prestation est en mesure de remplacer la prestation acquise dans le cadre de la procédure de gré à gré⁷⁴.

123 Selon le Prof. Martin Beyeler, dans cette affaire, les juges ont distingué deux questions à savoir (i) le fournisseur est-il réellement le seul à pouvoir fournir la prestation recherchée en raison de particularités techniques, artistiques ou de protection intellectuelle et (ii) le pouvoir adjudicateur a-t-il considéré que son besoin ne pouvait être satisfait que par la prestation de l'adjudicataire de manière conforme au droit en se fondant sur des considérations objectives suffisantes ?

124 Ainsi, il reviendrait au pouvoir adjudicateur de démontrer pour quelles raisons objectives il est parvenu à la conclusion que son besoin ne pouvait être satisfait que par une prestation présentant les caractéristiques du produit choisi. En revanche, le recourant reste tenu de prouver qu'il peut fournir la prestation définie de manière légitime⁷⁵.

(4) *La jurisprudence européenne*

125 Certains auteurs estiment que la jurisprudence européenne se distancie également de la répartition du fardeau de la preuve retenue dans l'arrêt Microsoft en faisant référence à un arrêt du 14 septembre 2004 rendu par la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁶.

126 Il faut d'emblée relever que cette jurisprudence a été rendue six ans avant l'arrêt Microsoft. Le Tribunal fédéral s'en est donc probablement distancé à dessein au moment de rendre son arrêt en 2011.

127 Par ailleurs, il était question de l'art. 7 § 3 let. b de la directive 93/73/CEE du Conseil des Communautés européennes du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux dont le texte prévoyait que « [l]es pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de travaux en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable

⁷³ Arrêt du TAF B-1570/2015 du 7 octobre 2015, consid. 2.3.; cf. également Jaquier technique, p. 15.

⁷⁴ Arrêt du TAF B-3402/2009 du 6 juillet 2010 publié aux ATAF 2012/13 (qui a précisé-mment donné lieu l'arrêt Microsoft).

⁷⁵ Beyeler Freihänder, p. 28.

⁷⁶ CJCE du 14 septembre 2004, aff. 35/02, § 19; cf. notamment Jaquier technique, p. 14.

d'un avis de marché, pour les travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé» (§ 2 de l'arrêt).

Or, cette disposition ne semble pas soumettre le cas de gré à gré à la condition de l'absence de solutions de rechange adéquates, contrairement aux art. XIII ch. 1^{er} let. b AMP 2012 et 21 al. 2 let. c LMP/AIMP 2019. 128

La Cour de justice a d'ailleurs uniquement considéré que les autorités, italiennes en l'occurrence, devaient « (...) prouver que des raisons techniques rendaient nécessaires l'attribution des marchés en cause à l'entrepreneur chargé du contrat initial » (§ 20 de l'arrêt) mais aucunement qu'elles devraient démontrer l'absence de solutions de rechange sur le marché. 129

Au vu de ce qui précède, il semble difficile de soutenir que cette jurisprudence européenne impose au pouvoir adjudicateur le fardeau de la preuve de l'absence de solutions de rechange sur le marché. 130

(5) *Les précisions du nouveau droit ?*

Comme nous l'avons mentionné plus haut, les art. 56 al. 4 LMP/AIMP 2019 énoncent désormais que « [s]eules les personnes qui prouvent qu'elles peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes peuvent faire recours contre les adjudications de gré à gré ». 131

Selon le Message du Conseil fédéral, « [s]i un soumissionnaire fait recours contre une adjudication de gré à gré, il doit prouver qu'il est disposé et apte à fournir des prestations équivalentes »⁷⁷. 132

Vu sa lettre ainsi que la systématique de la loi – l'art. 56 se trouvant dans le chapitre « Voies de droit » – cette disposition concerne uniquement la qualité pour recourir. Il paraît dès lors douteux d'en conclure que le législateur a expressément souhaité consacrer la répartition du fardeau de la preuve retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Microsoft en exigeant du tiers qu'il apporte la preuve de l'existence de solution du rechange adéquate, si ce n'est au stade de la qualité pour recourir. 133

Par ailleurs, l'art. 21 al. 5 LMP précise qu'« [i]l est interdit de définir un marché public de sorte que, d'entrée, un seul soumissionnaire entre en considération pour l'adjudication, en particulier en raison des particularités techniques ou artistiques du marché (al. 2, let. c) ou en cas de prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies (al. 2, let. e).» 134

⁷⁷ Message LMP, p. 1772.

