

**Le Centre de Droit Administratif et de
l'Administration Territoriale (CeDAT)
n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans ce
mémoire.**

**Ces opinions doivent être considérées comme
propres à son auteur.**

DEDICACE

Je dédie, en toute humilité, ce mémoire à :

- mes enfants Faridath Arikè ADAM, Abdoul Djawad Akinni ADAM, pour leur amour ;
- mon épouse Sadia Bona CHABI OROU TOURI pour son soutien et assistance ;
- mes frères et sœurs, oncles, tantes et amis pour leur soutien constant et indéfectible à mes côtés.

REMERCIEMENTS

Nous exprimons notre profonde gratitude :

A notre Directeur de mémoire, le **Professeur Ludovic GUEDJE**, pour sa disponibilité et ses précieux conseils ;

A tous les Professeurs de la CeDAT, pour la qualité de l'enseignement qu'ils nous ont transmis ;

Au **Professeur Abdoulaye GOUNOU** pour ses conseils et soutiens ;

Au **Docteur Karimou CHABI SIKA** pour ses conseils et soutiens ;

A Monsieur **Modeste Gnonlonfoun AHOTIN** pour ses conseils et assistance ;

A tous les responsables de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;

A tous les responsables et collègues de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics ;

A tous nos collègues auditeurs de la CeDAT, avec lesquels nous avons passé d'agréables moments d'enseignements et de riches partages d'expériences.

SIGLES ET ABREVIATIONS

- ARMP** : Autorité de Régulation des Marchés Publics
- Art** : Article
- CAA** : Cours d'Appel Administratif
- CAO** : Commission d'Appel d'Offres
- CE** : Conseil d'Etat
- Cf.** : Confer, se référer à
- CJCE** : Cours de Justice de la Communauté Européenne
- CM** : Conseil des Ministres
- Cons. Conc.** : Conseil de la Concurrence
- CRD** : Commission de Règlement des Différends
- CROMP** : Conseil Romand d'Observation des Marchés Publics
- DAO** : Dossier d'Appel d'Offres
- DPAO** : Données Particulières de l'Appel d'Offres
- Ed.** : Edition
- Idem** : Le ou la même
- Op.cit.** : Opere citato (déjà cité)
- PE** : Parlement Européen
- PE et Cons. EU** : Parlement Européen et Conseil de l'Union Européenne
- PME** : Petites et Moyennes Entreprises
- PV** : Procès-verbal
- TA** : Tribunal Administratif
- UE** : Union Européenne
- UEMOA** : Union économique et monétaire ouest africaine
- Voy. Infra** : Comme ci-après.

SOMMAIRE

<u>INTRODUCTION GENERALE</u>	1
<u>PREMIERE PARTIE : UN PRINCIPE A CONTENU AMBIVALENT</u>	6
<u>CHAPITRE 1^{ER} : UN PRINCIPE USUEL A CARACTERE VARIABLE</u>	8
<u>Section 1</u> : Un concept issu de la pratique d'appel d'offres public	8
<u>Section 2</u> : Un impératif éprouvant aux soumissionnaires	12
<u>CHAPITRE 2^{EME} : MISE EN ŒUVRE D'UN PRINCIPE A LA FOIS DETERMINATEUR ET SANCTIONNATEUR</u>	18
<u>Section 1</u> : La sélection sélective des candidatures	19
<u>Section 2</u> : La sélection négociatrice des offres	25
<u>DEUXIEME PARTIE : UN PRINCIPE A PORTEE REPRECISEE</u>	32
<u>CHAPITRE 1^{ER} : L'USAGE AMBIGUË D'UN PRINCIPE</u>	34
<u>Section 1</u> : L'objectivisme versus le subjectivisme d'un principe : pondération ou hiérarchisation des critères	34
<u>Section 2</u> : La notation pour chaque critère : les enjeux de la méthode	40
<u>CHAPITRE 2^{EME} : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU PRINCIPE : LA PERTINENCE DE LA REGLEMENTATION</u>	47
<u>Section 1</u> : Les enjeux de la réglementation du sacro-saint principe : la difficile appréciation du principe	47
<u>Section 2</u> : La protection générique du principe : le contentieux de l'adjudication	54
<u>CONCLUSION GENERALE</u>	61

INTRODUCTION GENERALE

On pourrait penser que les marchés publics sont imperméables à la vogue des démarches « qualité ».

En effet, les processus d'attribution des contrats de la commande publique donnent lieu, depuis des décennies, à de multiples affrontements entre d'une part soumissionnaires s'estimant irrégulièrement évincés et d'autre part administrations « Autorité contractante »¹ soucieuses jusqu'il y a peu de préserver l'opacité des décisions, au risque d'engendrer, parfois des années plus tard, l'éclatement d'« affaires » mises sur la place publique par les médias.

Quant à l'exécution même des marchés publics, elle n'est pas en reste avec son cortège de plaintes d'utilisateurs du fait de la diversification des appréciations à l'évaluation des offres, retards d'exécution ou de livraison, de malfaçons et autres manquements.

Les nouvelles réglementations des marchés publics ont opéré un virage important en mettant à la charge des maîtres d'ouvrages publics des obligations d'information et de motivation des décisions prises en vue d'assurer la transparence de l'attribution des commandes publiques ainsi qu'en prévoyant des critères de sélection qualitative. Ces critères devant permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires à exécuter tel ou tel marché en vérifiant notamment s'ils disposent bien d'une capacité financière, économique et technique suffisante.

La réglementation des marchés publics applicable fournit aux Autorités contractantes la possibilité de faire examiner périodiquement leurs procédures ainsi que leur mise en œuvre pratique.

Les marchés publics sont encadrés par des principes généraux très anciens ayant valeur constitutionnelle notamment : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ces principes visent entre autres les objectifs suivants :

- assurer l'efficacité de la commande publique : principe de libre concurrence ;
- assurer la bonne utilisation des deniers publics : régularité
- prendre en compte les objectifs de développement durable : principe d'économie.

Le choix d'un cocontractant de l'administration publique dans le domaine des marchés publics passe toujours par une mise en concurrence des potentiels candidats, c'est la procédure par laquelle les offres des candidats sont évaluées. L'évaluation des offres se trouve donc encadrée par des textes législatifs et réglementaires, ayant leur source en droit communautaire.

¹ Le terme « Autorité contractante » se rapporte ici à l'acheteur public, qui peut être aussi désigné comme « le pouvoir adjudicateur » ou « le Maître d'Ouvrage ».

Dans la pratique, il est courant que l'évaluation des offres soit ordonnancée en deux temps. Le premier consiste à un examen préliminaire des offres, tandis que le second permet d'effectuer une évaluation détaillée des offres.

L'examen préliminaire des offres qui démarre dès l'ouverture des offres, a pour objet d'identifier et de rejeter les offres qui sont incomplètes, irrecevables ou non conformes aux dispositions du dossier d'appel d'offres, et qui ne doivent donc pas faire l'objet d'une évaluation détaillée. C'est donc à ce niveau que l'Autorité contractante recourt à la notion de '**conformité pour l'essentiel**' contenu comme principe dans les dossiers d'appel d'offres (DAO) pour évaluer les offres conformes.

La 'conformité pour l'essentiel', approche règlementée d'évaluation des offres est-elle pertinente dans l'évaluation des offres ? Ne risque-t-elle pas d'entraîner des dérapages ou de porter atteinte aux dispositifs des consultations ? Garantie-t-elle la bonne gouvernance des marchés publics ? N'est-elle pas une source de mauvaise acquisition dans les marchés publics ?

C'est ces questionnements qui forment la problématique de notre sujet de recherche.

La 'conformité pour l'essentiel', sujet à beaucoup de controverses est des plus houleux dans le contentieux des marchés publics et les interprétations que l'on en fait donne accès à de nombreux abus. C'est pourquoi il nous a paru important de mener un projet d'étude sur la question à travers le thème que voici : ***La « conformité pour l'essentiel » dans la pratique des marchés publics au Bénin.***

En effet, la notion de 'conformité pour l'essentiel' d'une offre aux dispositions du dossier d'appel d'offres (DAO) se trouve être un critère multiforme en matière de marchés publics selon qu'il s'agit de marchés de travaux ou de fournitures. Cette notion basée sur la valeur technique d'une offre est devenue aujourd'hui un principe sacro-saint des textes réglementant les marchés publics, pour une évaluation des offres des différents candidats susceptibles d'exécuter les marchés.

Ainsi, selon le dictionnaire Le Petit Larousse illustré, la 'conformité' est un caractère de ce qui est conforme ou du moins qui répond aux exigences d'une règle, d'une norme. Le Lexique des termes administratifs, le définit aussi comme le fait de respecter certaines règles. Tandis que le terme 'essentiel' se définit dans le même dictionnaire Larousse comme étant « un adjectif sans lequel quelque chose ne peut exister ; nécessaire, indispensable, très important ; capital... ». Il va sans dire que la notion 'Conformité pour l'essentiel' dans les marchés publics, revêt le caractère de ce qui respecte ou répond aux exigences du dossier de consultation mais indispensable, qui est sans doute basé sur la transposition des textes réglementant les marchés publics et les différents actes uniformes et conventions auxquels sont parties les Etats membres.

La 'conformité pour l'essentiel' : notion perplexe, utilisé souvent à tort et à travers pour écarter les offres des candidats non désirés ou pour recourir à une marque souhaitée dont la

précision est interdite au DAO². L'Autorité contractante étant libre de préciser ce qui lui paraît essentiel, ceci donne lieu à des abus sur l'appréciation ou l'appréhension de cette notion de "conformité pour l'essentiel".

Une offre conforme pour l'essentiel au dossier d'appel d'offres est une offre qui respecte tous les termes, conditions et spécifications du dossier d'appel d'offres, sans divergence ni réserve importante.

La première difficulté est de savoir ce que l'on entend par « **termes, conditions et spécifications** ». C'est à l'issue de cette étude des expressions purement variables, casuistiques et englobant théories et pratiques.

La seconde est de déterminer le contenu exact à donner aux expressions « divergence » et « réserve importante ». En tout état de cause, une divergence ou réserve importante est, avant tout, celle qui :

- affecte sensiblement l'étendue, la qualité ou la réalisation des travaux ;
- limite sensiblement, en contradiction avec le dossier d'appel d'offres, les droits du maître d'ouvrage ou les obligations de l'entrepreneur au titre du marché ;
- ou est telle que sa rectification affecterait injustement la compétitivité des autres soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes pour l'essentiel au dossier d'appel d'offres. Le maître d'ouvrage déterminera si l'offre est conforme pour l'essentiel aux dispositions du dossier d'appel d'offres en se basant sur son contenu sans avoir recours à des éléments de preuve extrinsèques.

Si une soumission n'est pas conforme pour l'essentiel, elle sera rejetée par le maître d'ouvrage et ne peut être par la suite rendue conforme par la correction ou le retrait subséquent de la divergence ou réserve qui la rendait non conforme.

A l'entendement de la Conformité pour l'essentiel, « l'existence de variations majeures par rapport aux dispositions essentielles (à caractère technique et commercial du dossier d'Appel d'offres) peut entraîner le rejet d'une offre. En règle générale, une variation est jugée majeure si, en cas d'acceptation de l'offre, le marché ne permet pas d'atteindre l'objectif pour lequel l'offre a été sollicitée, ou si elle ne permet pas de comparer équitablement l'offre aux autres offres qui sont conformes pour l'essentiel au dossier d'appel d'offres. Ci-après des exemples de variations majeures :

- 1- l'inclusion d'une clause de révision des prix alors que le DAO stipule que l'offre doit être présentée sur la base de prix fermes ;
- 2- le non-respect des prescriptions techniques : l'offre propose des fournitures dont la conception, les caractéristiques de performance ou autres ne sont pas équivalentes pour l'essentiel à celles indiquées dans le DAO ;
- 3- le calendrier proposé pour le démarrage du contrat, la livraison, l'installation ou la construction des fournitures ne correspond pas aux dates critiques ou à celles correspondant à certaines étapes ;

² La loi 2009-02 du 09 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, article 57, alinéa 2.

- 4- la sous-traitance porte sur des montants très différents de ceux permis, ou doit se faire d'une manière différente de celle qui est autorisée ;
- 5- le soumissionnaire refuse de prendre d'importants engagements et responsabilités juridiques prévus dans le DAO, comme la présentation d'une garantie de bonne exécution et la passation de contrats d'assurances ;
- 6- le soumissionnaire n'accepte pas certaines dispositions fondamentales relatives au droit applicable, aux taxes et impôts et aux procédures de règlement des différends ; et
- 7- les variations majeures indiquées dans les IS comme entraînant le rejet de l'offre (dans le cas de travaux, par exemple, la participation d'un soumissionnaire à plus d'une offre).

Les offres qui comportent des variations mineures (y compris des réserves) peuvent être considérées conformes pour l'essentiel, du moins au plan de l'équité, s'il est possible d'attribuer une valeur monétaire aux variations en question, valeur qui est alors ajoutée à titre de pénalité au montant de l'offre lors de l'évaluation détaillée de celle-ci, sous réserve que ces variations soient acceptables dans le cadre du marché considéré. »³. Partant des principes de base fixés dans le document de la consultation, pourrait-on déroger à ces règles pré établies au cours de l'évaluation des offres ?

L'acquisition publique étant effectuée dans le souci d'économie, l'évaluation des offres se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins-disante. Les critères d'évaluation, tels que les coûts d'utilisation, le prix, la rentabilité, la qualité, la valeur technique et fonctionnelle, notamment les conditions d'exploitation et d'entretien ainsi que la durée de vie potentielle des ouvrages produits ou des fournitures et services concernés, le service après-vente et l'assistance technique, le délai d'exécution, le calendrier de paiement, doivent être objectifs, en rapport avec l'objet du marché⁴.

Bien qu'encadrée par les textes réglementaires de passation de marchés publics, l'appréciation de la notion de "conformité pour l'essentiel" d'une offre aux dispositions du DAO est source de diverses appréciations par les acheteurs publics. Ces divergences existent du fait de la commercialisation variée des mêmes produits ou de la complexité des ouvrages à acquérir. Le DAO devrait permettre une bonne appréciation des propositions techniques des candidats tout en fixant pour chaque type d'acquisition les critères à considérés d'essentiels dont la non satisfaction entraverait ladite acquisition. Afin de vérifier de manière exhaustive et systématique la conformité pour l'essentiel de toutes les offres, il peut être souhaitable de présenter sous la forme d'un tableau, la liste des conditions essentielles auxquelles tous les soumissionnaires doivent satisfaire. Chacune des offres serait ensuite vérifiée en comparaison à cette liste, et sa conformité ou conformité partielle ou non-conformité selon le cas, serait alors notée au droit de chaque point. Les offres qui ne se conforment pas à l'une des conditions essentielles devraient normalement être traitées comme non conformes et donc rejetées.

³ Guide standard pour l'évaluation des offres, pour l'acquisition des biens et travaux, Banque Africaine de Développement, Novembre 2010, p 15 point 1.3.1 f à 1.3.2

⁴ La loi 2009-02 du 09 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, article 79.

Ainsi, si la nécessité d'adopter de nouveaux textes relatifs à la commande publique trouve ses sources dans l'obsolescence des règles applicables, la notion de « la Conformité pour l'essentiel » se trouve être un principe ancien mais devenu **une nouveauté réglementée** dans la passation des marchés publics de fournitures et de travaux, ce à l'étape d'évaluation des offres des différents soumissionnaires. L'apparition de nouvelles réalités nées de l'application des nouvelles réformes intégrant la notion de conformité pour l'essentiel dans l'évaluation des offres et de l'évolution du droit dans toutes ces dimensions, fait observer les limites d'une telle notion. La prise en compte de la notion de conformité pour l'essentiel dans le droit des marchés publics se trouve être **une notion perfectible** et dont l'interprétation précise et rigoureuse est attendue du prétoire.

Notre étude se déroulera autour des deux grands axes suivants : **La Conformité pour l'essentiel** cumulativement **un principe à contenu ambivalent** d'une part (**1ère Partie**) et **un principe à portée re-précisée** d'autre part (**2^{ème} Partie**).



**PREMIERE PARTIE :
UN PRINCIPE A CONTENU
AMBIVALENT**

La notion de conformité vise à garantir aux fournisseurs une chance égale de participer aux marchés publics en s'assurant d'une procédure transparente, intègre et équitable pour tous. Cette notion, interprétée de façon casuistique et téléologique eu égard aux enjeux liés aux spécificités de chaque commande publique, est au cœur des mécanismes d'adjudication des contrats publics⁵.

Que recouvre le concept de conformité pour l'essentiel ? Comment le définit-on ? Avec quelle approche l'analyse-t-on ? C'est à cette exercice nous allons nous donner dans cette première partie.

D'ores et déjà, est conforme pour l'essentiel, l'offre qui respecte les « **termes, conditions et prescriptions** » du dossier d'appel d'offres. Que recouvrent exactement les expressions « **termes, conditions et prescriptions** » ? L'exercice ne sera pas facile parce que les « termes, conditions et prescriptions » d'un DAO sont généralement casuistique et laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur ; ils sont donc variable, polymorphe, ambivalent...de tel sorte que c'est dans un labyrinthe de pléthore de critères que le concept se définit, s'exprime et s'impose de façon synallagmatique(Chapitre 1). Sa mise en œuvre aboutit généralement, à travers les deux critères, les critères de sélection et les critères d'attribution, à l'adjudication du marché à « l'offre la plus économiquement avantageuse » (Chapitre 2).

⁵ LAPRISE (S), « La conformité dans le domaine de l'appel d'offres : au cœur du quotidien des acteurs de l'approvisionnement », Résumé de la conférence présentée dans le cadre de la *Journée des acquisitions* 2008 du *Centre de services partagés du Québec*, pp. 1-2.

CHAPITRE 1^{ER} : UN PRINCIPE USUEL A CARACTERE VARIABLE

D'entrée de jeu, il faut dire que le concept de conformité pour l'essentiel, concept ambivalent et polymorphe, bien qu'étant issu des usages des marchés publics, n'était pas un principe coutumier pour autant parce que généralement trouvant sa source dans les documents d'appel d'offres.

Souvent, dans les documents d'appel d'offres (DAO) qui, à côté des prescriptions obligatoires de la loi, constituent depuis toujours la source fondamentale de la notion, la conformité est une exigence indiquée par l'Acheteur public comme entraînant le rejet automatique d'une soumission, sous réserve du qualificatif de cette exigence. Ainsi, tout dépend si l'organisme public, pouvoir adjudicateur, qualifie expressément dans les DAO l'exigence de conformité comme « obligatoire » ou « essentielle » ou encore le défaut de la respecter comme « entraînant le rejet automatique d'une soumission ».

La conformité d'une soumission devrait donc toujours s'évaluer en fonction des termes des DAO. C'est le fondement coutumier du principe de conformité pour l'essentiel. De plus, hormis le contenu obligatoire prescrit par la loi, ces termes des DAO définissent les choix du donneur d'ordre à l'égard de ce qu'il considère important ou « essentiel » à l'évaluation des soumissions. Et c'est là la genèse de la pratique controversée du principe de conformité pour l'essentiel.

Avant de devenir aujourd'hui un principe sacro-saint des textes réglementaires et législatifs voire même conventionnels, le principe de conformité pour l'essentiel n'était donc que du domaine de définition des stipulations du DAO (section 1) et c'est généralement pour évaluer si l'offre des soumissionnaires est conforme aux prescriptions des DAO (section 2) que le pouvoir adjudicateur recourt à ce critère de manière discrétionnaire. Ce qui laisse l'appréciation de la notion à l'arbitraire de ce dernier.

Section 1 : Un concept issu de la pratique d'appel d'offres public

Le concept de conformité pour l'essentiel est un pur produit de l'usage des marchés publics. Si les usages et coutumes constituent les sources de droit, on pourrait affirmer que ce principe avait une valeur juridique incontournable et un impératif auquel les acteurs impliqués dans les marchés publics ne pouvaient s'en passer. Mais si cet usage s'impose à tous les acteurs lors de la passation des marchés publics, cela suppose, en amont, que le pouvoir adjudicateur doit en déterminer et énoncer les contours de façon précise (Paragraphe 1) quitte, en aval, aux soumissionnaires de s'y conformer en tout état de cause dans les conditions déterminées par le pouvoir adjudicateur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un principe aux contours imprécis

Avant d'exiger que les offres des soumissionnaires soient conformes pour l'essentiel, il faut soi-même énoncer et préciser non seulement ce qu'on y met c'est-à-dire déterminer, sans ambiguïté, les contours de cette conformité pour l'essentiel (A) mais aussi, définir et publier les procédures en jeu ou que l'on entend appliquer lors de la passation des marchés (B).

A- La conformité pour l'essentiel ou l'essentiel pour conformité : des énonciations précises avant tout

La précision énonciatrice qui pèse sur l'Acheteur public des marchés passe par la détermination des besoins à satisfaire, les spécifications techniques obligatoires et la détermination du prix etc.