- 135 Il s'apparente à l'art. XIII para. 1 AMP qui précise que les cas de gré à gré exceptionnel ne sont applicables qu'à condition que le pouvoir adjudicateur ne les utilisent pas dans le but d'éviter la concurrence entre fournisseurs ou d'une manière qui établit une discrimination à l'égard des fournisseurs de toute autre partie ou qui protège les fournisseurs nationaux.
- 136 L'art. 21 al. 5 LMP n'a pas été commenté dans le Message du Conseil fédéral dès lors qu'il a été ajouté lors des débats parlementaires. Il vise a priori à éviter que le pouvoir adjudicateur commence par choisir l'adjudicataire puis, dans un second temps, s'arrange pour constituer un cahier des charges qui ne pourrait par définition être rempli que par le candidat déjà choisi.
- 137 Il est intéressant de constater qu'une telle disposition n'a pas été introduite dans l'AIMP 2019. Elle a en effet été rejetée par une grande majorité des cantons au motif qu'elle contredirait l'al. 2 let. c et e de cet article, à savoir les cas de gré à gré fondés sur l'unicité du fournisseur pour des raisons techniques ou artistiques et les livraisons additionnelles⁷⁸. Cela semble contestable dès lors qu'il semble possible pour un pouvoir adjudicateur de bénéficier des cas de gré à gré en question tout en ayant défini l'objet du marché de façon licite et sans avoir d'emblée eu pour but de favoriser un seul soumissionnaire.
- 138 En effet, le pouvoir adjudicateur est libre de définir l'objet du marché pour autant qu'il soit licite. A notre avis, l'art. 21 al. 5 LMP ne fait que consacrer cette règle⁷⁹.
- 139 Ainsi, même si l'AIMP 2019 n'a pas repris cette disposition, nous sommes d'avis qu'elle s'appliquera sans doute également aux marchés cantonaux et communaux.
- 140 Il est difficile de tirer des conclusions définitives de cette disposition en termes de répartition du fardeau de la preuve.
- 141 Tout au plus pourrait-on soutenir que l'adjudicateur doit démontrer qu'il a défini son besoin sur la base de critères objectifs et non en vue de favoriser un prestataire en particulier.
- 142 En revanche, compte tenu de la jurisprudence Microsoft, le tiers recourant resterait tenu de prouver que le marché en question a été défini de façon trop restrictive et que, dans le cas d'une définition licite dudit marché, il serait en mesure de proposer une prestation de rechange adéquate.
- 143 Quoiqu'il en soit, afin de clarifier la situation, il serait souhaitable que le Tribunal fédéral – compte tenu des avis et pratiques exposés ci-dessus – rende à

⁷⁸ Message type AIMP, p. 58 s.; cf. également Gachet, p. 22.

⁷⁹ Arrêt Microsoft, consid. 3.3.1, 3.4; ATF 134 II 192, consid. 2.3.

brève échéance un nouvel arrêt qui confirmera – ou infirmera – la jurisprudence Microsoft.

b) L'acquisition d'un prototype

Pour la première fois, un tribunal a eu à se pencher sur une adjudication de gré à gré fondée sur la circonstance exceptionnelle du prototype⁸⁰. En résumé, l'adjudicateur s'était fondé sur cette disposition pour acquérir une balayeuse électrique qui devait présenter deux caractéristiques fonctionnelles essentielles soit (i) une capacité d'utilisation sur un jour entier et (ii) des batteries rechargeables rapidement. Dans sa décision, la commune chargeait l'adjudicataire de réaliser un prototype qui réponde à ces besoins dans le cadre d'un marché de développement original. La recourante soutenait qu'elle était prête à développer un produit qui remplirait les exigences en question. 144

Du point de vue de la qualité pour recourir, il s'agissait de déterminer le cercle des « soumissionnaires potentiels d'un marché de développement portant sur un produit nouveau ». A cet égard, le tribunal s'est référé à la jurisprudence Microsoft ainsi qu'au nouvel art. 56 al. 4 LMP susmentionné pour retenir que le recourant devait démontrer qu'il était en mesure de fournir la prestation demandée ou une prestation équivalente. Il a estimé que, compte tenu de la complexité de l'acquisition d'un prototype, l'on ne saurait imposer au tiers recourant des exigences excessives relatives à la preuve de sa qualité pour recourir. Ainsi, la qualité pour recourir peut être reconnue au tiers dès lors qu'il dispose d'une certaine expérience dans le domaine et quand bien même il n'a pas exposé en détail comment il entendait exécuter le marché⁸¹. 145