En effet, satisfaire des besoins préalablement définis par le pouvoir adjudicateur en répondant à une commande passée par celui-ci : tel est l'objet même des marchés publics⁶. Par « besoins du pouvoir adjudicateur », il faut entendre non seulement ce qui est nécessaire à son fonctionnement, mais aussi ce qui permet la mise en œuvre effective des politiques publiques et missions d'intérêt général dont il est chargé⁷.

On notera que, si la définition des besoins doit en principe être « précise », le code prévoit des types de marchés qui prennent en compte une certaine indétermination des besoins. On peut citer les marchés à bon de commandes et marchés à tranches ou encore des marchés de conception-réalisation qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs de bénéficier du concours de professionnels pour déterminer les solutions techniques à mettre en œuvre pour satisfaire leurs besoins, voire pour préciser ceux-ci.

Ensuite, les prestations que le pouvoir adjudicateur envisage de commander en vue de la satisfaction du besoin qu'il a préalablement déterminé doivent être définies par des spécifications techniques : il s'agit de préciser les caractéristiques requises d'un produit, d'un matériau, d'un service etc. Le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que les définitions qu'il retient ne conduisent à aucune discrimination entre les candidats potentiels.

Enfin, à défaut d'un prix déterminé de façon définitive, les marchés doivent contenir un prix de base forfaitaire⁸ ou unitaire⁹ sujette à évolution ou à révision. Même ferme, le prix peut ou doit être actualisé pour tenir compte du décalage entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix et la date du début d'exécution des prestations.

En somme, il existe souvent déjà des modèles de DAO qui évitent des amalgames autour des précisions sus-évoquées. Ainsi, des modèles de dossiers d'appel d'offres de bonne qualité et précis favorisent souvent la concurrence et renforcent la confiance dans le système. Les entreprises ou fournisseurs éventuels sont davantage disposés à participer aux appels d'offres lorsqu'ils connaissent les documents et leur interprétation. Les modèles de dossiers d'appel

⁶ Code des marchés publics et autres contrats, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011, p. 251.

⁷ CE, 10 juin 1921, *Commune de Monsegur* : GAJA 240.

⁸ Le prix forfaitaire est celui qui s'applique à un ouvrage dans son ensemble, ou des parties d'ouvrage.

⁹ Les prix non forfaitaires sont unitaires et s'appliquent aux quantités réellement livrées ou exécutées.

d'offres doivent renfermer les dispositions essentielles requises qui seront incorporées dans les contrats afin de permettre aux participants d'apprécier le coût et le risque lié aux dispositions obligatoires lors de l'exécution d'un marché pour le compte de l'État. Dans le cas où des modèles de dossiers d'appel d'offres ne seraient pas disponibles, il faudrait au minimum un ensemble de dispositions et modèles standards et obligatoires qui aideront dans l'élaboration des dossiers d'appel d'offres. Toutefois, après la phase de l'élaboration du marché où ces précisions sont requises, il n'en demeure pas moins que le principe de conformité pour l'essentiel impose à l'Autorité contractante de définir les procédures de passation du marché (B).

B- Une définition des procédures en vue de la conformité pour l'essentiel

L'appel d'offres est sans doute la procédure de passation la plus caractéristique du droit des marchés publics, en ce qu'il est censé garantir une objectivité optimale : le pouvoir adjudicateur fait connaître des besoins, qu'il a entièrement et précisément définis et spécifiés ; il recueille des offres de candidats avec lesquels il n'a aucun contact ; le choix se porte « mécaniquement » sur celui qui, au regard des critères objectifs rendus publics dès le début de la procédure, est le mieux « noté »¹⁰.

A l'inverse de l'appel d'offres, la négociation suppose un contrat direct entre le pouvoir adjudicateur et les candidats et la possibilité de faire évoluer les conditions d'exécution du marché. Elle est donc, a priori, moins objective et il peut être plus délicat de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique, notamment l'égalité de traitement des candidats. Pour ces raisons, le droit des marchés publics, notamment le droit communautaire, une certaine méfiance à son égard : les cas dans lesquels il est possible d'y recourir sont limitativement énumérés dans le code des marchés publics et des délégations de service public.

Par exemple, le fait de passer un marché selon une procédure négociée alors qu'on ne se trouve dans aucun des cas où une telle procédure est possible entraîne la nullité du marché, que le juge peut soulever d'office¹¹. Cependant, une négociation bien conduite peut aussi favoriser l'efficacité de l'achat.

Le code des marchés publics distingue deux catégories de marchés négociés : les marchés négociés avec publicité préalable et mise en concurrence et les marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence.

Il existe bien d'autres procédures¹², mais l'essentiel est que cela soit d'avance définie par le pouvoir adjudicateur et porté à l'information des candidats. Ainsi, la publicité constitue un aspect essentiel de la procédure de passation des marchés publics : sauf très rares exceptions, un pouvoir adjudicateur doit, avant tout achat, faire connaître ses besoins afin de susciter des offres concurrentes et, quelles que soient les règles applicables, cette publicité doit toujours être pertinente et suffisante, au regard de l'ensemble des caractéristiques du marché. Cela va

¹⁰ Code des marchés publics et autres contrats, *op. cit.*, p. 297.

¹¹ CE, 28 juill. 2000, *Jaquier*, req. N°202792 : Lebon T. 1091.

¹² Par exemple, la procédure de dialogue compétitif, de la conception-réalisation, du concours etc.

dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur de se conformer à cette exigence car c'est là que les soumissionnaires sauront se conformer aux stipulations du DAO et respecter ainsi le principe directeur de conformité pour l'essentiel.

Paragraphe 2 : Un critère à application subordonnée par multiple conditions

Avant de procéder à l'évaluation des soumissionnaires, il convient d'effectuer un examen formel de la conformité aux exigences de base, telles que le respect des délais et la communication des informations requises.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur devra régler et vérifier un préalable qui impose aux soumissionnaires de fournir l'essentiel pour conformité. Mais avant cela, il faut que le dossier d'appel d'offres présente toutes les conditions afférentes à la mise en concurrence (A), de publicité et de notification (B).

A- Un critère subordonné aux conditions de mise en concurrence

Outre la description de l'exécution du marché par le pouvoir adjudicateur qui se traduit dans son objet et dans sa procédure, le dossier d'appel d'offres doit présenter toutes les conditions afférentes à la mise en concurrence.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur informe les soumissionnaires du contenu et du format des documents qu'ils sont tenus de remettre aux fins de vérification de leurs capacités professionnelles et financières et de toutes les déclarations nécessaires requises par l'autorité publique. Le dossier d'appel d'offres devrait donc être suffisamment complet, transparent et non discriminatoire.

L'autorité publique dispose, par contre, d'un certain pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les exigences et les vérifications qu'elle souhaite, pour autant que l'objet du marché le justifie¹³. Par ailleurs, l'autorité publique doit être consciente que des exigences exagérément rigoureuses limitent la concurrence et réduisent les possibilités d'obtenir un bon rapport coût-efficacité.

En particulier, le dossier d'appel d'offres indique les critères d'attribution et les sous-critères établis pour déterminer l'offre la plus avantageuse, ainsi que leur pondération.

Des critères clairs, objectifs et recevables sont indispensables pour garantir des attributions de marché impartiales et transparentes, limitant ainsi le risque de prendre des décisions arbitraires et frauduleuses.

¹³ **Comité de contact des institutions supérieures de l'Union Européenne**, « listes de vérification à utiliser dans le cadre des audits financiers et de conformité relatifs à la passation de marchés publics faisant référence aux dispositions de la directive 2004/18/CE. », 2009, p. 27.

B- Un critère subordonné aux conditions de publicité et de notification

La publicité constitue un aspect essentiel de la procédure de passation de marchés publics : sauf très rares exceptions, un pouvoir adjudicateur doit, avant tout achat, faire connaître ses besoins afin de susciter des offres concurrentes et, quelles que soient les règles applicables, cette publicité doit toujours être pertinente et suffisante, au regard de l'ensemble des caractéristiques du marché.

Ainsi, le principe de ce que l'on entend par conformité pour l'essentiel ne doit pas non seulement être bien défini mais il faudrait que la possibilité soit donnée aux soumissionnaires d'avoir suffisamment bien connaissance à travers une publicité bien organisée et une notification dans des délais raisonnables et sans discrimination.

L'avis général de passation de marché (avis de pré-information), par exemple, permet au pouvoir adjudicateur d'informer à l'avance les opérateurs économiques de ses projets d'achat. Il n'est jamais obligatoire, lorsque le pouvoir adjudicateur en publie un, il peut, logiquement, réduire les délais de réception des offres quand il passe effectivement le marché.

Mais, la directive n° 2004/18/CE précitée, établit une distinction entre trois obligations différentes en matière de notification concernant l'avis de pré-information, l'avis de marché et l'avis sur les marchés passés; l'avis de marché représentant l'aspect le plus important.

Le recours aux technologies de l'information et de la communication a permis d'élargir les possibilités en matière d'accès et de diffusion des informations et, par suite, de tirer parti de l'organisation des connaissances et d'accélérer les procédures. Dans ce contexte, l'accessibilité et la sécurité revêtent une importance nouvelle.

Somme toute, la notification de l'intention de passer un marché et la publication des règles qui régissent la procédure sont essentielles pour assurer une concurrence loyale et ouverte.

Section 2 : Un impératif éprouvant aux soumissionnaires

Avant l'évaluation proprement dite, le principe de conformité pour l'essentiel appelle la nécessité de régler un préalable afin de vérifier si les soumissionnaires sont à même de soumissionner à l'appel d'offre d'une commande publique. Ce préalable passe par la transposition des règles sur les exclusions et les interdictions dans le critère de conformité pour l'essentiel (Paragraphe 1) et par la vérification du contenu conforme des candidatures et des offres (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La transposition des règles sur les interdictions et les exclusions dans le principe

La sécurisation juridique de la passation des marchés publics passe par une étape d'évaluation préalable qui impose de rechercher si les soumissionnaires ne font ou ont été l'objet d'une interdiction (A) et si les offres qu'ils présentent ne sont pas sujettes à exclusions (B).

A- Les conditions pour se porter candidat : les interdictions

N'importe qui, ne peut pas se porter candidat à un marché public. Tout candidat doit dans le cadre des procédures définies par le code, transmettre une enveloppe candidature et une offre (sous réserve des spécificités des procédures de concoures) contenant des renseignements précis, pour participer à la sélection de la meilleure offre par le pouvoir adjudicateur¹⁴.

Les interdictions prévues aux marchés et accords

Ne sont donc pas admises à concourir aux marchés publics les personnes physiques ou morales en état de liquidation judiciaire, et les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger.

Les personnes physiques ou morales admises au redressement judiciaire ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché¹⁵.

Ne sont également pas admises à concourir aux marchés publics les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation pour diverses infractions pénales. Or, « *le délit d'octroi d'avantage injustifié constitue le cœur de la répression pénale en matière de la commande publique*¹⁶ » mais de nombreux autres délits¹⁷ peuvent être relevés en la matière.

Certaines entreprises sont exclues de la commande publique, par le biais d'une condamnation dont la peine accessoire réside dans l'interdiction de soumissionner à tout marché public¹⁸. Cette interdiction peut être définitive ou temporaire.

Ne sont pas enfin admises aux marchés publics les personnes, qui au 31 décembre de l'année précédent celle du lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale, ou n'ont pas effectué le paiement des impôts et cotisations exigibles à cette date¹⁹.

Les personnes physiques qui sont dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions rappelées ci-dessus ne peuvent être personnellement candidates à un marché public.

Ces conditions s'appliquent à toute personne qui se porte candidate à un marché public, y compris aux membres d'un groupement de candidat.

¹⁴ MICHON (J), *Les marchés publics en 100 questions. Guide pratique à l'usage des acheteurs et des prestataires*, Paris, LEMONITEUR, 2009, p. 265.

¹⁵ TA Dijon (ordonnance), 16 mars 2007, SARL Nord Signalisation c/ Conseil général de Saône-et-Loire.

¹⁶ LINDITCH (F), « Un an de droit pénal de la commande publique », Chronique publié dans *Revue Contrats et marchés publics*, n°11, nov. 2015, pp.9-14.

¹⁷ On peut citer par exemple, la dénonciation calomnieuse, la diffamation publique, l'escroquerie en bande organisée, la subornation des témoins et le délit de destruction de preuve etc. Cf Idem pour de plus amples informations.

¹⁸ MICHON (J), *op. cit.*, LEMONITEUR, 2009, p. 266.

¹⁹ CJCE 9 février 2006, La Cascina Soc. Coop. Arl et Zilch Sarl, C-226/04.

B- Les conditions pour se voir juger les offres : les exclusions et les conflits d'intérêt

La technique d'exclusion permet, quant à elle, d'éliminer les opérateurs dont la participation risquerait de fausser le bon fonctionnement du droit des marchés publics²⁰. L'exclusion est facultative quand l'information sur les comportements des opérateurs est aléatoire et les faits sujets à l'appréciation des adjudicateurs.

Il est universellement admis que le respect d'une procédure transparente sur le modèle de l'appel d'offres est le bon moyen pour favoriser « l'économie, l'efficacité et la concurrence tout en assurant l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence » dans le processus des marchés publics²¹. Mais dans le même temps, il faut reconnaître que la procédure n'est pas tout, que les procédures formalistes peuvent être réduites à un théâtre d'ombres²². Cette conviction doit permettre d'édicter des règles concernant les infractions et les manquements qui entraînent l'exclusion.

Les infractions et manquements qui motivent des mesures d'exclusion des marchés ne peuvent pas toujours être mis en relation avec la bonne exécution des marchés publics. Quand un candidat ou soumissionnaire a fraudé le Fisc ou la sécurité sociale ou a eu recours au travail illégal, le risque d'offre anormalement basse apparaît ; quand il s'est rendu coupable de corruption, c'est au contraire un risque surcoût.

Dans d'autres cas, tels le blanchiment de capitaux ou l'infraction terroriste, le lien avec les marchés publics est plus relâché. Même si l'on peut toujours considérer que l'exécution permet le maintien du lien de confiance indispensable dans le contrat, il semble plutôt que le droit des marchés publics est utilisé au service de la politique criminelle.

Dans la directive de l'Union européenne n°2014/24²³, cette utilisation est un peu plus accentuée qu'auparavant qu'avec l'addition de trois cas d'exclusion d'obligatoire : infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, ou financement du terrorisme.

Selon les motifs de l'exclusion, les Etats membres de l'Union européenne disposent d'une plus ou moins grande liberté au stade de transposition dans l'ordre juridique interne.

Mais dans le cadre des marchés publics béninois, il est souvent impératif d'exclure les opérateurs qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive, c'est-à-dire insusceptible de recours, pour un certain nombre d'infractions. Sauf, toutefois, dans les cas d'exclusion facultative où le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins discrétionnaire, ce qui peut réduire la différence entre faculté et obligation.

²⁰ RICHER (L), « La transposition des règles sur les exclusions et les conflits d'intérêts », Revue Contrats et Marchés publics, n°10, octobre 2015, pp. 40-46

²¹ Résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, 9 décembre 2011 ; in Idem.

²² Idem.

²³ PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 février 2014 sur les passations de marchés publics : JOUE n°L94, 28 mars 2014, p. 65.

En définitive, l'application et la pratique du principe de conformité pour l'essentiel invite parfois la transposition des règles sur les interdictions et les exclusions au cœur même du concept. Après avoir affranchi cette étape, les candidats ou soumissionnaires doivent se conformer au principe dans la présentation de leurs candidatures et offres (Paragraphe 2).

Paragraphe 2 : La présentation conforme du contenu des candidatures et des offres

Pour soumissionner à un marché public, les entreprises doivent remettre une candidature qui contient différentes informations indispensables pour le pouvoir adjudicateur (A). Mais ces entreprises soumissionnaires doivent également remettre une offre qui contient différentes informations indispensables pour ce dernier (B).

A- Une candidature conforme

Pour soumissionner à un marché public, les entreprises doivent remettre une candidature qui contient différentes informations indispensables pour le pouvoir adjudicateur. Ces informations doivent correspondre à celles sollicitées par ce dernier, que ce soit dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation.

Cette condition a son siège dans les articles 65 à 70 de la loi 2009-02 du 7 août 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin.

L'article 69 alinéa 1^{er} de cette loi dispose que : « l'autorité contractante demande aux entreprises candidates de produire un certificat de qualification en cas de nécessité. Ce certificat est délivré selon des critères objectifs et transparents par l'organisme officiel responsable de la certification des entreprises ».

L'objectif de cette phase pour l'acheteur public est de faire un choix équilibré et motivé, dans le respect des dispositions réglementaires, sans pour autant déployer un excès de formalisme contre-productif.

Les services du pouvoir adjudicateur procèdent à la vérification de la régularité des candidatures, quelle que soit la procédure.

Ces conditions assouplies en France par la réforme 2004 sont maintenues dans leur nouveau code, proposant la possibilité d'une régularisation.

En effet, de nombreuses entreprises avaient été exclues pour des raisons de pure forme, ce qui avait généré nombre de contentieux : ainsi, par exemple, l'obligation pour la personne publique de rejeter une candidature ne comportant pas certains renseignements exigés par le règlement de consultation, en l'occurrence le chiffre d'affaire²⁴, ou encore des formulaires de déclaration du candidat et de déclaration sur l'honneur non signés²⁵.

²⁴ CE, 27 novembre 2002, ville de Nice c/société Loisir et innovation, n° 243686.

²⁵ CE, 13 novembre 2002, commune de Mans, n° 245354.

Toutefois cette possibilité de régularisation est laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur, qui, s'il décide de le faire, devra l'appliquer à l'ensemble des candidats qui seraient concernés, à l'occasion de la consultation. On notera que la réforme de 2006 a libéré l'acheteur de nombreuses contraintes, en terme d'exigences de capacités des entreprises : reste à espérer que cette liberté sera utilisée à bon escient et avec discernement, qu'elle ne provoquera pas une inflation de demandes relatives à une première enveloppe déjà bien chargée, dont la complexité représente un obstacle pour bien des entreprises.

Le Conseil d'Etat a donné une interprétation très restrictive du champ couvert par cette faculté de régularisation, interprétation semblant aller à l'encontre des intentions du « législateur » qui souhaitait permettre un rattrapage, compte tenu de la complexité administrative (souvent dissuasive pour les entreprises candidates) entraînant le rejet d'entreprises, pour des raisons de pur formalisme, sans préjuger de leur capacité réelle à effectuer une prestation avantageuse. Dans le cas d'espèce, un groupement constitué de deux entreprises n'avait pas désigné explicitement le mandataire, dans l'enveloppe « candidature » d'un appel d'offres ouvert. Le juge limiterait ainsi la possibilité de régularisation aux seuls documents attestant des capacités professionnelles et financières des candidats, à l'exclusion de ceux portant sur la régularité juridique de la candidature, l'omission d'indiquer le mandataire d'un groupement étant « substantielle ».

B- Une offre conforme

L'offre est toujours transmise sous pli cacheté. Le contenu doit respecter les dispositions du règlement de la consultation.

Les candidats doivent respecter les dispositions du cahier des charges. L'acheteur l'a rédigé en l'adaptant au besoin qui a été préalablement défini. Il appartient aux candidats de faire leurs propositions, sur la base de ce besoin. Une offre qui ne respecte pas les dispositions impératives du cahier des charges doit être écartée²⁶. L'offre du candidat doit englober la totalité du besoin et non pas une partie seulement²⁷.

De manière générale, l'offre doit être complète²⁸. Le caractère incomplet n'entraîne néanmoins pas le rejet d'une offre dès lors que la commission d'appel d'offres a pu effectuer une comparaison utile des offres et qu'il n'entraîne pas de doute sur la portée de l'engagement du candidat²⁹.

Il convient également de préciser qu'une offre imprécise, ou manquante de clarté, ne peut être considérée comme incomplète. Il appartient à la commission d'appel d'offres ou au pouvoir adjudicateur de solliciter les précisions qu'elle juge utiles à l'examen de la proposition.

L'acceptation des dispositions du projet de marché doit être faite sans réserve de la part des candidats. Les soumissionnaires doivent avoir pris en compte toutes les contraintes. Ainsi, l'indication « non compris imprévu » accompagnant le prix ne peut être acceptée.

²⁶ CE, 24 décembre 1926, SA l'Entreprise de l'Est : Réc. CE 1926, p. 1172.

²⁷ TA Lyon, 20 octobre 1999, n° 9804802, Prefet Ain c/ Cte cnes pays de Gex.

²⁸ TA Marseille, 8 avril 1998, Sté Chiarella.

²⁹ CAA Marseille, 11 juin 2007, n° 04MA02490, Préfet région Provence, Alpes, Côte d'Azur, Préfet Bouches-du-Rhône : JurisData n°2007-344756.

Par contre, le candidat peut attirer l'attention de l'administration sur les éléments lui semblant devoir faire l'objet une mise au point. L'administration pourra en tenir compte et si le candidat est désigné attributaire, donner suite à cette demande, dès lors que les corrections ne modifient pas de manières substantielles les conditions de la mise en concurrence ni l'objet du marché.

Par contre, une offre peut méconnaître une disposition des cahiers des charges si celle-ci est illégale³⁰. Doit être écartée une offre qui ne respecte pas le découpage entre la tranche ferme et la tranche conditionnelle d'un projet³¹.

Dans les marchés publics, l'offre est le montant du marché porté sur l'acte d'engagement.

L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique.

Les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement établi en un seul original par les candidats aux marchés.

Les offres doivent être signées par les candidats qui les présentent ou par leurs représentants dûment habilités. Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

La personne responsable du marché peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons concernant les fournitures qui font l'objet du marché ainsi que d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix.

Ce devis n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché.

En cas d'appel d'offres, sauf disposition expresse contraire figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence, les candidats peuvent présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges qui ne sont pas désignées comme des exigences minimales à respecter dans le règlement de la consultation. Les variantes doivent être proposées avec l'offre de base.

³⁰ CE, 3 novembre 1995, District Agglomération nancéenne : JurisData n° 1995-600070 ; Rec. CE 1995, p. 391.

³¹ TA Rennes, 19 janvier 1994, Préfet Morbihan c. Ville vannes.

CHAPITRE 2^{EME} : MISE EN ŒUVRE D'UN PRINCIPE A LA FOIS DETERMINATEUR ET SANCTIONNATEUR

Les procédures d'attribution se déroulent en règle générale en cinq phases distinctes: l'examen formel des offres, l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires, la confirmation des motifs de rejet des offres, l'évaluation des offres et la décision d'attribution, la conclusion du marché.

Dans certaines procédures, telles que la procédure restreinte, la procédure négociée avec publication, le dialogue compétitif et le système d'acquisition dynamique, des phases complètement autonomes portent sur la sélection des opérateurs économiques autorisés à remettre une offre. Les candidats qui, après avoir requis cette possibilité, n'ont pas été sélectionnés ne participent dès lors plus à la mise en concurrence et ne sont pas invités à élaborer une offre.

Dans d'autres procédures, comme la procédure ouverte, l'évaluation de l'aptitude des candidats a lieu après que ceux-ci ont remis leurs offres. Toutefois, il convient de procéder à l'évaluation qualitative des candidats séparément avant l'examen des offres, une pratique parfois négligée par les pouvoirs adjudicateurs.

Il en résulte que les phases d'évaluation doivent se dérouler conformément au cadre de chaque procédure spécifique.

La mise en concurrence se divise en deux étapes étanches : la sélection des candidatures (Section 1) puis celles des offres (Section 2). Néanmoins, la suppression de la double enveloppe tend à remettre en cause la garantie de cette dichotomie.

Section 1 : La sélection sélective des candidatures

La sélection des candidatures est une étape exigeante mais généralement peu discriminante. La commission d'appel d'offres doit arrêter une liste de candidats admis à poursuivre la procédure (Paragraphe 1). Les candidatures, uniques ou groupées, doivent démontrer une capacité générale à soumissionner à la passation de marchés publics et une capacité particulière à répondre à l'objet du marché (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les candidatures admises dans la procédure

Le droit des marchés publics ne reconnaît qu'un seul cocontractant. C'est celui que le code désigne comme étant le titulaire. Néanmoins, les relations contractuelles ne sont pas toujours bilatérales. Un tiers peut entrer dans la relation contractuelle parce que par exemple, il est mandataire, ou parce qu'il exécute une partie du marché obtenu par le titulaire. Pour résoudre ces hypothèses, le code des marchés publics prévoit que des candidatures puissent être groupées. Cette hypothèse recouvre deux situations différentes : la cotraitance (A) et la sous-traitance (B).

A- L'hypothèse de la cotraitance

Ce que nous désignons comme la cotraitance correspond aux groupements momentanés d'entreprise. Il s'agit d'un regroupement de plusieurs candidats pour présenter une seule offre par marché ou par lots. Le groupement momentané d'entreprise n'est pas un critère de sélection des candidatures. Bien que le code dispose que le marché peut prévoir que le groupement devienne solidaire pour l'exécution du marché, le groupement momentané d'entreprise n'est pas un critère de sélection des candidatures. Il ne devrait être exigé ni que les candidats soient groupés pour répondre, ni qu'ils ne le soient pas, ni que le groupement recouvre une forme juridique déterminée³². En effet, il existe plusieurs formes de groupement : les groupements solidaires et les groupements conjoints. Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché. En revanche, le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

Quelle que soit la forme du groupement, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, et coordonne les prestations des membres du groupement.

En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillés des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter. En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagement solidairement à réaliser.

Au-delà de la faculté de se porter candidat à un marché auquel un opérateur seul ne pourrait, en raison de sa spécialité ou de sa capacité, prétendre, le groupement momentané d'entreprise présente l'intérêt de pouvoir se prévaloir de capacités que l'on ne détient pas en propre³³.

Néanmoins, les groupements d'entreprise ne doivent pas être un moyen de phagocyter la concurrence³⁴. Aussi un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus

³² CAA de Nantes, 27 juin 2008, communauté de communes de la plaine d'Argentan Nord.

³³ CE, 2 décembre 1999, Holst Italia Spa.

d'un groupement pour un même marché. De même, l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ou en qualité de membres de plusieurs groupements.

B- L'hypothèse de la Sous-traitance

Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

La différence entre un sous-traitant et un fournisseur tient au fait qu'une entreprise sera considérée comme ayant participé à l'exécution du marché en cause lorsqu'elle ne peut être regardée comme s'étant bornée à fournir des équipements de production courante.

Un marché industriel est un marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototype conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur.

Si la sous-traitance peut être sollicitée en cours d'exécution du marché, elle peut aussi l'être au moment de la procédure de passation. Le pouvoir adjudicateur doit accepter la sous-traitance et agréer les conditions de paiement dans la mesure où les sous-traitances seront, par dérogation au régime qui prévaut dans les relations civiles et commerciales, payés directement par le pouvoir adjudicateur.

Lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment de la procédure de passation, le candidat fournit au pouvoir adjudicateur une déclaration mentionnant la nature des prestations sous-traitées, le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé, le montant maximum des sommes à verser pour le paiement direct aux sous-traitants, les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et les capacités professionnelles et financières de celui-ci.

Le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché.

Le sous-traitant devra au même titre que le titulaire déclarer ne pas faire l'objet d'interdiction de présentation de candidatures à des marchés publics. L'attribution du marché au titulaire vaudra dans ces conditions agrément du sous-traitant.

Comme pour la cotraitance, la sous-traitance présente de pouvoir justifier de capacités professionnelles, techniques et financières qui ne sont pas détenues en propres³⁵.

³⁴ Cons. Conc., 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le Conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims.

³⁵ CJCE, 2 décembre 1999, Holst Italia Spa.

Paragraphe 2 : Les critères déterminateurs d'analyse

L'analyse des candidatures emprunte deux directions complémentaires. En premier lieu, elle consiste à éliminer tous les candidats qui n'ont pas la capacité générale de soumissionner à des marchés publics (A). En second lieu, elle consiste à identifier les candidats qui ont une capacité suffisante pour répondre à l'objet particulier du marché³⁶ (B).

Bien que dans les relations contractuelles civiles et commerciales, l'intuitu personae occupe une place importante, dans les relations contractuelles sous l'empire du Code des marchés publics, les candidatures ne sont généralement pas discriminantes, de telle sorte que l'essentiel des analyses opérées par les commissions d'appels d'offres se porte non pas sur les candidatures, mais sur les offres.

A- La garantie d'une capacité générale à soumissionner

Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur, qui constate que des pièces dont la production est réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander à tous les candidats concernés de compléter leurs dossiers de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai.

Les opérateurs économiques qui présentent une candidature à l'attribution d'un marché public doivent garantir les conditions d'honorabilité et de solvabilité. Ils y satisfont lorsqu'ils ne font pas l'objet d'interdictions de soumissionner aux marchés. Il faut pour cela qu'ils soient en conformité avec leurs obligations sociales et fiscales.

S'agissant des obligations sociales, ne sont pas admises à concourir les personnes ayant pas satisfait aux obligations posées par les articles L. 5212-1, L. 5214-1 et L. 5212-5 du Code du travail. Ces articles imposent aux employeurs occupants au moins vingt salariés d'employer à temps plein ou à temps partiel les travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés dans les proportions de 6% d'effectif total de ses salariés. Si l'entreprise ne souhaite pas se conformer à cette obligation, elle doit s'acquitter d'une contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés. Une déclaration annuelle à l'inspection du travail doit être faite pour justifier du respect par l'employeur de ces dispositions. L'entreprise qui au moment de sa création ou à l'occasion d'une augmentation de son effectif entre dans le champ d'application de ses dispositions, dispose d'un délai de trois ans pour s'y conformer.

Sont Par ailleurs interdites de concourir les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n°2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8251-1, L. 8231-1 et L. 8241-1 du Code du travail. Cette disposition recouvre les infractions pénales sanctionnées par le droit du travail, comme le travail dissimulé, l'emploi d'étrangers non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ou le marchandage.

³⁶ Rapport de la Cour des comptes 2007 à propos de l'OPHLM de Mottereau.

S'agissant des obligations fiscales, sont interdites à concourir les personnes qui ont fait l'objet depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour infraction au code pénal et au code général des impôts.³⁷ La liste des dispositions visées est relativement longue. On y trouve par exemple les condamnations au titre du trafic de stupéfiants, d'escroquerie, de blanchement d'argent, les actes de terrorisme, la corruption active, le trafic d'influence, le faux et usage de faux, la participation à une association de malfaiteurs.

De même, ne sont pas admis à concourir les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisation exigible à cette date. Néanmoins, si elles ont satisfait à leurs obligations avant le lancement de la consultation, leur candidature ne peut être refusée. L'obligation de s'être acquitté de l'impôt ou des cotisations sociales est applicable à tous les candidats mêmes lorsqu'ils se présentent en groupement. Il n'est pas possible ici de se prévaloir d'une capacité que l'on ne détient pas en propre.

Enfin, si les personnes en redressement judiciaire peuvent se porter candidates lorsqu'elles sont habilitées à poursuivre leur activité pendant une durée compatible avec celle du marché, les personnes en état de liquidation judiciaire ou de faillite personnelle ne sont pas admises à concourir.

Si auparavant, il fallait apporter au soutien de sa candidature toutes les pièces justifiant du respect des obligations d'honorabilité et de solvabilité, désormais, une simple déclaration sur l'honneur suffit. Ce n'est que si le marché est attribué que le candidat devra fournir la preuve du respect de ses obligations fiscales et sociales. S'il est en redressement judiciaire, il devra néanmoins apporter d'ores et déjà une copie des jugements prononcés.

B- L'analyse de la capacité particulière des candidats

L'analyse des capacités particulières des candidats à l'exécution d'un marché public devrait être une étape discriminante. Cependant, le droit des marchés publics limitent sensiblement la marge de manœuvre du pouvoir adjudicataire pour évaluer leur capacité. Notamment, l'absence de référence relative à l'exécution du marché de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicataire d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

L'interdiction de rejeter une candidature sur le seul fondement d'une absence d'expérience du candidat vise à susciter la concurrence. Néanmoins, elle est le risque d'un défaut de viabilité et de pérennité de l'offre, dans la mesure où il est difficile d'appréhender le comportement professionnel et commercial d'un candidat nouvellement sur le marché.

En toute hypothèse, le pouvoir adjudicataire ne saurait fonder son rejet sur la seule absence d'expérience de candidat, mais sur un défaut de capacité, appréciée à l'aune de l'ensemble des documents et informations renseignées. L'analyse des candidatures n'est soumise qu'à un

³⁷ L'infraction au titre du code du travail a été ici abrogée

contrôle minimal du juge administratif qui ne recherchera que l'erreur de fait, l'erreur de droit et l'erreur manifeste d'appréciation.³⁸

La première à laquelle le pouvoir adjudicateur doit répondre pour évaluer les capacités de candidature consiste à déterminer le niveau minimal de capacités liées et proportionnées à l'objet du marché. Avant le code du 1^{er} août 2006, le pouvoir adjudicateur fixait le degré de capacité suffisant. Désormais, le niveau est facultatif et minimal. Cette conception, antiéconomique mais vers laquelle le droit des marchés publics tend de plus en plus au fur et à mesure des réformes, ne doit pas permettre d'exclure les candidats qui n'auraient pas acquis une compétence et une expérience dans l'exécution de prestation pour des personnes publiques.

La seconde question à laquelle la personne responsable du marché doit répondre consiste à identifier les renseignements et documents exigibles pour analyser l'expérience, la capacité professionnelle, techniques et financière des candidats. Ces informations ne peuvent être demandées que si elles sont justifiées par l'objet du marché. Ainsi, les documents ou des renseignements exigés par le pouvoir adjudicateur alors qu'ils ne seraient pas rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser seraient constitutifs d'une méconnaissance des obligations de mise en concurrence.³⁹ En outre, les exigences de capacité imposées aux candidats ne doivent être manifestement disproportionnées.

Afin de ne pas réduire le jeu de concurrence et de guider la personne responsable du marché dans la détermination des critères d'analyse des candidatures, un arrêté fixe la liste des renseignements et documents que le pouvoir adjudicateur peut demander. Cette liste est exhaustive.

L'arrêté du 28 août 2006 énonce documents et renseignements exigibles :

- s'agissant des capacités financières, il peut être demandé aux candidats de fournir à l'appui de leur candidature une déclaration concernant le chiffre d'affaire globale et le chiffre d'affaire concernant les fournitures, service ou travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles. Cette information est particulièrement intéressante pour apprécier la part de l'activité de cet opérateur dans la réalisation ou la fourniture de prestation pour des personnes publiques ;
- s'agissant des capacités professionnelles, il peut exiger une déclaration appropriée de banques ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels, les bilans ou extraits de bilans, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi et une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pour chacune des trois dernières années, indication des titres d'études et professionnels de l'opérateur économique et /ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables de

³⁸ CE, 27 Février 1987, hôpital département Esquirol C/société Généton.

³⁹ CE, 17 novembre 2006, Agence Nationale Pour l'Emploi.

prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché et certificats de qualifications professionnelles ;

Enfin, s'agissant des capacités techniques, il peut être demandé la présentation d'une liste des principales fournitures ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé, ou d'une liste des travaux exécutés au cours des (05) cinq dernières années, appuyée d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Dans cette dernière hypothèse, les attestations indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Peut-être aussi exigée une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le candidat dispose pour la réalisation de marché de même nature, une description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'études et de recherches de son entreprise lorsqu'il s'agit de marché de fournitures et services et des certificats établis par des services chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications technique. Des échantillons descriptions et photographies des fournitures peuvent être demandés.

Tous les certificats peuvent être présentés ou faire l'objet de preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produite par les candidats, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés.

En outre, sont interdits de se porter candidat les opérateurs qui ont manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'union, le national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail.

De même, est irrecevable la candidature des opérateurs qui sont en état de faillite ou font l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ont commis une faute professionnelle grave qui remet en cause leur intégrité, ont conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence, participent d'un conflit d'intérêt auquel il ne peut être remédié par des mesures moins intrusives.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut rejeter la candidature d'opérateurs qui ont montré des défaillances importantes ou persistantes constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui leur incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable.

Dans cette même perspective, ne peuvent se présenter les opérateurs qui se sont rendus coupables de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, ont caché ces informations ou ne sont pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis ou enfin ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir

adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché, ou ont fourni par des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion de sélection ou d'attribution.

Section 2 : La sélection négociatrice des offres

Une fois la sélection des candidats opérée commence l'étape de sélection des offres. Selon les procédures, la sélection de l'offre pourra intervenir à l'issue d'un temps d'échange entre le pouvoir adjudicateur et les candidats (Paragraphe 1). En revanche, quel que soit la procédure, le pouvoir adjudicateur est soumis à la même règle de sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse à l'issue de laquelle il attribue le marché (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Présentation des offres

Hormis les hypothèses de marchés de procédure adaptée, la négociation dans les procédures de passation de marchés publics est marginale (A). Quelques correctifs permettent aux entreprises de faire preuve d'innovation (B).

A- La négociation marginale

Par principe, la négociation est exclue de la procédure de passation des marchés publics. Dans les procédures d'appel d'offres, il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. En ce sens, il est possible, en accord avec le candidat retenu, de préciser à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre, ni le classement des offres.⁴⁰

La négociation n'est prévue que dans les procédures adaptées, les procédures négociées et les procédures de dialogue compétitif. S'agissant des procédures adaptées, les conditions de négociation sont libres tant que le principe d'égalité et de transparence est respecté.

1) Procédure négociée

Dans les procédures négociées, la négociation est engagée avec les candidats sélectionnés. Elle ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

Cette contrainte est étroitement liée à l'obligation de sélection des offres en fonction du cahier des charges telles qu'il a été défini par le pouvoir adjudicateur. Dès lors, dans les procédures négociées, la négociation ne devrait porter que sur le contenu de l'offre.

⁴⁰ art.59, C. marchés publics.

Ici encore, la négociation doit respecter le principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats de solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation sans l'accord de celui-ci. Il n'est pas nécessaire que la négociation n'ait lieu qu'une seule fois. La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés. Le recours à la négociation par étapes successives doit faire l'objet d'une mention dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le dossier de consultation.

2) Procédure de dialogue compétitif

La négociation est particulièrement importante dans la procédure de dialogue compétitif dont il faut rappeler qu'elle est une procédure rarement mise en œuvre.

Suivant l'article 67 du Code des marchés publics, le dialogue s'ouvre avec les candidats préalablement sélectionnés. Il doit porter sur l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire aux mieux les besoins. La liberté est ici importante dans la mesure où tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés. Comme pour les procédures négociées, la procédure peut aussi se dérouler en phases successives jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins. Le cas échéant, le recours à ce procédé devra être mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence dans les documents de consultation.

Au cours du dialogue, le pouvoir adjudicateur doit veiller au strict respect du principe d'égalité en fournissant les mêmes informations à tous les candidats encore en compétition. A l'échéance de ces étapes, le pouvoir adjudicateur invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue. Il dispose alors d'un minimum de quinze jours suivant l'invitation qui précise la date et l'heure limite de réception des offres. Tout renseignement complémentaire sur le programme fonctionnel ou le projet partiellement défini est communiqué par le pouvoir adjudicateur lorsque la demande est faite en temps utile, dans les six jours, afin que les candidats puissent élaborer leurs offres.

Une fois les offres remises, la commission d'appel d'offres ne peut demander que des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments aux candidats sur leur offre finale.

Tout au long de la procédure de dialogue compétitif, les échanges se font entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire les services administratifs et techniques. La commission d'appel d'offres n'intervient dans l'élaboration du marché qu'au moment de la sélection des offres finales qu'elles classera en fonction des critères d'attribution préalablement définis dans l'avis d'appel public à la concurrence.

3) Concours

Le choix du ou des lauréats du concours ne relève pas du jury, lequel n'est chargé que d'émettre « un avis motivé » et de dresser « un procès-verbal de l'examen des prestations ». Les irrégularités constatées dans le procès-verbal du jury de concours peuvent entraîner l'annulation de la procédure. Tel est le cas lorsque le procès-verbal relatif à la séance d'un jury est signé en blanc par les membres du jury et que son contenu a été ensuite complété par la personne responsable du marché.

Même si le procès-verbal a pu être transmis aux membres du jury avec un délai suffisant pour leur permettre de rectifier les éléments qu'ils contesteraient, une telle pratique entache d'irrégularité la procédure de passation du marché. Le juge administratif considère qu'un tel vice ne peut entraîner néanmoins la résolution du marché, le pouvoir adjudicateur étant alors tenu de régulariser la procédure suivie par l'adoption du procès-verbal régulier en la forme. La personne responsable du marché négocie avec tous les lauréats. Le marché qui fait suite au concours est attribué à l'un des lauréats par la personne responsable du marché ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante. La personne responsable du marché alloue les primes aux candidats conformément aux proportions qui lui sont faites par le jury.

4) Procédure de conception-réalisation

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Le pouvoir adjudicateur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations, auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation. Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury après les avoir auditionnés. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

B- Les correctifs aux offres

L'intérêt de la négociation dans les relations contractuelles réside dans la possibilité d'adapter le contrat au plus près des besoins ou de faire émerger quelques innovations. Le droit des marchés publics limite en cela la liberté contractuelle. Néanmoins, il prévoit un correctif qui doit permettre aux candidats de proposer des solutions originales.

Ce correctif est prévu aux articles 50 et suivants du Code des marchés publics. Il s'agit de variantes qui ne doivent pas être confondues avec les réserves interdites et les options autorisées.

1) Variantes

Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter les variantes.

Les variantes sont une proposition alternative à la demande initiale sur la base de laquelle se fait la consultation. Une variante peut être technique, administratif ou financière. Elle est technique par exemple si elle consiste, dans un marché de travaux, à proposer un matériau différent de celui prévu dans les documents de la consultation. Elle est technique également si elle porte sur la longévité des produits ou des ouvrages, sur des caractéristiques environnementales... Elle peut être administrative si elle porte sur la durée d'exécution du marché, le calendrier, les conditions de maintenance ou d'entretien... Enfin, elle peut être financière si elle concerne des délais de paiement, le versement d'une avance, la composition d'un prix forfaitaire.