S'agissant des conditions de fond du cas de gré à gré exceptionnel, le tribunal bernois estime que c'est à la commune de démontrer qu'elles sont réunies en l'espèce. Or, les déterminations de la commune ont montré qu'elle entendait acquérir un produit déjà fonctionnel présentant certaines caractéristiques plutôt que d'acquérir les résultats de la recherche et de poursuivre celle-ci⁸². En d'autres termes, si l'adjudicateur peut décrire la prestation qu'il souhaite acquérir, il ne s'agira en principe pas d'un prototype⁸³. 146

Au surplus, la jurisprudence bernoise en question a fait l'objet d'une publication de Manuel Jacquier à laquelle nous renvoyons pour plus de détails⁸⁴. 147

⁸⁰ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 22 avril 2021 Nr 100.2020.399 (« arrêt bernois prototype »).

⁸¹ Arrêt bernois prototype, consid. 3.4.5.

⁸² Arrêt bernois prototype, consid. 4.9.

⁸³ Jacquier prototype, p. 24.

⁸⁴ Jacquier prototype, p. 20.

D Quelques autres aspects pratiques

1. L'obligation de publier

- 148 Sous prétexte qu'un cas de gré à gré est réalisé, l'adjudicateur ne peut pas faire fi de certaines obligations.
- 149 Dès lors que la décision d'adjudication de gré à gré est en principe notifiée à l'adjudicataire uniquement, la publication des renseignements relatifs à une adjudication constitue le seul moyen pour les soumissionnaires potentiels d'être informés de l'adjudication en question.
- 150 L'AMP comprend une disposition spécifique appelée «Transparence des renseignements relatifs aux marchés» qui impose notamment la publication d'un avis de renseignements relatif à une adjudication⁸⁵.
- 151 Selon le message du Conseil fédéral, l'ancien droit n'offrait pas de vue d'ensemble des décisions et communications qui devaient être publiées⁸⁶. Le législateur a pallié cette carence par le biais de l'art. 48 LMP.
- 152 En vertu de l'art. 48 al. 1^{er} 2^{ème} phr. LMP, le pouvoir adjudicateur doit publier les adjudications de gré à gré des marchés d'une valeur égale ou supérieure à la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective. A contrario, les adjudications de gré à gré soumises à la procédure sur invitation échappent à cette obligation⁸⁷.
- 153 Le législateur justifie ce choix par le fait que l'extension des voies de droit a pour conséquence que toutes les adjudications de gré à gré de marchés d'une valeur égale ou supérieure à la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective doivent être publiées, que les prestations acquises soient ou non soumises aux accords internationaux⁸⁸.
- 154 En revanche, tel n'est pas le cas des adjudications de gré à gré de marchés dont la valeur est inférieure à ce seuil tout en atteignant au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation. Dès lors que l'on ne peut faire valoir un droit d'être invité à participer à la procédure, il n'y a aucune raison de publier ces adjudications. Pour ce même motif, les adjudications liées à une procédure sur invitation ne sont pas publiées, mais notifiées par écrit aux soumissionnaires ayant présenté une offre⁸⁹.

⁸⁵ Art. XVI AMP; Message LMP, p. 1811 s.

⁸⁶ Message LMP, p. 1812.

⁸⁷ Jaquier thèse, p. 513, para. 769.

⁸⁸ Message LMP, p. 1814.

⁸⁹ Message LMP, p. 1814.