Les variantes ne doivent pas porter atteinte aux stipulations qualifiées « d'intangibles ». A cette fin, le cahier des charges doit préciser les conditions minimales que doivent respecter les variantes pour garantir le principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats dans des conditions analogues à celles permettant aux candidats de connaître les critères de sélection de l'offre « économiquement la plus avantageuse ».⁴¹ Lorsque l'offre du candidat présente des stipulations qui remettent certaines prescriptions des cahiers des charges sans même qu'une offre respectant ces prescriptions aient été formulées, il s'agit de réserves. Ce terme n'apparaît pas dans le code des marchés publics, mais seulement dans la pratique. Conformément à l'obligation de rejet des offres irrégulières, les réserves sont interdites.

2) Options

S'agissant des options, la différence avec les variantes réside dans la provenance de l'alternative. Il ne s'agit plus d'une proposition du cocontractant, mais de la personne responsable du marché qui formule certaines alternatives que l'offre du candidat au marché pourra retenir.

Paragraphe 2 : Sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse

L'analyse des offres peut être découpée en deux temps. En premier lieu, la commission d'appel d'offre devra s'assurer que les offres remises par les candidats sont conformes à la demande publique telle qu'elle est formulée dans le dossier de consultation (A). Dans un second temps, elle attribuera le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction de l'évaluation qu'elle fera à l'aune des critères qu'elle a fixés préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence (B).

A- La recevabilité des offres

Une fois la liste des candidats admis à présenter une offre, arrêter, la commission d'appel d'offres doit analyser les offres pour ne rien retenir que celle qui sera économiquement la plus avantageuse. La notion d'offre « économiquement la plus avantageuse » est apparue dans la

⁴¹ CJCE, 16 octobre 2003, Traunfellner Gmgh et Osterreichische Autobanhen-und Schnellstraben-Finanzierungs-AG.

jurisprudence du Conseil d'Etat dans les années 1980 sous l'appellation d'offre « économiquement la plus intéressante ».⁴²

Cette notion, apparue en réaction aux effets mécaniques, économiquement contre-productifs des procédures de mise en concurrence, s'inscrit dans une logique de performance et d'efficacité de la gestion publique. La sélection de l'offre « économiquement la plus avantageuse » consiste à retenir celle présentant la meilleure qualité parmi l'ensemble des offres proposées à un instant déterminé par la mise en concurrence.

Avant la réforme du 1^{er} août « les offres non conformes à l'objet du marché étaient éliminées. Désormais, selon l'article 53 du Code des marchés publics, « les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées ». Le changement de formulation n'emporte pas d'effets juridiques, sachant que les offres non-conformes correspondent aux offres irrégulières. En effet selon l'article 35 du Code des marchés public, « une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ».

Le rejet des offres irrégulières emporte une obligation de conformité qui fonde l'intangibilité de la demande publique et, par conséquent, l'intangibilité des obligations mises à la charge du candidat par la personne publique.

La définition de l'offre irrégulière rejoint la jurisprudence du Conseil d'Etat s'agissant de l'obligation antérieurement formulée dans le Code des marchés publics de conformité de l'offre à l'objet du marché. Selon la jurisprudence administrative, l'objet du marché doit se confondre avec la démarche publique. Ainsi, la conformité d'une offre devra être appréciée au regard des clauses figurant dans les cahiers des charges.

S'ajoute au rejet des offres irrégulières celui des offres inappropriées et inacceptables. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre ; est inacceptable l'offre dont les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de financer.

En cas de procédures d'appel d'offres, de telles hypothèses justifient la déclaration d'appel d'offres sans suite ou infructueux. Les candidats en sont informés.

Quel que soit le montant du marché, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché ainsi que d'un avis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'a pas valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché.

⁴² CE, 27 juin 1984, Société Biro.

B- Offre économiquement la plus avantageuse

Selon l'article 53 du Code des marchés publics, « pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde sur une pluralité des critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison de l'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ».

1) Analyse économique de l'offre

La personne responsable du marché dispose d'une liberté de détermination des critères qui doivent fonder son choix selon la liste indicative et non exhaustive inscrite dans l'article 53. Ils doivent être justifiés par **l'objet du marché** ou ses conditions d'exécution. Selon la jurisprudence de la CJCE, ils doivent être objectifs⁴³, de la CJCE, ils doivent être objectifs⁴⁴ et transparents⁴⁵.

Le prix n'est pas un critère obligatoire « lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché dans la mesure où les critères retenus, eu égard à l'objet du marché, permettent de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse »⁴⁶. En revanche, si l'objet du marché le justifie, le prix pourra être le seul critère d'évaluation des offres. Si les acheteurs publics peuvent utiliser le prix comme critère unique de sélection des offres, ce choix n'est pas totalement discrétionnaire. Le juge recherche si la décision de ne recourir qu'au seul critère de prix était par la complexité du marché⁴⁷.

Les critères les plus usités sont d'abord celui de la valeur technique de l'offre puis celui relatif aux délais de livraison et d'exécution. Parfois déterminant, le critère des délais doit être accompagné d'une définition et d'une application de clauses pénales afin de lui donner tout son sens.

Par ailleurs, les critères doivent être définis préalablement à la mise en concurrence et faire l'objet d'une pondération en fonction de l'importance que la personne responsable du marché leur confère au moment de l'appréciation des offres. Si le pouvoir adjudicateur estime que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, les critères sont seulement hiérarchisés par ordre décroissant d'importance.

Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.

⁴³ CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes BV c/Etat des Pays-Bas

⁴⁴ CJCE, 26 septembre 2000, Commission c/France

⁴⁵ CJCE, 25 avril 1986, Commission de c/Royaume de Belgique

⁴⁶ CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse.

⁴⁷ CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère.

Comme pour la sélection des candidatures, le pouvoir adjudicateur dispose d'une relative marge d'appréciation. Le juge administratif n'opère qu'un contrôle restreint⁴⁸.

2) Détection des offres anormalement basses

L'analyse des offres peut permettre de rejeter les offres anormalement basses. Leur éviction consiste à identifier les offres dont le prix ne correspond pas à une réalité économique. Celle-ci recouvre trois hypothèses dont l'article 55 du Code des marchés publics témoigne s'agissant des justifications possibles que le candidat peut apporter au soutien d'une offre présumée anormalement basse. Il apparaît que la valeur de l'offre peut être la conséquence « des modes de fabrication des produits, des modalités de la prestation des services, des procédés de construction », « du caractère exceptionnellement favorable des conditions d'exécution dont bénéficie le candidat » ou « de l'originalité du projet ». Bien que rédhitoire et délicat à apprécier, le juge administratif n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la qualification d'offre anormalement basse à partir de l'offre présentée, de ses motivations et des autres offres.

La qualification juridique de l'offre anormalement basse repose ainsi sur une analyse comparative complexe s'appuyant sur l'objectivation d'une normalité microéconomique de telle sorte que l'anormalité ne saurait être qualifiée partant de la seule comparaison des offres en concurrence⁴⁹. Ce travail d'objectivation nécessite pour la personne responsable du marché de disposer de référentiel qui fonde son analyse. Elle doit requérir des justifications auprès du titulaire sur les raisons de l'anormalité du prix de son offre⁵⁰.

⁴⁸ CE, 13 octobre 1993, Commune de Mées.

⁴⁹ CE, 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur.

⁵⁰ CJCE, 27 novembre 2001, Impresa Lombardini SpA et ANAS.



**DEUXIEME PARTIE : UN
PRINCIPE A PORTEE
REPRECISEE**

Dans la première de notre étude, nous avons essayé d'exposer le contenu du principe de conformité pour l'essentiel. Autrement dit, que recouvre le fameux concept de conformité pour l'essentiel ? Comment le définit-on ? Avec quelle approche l'analyse-t-on ? Nous sommes arrivés à montrer le sens de ce concept qui est purement ambivalent.

D'abord, en ce sens qu'est conforme pour l'essentiel, l'offre qui respecte les « **termes, conditions et prescriptions** » du dossier d'appel d'offres. Il s'agit pour nous d'exposer, dans la première partie, ce que recouvre exactement « termes, conditions et prescriptions ». L'exercice n'a pas été facile parce que les « termes, conditions et prescriptions » d'un DAO sont généralement casuistique et laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur ; ils sont donc variable, polymorphe, ambivalent... de tel sorte que c'est dans un labyrinthe de pléthore de critères que le concept se définit, s'exprime et s'impose.

Ensuite, il serait aisé de dire que le concept est indéterminé d'avance mais l'élaboration correcte des critères de choix à travers une bonne formulation du besoin dans les cahiers des charges permet de résoudre cette équation.

Enfin, le principe semble synallagmatique, en ce sens qu'il s'impose aux deux parties, les cocontractants et le pouvoir adjudicateur. En amont, il s'impose à l'autorité contractante et en aval, aux soumissionnaires ; le respect par ces derniers dans leurs candidatures et offres, permet d'aboutir à la sélection de « l'offre la plus économiquement avantageuse ».

Par ailleurs, le principe révèle dans sa portée juridique, l'utilité indéniable qu'il porte dans toute la procédure de passation et d'adjudication des marchés publics. C'est donc un véritable critère des critères, un principe des principes (**Chapitre 1**). Mais l'insuffisance de son encadrement et les enjeux constants qui surgissent demandent qu'on s'y prenne garde suffisamment et en faire un débat (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1^{ER} : L'USAGE AMBIGUË D'UN PRINCIPE

La finalité de l'achat public est avant tout un acte économique, dans lequel le choix pertinent de l'offre est essentiel. Ce choix se fait sur la base des critères déterminés et annoncés à l'avance : « non discriminatoires, ne conférant pas un pouvoir inconditionnel à l'acheteur, liés à l'objet du marché (ou de l'achat), [et] expressément mentionnés »⁵¹.

La réglementation actuelle, d'inspiration européenne, donne le choix entre « l'offre économiquement la plus avantageuse », autrement dit le « mieux-disant », en fonction des critères décidés et annoncés au départ, et le choix du « moins-disant », évalué sur le seul critère du prix. Le choix du mieux-disant, qui est encouragé, nécessite une bonne définition préalable du besoin, permettent de dégager des critères pertinents qui serviront à sélectionner la meilleure offre.

Le principe de conformité pour l'essentiel est avant tout un critère des critères, englobant à cet effet tous ces éléments ainsi réglementés. Néanmoins, la mise en œuvre de ce principe reste délicate et redoutée des acheteurs, que l'on ait recours à la hiérarchisation des critères ou à leur pondération, que parfois le pouvoir adjudicateur utilise comme prétexte (section 1). Cette dernière technique devant la règle, une pondération mal maîtrisée peut avoir des effets pervers, conduisant à choisir une offre qui ne correspond pas réellement au besoin. La pondération, souvent préférée par les juristes car elle apporte une traçabilité évidente, reste un outil efficace mais sensible, nécessitant une préparation sans faille. L'objectivité qu'elle renvoie ne saurait masquer la subjectivité tenant au mode de calcul lui-même : comment assurer la notation, avoir un premier et un dernier, avec amplitude justifiée ? (Section 2).

Section 1 : L'objectivisme versus le subjectivisme d'un principe : pondération ou hiérarchisation des critères

Pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur doit être en mesure d'évaluer ces offres en fonction de critères auxquels il doit donner un poids relatif, reflétant le plus précisément possible le besoin et les résultats attendus. L'évaluation passe par la pondération des critères, c'est-à-dire en les affectant de coefficients traduisant l'importance donnée à chacun, ou bien leur hiérarchisation, en les classant par ordre décroissant d'importance.

La pondération des critères est maintenant la règle, le critère des critères, concernant l'ensemble des marchés à partir des seuils fixés (Paragraphe 2), la hiérarchisation n'étant

⁵¹ CJCE 17 septembre 2002, HKL Concordia Bus Finland, affaire C513/99 et CJCE 20 septembre 1988, Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas, affaire 31/87.

possible que lorsque « le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible » (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Le subjectivisme d'un critère des critères : la hiérarchisation

Aux termes de l'article 79 alinéa 1^{er} de la loi 2009-02 du 07 août 2009 portant sur le code des marchés publics et des délégations de service public en république du Bénin, « Sous réserve des dispositions spécifiques applicables aux marchés des prestations intellectuelles, l'évaluation des offres se fait sur la base des critères, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins-disante ». La mention de chacun de ses critères devra se faire selon une hiérarchisation (B). A défaut le critère prix l'emporte (A).

A- Le triomphe du critère unique du prix

Aux termes de l'article 79 alinéas 3 de la loi 2009-02 du 07 août 2009 portant sur le code des marchés publics et des délégations de service public en république du Bénin, « Si, compte tenu de l'objet du marché, l'autorité contractante ne retient qu'un seul critère, celui-ci doit être le prix ».

On constate que la réglementation semble donner un libre choix au pouvoir adjudicateur entre la combinaison de plusieurs critères et l'attribution au seul moins-disant. On peut constater une légère divergence entre la législation française, qui intègre l'attribution sur le seul critère prix, à la notion de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, alors que le code des marchés publics béninois tout comme la directive européenne, plus logiquement, distingue deux possibilités : d'une part, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, fondée sur une pluralité de critères, d'autre part, l'attribution au prix le plus bas.

Comme on peut le constater, l'attribution au « moins-disant » est toujours explicitement prévue par la réglementation, qu'elle soit communautaire ou nationale. Cela signifie-t-il pour autant que le pouvoir adjudicateur est totalement libre de son choix ? La réalité n'est pas si simple, ainsi que l'atteste un récent jugement du Conseil d'Etat français.

En effet, dans un arrêt du 6 avril 2007, « Département de l'Isère », n°298584, le juge a sanctionné le recours au critère unique du prix dans le cas d'un marché de travaux publics passé par le département. Il a considéré que « qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que les travaux de réalisation d'un itinéraire alternatif à la route départementale RD 1075 sur la commune de Morestel comprenait la construction d'un bureau de liaison, d'un carrefour giratoire et d'un ouvrage d'assainissement ; que, compte tenu de la complexité de ces travaux, souverainement appréciés des juges de référés, celui-ci a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que le département avait méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics [équivalent de l'article 79 du code béninois], et ainsi ses obligations de mise à concurrence, en retenant le seul critère du prix pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Cet arrêt est très intéressant car il clarifie grandement la situation en précisant la position du juge. Le lien à l'objet du marché est donc, on le savait, la première préoccupation que doit avoir l'acheteur.

Toutefois, dans le système français, dans sa circulaire d'application du code⁵², le ministre français des finances ne disait pas autre chose : « toutefois, l'acheteur peut se fonder sur ce seul critère [le prix] si l'objet de son marché le justifie, pour des achats de fournitures courantes, par exemple ». On peut donc déduire de cette jurisprudence et de la circulaire que, dès lors que le marché présente certaines spécificités (ce qui recouvre la plus grande partie des marchés de travaux⁵³), le choix sur la base du seul critère du prix doit être exclu, sous peine de fragilité juridique de la procédure⁵⁴.

B- La hiérarchisation casuistique des critères d'attribution

La hiérarchisation consiste en un classement des critères dans un ordre décroissant d'importance, annoncé dès l'avis de publicité ou le règlement de consultation. Les offres seront analysées successivement sur chaque critère, simple en apparence, recèle certains pièges et travers. En effet,

- elle peut facilement se traduire par une analyse comparative dans laquelle les critères seraient, dans les faits, équivalents ;
- elle peut refléter une définition approximative du besoin, avec l'utilisation des critères génériques ;
- la motivation littéraire du choix peut rester approximative et laconique, induisant une grande insécurité juridique ;
- elle ne permet pas toujours de déterminer la meilleure offre avec certitude et se traduit souvent par le choix, in fine, du moins-disant...

En revanche, ses défenseurs mettent en avant sa souplesse et la place qu'elle laisse aux autorités responsables pour conduire et justifier leur choix.

Dans une affaire, le Tribunal administratif de Paris⁵⁵ avait contesté le choix de la commission d'appel d'offres qui n'avait pas retenu le candidat arrivé en tête sur le premier critère, à savoir la valeur technique (le second critère étant le prix).

Cela signifierait-il qu'une analyse hiérarchisée conduit à choisir de façon quasi-systématique, l'offre arrivée en tête sur le premier critère, sous peine d'irrégularité ?

Un jugement donne cette interprétation. En effet, dans un arrêt du 31 juillet 2003, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a « considéré comme irrégulière la décision de la commission d'appel d'offres qui n'avait pas retenu l'offre la plus intéressante en termes du prix parce qu'elle était moins bien classée au regard des critères de la valeur technique et du délai d'exécution. Au cas précis, les critères suivant le prix, classé premier, ne

⁵² Art. 12.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics.

⁵³ FROT (O), Marchés publics : comment choisir le mieux-disant. La détermination des critères de pondération, 2^e éd., Paris, Afnor, 2008, p. 254.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ TA Paris 1^{er} juillet 2003, société SEDES, n°0000399-6, CP-ACCP n°39, p. 45, n°36, p. 69 (note), n° 33, p. 18.

devaient, selon la Cour, avoir aucune part dans l'analyse, ce qui est évidemment extrêmement contestable puisque cela revient à une adjudication ».

Une telle approche est contre-productive sur le plan pratique et prive totalement les autorités décisionnelles de toute discussion.

Dans la pratique, on classe les offres sur le premier critère. On classe ensuite les trois premières offres sur le deuxième, puis sur le troisième. La commission d'appel d'offres évalue ensuite si l'avance prise sur le premier critère justifie la première place sur l'ensemble.

L'analyse hiérarchisée s'accommode mal de nombreux critères : deux, voire trois au maximum suffiront, le prix étant toujours l'un deux. Il est du reste préférable de mettre le prix soit en première, soit en dernière position. La commission d'appel d'offres ou la personne responsable du marché, appréciera si la différence de qualité, de délai, justifie la différence de prix. Cette appréciation est subjective et nécessite un effort particulier dans la motivation écrite du choix.

La hiérarchisation des critères induit un débat suivi d'une décision, après l'analyse des offres. Son avantage est de permettre aux instances décisionnelles d'exercer pleinement leurs responsabilités. La difficulté réside dans l'appréciation relative des critères sans nier la hiérarchisation prévue au départ, et la motivation d'un choix lorsqu'il ne correspond pas à l'offre arrivée en tête sur le premier critère.

Par ailleurs, l'expérience prouve que le choix d'une offre qui n'est pas la moins-disante, quels que soient l'ordre des critères et les résultats, présente des difficultés de persuasion vis-à-vis des organismes de contrôle, quand ce ne sont pas les autorités décisionnelles elles-mêmes qui sont réticentes.

Paragraphe 2 : L'objectivisme d'un critère des critères : la pondération

L'achat reste avant tout un acte économique, qui doit s'effectuer selon des règles de transparence, précisées par la réglementation ou laissées à la diligence de l'acheteur, selon le cas. Le choix du prestataire s'effectue, comme c'est dit plus haut, donc selon des critères préalablement déterminés et annoncés : si l'on sait bien ce que l'on veut et pourquoi, alors on saura comment le choisir. Mais ces critères doivent faire l'objet de pondération pour satisfaire l'objectivisme voulu dans les critères (A), sans oublier l'enjeu de l'embarras de choix entre la pondération et la hiérarchisation (B).

A- La pondération des critères

On dénote la pondération entre les critères d'une part (1) et la pondération à l'intérieur des critères d'autre part (2).

1) *la pondération entre les critères*

La pondération consiste à donner au départ un poids relatif entre les différents critères arrêtés. Ce poids se traduit soit par des coefficients, soit par un pourcentage, ce qui revient au même : il suffit de le décider au départ et de l'annoncer. L'avantage de cette procédure est de garantir le résultat qui fera ressortir le classement, sans aucune ambiguïté. Ce procédé est obligatoire pour toutes procédures au-dessus des seuils européens.

Mais cette objectivité finale ne doit pas masquer la subjectivité qui subsiste, cachée : la pondération doit être cohérente et refléter les vraies priorités attendues par l'acheteur. Sa réussite est donc conditionnée par une très bonne analyse préalable du besoin. A l'inverse de la hiérarchisation, le débat se situe avant le lancement de la procédure, au moment où l'on détermine la pondération : si, en cours d'analyse, on s'aperçoit que l'on a fait fausse route et que l'offre qui paraît en tête ne correspond réellement aux besoins, il est trop tard. La seule solution reste de déclarer la procédure sans suite, ou bien de s'accommoder du résultat. Il paraît en effet difficile d'augmenter le choix d'une offre n'arrivant pas en tête du classement sur critères pondérés. Enfin, il serait irrégulier de modifier en cours de procédure, au vu des offres reçues, les méthodes de notation ou de pondération.

Comment définir la pondération de chaque critère ? On peut le faire d'une manière empirique, sur la base des enseignements tirés de l'analyse du besoin.

On notera que la pondération permet, si on le souhaite, de doter des critères d'un même poids, ce qui est impossible avec la hiérarchisation.

2) *La pondération à l'intérieur des critères*

Un critère de valeur technique, par exemple, recouvre plusieurs types d'exigences que l'on peut appeler les sous-critères. En cas de projets complexes, l'acheteur sera dans l'obligation d'établir des critères détaillés, la pondération étant effectuée aussi à l'intérieur des critères principaux.

La pondération représente une aide considérable pour déterminer l'offre la mieux-disante. Elle est aussi un outil indispensable pour mener et conclure une négociation, dans la mesure où la procédure l'autorise. Mais cet outil, s'il est mal employé, peut avoir des conséquences catastrophiques. En effet, il appartient à l'acheteur de favoriser les critères et sous-critères auxquels il attache le plus d'importance, ce qui passe nécessairement, ici encore, par la bonne définition du besoin. La pondération relative des critères qualité et des sous-critères peut, là encore, être empirique ; elle peut aussi faire l'objet d'une démarche très scientifique, que l'on réservera aux projets complexes.

Le cas de la sous-pondération a été traité dans une jurisprudence européenne CJCE du 24/11/2005 ATI EAC c/ VENEZIA SPA, qui a imposé « l'obligation de faire connaître préalablement l'importance accordée à chaque critère » et confirmé « l'irrégularité de la sous-pondération à *postiori* des 5 sous-éléments d'un des critères d'attribution, par la commission

d'attribution ». On peut donc parfaitement donner une pondération à des sous-critères à l'intérieur des critères, à condition de l'avoir annoncé au préalable.

Les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse peuvent-ils être pondérée de manière identique ? « ... La pondération permet de définir la valeur respective des critères annoncés par le pouvoir adjudicateur. C'est d'ailleurs ce en quoi la pondération se distingue de la hiérarchisation qui, elle, consiste à classer les critères par ordre d'importance décroissante ou croissante, sans que leur importance respective soit indiquée. L'obligation de pondérer les critères laisse le pouvoir adjudicateur libre de fixer le poids respectif de ceux-ci, soit en les différenciant, soit en les donnant une importance identique, soit en recourant simultanément aux deux possibilités s'ils choisissent plus de deux critères... ».

B- Le choix entre pondération et hiérarchisation des critères

Sur le plan de l'utilisation des deux méthodes, on constate que :

- la hiérarchisation confère une certaine souplesse et garantit le débat ainsi que la décision autonome des autorités responsables, après l'ouverture des offres. En contrepartie, l'utilisation des critères suivant le plus important est sujette à controverse suite à des jurisprudences récentes, et ne garantit ni l'impartialité des choix, ni la sécurité juridique ;
- la pondération conduit à un résultat sans équivoque et éteint donc quasiment le débat, transférant de fait la responsabilité des autorités décisionnelles vers les agents chargés de l'analyse technique, ce qui imposera des précautions de traçabilité⁵⁶. Gage d'une meilleure transparence de l'utilisation des critères de choix, cette méthode n'est pas infaillible car la subjectivité se retrouve au niveau de la note de chaque critère et sous-critère, ainsi qu'au niveau des choix conduisant aux écarts de notes. Par ailleurs, elle impose une définition du besoin encore plus rigoureuse, aucune adaptation n'étant possible en cours de procédure, au vu des offres, si l'on s'aperçoit que l'on a donné trop d'importance, ou pas assez, à un critère ou un sous-critère.

Ce sujet a fait l'objet de polémiques et de controverses. Les partisans de la hiérarchisation plaident pour sa souplesse et la place qu'elle laisse au choix responsable de l'autorité décisionnelle, commission d'appel d'offres ou autre responsable. Les partisans de la pondération mettent en avant sa traçabilité, gage d'une meilleure sécurité juridique, ainsi que la clarté du résultat qui prend vraiment en compte l'ensemble des aspects de l'offre, en toute objectivité.

Sur un plan pratique, la pondération est indispensable pour des achats complexes. Pour des achats simples, telles que des fournitures courantes, achats de faibles montants, etc., la hiérarchisation donne toute satisfaction.

Au-delà de ces considérations et des avis divers, c'est une fois de plus le droit qui impose la solution. Ainsi :

⁵⁶ FROT (O), *op. cit.*, p. 266.

- en droit interne français, le libre choix s'exerçait entre pondération et hiérarchisation, au moins jusqu'à la prochaine modification réglementaire entraînée par la prise de la directive 2004-18/CE ;
- la pondération devait être obligatoire pour les marchés dépassant les seuils européens, la liberté de choix restant pour les procédures nationales, notamment les « procédures adaptées ».

Le juge administratif l'a entendu différemment. Par une ordonnance du 11 mai 2004, qui a provoqué cette question parlementaire dont la réponse vient d'être citée, il avait annulé une procédure de passation d'un marché comportant deux critères hiérarchisés.

« considérant [...] que la publication des règles de pondération des critères de sélection des offres constitue une obligation qui ne peut être écartée, au profit de la simple hiérarchisation des critères que lorsque la nature du marché y fait obstacle ou lorsqu'il peut être dûment justifié par la personne responsable du marché ; que le non-respect de cette exigence de transparence, constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence s'imposait à la commune de La-Seyne-sur-Mer que ni la nature du marché litigieux, ni le nombre des critères limité à deux ne permettaient d'écarter »⁵⁷.

Cet arrêt de référé a été confirmé en cassation par le Conseil d'Etat, le 29 juin 2005, n°267992 : « C'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché, peut se borner à procéder à leur hiérarchisation ».

Il y a des positions attestant d'un objectif de transparence. La voie minimale aurait été de se contenter de mentionner la valeur technique et sa pondération, les candidats devant deviner, en regard du cahier des charges, les objectifs de la personne publique et donc en déduire les points sur lesquels ils doivent faire effort.

La position intermédiaire aurait été de donner le critère de la valeur technique et sa pondération, en indiquant ce que l'on entend par valeur technique : le contenu des formations, les méthodes et moyens pédagogiques, le profil des intervenants, etc.

Une position maximale dans le souci de transparence aurait été jusqu'à définir le mode de calcul des notes pour chaque sous-critère.

Section 2 : La notation pour chaque critère : les enjeux de la méthode

Les critères ayant été choisis puis pondérés, il convient d'attribuer une note aux offres pour chaque critère. Alors que les acheteurs publics ont tendance à focaliser toute leur attention sur les coefficients de pondération, le choix de la méthode de notation est rarement examiné, or il peut bouleverser le résultat de l'analyse.

⁵⁷ TA de Nice, 11 mai 2004, SVCR c/ La-Seyne-sur-Mer, req. N°04001930.

On abordera en premier lieu, les différents choix d'échelle de notation (Paragraphe 1) et en second lieu, la formalisation et la traçabilité de la notation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les choix d'échelle de notation

Avant d'aborder les deux possibilités de choix à savoir d'une part le choix d'échelle de notation pour tout critère (A) et d'autre part le choix d'échelle de notation de prix (B), il convient de rappeler que l'intervention du juge dans le système de notation a permis de dégager plusieurs principes dont l'indépendance des critères dans leur notation, l'équivalence d'amplitude des choix de notation et la proportionnalité des notes aux valeurs réelles des offres.

A- Le choix de l'échelle de notation des critères chiffrés autres que le prix

D'entrée de jeu, il faut dire que l'établissement d'une échelle de notation des valeurs d'un critère consiste à déterminer une borne inférieure et une borne supérieure de ces valeurs auxquelles on attribue respectivement les notes minimale et maximale, puis à graduer la notation entre ces bornes⁵⁸. Toutes les méthodes de notation utilisent de façon réfléchie ou non, une échelle de notation.

Une échelle sera dite « fermée » si elle comporte une borne inférieure et une borne supérieure, entre lesquelles doivent se situer toutes les valeurs qui seront notées.

Une échelle sera dite « semi-ouverte » si elle ne comporte qu'une seule borne. Généralement, il s'agit de la borne inférieure correspondant à la valeur de la conformité. Dans ce cas, la meilleure note correspondra à la valeur de la meilleure offre sur ce critère.

Une échelle sera dite « ouverte » si elle ne comporte, sur un critère, ni borne inférieure ni borne supérieure au moment de l'établissement du dossier de la consultation. Ces bornes seront déterminées au moment de l'analyse des offres, par les valeurs les plus basses et les plus hautes sur ce critère.

Entre ces bornes, les valeurs des offres obtiendront une note soit directement proportionnelle⁵⁹ ou en fonction des paliers, si l'échelle est découpée en intervalles⁶⁰. Au-delà de la borne supérieure, les notes sont plafonnées à celle de la borne. En deçà de la borne inférieure, lorsque celle-ci représente le niveau minimal de conformité, les offres ne sont pas notées et déclarées non conformes⁶¹.

⁵⁸ LINDITCH (F) (sous la dir.), Guide de l'achat public, Paris, LexisNexis, 2012, p. 420.

⁵⁹ Par une règle de trois.

⁶⁰ Ce qui est souvent le cas pour les notes subjectives en fonction des mentions « très bien », « bien »,...

⁶¹ En l'occurrence, elles sont dites « irrégulières ».

La meilleure offre détermine la note maximale sur ce critère et sert de référence pour la notation des autres offres. Pour les valeurs en ordre croissant⁶², la formule appliquée sera donc :

Note de l'offre = note maximale × (valeur offre / valeur meilleure offre)

Pour les valeurs en ordre décroissant⁶³, on inverse :

Note de l'offre = note maximale × (valeur meilleure offre / valeur offre)

Les notes sont attribuées en fonction du rang de classement « X points à la première, Y points à la deuxième... », Sans tenir compte des valeurs chiffrées des offres ni des écarts réels entre ces valeurs. Cette méthode simple présente les plus grands risques d'aboutir à des distorsions, voire à des erreurs manifestes d'appréciation. On la proscriera. Elle a été sanctionnée par le juge⁶⁴.

L'hypothèse de proportionnalité des valeurs, admissible lorsque les unités de mesure sont proportionnelles⁶⁵, ne l'est plus pour des unités de mesure non proportionnelles.

Paradoxalement, les valeurs subjectives créent le moins de difficultés à la notation. On procède à la manière des correcteurs d'une épreuve de concours à appréciation subjective : on édicte des principes de notation, avec, si besoin, une décomposition du sujet en points clefs. On peut alors soit attribuer directement une note globale, soit noter chaque point clef et en faire l'addition.

Par ailleurs, l'adoption d'un nombre impair d'appréciations peut conduire à attribuer l'appréciation moyenne à trop d'offres. A l'inverse, l'adoption d'un nombre pair d'appréciation oblige le notateur à prendre ses responsabilités en situant les offres au-dessus ou au-dessous de la moyenne.

B- Le choix de l'échelle de notation du critère prix

Le critère prix, considéré comme un pivot de l'offre, fait l'objet, de la part des acheteurs publics, d'une attention toute particulière qui a pu conduire à une considérable diversité des échelles et des formules de notation bien plus que pour n'importe quel autre critère. Ces différentes échelles et formules peuvent être exposées en partant de la plus simple, la proportionnalité et intégrale, aux plus complexes, ayant en commun l'objectif d'amplifier les écarts de notes par rapports aux écarts réels de prix des offres, voire d'exagérer et de déformer l'échelle de notation de façon à créer, artificiellement, des écarts dans le classement final.

⁶² Puissance, volume, durée de garantie...

⁶³ Prix, délai de réalisation ou d'intervention, durée d'indisponibilité, marge de tolérance.

⁶⁴ TA de Melun, n°0801217/2, 6 mars 2008.

⁶⁵ Mesures en mètres, en kilogrammes, en jours, en euros...

Toutefois, la légitimité même dans ces déformations est remise en cause par le juge en ce qu'elles faussent la sincérité de la pondération annoncée, donnant au critère prix un poids réel très supérieur à celui affiché, au détriment des autres critères.

En notation proportionnelle directe, en échelle ouverte, formule dite « classique », la plus simple de toutes, traduisant directement et intégralement en note proportionnalité des prix.

Note de l'offre = note du prix le plus bas \times (prix le plus bas/prix de l'offre)².

En notation proportionnelle au carré, en échelle ouverte, laquelle notation a été introduite par le Conseil romand d'observation des marchés publics (CROMP) pour corriger l'effet de tassement des notes crée par la notation proportionnelle directe. La notation proportionnelle au carré, dite « romande2 », est ainsi exprimée :

Note de l'offre = note du prix le plus bas \times (prix le plus bas/prix de l'offre).

En ce qui concerne la notation proportionnelle au cube, en échelle ouverte, dite « romande3 », est la même que la précédente mais portée au cube :

Note de l'offre = note du prix le plus bas \times (prix le plus bas/prix de l'offre)³.

La notation proportionnelle aux écarts, en échelle ouverte : le but de cette formule est de juger le prix de l'offre en termes d'écarts par rapport à la plus chère et à la moins chère, donc de prendre en compte tout l'éventail des prix, elle existe en deux versions :

- l'une dite « du rapport d'écarts simplifiée » :

Note de l'offre = note du prix le plus bas \times

$[(\text{Prix le plus haut-prix de l'offre}) / (\text{prix le plus haut-prix le plus bas})]$

- l'autre version est dite « rapport d'écarts » :

Note de l'offre = note du prix le plus bas \times

$[1 - (\text{Prix le plus haut-prix de l'offre}) / (\text{prix le plus haut-prix le plus bas})]$

Quid de la notation proportionnelle aux écarts, en semi-ouverte ? Il s'agit de la formule précédente dans laquelle le prix maximal estimé par le pouvoir adjudicateur ou le maître d'œuvre :

Note de l'offre = note du prix le plus bas \times

$[(\text{Prix max estimé-prix de l'offre}) / (\text{prix max estimé-prix le plus bas})]$.

Quant à la notation proportionnelle aux écarts, plafonnée, en échelle semi-ouverte, elle consiste à plafonner l'écart admissible entre le prix le plus haut et le prix le plus bas. Si l'on décide, par exemple, que le prix le plus élevé ne saurait excéder le double du prix le plus bas, il en résultera la formule suivante :

Note de l'offre= note maximale×2- (prix de l'offre/prix le plus bas).

Il existe aussi la notation aux écarts, en échelle fermée. Cette formule vise à conserver la proportionnalité de la notation du prix, tout en corrigeant les « effets de bords » d'une échelle ouverte. Des bornes sont donc placées dans la formule, constituées par les prix minimum et maximum, estimés par le pouvoir adjudicateur ou le maître d'œuvre :

Note de l'offre= note maximale× [(max estimé-prix de l'offre)/ (max estimé-min estimé)].

Enfin, la notation semi proportionnelle, en échelle mixte : dans cette formule, la notation est constituée de deux parties égales, l'une notant l'écart par rapport à l'estimation⁶⁶, l'autre strictement et intégralement proportionnelle.

Paragraphe 2 : La formalisation et la neutralisation de la notation

Il s'agira d'aborder d'une part, les principes de formalisation, les différentes formes qu'elle empreinte (A) et d'autre part, la traçabilité du système d'ensemble de notation (B).

A- La formalisation de la notation

Les principes de formalisation : la formulation des notes n'est qu'affaire de présentation et donc de lisibilité. Elle facilite la compréhension et la communication, notamment avec la Commission d'appel d'offres et si besoin avec les candidats, mais n'a pas d'incidence sur le résultat ni sur le classement final.

En formalisation directe, les notes expriment directement un résultat déjà pondéré. Le total des notes pondérées étant la note finale, en principe sur 11 points.

Par exemple, si la valeur technique est pondérée à 70% sur ce critère les offres pourront être notées directement sur une échelle allant de 0 à 70 points. Le prix, pondéré à 30%, pourra être noté entre 0 à 30 points.

Dans la formalisation en système décimal : par commodité, on peut noter tous les critères sur 10, puis multiplier le résultat par le coefficient de pondération. Toujours par souci de lisibilité, on peut exprimer les coefficients en pourcentages. Le total des coefficients sera de 100% et la note maximale sera égale à 10.

Par exemple, une offre notée 7/10 en valeur technique, pondérée à 60% et notée 5/10 en coût, pondéré à 40% obtiendra une note globale de $(7/10 \times 60\%) + (5/10 \times 40\%) = 7,2/10$.

En cas d'égalité de note globale : il convient que le pouvoir adjudicateur prévoie, dans le règlement de la consultation, les cas d'égalité de note pondérée finale entre deux offres afin, autant que possible, d'éviter de recourir au tirage au sort.

⁶⁶ Et neutralisant les valeurs extrêmes.

Dans ce cas, le règlement de la consultation peut prévoir que sera retenue l'offre qui a obtenu la meilleure note dans le critère affecté de la plus forte pondération et ainsi de suite en cas d'égalité dans le premier critère...

En cas d'égalité parfaite sur tous les critères, le règlement de la consultation peut annoncer que la CAO⁶⁷ demandera aux ex-aequo de compléter leurs fiches qualités, développement durable, insertion sociale ou autre, selon la politique d'achat de la collectivité, afin d'affiner la notation mais en aucun cas ne prévoit la mise en œuvre de nouveaux critères.

B- La traçabilité du système de notation

Les différents exemples présentés permettent au lecteur de constater que l'on peut avoir des résultats, et par là, des classements différents selon la méthode employée. En effet, si l'on prend le cas du prix, même si le classement sur le critère reste généralement le même, la note varie sensiblement : une fois pondérée, le classement général peut changer, donc l'attributaire. De là à accuser l'acheteur d'avoir adapté sa grille de notation aux offres reçues, il n'y a qu'un pas...

Donc, il semble souhaitable de publier, au moins dans le règlement de la consultation, le système choisi pour la notation. Il nous paraît équitable et conforme au principe de transparence que les entreprises candidates sachent comment leurs offres seront évaluées. Le nouveau code français prévoit la communication à ce niveau de détail pour les seules enchères électroniques, mais reste muet pour les autres procédures. Rien n'est à signaler dans le code béninois des marchés publics.

Ou bien il importe au moins de mettre en place, en interne, un système permettant d'attester, le cas échéant, l'antériorité des choix par rapport à l'ouverture des offres. Ce dispositif doit être à la fois léger et sûr, il ne doit pas induire délais et pesanteurs supplémentaires dans des procédures déjà lourdes.

Concernant les appels d'offres, on peut envisager, à la fin de la séance d'admission des candidatures de la commission d'appel d'offres, une présentation du système de notation par le service technique instructeur du dossier. Cette présentation est actée sur le PV de la CAO.

En ce qui concerne les procédures négociées et les procédures adaptées ou allégées, il serait souhaitable que la ou les personnes en charge du dossier puissent faire formellement valider le dossier avec une date certaine, le mode de notation : par la commission d'appel d'offres (procédures négociées), ou une autorité responsable, voire le dépôt d'une enveloppe cachetée, la date de dépôt étant attestée (procédures adaptées). Il en va de la sécurité juridique des agents en charge de l'analyse technique des offres.

Est-ce que la publicité de la grille d'évaluation est une obligation ? Dans un commentaire⁶⁸ de l'arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} juin 2005, département de la Loire, req. n° 274053, Mathieu

⁶⁷ Commission d'appel d'offres

⁶⁸ HEINTZ (M), « Quelques précisions utiles sur le contenu de l'appel public à la concurrence », CP-ACCP n°47, p. 72.

Heintz transpose la position du Conseil d'Etat sur l'absence d'obligation de publier le montant prévisionnel du marché, à la grille d'évaluation. « Cette solution est, à notre avis, transposable à toute grille d'évaluation, quel que soit le critère [...] auquel elle serait appliquée. En effet la grille d'évaluation a exactement la même fonction que l'estimation du marché, puisqu'elle permet de comparer les offres entre elles et de les noter. Ainsi, à propos de la non-communication du mode de notation des critères aux entreprises candidates à un marché, le Tribunal administratif de Grenoble a jugé⁶⁹ que le règlement de la consultation qui informe les candidats des critères de sélection des offres et de leur pondération, mais ne dévoile pas la méthode de notation, satisfait aux exigences du dernier alinéa du II de l'article 53 du code des marchés publics ».

⁶⁹ TA Grenoble 25 mai 2004, société GTS c/département de l'Isère, ord. n°0402599.

CHAPITRE 2^{EME} : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU PRINCIPE: LA PERTINENCE DE LA REGLEMENTATION

Comme nous l'avons vu, **une offre conforme pour l'essentiel** au dossier d'appel d'offres est une offre **qui respecte tous les termes, conditions et spécifications du dossier d'appel d'offres**, sans divergence ni réserve importante.

C'est donc d'abord un concept à connotation pratique, casuistique que théorique, qui appelle à une étude empirique que textuelle. Néanmoins l'intervention du législateur et du pouvoir réglementaire dans l'appréhension du concept peut renverser ce point de vue.

Mais si une offre conforme pour l'essentiel est celle qui respecte les termes, et conditions et prescriptions du DAO, alors le concept de conformité pour l'essentiel trouve, implicitement ou explicitement, son ancrage, après sa dimension pratique, dans les dispositions législatives et réglementaires, parce que les termes, conditions et prescriptions d'un DAO sont, en amont, réglementés par les textes. Ainsi, le caractère virtuel du principe est vidé de son sens et poussant à une réflexion désormais purement textuelle.