Dans l'AIMP 2019, l'art. 48 al. 1^{er} prévoit que les adjudications de gré à gré de marchés soumis aux accords internationaux doivent être publiées. L'on ignore pour le moment comment les cantons transposeront cette disposition dans leurs législations. 155

A titre d'exemple, le canton de Vaud semble vouloir étendre l'obligation de publication aux adjudications de gré à gré exceptionnel pour les marchés non soumis aux accords internationaux⁹⁰. 156

2. Le contenu de la publication

Selon l'art. 48 al. 6 LMP / AIMP 2019, la publication des adjudications des marchés soumis aux accords internationaux doit inclure (i) le type de procédure utilisé; (ii) l'objet et l'étendue du marché; (iii) le nom et l'adresse de l'adjudicateur; (iv) la date de l'adjudication; (v) le nom et l'adresse du soumissionnaire retenu; (vi) le prix total de l'offre retenue (pour la LMP uniquement: ou, exceptionnellement, les prix totaux de l'offre la moins chère et de l'offre la plus chère prises en compte dans la procédure d'adjudication), taxe sur la valeur ajoutée comprise. 157

Ces dispositions ne précisent pas que la publication doit contenir une description des circonstances justifiant le recours au gré à gré exceptionnel. Or, inclure une telle description se justifierait sans doute au regard du respect du droit d'être entendu des potentiels soumissionnaires et semble être imposé par l'AMP⁹¹. 158

3. La documentation à établir en cas d'adjudication de gré à gré «exceptionnelle»

Selon les art. 21 al. 4 LMP et 21 al. 3 AIMP, pour chaque marché adjugé de gré à gré pour une raison «exceptionnelle», l'adjudicateur établit une documentation indiquant (i) les noms de l'adjudicateur et du soumissionnaire retenu; (ii) la nature et la valeur de la prestation achetée et (iii) les circonstances et conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré. 159

La disposition précitée implique que l'adjudicateur est tenu d'établir une documentation notamment pour indiquer et justifier les raisons et circonstances pour lesquelles il a été renoncé à une procédure ouverte, sélective ou sur invitation. Selon le message du Conseil fédéral, il n'est pas nécessaire de publier la 160

⁹⁰ Art. 15 al. 1^{er} let. e du projet de loi vaudoise sur les marchés publics du 23 juin 2021.

⁹¹ Art. XVI para. 2 lit. f AMP.

documentation, compte tenu du fait que l'adjudication comprenant toutes les indications mentionnées à l'art. 48 al. 6 sera publiée⁹².

- 161 Le «procès-verbal» ou «rapport explicatif» ne se confond ainsi pas avec l'«avis de renseignements» mentionné ci-dessus. Il est destiné à rester en mains du pouvoir adjudicateur pour être utilisé dans d'éventuelles procédures. Un recours pourrait en effet demander à avoir accès au procès-verbal en vertu de son droit d'être entendu⁹³.
- 162 Compte tenu du libellé des art. 21 al. 4 LMP et 21 al. 3 AIMP, cette exigence s'applique à toutes les adjudications par une procédure de gré à gré exceptionnelle de marchés soumis aux accords internationaux, y compris les adjudications de gré à gré soumises à la procédure sur invitation. Elle s'appliquera a priori également lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur une circonstance exceptionnelle pour adjuger un marché non soumis aux accord internationaux mais qui doit faire l'objet d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation sur le territoire suisse⁹⁴.

E Conclusion

- 163 En conclusion, les pouvoirs adjudicateurs devront garder à l'esprit que la procédure de gré à gré exceptionnelle répond à des exigences strictes que ce soit sur le fond – s'agissant des conditions d'application des différentes catégories exposées ci-dessus – ou sur la forme, en termes de publication et de documentation à établir.
- 164 Les adjudicateurs seront bien inspirés de porter une attention particulière à la définition du marché qui devra correspondre à des besoins objectifs ainsi qu'aux raisons qui les ont conduits à opter pour l'une ou l'autre catégorie de gré à gré exceptionnel.
- 165 Dans le cas dans lequel un seul fournisseur entre en ligne de compte pour des raisons techniques, une certaine insécurité juridique règne. Quand bien même le Tribunal fédéral a retenu que le fardeau de la preuve incombait au tiers qui prétend offrir une solution de rechange adéquate, d'autres tribunaux s'écarterent de cette jurisprudence.
- 166 Au-delà de la répartition du fardeau de la preuve, si le pouvoir adjudicateur est en mesure de démontrer qu'il a soigneusement défini l'objet du marché en fonction de besoins objectifs et que lesdits besoins impliquent qu'un seul

⁹² Message LMP, p. 1774 s.

⁹³ Jaquier thèse, p. 520 ss, paras 780 ss.

⁹⁴ Jaquier thèse, p. 523 ss, paras 788 ss.

adjudicataire entre en ligne de compte, sa décision d'adjudication sera d'autant moins contestable.