Le principe de conformité pour l'essentiel était déjà dans l'esprit du législateur lorsqu'il mettait en place les dispositions juridiques des marchés publics à travers la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public.

Il est vrai que l'expression « conformité pour l'essentiel » n'était nommée nulle part dans le code. Mais toutes les dispositions du code tendaient, *in abstracto*, à imposer et à faire mettre en application le principe dont l'application, *in concreto*, se fera dans les DAO, sans oublier les difficultés posées par ce code et d'autres textes réglementaires dans ce sens (Section 1) et la nécessité de plus en plus accrue d'intervention du juge dans ce domaine pour donner une orientation au principe (Section 2).

Section 1 : Les enjeux de la réglementation du sacro-saint principe : la difficile appréciation du principe

Dans le développement qui a précédé jusque-là, nous avons montré le contenu du principe de conformité pour l'essentiel à travers ce que l'on peut entendre par « **termes, conditions et prescriptions** » du DAO et sa portée à travers les outils techniques et les limites des critères employés pour la mise en œuvre du principe. Mais ici où il s'agit d'un périple législatif et réglementaire, l'accent sera mis d'abord, sur les difficultés posées par le code des marchés publics dans l'évaluation de l'offre dite conforme pour l'essentiel (Paragraphe 1) et ensuite, sur l'habillage réglementaire qui fonde désormais son caractère sacro-saint (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les enjeux généraux du principe de conformité pour l'essentiel à travers le code des marchés publics

Certaines dispositions du code des marchés publics ont tendance à restreindre le jeu de la concurrence et faisant du principe de conformité un simple prétexte. Par exemple, la procédure d'évaluation n'est souvent pas claire (A). De plus, le code ne contient pas de dispositions obligeant de façon très explicite l'attribution du marché au soumissionnaire dont l'offre est évaluée la moins disante (B).

A- Le manque de clarté du code dans la définition de la procédure d'évaluation

Comme nous venons de le souligner, certaines dispositions du code ont tendance à restreindre le jeu de la concurrence.

Exiger, comme le fait l'article 10 du code des marchés publics, l'agrément des candidats aux marchés de travaux, au lieu de procéder à leur présélection, peut décourager plutôt qu'encourager la concurrence.

De même, l'article 12 relatif à l'exclusion de concourir est trop rigide: il faudrait plutôt prévoir une limitation dans le temps de la sanction d'interdiction de participation aux appels d'offres frappant, d'une part, les entreprises n'ayant pas obtenu le quitus fiscal ou qui n'ont pas honoré leurs engagements à l'égard de la sécurité sociale, et, d'autre part, les titulaires d'un marché public ayant fait l'objet de résiliation pour faute ou défaillance.

Par ailleurs, ce même article 12 aurait dû prévoir des dispositions pour prémunir l'Administration contre des entreprises « paravents » permettant de contourner les interdictions après résiliation pour faute ou faillite.

Aussi, la procédure d'évaluation n'est-elle pas claire **car il n'y a pas une séparation nette entre le dépouillement des offres et leur évaluation.**

L'article 57 du code traite du rôle du comité technique (créé par arrêté du maître de l'ouvrage) qui doit procéder à l'ouverture des plis, vérifier la conformité des offres par rapport aux pièces indiquées dans l'avis d'appel d'offres ou d'adjudication, analyser les offres et enfin procéder au jugement provisoire des offres.

La rédaction des dispositions de cet article appelle plusieurs questions. Les offres peuvent-elles être rejetées en séance publique sur la base de l'absence de documents administratifs ou juridiques exigés dans l'avis de consultation ? Les demandes d'éclaircissement sur les offres et les réponses sont-elles faites par écrit (au cours du processus d'évaluation) ? Les dispositions du dernier paragraphe de l'article 57 précisent que le processus de l'ouverture des plis et le processus d'évaluation des offres font l'objet du même rapport (rapport de dépouillement et d'analyse des offres à présenter à la Commission nationale des marchés publics). Ces deux activités sont différentes, avec des critères spécifiques. Elles servent des objectifs différents. Elles devraient donc faire l'objet de documents distincts. La séparation de ces deux activités contribuera à rendre le processus plus transparent.

Dans la pratique, par ailleurs, certains appels d'offres, en particulier dans le domaine de l'habitat et de la construction, sont lancés sans que soient contractuellement fixés aux cahiers des charges les critères d'évaluation des soumissions. Ce sont les comités techniques qui arrêtent la grille d'évaluation des offres, avec tous les risques de dérapages qu'une telle pratique dangereuse peut sous-entendre: détermination de critères et de la pondération de ces derniers en fonction d'un choix déjà prédéterminé d'un fournisseur. D'où, encore une fois, l'intérêt de mettre au point des dossiers types d'appel d'offres devant servir de « garde-fous » aux comités techniques.

On dénote également l'absence de rapports standards d'évaluation des offres/d'évaluation des propositions de consultants.

Qu'il s'agisse de marchés de fournitures et de travaux ou de propositions de consultants, les rapports d'évaluation sont préparés au gré des circonstances. L'absence de rapports d'évaluation standards allonge la durée de préparation des rapports. Mais surtout, la diversité des formats utilisés ne permet pas d'assurer que tous les éléments essentiels pour l'évaluation (fixés dans les dossiers types d'appel d'offres) ont bien été pris en compte. Pour des raisons d'efficacité, la bonne pratique des passations de marchés recommande de standardiser le format des rapports d'évaluation, et de rendre l'utilisation des rapports standards obligatoire par toutes les parties impliquées dans l'évaluation des offres ou dans l'évaluation des propositions de consultants.

B- Les lacunes législatives à l'offre évaluée la moins-disante : source d'abus du principe

Le code ne contient pas de dispositions obligeant de façon très explicite l'attribution du marché au soumissionnaire dont l'offre est évaluée la moins disante.

Le paragraphe 1 de l'article 31 du code stipule que: "L'appel d'offres est le mode de passation des marchés par lequel le soumissionnaire dont l'offre répond le mieux aux intérêts du maître de l'ouvrage est retenu, après mise en concurrence des candidats ». L'expression utilisée dans cet article (« offre répondant le mieux aux intérêts du maître de l'ouvrage ») est vague et peut susciter des interprétations différentes, graves voir sources de conflits, aussi bien au regard des ressources budgétaires de l'Etat que des intérêts des soumissionnaires.

Il pourrait être utile de reformuler ces dispositions pour faire apparaître plus clairement les concepts essentiels de l'évaluation des offres, à savoir: l'appel d'offres comporte l'attribution du marché au candidat dont « l'offre conforme est évaluée la moins-disante », compte tenu de critères d'évaluation devant être, d'une part, énumérés à l'attention des soumissionnaires dans le dossier d'appel d'offres, et, d'autre part, exprimés en termes monétaires (sauf pour les prestations intellectuelles pour lesquelles le facteur « qualité » doit prédominer), comme: variante dans le calendrier de livraison proposé dans l'offre, variante dans le calendrier de règlement par rapport au calendrier arrêté par le cahier des clauses administratives particulières, coût des pièces de rechange, prévision des coûts de fonctionnement et d'entretien pendant la durée des fournitures, performances et rendement des fournitures proposées, etc.

Par ailleurs, aucune sanction n'est prévue par le code en cas d'atteintes à la réglementation des marchés publics.

En effet, tout code prévoyant des obligations, doit nécessairement prévoir également des sanctions en cas de non-respect de ces obligations. Aussi, un titre supplémentaire consacré à ce thème aurait pu envisager:

a) Les fautes reprochables aux agents publics (accompagnées de sanctions appropriées):
- Fractionnement illicite des dépenses;

- Attribution de marchés à des entreprises exclues des appels d'offres

- Irrégularités commises dans le cadre de la procédure des marchés publics (en particulier, cas du comptable assignataire devant être reconnu pécuniairement responsable en cas de paiement réalisé par ses soins au profit d'une banque ou d'un établissement financier autre que le bénéficiaire du nantissement);

- Corruption.

b) Les fautes commises par les candidats ou titulaires de marchés (accompagnées de sanctions appropriées):

- Inexactitudes délibérées dans les attestations ou justifications contenues dans une offre;

- Corruption, incitation à la corruption ou commission d'actes frauduleux à l'encontre du maître de l'ouvrage.

Il existe également des lacunes contre l'abus du fractionnement illicite des dépenses.

En effet, aucune technique permettant de lutter contre ce fléau consistant à échapper aux procédures de marché (comme le recours au marché à commandes préconisé plus haut) n'étant utilisée dans la pratique, la direction générale du budget et du matériel est confrontée quotidiennement à ce problème-qui trouve sa solution non transparente (en matière de comptabilité publique) dans la passation de marchés de régularisation. Malgré l'absence de données statistiques, confirmation nous a été donnée par les autorités concernées qu'il existait très peu de marchés de « fonctionnement » pour l'achat de fournitures de bureau, de consommables informatiques, d'imprimés et pré-imprimés, de mobilier de bureau, etc. D'où un manque de transparence affirmé dans leur gestion de la part des directions administratives ou des directions des ressources financières des différents départements ministériels.

Par ailleurs, remarquons qu'il s'opère, sur le terrain, une utilisation abusive du marché de gré à gré.

En pratique, cette méthode est devenue la norme pour les dépenses de fonctionnement ne faisant pas l'objet de fractionnement illicite, alors qu'elle devrait rester très exceptionnelle.

L'article 46 du code stipule que l'usage de cette méthode doit recevoir l'autorisation préalable de la commission nationale, départementale ou spéciale des marchés publics. L'article 44 précise les circonstances particulières pour lesquelles l'usage de cette méthode est autorisé.

Cependant, les dispositions du code des marchés publics ne sont pas suffisamment rigoureuses à propos de ce mode exceptionnel de passation de marché et n'ont pas suffisamment prévu de « verrous » pour dissuader les acheteurs publics de l'utiliser (voir plus haut). En pratique, elle est devenue la méthode la plus courante pour la passation des marchés publics de fonctionnement, tout particulièrement lorsque ces marchés sont financés sur fonds propres du gouvernement.

Paragraphe 2 : Les enjeux spécifiques du principe dans les textes réglementaires

Il a fallu l'arrivée du décret n° 2011-479 du 08 juillet 2011 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics, pour que le principe soit nommé expressément faisant de lui, désormais, le sacro-saint principe des textes réglementaires (A). Mais, l'intervention du juge est souhaitée en vue de la clarification du principe et de l'orientation à lui donner dans l'avenir (B).

A- L'habillage récent du principe dans le droit béninois

Le décret n° 2011-479 du 08 juillet 2011 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics est le texte qui consacre expressément le principe de conformité pour l'essentiel faisant de lui, désormais, un sacro-saint principe.

En effet, l'article 8 de ce décret dispose : « Les offres sont reçues par l'autorité contractante et transmises au comité d'approvisionnement compétent pour le dépouillement, la vérification de la conformité des spécifications techniques et la comparaison.

Le comité d'approvisionnement propose à l'attribution, **le soumissionnaire dont l'offre est conforme pour l'essentiel aux prescriptions du descriptif technique et qui présente l'offre financière la moins-disante.**

La Personne responsable des marchés publics publie le résultat par voie de presse et/ou d'affichage ».

L'alinéa 2 du texte ainsi cité est donc le fondement légal du principe de conformité pour l'essentiel. Mais le péché de ce texte, c'est qu'il ne précise pas ce que l'on peut entendre par ce principe.

La jurisprudence à cet égard est encore muette. Mais la décision n° 010/ARMP/CRD de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) du Niger qui a retenu notre attention, nous a permis de décanter la situation.

En effet, saisi d'un recours du 15 mai 2014 portant travaux d'adduction d'eau potable du lotissement SONUCI GNALA, le Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP du Niger s'est prononcé sur le recours du Directeur Général de l'Entreprise MAGOR contre la Société Nigérienne d'Urbanisme et de Construction Immobilière, en des termes suivants :

« Attendu en effet qu'il ressort des dispositions de l'article 14 des DPAO du dossier d'appel d'offres relatives à l'examen de la conformité de l'offre que : « avant d'effectuer l'évaluation détaillée des offres, la commission ad' hoc vérifiera que chaque offre :

- 1) a été dûment signée et accompagnée des garanties requises ;
- 2) est **conforme pour l'essentiel** aux conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres ;
- 3) présente toute précision et/ou justification que le maître d'ouvrage peut exiger pour déterminer sa conformité.

Une offre conforme pour l'essentiel au dossier d'appel d'offres est une offre qui respecte tous les termes, conditions et spécifications du dossier d'appel d'offres, sans divergence ni réserve importante. Une divergence ou réserve importante est celle qui :

- i. affecte sensiblement l'étendue, la qualité ou la réalisation des travaux ;
- ii. limite sensiblement, en contradiction avec le dossier d'appel d'offres, les droits du maître d'ouvrage ou les obligations de l'entrepreneur au titre du marché ;
- iii. ou est telle que sa rectification affecterait injustement la compétitive des autres soumissionnaires qui ont présenté des **offres conformes pour l'essentiel** au dossier d'appel d'offres. Le maître d'ouvrage déterminera si **l'offre est conforme pour l'essentiel** aux dispositions du dossier d'appel d'offres en se basant sur son contenu sans avoir recours à des éléments de preuve extrinsèques.

Si **une soumission n'est pas conforme pour l'essentiel**, elle sera **rejetée** par le maître d'ouvrage et **ne peut être par la suite rendue conforme par la correction** ou le retrait subséquent de la divergence ou réserve qui la rendait non conforme ».

Cette décision dont la solution au fond a été le rejet du recours sous prétexte que l'offre du requérant n'était pas conforme pour l'essentiel, est un modèle en la matière : elle permet de définir dans une certaine mesure le concept de conformité pour l'essentiel.

Néanmoins, l'intervention du juge est vivement souhaitée afin de mieux cerner la notion. L'œuvre de la doctrine est rare aussi sur le sujet ; ce qui ajoute à la complication d'appréhension du concept laissé au labyrinthe du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

B- La nécessité d'intervention du juge : nécessité de clarification

Vu les difficultés persistantes dans l'appréhension du principe de conformité, les lacunes doctrinales et jurisprudentielles de sa délimitation ajouté à l'abus de droit il fait l'objet de la part du pouvoir adjudicateur, il est indispensable que le juge se penche sur la question de façon précise.

Nombres sont encore les imprécisions et incertitudes qui restent encore à déterminer par rapport au principe. Par exemple, le principe de conformité pour l'essentiel qui est un principe des principes, un critère des critères, satisfait-il dans sa mise en œuvre les exigences des principes fondamentaux des marchés publics ?

De plus, l'application du principe qui reste encore raide en ce sens que la possibilité n'est pas donner aux soumissionnaires de corriger leur offre si celle-ci ne satisfait pas à l'exigence de conformité pour l'essentiel. Mais dans la pratique et en droit français, la possibilité existe toujours de régulariser certaines offres, seulement qu'elle se fait parfois à la tête du client.

Il faut dire, en effet, avant toute chose, la personne publique ne peut d'elle-même rectifier ou modifier une offre incomplète⁷⁰.

Par ailleurs, les erreurs grossières, purement matérielles, font également l'objet d'une approche emprunte de mansuétude – et de bon sens – de la part du juge. Ni le pouvoir adjudicateur, ni le candidat ne peuvent en principe prendre l'initiative d'une modification du montant de l'offre. Toutefois, une telle interdiction mérite d'être levée « dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue »⁷¹.

En dehors de cette hypothèse, conformément à la formulation des dispositions du code, « la teneur de l'offre », dont on peut regretter l'absence de définition précise, est présentée comme étant la ligne de partage entre le champ d'un possible ajustement et celui de l'intangibilité de l'offre. Ainsi, retient le Conseil d'Etat dans la décision « département de l'Hérault » du 25 mars 2013, le pouvoir adjudicateur, sans y être tenu, peut toutefois « demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur ». Si l'offre initiale peut être précisée, complétée voire corrigée, elle ne saurait être remise en cause et évoluer vers une offre nouvelle. La frontière avec la négociation, prohibée dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, serait alors franchie. Dans l'espèce jugée, interprétée a contrario, la personne publique aurait pu, si elle en avait fait le choix, permettre au candidat de confirmer que le prix manquant du bordereau des prix était identique à celui qui était mentionné dans le document quantitatif estimatif joint à l'offre.

Cette interdiction de modifier le contenu essentiel de l'offre suppose que le candidat ait au moins formellement produit le document ou l'un des documents dans lequel son offre – financière ou technique – est établie. A titre d'exemple, l'omission du mémoire technique exigé à l'appui de l'offre rend cette dernière incomplète. Une telle carence ne nous semble pas régularisable sur le fondement des articles 59-I et 64-I du code, car la demande de l'acheteur public conduirait nécessairement le candidat à proposer une offre technique nouvelle, dans le

⁷⁰ CE, 16 janvier 2012, « département de l'Essonne », req. n° 353629 – CE, 25 mars 2013, département de l'Hérault, req.n°364824.

⁷¹ CE, 21 septembre 2011, « département des Hauts-de-Seine », req. n° 349149 – CE, 16 janvier 2012, « département de l'Essonne », req. n°353629.

sens ou son offre initiale en est dépourvue. En revanche, l'offre qui comporte formellement le mémoire exigé mais dont certaines rubriques ne sont pas renseignées nous paraît éligible à la demande de complément ou de précision. Cette approche se dégage en effet de la décision « communauté d'agglomération Seine-Eure » du 26 septembre 2012, par laquelle le Conseil d'Etat a jugé que la personne publique n'avait aucune obligation d'inviter un candidat à compléter la rubrique du mémoire concernant l'organisation du personnel affecté au service. A contrario, sur le fondement des articles 59-I et 64-I du Code des marchés publics, la personne publique pourrait dès lors inviter le candidat à apporter de tels compléments au mémoire qu'il a produit.

Reste la liberté de choix dont dispose le pouvoir adjudicateur : accorder ou non cette faculté de régularisation aux candidats, notamment aux artisans et PME. C'est un autre débat.

En somme, le concept de conformité pour l'essentiel reste encore à mûrir et l'intervention est imminente pour mieux l'appréhender en droit mais cela n'empêche pas de voir qu'il existe déjà, du moins dans d'autres ordonnancements juridiques comme celui de Luxembourg, des solutions plus ou moins génériques pour sanctionner la violation du principe.

Section 2 : La protection générique du principe : le contentieux de l'adjudication

Le contentieux de l'adjudication est un contentieux administratif. Il se déroule devant les juridictions administratives: tribunal administratif, Cour administrative, et – de plus en plus fréquemment – président du Tribunal administratif.

«Si un concurrent s'aperçoit que le pouvoir adjudicateur ne respecte pas les dispositions légales, des moyens de recours gracieux (Paragraphe 1) ou juridictionnels (Paragraphe 2) lui sont accessibles»⁷².

Paragraphe 1 : Les moyens de recours gracieux : étude comparative avec le droit Luxembourg

Nous allons aborder le recours gracieux (A) et le recours contentieux proprement dit qui est le recours juridictionnel (B).

A- Le recours gracieux

L'article 11 de la Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 dispose que « Les Etats membres s'engagent à prendre les mesures nécessaires permettant aux soumissionnaires s'estimant évincés des procédures soumises aux dispositions de la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public d'introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure

⁷² Projet de loi Luxembourg n° 4635 concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, *Doc. Parl.* n° 4635, p. 3.

de passation et leur causant préjudice, devant le représentant de l'autorité contractante. La décision de ce dernier peut être contestée devant son autorité hiérarchique... ».

Il ressort de cette disposition que la Directive prévoit au titre du recours préalable, la possibilité de deux recours successifs. Tout d'abord le recours gracieux porté devant le représentant de l'autorité contractante et ensuite, le recours hiérarchique porté devant le supérieur hiérarchique de l'autorité contractante, laissé à la faculté du plaignant. Cette option constitue d'ailleurs une innovation par rapport au Droit administratif général où le recours gracieux est exclusif du recours hiérarchique et vice-versa.

Aux termes de l'article 147 du code béninois des marchés publics, « Les titulaires de marchés publics ou de délégations de service public doivent préalablement introduire un recours auprès de l'autorité contractante ou auprès de son autorité hiérarchique aux fins de rechercher un règlement amiable aux différends et litiges les opposant à l'autorité contractante en cours d'exécution du marché ou de la délégation »⁷³.

L'article 148 du même code dispose que : « Tout litige qui a fait préalablement l'objet d'un recours gracieux ou hiérarchique et qui n'a pas été réglé à l'amiable est porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, devant les juridictions ou les instances arbitrales compétentes ».

De ce point de vue, le Code béninois des marchés publics est respectueux des dispositions communautaires puisqu'il prévoit au titre du recours préalable, le recours gracieux et le cas échéant, le recours hiérarchique.

En droit administratif luxembourgeois, l'administré visé par une décision administrative qui lui cause grief dispose toujours de la possibilité d'exercer un recours gracieux.

Ce terme désigne la réclamation que l'administré adresse à l'auteur de la décision administrative individuelle ou au supérieur de celui-ci en lui demandant de reconsidérer sa décision.

La loi luxembourgeoise attache certains effets juridiques à l'introduction d'une telle réclamation, notamment celui de prolonger le délai pendant lequel le réclamant peut saisir le tribunal administratif. L'adjudicataire évincé a la possibilité de former un tel recours gracieux lorsque la décision de non adjudication lui est notifiée conformément à l'article 90(2) du règlement.

L'introduction d'un recours gracieux ne présente cependant guère d'intérêt dans la matière des marchés publics, car aucune disposition de la loi ou du règlement n'oblige le pouvoir adjudicateur de garder en suspens l'exécution de la décision d'adjudication pendant le temps nécessaire au réexamen du dossier suite à la réclamation.

Comme la jurisprudence du président du tribunal administratif va par ailleurs dans le sens que seul un recours introduit dans le délai de 15 jours suivant la notification de la décision est

⁷³ Cf. la loi 2009-02 précitée.

susceptible de donner lieu à une suspension du marché (voyez ci-après), l'introduction d'un recours gracieux est matériellement impossible puisque les juridictions contentieuses doivent être saisies séance tenante.

B- La conciliation

L'article 16 de la loi Luxembourg du 30 juin 2003 confirme l'existence d'une commission des soumissions, instituée auprès du ministre des Travaux publics. Cette commission est composée paritairement de représentants des pouvoirs adjudicateurs et de représentants des entreprises.

Parmi les missions que la loi attribue à cette commission figure celle d'«instruire les réclamations». Aux termes de l'article 146 du règlement, la commission peut être saisie d'une réclamation par le pouvoir adjudicateur ou par un soumissionnaire, mais aussi par une chambre professionnelle⁷⁴.

Il faut préciser que la commission n'est compétente que pour examiner des réclamations concernant la procédure de passation du marché. Les litiges relatifs à l'exécution des contrats relèvent exclusivement de la compétence des juridictions judiciaires.

La commission des soumissions n'est pas une juridiction. Elle ne tranche pas les contestations mais recherche une solution amiable. «On peut dire que la Commission des Soumissions constitue un outil pratique à la disposition tant des pouvoirs adjudicateurs que des candidats ou des soumissionnaires. Dans le stade avant l'adjudication, la consultation de cet organe évite des litiges inutiles devant les juridictions administratives.»⁷⁵

Avec l'adoption de la loi du 22 août 2003⁷⁶, le Grand-Duché de Luxembourg s'est doté de l'institution d'un médiateur, rattaché à la Chambre des Députés.

Aux termes de cette loi, «le médiateur a pour mission de recevoir, dans les conditions fixées par la présente loi, les réclamations des (administrés) formulées à l'occasion d'une affaire qui les concerne, relatives au fonctionnement des administrations de l'Etat et des communes, ainsi que des établissements publics relevant de l'Etat et des communes, à l'exclusion de leurs activités industrielles, financières et commerciales.»⁷⁷

L'administré peut saisir le médiateur dès lors qu'il rencontre des difficultés avec une administration de l'État ou un établissement public. En ce qui concerne ces derniers, le texte précise cependant que le médiateur ne peut intervenir que si l'établissement intervient comme service public administratif au sens strict. Les moyens d'actions du médiateur sont limités.

⁷⁴ «La Commission des soumissions instruit les réclamations qui lui sont adressées soit par le pouvoir adjudicateur, soit par le soumissionnaire, soit par une chambre professionnelle intéressée.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 146(3)).

⁷⁵ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vadémécum de la nouvelle législation sur les marchés publics». Revue technique luxembourgeoise, Octobre-Décembre 2003, n° III.22.3.

⁷⁶ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Mém A., 2003, p. 2654.

⁷⁷ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 1^{er}.

Aux termes de l'article 4 de la loi, sa mission consiste à conseiller le réclamant et l'administration et à leur suggérer des «recommandations (...) qui lui paraissent de nature à permettre un règlement à l'amiable de la réclamation dont il est saisi»⁷⁸.

S'il estime que la décision incriminée aboutit à une situation injuste le médiateur peut «recommander, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, au service mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du réclamant»⁷⁹. L'hypothèse visée doit être celle d'une décision en tous points légale, mais qui apparaît inéquitable en fonction des circonstances qui l'entourent, notamment parce que les dispositions légales et réglementaires existantes permettent une décision plus favorable aux droits de l'administré⁸⁰. En pareilles circonstances, le recours aux services du médiateur peut apporter un réel recours à l'administré, là où une action judiciaire serait selon toute probabilité vouée à l'échec.

Par ailleurs, le médiateur peut formuler «des propositions visant à améliorer le fonctionnement du service visé.» et «suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter aux textes législatifs ou réglementaires qui sont à la base de la décision»⁸¹. Cette faculté n'existe cependant que dans le cadre d'une réclamation dont il se trouve saisi⁸².

L'intérêt de l'institution du médiateur dans le domaine des marchés publics est limité, car il ne se voit investir d'aucun pouvoir de décision à l'encontre des administrations et établissements publics.

La mission de bons offices du médiateur ne pourra que rarement aboutir en raison des délais très brefs endéans lesquels un éventuel recours contentieux doit être introduit pour avoir des chances d'aboutir.

Paragraphe 2 : Le recours contentieux

Le recours contentieux se fait devant les juridictions étatiques ou communautaires ou internationales. Au plan national, ce recours peut s'opérer devant les juges du fond (A) ou devant le Président du tribunal (B).

⁷⁸ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4.

⁷⁹ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4.

⁸⁰ «Le paragraphe 2 vise les situations où l'application d'un texte législatif ou réglementaire peut mener à une iniquité aux dépens du citoyen. Celle-ci peut résulter de l'interprétation des textes tout comme de la rédaction des textes. Le médiateur, dans la recherche d'une solution acceptable pour les deux parties, peut donc prendre en considération le principe d'équité. Dans la mesure où il existe une marge d'appréciation, du moins une latitude dans l'interprétation de la règle, il fera valoir dans sa médiation une solution équitable. Le Conseil d'Etat doit insister sur le fait que le médiateur ne pourra en aucune manière modifier ou ignorer la règle en vigueur. Toutefois, il peut accepter que le médiateur ait la possibilité de proposer une modification de la règle de droit s'il s'avère que cette dernière est à la base de la situation inéquitable.» (Conseil d'État, Avis du 11 février 2003 sur le projet de loi n° 4832 relatif à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg.)

⁸¹ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4.

⁸² Idem.

A- Recours au fond devant le Tribunal administratif

La décision d'attribution du marché est une décision administrative individuelle susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif.

Le recours peut être introduit dans le délai de trois mois à compter du moment où l'adjudicataire évincé a été informé de la décision par la notification prévue à l'article 90(2).

Notons qu'en application de la législation sur la procédure administrative non contentieuse⁸³, ce délai ne court que si le courrier de notification informe l'adjudicataire sur la possibilité d'exercer un recours et les procédures à suivre.

Notons que seules les entreprises qui ont effectivement participé à la procédure de soumission peuvent saisir le juge. D'autres entreprises ne rempliraient en effet pas la condition de l'intérêt à agir. D'après certaines décisions, seuls les soumissionnaires dont l'offre figure parmi les trois offres les moins onéreuses justifient d'un intérêt à agir⁸⁴.

Dans le domaine des marchés publics, la loi luxembourgeoise ne prévoit actuellement que des recours en annulation.

Le recours en annulation est le recours administratif de droit commun. Un administré peut saisir le juge d'un tel recours lorsqu'il s'estime lésé par un acte administratif auquel il reproche l'un des vices énoncés par l'article 2 de la loi du 7 novembre 1996 : «incompétence, excès ou détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés».

Il s'agit d'un contentieux objectif dans le cadre duquel le juge administratif est chargé de vérifier si au moment où l'administration a pris sa décision, toutes les règles conditionnant sa légalité externe et interne ont été respectées. Si le recours en annulation aboutit, le juge administratif prononcera l'annulation de la décision administrative et ordonnera le renvoi du dossier à l'administration, laquelle pourra alors dans la plupart des cas prendre une nouvelle décision sur le même dossier.

L'irrégularité de forme ou de fond entraînera donc une annulation de la décision.

En revanche, le juge ne dispose pas de la possibilité de substituer sa propre décision à celle de l'administration. Cette possibilité n'existe en effet que dans les matières où la loi organise un recours en réformation. «La loi ne prévoyant pas de recours en réformation en matière de marchés publics, le tribunal administratif, au-delà de sa compétence de droit commun lui permettant d'annuler l'attribution d'un marché qu'il estime illégale, est incompétent pour attribuer le marché à un soumissionnaire»⁸⁵.

Le juge ne peut donc pas revenir sur les appréciations faites par l'administration, notamment en matière de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, à moins que

⁸³ Jean OLINGER, «La procédure administrative non contentieuse», Imprimerie St.-Paul, Luxembourg 1992.

⁸⁴ Tribunal administratif, 25 juillet 2001, n° 12225 du rôle.

⁸⁵ Tribunal administratif, 2 février 2000, n° 11029 du rôle.

cette décision soit affectée d'un vice de forme (p.ex. l'absence de motivation) ou d'un vice de fond (p.ex. la prise en considération de critères autres que ceux qui étaient visés dans le cahier des charges spécial).

Si un recours en annulation est couronné de succès, la décision d'attribution du marché sera annulée.

Dans la majorité des cas, c'est une décision qui ne donnera guère satisfaction à l'adjudicataire évincé.

D'abord, dans la plupart des cas, la décision administrative aura déjà reçu exécution. Une nouvelle adjudication sera donc impossible et l'adjudicataire évincé ne pourra prétendre qu'à des dommages et intérêts destinés à compenser la perte subie (voy. infra).

Dans les rares cas où le marché n'a pas encore été exécuté, par exemple parce que l'adjudicataire avait obtenu la suspension du marché en saisissant le président du tribunal administratif, l'annulation de la procédure d'attribution ne signifie pas que le marché est acquis au soumissionnaire qui a engagé la procédure.

Si le marché est annulé, le pouvoir adjudicateur devra engager une nouvelle procédure de soumission dans le cadre de laquelle une situation totalement différente peut se présenter.

B- Le pouvoir de suspension du Président du Tribunal administratif

La loi prévoit que le président du tribunal administratif peut suspendre l'effet d'une décision administrative frappée de recours à la double condition (a.) que l'exécution de décision risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif, et (b.) que les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux.

Suivant une décision, «la finalité de pouvoir accorder l'effet suspensif au recours introduit devant le tribunal administratif consiste à éviter que l'exécution de la décision administrative critiquée ne cause un préjudice grave et définitif dans le chef du demandeur, dans la mesure où le tribunal saisi est compétent pour connaître du recours introduit et que les moyens invoqués apparaissent comme sérieux.»⁸⁶

D'après la jurisprudence, «un préjudice est grave au sens de l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 lorsqu'il dépasse par sa nature ou son importance les gênes et les sacrifices courants qu'impose la vie en société et doit dès lors être considéré comme une violation intolérable de l'égalité des citoyens devant les charges publiques»⁸⁷. Le préjudice est considéré comme «définitif» au sens de la loi «lorsque le succès de la demande présentée au fond ne permet pas ou ne permet que difficilement un rétablissement de la situation antérieure à la prise de l'acte illégal, la seule réparation par équivalent du dommage qui se manifeste postérieurement à son

⁸⁶ Tribunal administratif 25-6-97 (9640, Beck- Weis).

⁸⁷ Tribunal administratif (Président) 28-5-2001 (13446, European Fund Administration).

annulation ou sa réformation ne pouvant être considérée à cet égard comme empêchant la réalisation d'un préjudice définitif»⁸⁸.

Sous l'empire de l'ancienne législation sur les marchés publics, les demandes introduites pour obtenir la suspension d'une décision d'attribution d'un marché public étaient systématiquement rejetées par le président du tribunal administratif.

Le président considérait en effet que les décisions prises en la matière n'entraînaient pas un préjudice grave et définitif comme l'exige la loi, puisqu'une entreprise écartée à tort d'un marché a la possibilité d'obtenir une indemnisation devant le tribunal civil.

La seule décision de suspension en matière de marchés publics dont nous ayons à connaissance concernait une interdiction temporaire de participer à des marchés publics prononcée à titre de sanction à l'encontre d'une entreprise.

La jurisprudence a cependant très fortement évolué depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les marchés publics.

La nouvelle législation n'introduit pas de nouvelles possibilités de recours mais, comme nous l'avons vu, elle oblige désormais l'administration à marquer un temps d'arrêt de 15 jours entre la décision d'adjudication et la signature du marché.

Si un soumissionnaire qui s'estime avoir été écarté à tort saisit la juridiction administrative pendant ce délai de 15 jours, le tribunal administratif se trouve saisi d'une décision administrative qui n'a encore reçu aucune exécution.

Dans son ordonnance du 28 mai 2004, le président du tribunal constate que l'introduction du délai de 15 jours séparant la décision d'adjudication et la signature de recours ne garantit pas suffisamment l'existence d'un recours efficace. En effet, même si l'adjudicataire évincé introduit le recours dans le délai de 15 jours, il est impossible pour le tribunal administratif de se prononcer dans ce délai.

Cet objectif ne peut être atteint que si le président ordonne un sursis à exécution empêchant l'administration de mettre la décision d'adjudication à exécution après écoulement du délai de 15 jours. /.

⁸⁸ Tribunal administratif (Président) 27-11-2001, (14201, Schlessler).

CONCLUSION GENERALE

Que retenir de ce concept qui a fait, il faut avouer que ce n'était pas aisé, l'objet de cette étude?

La conceptualisation de la notion permet d'aboutir et de retenir une définition phare du principe : **Une offre conforme pour l'essentiel** au dossier d'appel d'offres est une offre qui **respecte tous les termes, conditions et spécifications** du dossier d'appel d'offres, sans divergence ni réserve importante.

La première difficulté est de savoir ce que l'on entend par « **termes, conditions et spécifications** ». C'est à l'issue de cette étude des expressions purement variables, casuistiques et englobant théories et pratiques.

La seconde est de déterminer le contenu exact à donner aux expressions « divergence » et « réserve importante ». En tout état de cause, une divergence ou réserve importante est, avant tout, celle qui :

- affecte sensiblement l'étendue, la qualité ou la réalisation des travaux ;
- limite sensiblement, en contradiction avec le dossier d'appel d'offres, les droits du maître d'ouvrage ou les obligations de l'entrepreneur au titre du marché ;
- ou est telle que sa rectification affecterait injustement la compétitive des autres soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes pour l'essentiel au dossier d'appel d'offres. Le maître d'ouvrage déterminera si l'offre est conforme pour l'essentiel aux dispositions du dossier d'appel d'offres en se basant sur son contenu sans avoir recours à des éléments de preuve extrinsèques.

Si une soumission n'est pas conforme pour l'essentiel, elle sera rejetée par le maître d'ouvrage et ne peut être par la suite rendue conforme par la correction ou le retrait subséquent de la divergence ou réserve qui la rendait non conforme.

Dans la première de notre étude, nous avons essayé d'exposer le contenu du principe de conformité pour l'essentiel. Autrement dit, que recouvre le fameux concept de conformité pour l'essentiel ? Comment le définit-on ? Avec quelle approche l'analyse-t-on ? Nous sommes arrivés à montrer que le sens de ce concept est purement ambivalent.

D'abord, en ce sens qu'est conforme pour l'essentiel, l'offre qui respecte les « **termes, conditions et prescriptions** » du dossier d'appel d'offres. Il s'agit pour nous d'exposer, dans la première partie, ce que recouvre exactement « termes, conditions et prescriptions ». L'exercice n'a pas été facile parce que les « termes, conditions et prescriptions » d'un DAO sont généralement casuistique et laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur ; ils sont donc variable, polymorphe, ambivalent...de tel sorte que c'est dans un labyrinthe de pléthore de critères que le concept se définit, s'exprime et s'impose.

Ensuite, il serait aisé de dire que le concept est indéterminé d'avance mais l'élaboration correcte des critères de choix à travers une bonne formulation du besoin dans les cahiers des charges permet de résoudre cette équation.

Enfin, le principe semble synallagmatique, en ce sens qu'il s'impose aux deux parties, les cocontractants et le pouvoir adjudicateur. En amont, il s'impose à l'autorité contractante et en aval, aux soumissionnaires ; le respect par ces derniers dans leurs candidatures et offres, permet d'aboutir à la sélection de « l'offre la plus économiquement avantageuse ».

Par ailleurs, dans la deuxième partie, nous avons montré que le principe révèle dans sa portée juridique, l'utilité indéniable qu'il porte dans toute la procédure de passation et d'adjudication des marchés publics. C'est donc un véritable critère des critères, un principe des principes. Mais l'insuffisance de son encadrement et les enjeux constants qui surgissent demandent qu'on s'y prenne encore garde suffisamment et en faire un débat dont le champ reste complètement ouvert.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- LINDITCH (F) (sous la dir.), Guide de l'achat public, Paris, LexisNexis, 2012, p. 1084.

Ouvrages spécialisés

- MICHON (J), Les marchés publics en 100 questions. Guide pratique à l'usage des acheteurs et des prestataires, Paris, LEMONITEUR, 2009, p. 265.
- FROT (O), Marchés publics : comment choisir le mieux-disant. La détermination des critères de pondération, 2è éd., Paris, Afnor, 2008, p. 254.

Articles de doctrine

- LAPRISE (S), « La conformité dans le domaine de l'appel d'offres : au cœur du quotidien des acteurs de l'approvisionnement », Résumé de la conférence présentée dans le cadre de la *Journée des acquisitions 2008* du *Centre de services partagés du Québec*, pp. 1-2.
- LINDITCH (F), « Un an de droit pénal de la commande publique », *Revue Contrats et Marchés Publics*, n°11, nov. 2015, pp.9-14.
- RICHER (L), « La transposition des règles sur les exclusions et les conflits d'intérêts », *Revue Contrats et Marchés publics*, n°10, octobre 2015, pp. 40-46.
- HEINTZ (M), « Quelques précisions utiles sur le contenu de l'appel public à la concurrence », *CP-ACCP* n°47, p. 72.
- Marc THEWES, « Panorama des marchés publics : le contentieux », l'Université du Luxembourg, p. 31.
- Jean OLINGER, «La procédure administrative non contentieuse», Imprimerie St.-Paul, Luxembourg 1992.
- Georges HILGER et Claude PAULY, «Vadémécum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, n° III.22.3.

Mémoires, cours et thèses

- Frédéric PICHON (2007) : « Le développement durable dans les marchés publics, une évolution complexe » mémoire de Master Professionnel en Management du secteur public : collectivités et partenaires, soutenue à l'Université Lumière Lyon 2.
- YANVOU G. (2011) : « Contribution à l'amélioration du processus de passation des marchés publics », mémoire de maîtrise soutenue à la FASEG/UAC.

- BATOT Steeve « Les rapports juridiques entre les droits internes et communautaire dans le contentieux des contrats de la commande publique », mémoire de master II en Droit Public Fondamental, soutenue l'Université Robert Schuman Strasbourg.
- Guide standard pour l'évaluation des offres, pour l'acquisition des biens et travaux, Banque Africaine de Développement, Novembre 2010.
- **Comité de contact des institutions supérieures de l'Union Européenne**, « listes de vérification à utiliser dans le cadre des audits financiers et de conformité relatifs à la passation de marchés publics faisant référence aux dispositions de la directive 2004/18/CE.», 2009.
- PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 février 2014 sur les passations de marchés publics : JOUE n°L94, 28 mars 2014.
- Projet de loi Luxembourg n° 4635 concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, Doc. Parl. n° 4635.
- Les différents cours dispensés au cours de notre formation théorique par les différents enseignants chercheurs en Droit.

Textes

- Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif à l'arbitrage.
- Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine.
- Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine.
- Code civil français de 1804.
- Loi No 2009-02 du 07 août 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin.
- Code des marchés publics et autres contrats, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011.

Jurisprudence

CE, 10 juin 1921, *Commune de Monsegur* : GAJA 240.

CE, 28 juill. 2000, *Jaquier*, req. N°202792 : Lebon T. 1091.

CJCE 9 février 2006, *La Cascina Soc. Coop. Arl et Zilch Sarl*, C-226/04.

TA Dijon (ordonnance), 16 mars 2007, *SARL Nord Signalisation c/ Conseil général de Saône-et-Loire*.

CE, 27 novembre 2002, *ville de Nice c/société Loisir et innovation*, n° 243686.

CE, 13 novembre 2002, *commune de Mans*, n° 245354.

CE, 24 décembre 1926, SA l'Entreprise de l'Est : Réc. CE 1926, p. 1172.

TA Lyon, 20 octobre 1999, n° 9804802, Prefet Ain c/ Cté cnes pays de Gex.

TA Marseille, 8 avril 1998, Sté Chiarella.

CAA Marseille, 11 juin 2007, n° 04MA02490, Préfet région Provence, Alpes, Côte d'Azur, Préfet Bouches-du-Rhône : JurisData n°2007-344756.

CE, 3 novembre 1995, District Agglomération nancéenne : JurisData n° 1995-600070 ; Rec. CE 1995, p. 391.

TA Rennes, 19 janvier 1994, Préfet Morbihan c. Ville vannes.

CAA de Nantes ,27 juin 2008, communauté de communes de la plaine d'Argentan Nord.

CE, 2 décembre 1999, Holst Italia Spa.

Cons. Conc., 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le Conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims.

CE, 27 Février 1987, hôpital département Esquirol C/société Génétou.

CE, 17 novembre 2006, Agence Nationale Pour l'Emploi.

CJCE, 16 octobre 2003, Traunfellner Gmgh et Osterreichische Autobanhen-und Schnellstra-ben-Finanzierungs-AG.

CE, 27 juin 1984, Société Biro.

CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes BV c/Etat des Pays-Bas

CJCE, 26 septembre 2000, Commission c/France

CJCE, 25 avril 1986, Commission de c/Royaume de Belgique

CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse.

CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère.

CE, 13 octobre 1993, Commune de Mées.

CE, 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur.

CJCE, 27 novembre 2001, Impresa Lombardini SpA et ANAS.

CJCE 17 septembre 2002, HKL Concordia Bus Finland, affaire C513/99 et CJCE 20 sep-tembre 1988, Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas, affaire 31/87.

TA Paris 1er juillet 2003, société SEDES, n°0000399-6, CP-ACCP n°39, p. 45, n°36, p. 69 (note), n° 33, p. 18.

TA de Nice, 11 mai 2004, SVCR c/ La-Seyne-sur-Mer, req. N°04001930.

TA de Melun, n°0801217/2, 6 mars 2008.

TA Grenoble 25 mai 2004, société GTS c/département de l'Isère, ord. n°0402599.

CE, 16 janvier 2012, « département de l'Essonne », req. n° 353629 – CE, 25 mars 2013, département de l'Hérault, req.n°364824.

CE, 21 septembre 2011, « département des Hauts-de-Seine », req. n° 349149 – CE, 16 janvier 2012, « département de l'Essonne », req. n°353629.

ANNEXE

DECISION N° 010/ARMP/CRD DU 15 MAI 2014 DE L'AGENCE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS DU NIGER.

TABLE DES MATIERES

<u>INTRODUCTION GENERALE</u>	1
<u>PREMIERE PARTIE : UN PRINCIPE A CONTENU AMBIVALENT</u>	6
<u>Chapitre 1^{er}</u> : un principe usuel à caractère variable.....	8
<u>Section 1</u> : Un concept issu de la pratique d'appel d'offres public	8
<u>Paragraphe 1</u> : Un principe aux contours parfois mal énoncés	9
A- La conformité pour essentiel ou l'essentiel pour conformité : des énonciations précises avant tout	9
B- Une définition des procédures en vue de la conformité pour l'essentiel.....	10
<u>Paragraphe 2</u> : Un critère à application subordonnée par multiple conditions	11
A- Un critère subordonné aux conditions de mise en concurrence	11
B- Un critère subordonné aux conditions de publicité et de notification	12
<u>Section 2</u> : Un impératif éprouvant aux soumissionnaires	12
<u>Paragraphe 1</u> : La transposition des règles sur les interdictions et les exclusions dans le principe	12
A- Les conditions pour se porter candidat : les interdictions	13
B- Les conditions pour se voir juger les offres : les exclusions et les conflits d'intérêt	14
<u>Paragraphe 2</u> : La présentation conforme du contenu des candidatures et des offres	15
A- Une candidature conforme	15
B- Une offre conforme	16
<u>Chapitre 2^{ème}</u> : Mise en œuvre d'un principe à la fois déterminateur et sanctionnateur	18
<u>Section 1</u> : La sélection sélective des candidatures	19
<u>Paragraphe 1</u> : Les candidatures admises dans la procédure	19
A- L'hypothèse de la cotraitance	19
B- De la Sous-traitance	20
<u>Paragraphe 2</u> : Les critères déterminateurs d'analyse	21

A-	La garantie d'une capacité générale à soumissionner	21
B-	L'analyse de la capacité particulière des candidats	22
Section 2 :	La sélection négociatrice des offres	25
Paragraphe 1 :	Présentation des offres	25
A-	La négociation marginale	25
1)	Procédure négociée	25
2)	Procédure de dialogue compétitif	25
3)	Concours	25
4)	Procédure de conception-réalisation	25
B-	Les correctifs aux offres	27
1)	Variantes	27
2)	Options	28
Paragraphe 2 :	Sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse	28
A-	La recevabilité des offres	28
B-	Offre économiquement la plus avantageuse	30
1)	Analyse économique de l'offre	30
2)	Détection des offres anormalement basses	31
DEUXIEME PARTIE : UN PRINCIPE A PORTEE REPRECISEE	32
Chapitre 1^{er}	L'usage ambiguë d'un principe	34
Section 1 :	L'objectivisme versus le subjectivisme d'un principe : pondération ou hiérarchisation des critères	34
Paragraphe 1 :	Le subjectivisme d'un critère des critères : la hiérarchisation	35
A-	Le triomphe du critère unique du prix	35
B-	La hiérarchisation casuistique des critères d'attribution	36
Paragraphe 2 :	L'objectivisme d'un critère des critères : la pondération	37
A-	La pondération des critères	37
1)	la pondération entre les critères	38
2)	La pondération à l'intérieur des critères	38
B-	Le choix entre pondération et hiérarchisation des critères	39
Section 2 :	La notation pour chaque critère : les enjeux de la méthode	40
Paragraphe 1 :	Les choix d'échelle de notation	41
A-	Le choix de l'échelle de notation des critères chiffrés autres que le prix	41

B- Le choix de l'échelle de notation du critère prix	42
<u>Paragraphe 2</u> : La formalisation et la neutralisation de la notation	44
A- La formalisation de la notation	44
B- La traçabilité du système de notation	45
<u>Chapitre 2^{ème}</u> : L'encadrement juridique du principe: la pertinence de la réglementation	47
<u>Section 1</u> : Les enjeux de la réglementation du sacro-saint principe : la difficile appréciation du principe	47
<u>Paragraphe 1</u> : Les enjeux généraux du principe de conformité pour l'essentiel à travers le code des marchés publics	48
A- Le manque de clarté du code dans la définition de la procédure d'évaluation	48
B- Les lacunes législatives à l'offre évaluée la moins-disante : source d'abus du principe	49
a) Les fautes reprochables aux agents publics (accompagnées de sanctions appropriées)	50
b) Les fautes commises par les candidats ou titulaires de marchés (accompagnées de sanctions appropriées)	50
<u>Paragraphe 2</u> : Les enjeux spécifiques du principe dans les textes réglementaires	51
A- L'habillage récent du principe dans le droit béninois	51
B- La nécessité d'intervention du juge : nécessité de clarification	52
<u>Section 2</u> : La protection générique du principe : le contentieux de l'adjudication	54
<u>Paragraphe 1</u> : Les moyens de recours gracieux : étude comparative avec le droit Luxembourg	54
A- Le recours gracieux	54
B- La conciliation	57
<u>Paragraphe 2</u> : Le recours contentieux	57
A- Recours au fond devant le Tribunal administratif	58
B- Le pouvoir de suspension du Président du Tribunal administratif	59
<u>CONCLUSION GENERALE</u>	61
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	63
<u>ANNEXE</u>	67
<u>TABLE DES MATIERES</u>	68



REPUBLIQUE DU NIGER
CABINET DU PREMIER MINISTRE
Agence de Régulation des Marchés Publics

Décision N° 010 /ARMP/CRD

AGENCE DE REGULATION
DES MARCHES PUBLICS

COMITE CERTIFIE
CONFORMEMENT A LA LOI

le 12 05 MAI 2014

du 15 mai 2014 sur l'examen du recours introduit par le Directeur Général de l'Entreprise MAGOR contre la Société Nigérienne d'Urbanisme et de Construction Immobilière (SONUCI), suivant Appel d'Offres n° 2013/001/SONUCI, portant travaux d'adduction d'eau potable du lotissement SONUCI GNALA.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Statuant en matière de différends relatifs à l'attribution de marchés publics en son audience du 15 mai deux mil quatorze à laquelle siégeaient Monsieur Taher HASSANE, président du Comité de Règlement des Différends, Messieurs Abdou GADO, DAMIEN Aboubakar, Mamane KOUROUKOUTOU et Mesdames TIMBO Haoua et ABDOU Mariatou AMADOU, tous conseillers à l'Agence de Régulation des Marchés Publics, membres ;

En présence de Monsieur Yaou MAHAMA, Chef du Service contentieux, assurant le secrétariat de séance.

- Vu la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- Vu la Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- Vu la loi n°2011-37 du 28 octobre 2011 portant principes généraux, contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public au Niger;
- Vu le Décret n°2013-569/PRN/PM du 20 décembre 2013, portant code des marchés publics et des délégations de service public ;
- Vu le Décret n° 2011-687/PRN/PM du 29 décembre 2011 portant attribution, composition, organisation et modalités de fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le Décret n° 2004-192/PRN/PM du 06 juillet 2004, fixant les modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu le Décret n° 2013-148/PRN/PM du 29 mars 2013, portant nomination des membres du Conseil National de Régulation des Marchés Publics (CNRMP) ;
- Vu le Règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la Décision n°078/SE/ARMP du 22 novembre 2013, portant désignation des membres du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la correspondance en date du 25 avril 2014 du Directeur Général de l'Entreprise MAGOR ;
- Vu les pièces du dossier

Après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu la décision dont la teneur suit.

ENTRE

ENTREPRISE MAGOR, DEMANDEUR, d'une part ;

ET

SOCIETE NIGERIEENNE D'URBANISME ET DE CONSTRUCTION IMMOBILIERE (SONUCI),
Personne Responsable du Marché, DÉFENDEUR, d'autre part ;

Sans que les présentes qualités puissent nuire ni préjudicier aux droits et intérêts respectifs des parties en cause mais au contraire sous les plus expresses réserves de fait et de droit.

- EN LA FORME

Attendu que par lettre sans n° en date du 25 avril 2014, reçue et enregistrée le même jour sous le n°0652 (006) au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur Général de l'Entreprise MAGOR a introduit un recours contentieux auprès du Comité de Règlement des Différends pour contester les motifs du rejet de son offre relativement au dossier d'appel d'offres n°2013/001/SONUCI, portant travaux d'adduction d'eau potable du lotissement SONUCI GNALA ;

Attendu que suivant décision n° 008 en date du 30 avril 2014, le Comité de Règlement des Différends, en son audience du même jour, a déclaré recevable en la forme, le recours contentieux introduit par le requérant en ces termes :

- 1- Déclare recevable quant à la forme le recours contentieux introduit par le Directeur Général de l'Entreprise MAGOR, tendant à contester les motifs du rejet de son offre ;
- 2- Dit qu'en application des dispositions de l'article 168 du code des marchés publics **la procédure d'attribution du marché est suspendue**, en attendant la décision du Comité de Règlement des Différends quant au fond ;
- 3- Dit que **la Conseillère Madame ABDOU Mariatou Amadou** est désignée pour instruire le dossier ;
- 4- Dit que les documents originaux ayant servi à l'attribution dudit marché doivent être transmis à l'Agence de Régulation des Marchés Publics dans les meilleurs délais ;
- 5- Dit, conformément à la réglementation, que cette décision est exécutoire ;
- 6- Dit que le Secrétaire Exécutif de l'Agence de Régulation des Marchés Publics est chargé de notifier au Directeur Général de l'Entreprise MAGOR et à la Société Nigérienne d'Urbanisme et de Construction Immobilière (SONUCI), la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics ;

AU FOND :

FAITS - PROCEDURE - PRETENTIONS DES PARTIES :

Attendu que dans sa lettre de notification n° 247/DG/DTM/SONUCI en date du mardi 08 avril 2014, mais reçue par le requérant le mercredi 09 avril 2014, Monsieur le Directeur Général de SONUCI, Personne Responsable du Marché, notifiait au Directeur Général de l'Entreprise MAGOR le rejet de son offre, relativement à l'appel d'offres susvisé, au motif que

- La présentation de l'offre serait non conforme au DAO (articles 2, 18 et 19 des IS et 9 des DPAO) ;

- La lettre de soumission n'aurait pas été cachetée (article : 26 des IS) ;
- Le Certificat d'agrément n'aurait pas été légalisé (article : 2 des DPAO) ;
- Plusieurs pages de son offre n'auraient pas été paraphées (article : 8 des DPAO) ;

Attendu que par lettre sans n° en date du lundi 14 avril 2014, reçue par l'Autorité Contractante le même jour, Monsieur le Directeur Général de l'Entreprise MAGOR, en réponse à la lettre de notification, a introduit un recours préalable pour contester les motifs du rejet de son offre en répondant point par point aux différents motifs invoqués par la Personne Responsable du Marché pour rejeter son offre ;

Attendu qu'en réponse au recours préalable, Monsieur le Directeur Général de la SONUCI, Personne Responsable du Marché a, par une lettre tardive n° 290/DG/DTM/SONUCI en date du vendredi 25 avril 2014, renvoyé le requérant aux dispositions de l'arrêté n°035/CAB/PM/ARMP du 21 janvier 2014, portant liste des pièces à fournir par les soumissionnaires pour être éligibles aux marchés publics et délégations de service public ;

Attendu que n'ayant pas eu de réponse satisfaisante de la part de la Personne Responsable du Marché, le Directeur Général de l'entreprise MAGOR, par lettre sans n° en date du vendredi 25 avril 2014, reçue et enregistrée le même jour sous le n° 0652 (006) au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, a introduit un recours contentieux auprès du Comité de Règlement des Différends en invoquant les mêmes motifs ;

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS :

Pour contester les motifs du rejet de son offre, le requérant a donné son point de vue en répondant aux différents motifs de rejet de son offre comme suit :

1) Présentation de l'offre non conforme au DAO :

a) le soumissionnaire remettra son offre en un (01) original et quatre (4) copies en indiquant original et copie selon le cas :

- Il reconnaît avoir remis son offre en un (01) original et quatre (4) copies sans avoir indiqué « original » et « copie », selon le cas. Pour lui, nulle part dans le DAO il n'a été spécifié que le non marquage original ou copie entraîne le rejet de l'offre ;

b) l'original de l'offre est paraphé et signé par les personnes habilitées :

- il reconnaît avoir paraphé et signé son offre sans y avoir apposé son cachet. Pour lui, nulle part dans le DAO il n'a été exigé d'apposer un cachet sur le paraphe ou sur la signature ;

c) sous peine de rejet de l'offre, l'enveloppe extérieure doit être scellée, cachetée et marquée :

- il a affirmé que son offre aurait été ouverte lors de l'opération d'ouverture des offres ;

2) Lettre de soumission signée mais non cachetée :

- il reconnaît avoir signé la lettre de soumission fournie dans son offre, sans y avoir apposé son cachet. Pour lui, nulle part il n'a été exigé dans le DAO d'apposer un cachet sur la lettre de soumission, pour lui, il suffirait de la signer ;

3) certificat d'agrément n'aurait pas été légalisé :

- pour lui, ce motif de rejet n'est pas fondé car l'article 2.1.C des DPAO qui a exigé la fourniture d'un certificat d'agrément, n'a pas précisé que la copie fournie doit être légalisée ;

4) Plusieurs pages de son offre n'auraient pas été paraphées :

- Il affirme que les pages essentielles de son offre, notamment la lettre de soumission, le bordereau des prix et le devis estimatif ont été signés et paraphés ;

LES MOTIFS DEVELOPPES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE :

Pour motiver sa décision de rejeter l'offre du requérant, l'autorité contractante soutient que :

- La présentation de l'offre serait non conforme au DAO (articles : 2, 18 et 19 des IS et 9 des DPAO) ;
- La lettre de soumission n'aurait pas été cachetée (article : 26 des IS) ;
- Le certificat d'agrément n'aurait pas été légalisé (article : 2 des DPAO) ;
- Plusieurs pages de son offre n'auraient pas été paraphées (article : 8 des DPAO) ;

OBJET DU LITIGE :

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte sur le non respect des prescriptions du DAO et notamment sur le non-respect du modèle de présentation des offres ;

EXAMEN AU FOND DU LITIGE :

1) Sur la non-conformité aux prescriptions du DAO de la présentation de l'offre du requérant :

Attendu qu'il résulte des dispositions de l'article 18.1 des IS et 8 des DPAO du dossier d'appel d'offres que : « le soumissionnaire remettra son offre en un (01) original et quatre (4) copies en indiquant clairement « original » et « copies » selon le cas » ;

Attendu que par rapport à ce motif de rejet, le requérant a reconnu avoir remis dans son offre un (01) original et quatre (4) copies, mais sans avoir indiqué « original » ou « copies » ;

Qu'en tout état de cause, ces articles susvisés du DAO n'ont pas prévu le rejet de l'offre pour n'avoir pas respecté cette prescription ;

2) Sur la lettre de soumission fournie par le requérant qui n'a pas été cachetée :

Attendu qu'il ressort des dispositions de l'article 12 des IS du DAO relatives aux documents constituant l'offre que : « l'offre présentée par le soumissionnaire comprendra les documents ci-après dûment remplis et signés : « la soumission et les annexes, le bordereau des prix etc. » ;

Attendu qu'il ressort des dispositions de cet article que la lettre de soumission doit être dûment remplie et signée ;

Attendu que le requérant a bien rempli et signé la lettre de soumission fournie dans son offre dans le respect des prescriptions de l'article 12 des IS du DAO ; qu'à cet égard, il y a lieu de considérer que le fait pour lui de n'avoir pas cacheté la lettre de soumission ne saurait être retenu comme motif pour rejeter son offre ;

3) Sur le certificat d'agrément fourni par le requérant dans son offre qui n'a pas été légalisé :

Attendu qu'il ressort des dispositions de l'article 2.1 des DPAO du DAO relatives aux conditions générales d'éligibilité que pour être admis à concourir, le soumissionnaire :
c) « doit produire un certificat d'agrément délivré par l'Administration compétente » ;

Attendu que le requérant a fourni dans son offre une copie du certificat d'agrément demandé par les dispositions de l'article 2.1 des DPAO ; que le Dossier d'Appel d'Offres n'a pas exigé que toute copie fournie doit être légalisée ; que dès lors, le requérant s'est bien conformé aux dispositions de l'article 2.1 susvisé ; qu'en conséquence, c'est à tort que la Personne Responsable du Marché a retenu ce motif pour rejeter son offre ;

4) Sur le non paraphe de plusieurs pages de l'original de l'offre du requérant :

Attendu qu'il résulte des dispositions de l'article 8 des DPAO du Dossier d'Appel d'Offres que : « l'originale de l'offre est paraphé et signé par la personne dûment habilitée à apposer sa signature au nom du soumissionnaire » ;

Attendu qu'il ressort de l'examen de l'original de l'offre du requérant que celui-ci n'a pas paraphé toutes les pages ; qu'il s'est contenté de parapher uniquement la lettre de soumission, le devis estimatif et le bordereau des prix qu'il a estimés être les pages essentielles d'une offre ;

Attendu qu'en tout état de cause, l'article 8 des DPAO n'a pas prévu le rejet pour n'avoir pas répondu à cette prescription ;

Attendu que sur les quatre (4) motifs relevés par la Personne Responsable du Marché pour rejeter l'offre du requérant, deux, en l'occurrence le 2^{ème} et le 3^{ème} relatifs respectivement à la lettre de soumission qu'il a signée mais qu'il n'a pas cachetée et le certificat d'agrément dont il a fourni une copie non légalisée, ne sont pas fondés au vu des articles qui les ont prévus ;

Attendu que pour les deux (2) autres motifs invoqués par la Personne Responsable du Marché pour rejeter l'offre du requérant, à savoir le 1^{er} et le 4^{ème} relatifs respectivement au fait qu'il n'ait pas indiqué « offre originale » et « copies des offres » d'une part et de n'avoir pas paraphé toutes les pages de l'originale de son offre, d'autre part, il reste établi que le requérant n'a pas respecté ces deux (2) prescriptions du Dossier d'Appel d'Offres ;

Attendu que si, pour les deux (2) motifs de rejet qui sont fondés, les articles qui les ont prescrits n'ont pas prévu de rejet de l'offre pour ne les avoir pas respectés, il reste établi que, comparativement à l'offre de l'attributaire provisoire qui a respecté tous les **termes, conditions et prescriptions** du dossier d'appel d'offres, l'offre du requérant n'est pas conforme pour l'essentiel ;

Attendu en effet qu'il ressort des dispositions de l'article 14 des DPAO du dossier d'appel d'offres relatives à l'examen de la conformité de l'offre que :

« avant d'effectuer l'évaluation détaillée des offres, la commission ad hoc vérifiera que chaque offre :

- 1) a été dûment signée et accompagnée des garanties requises ;
- 2) est conforme pour l'essentiel aux conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres ;
- 3) présente toute précision et/ou justification que le maître d'ouvrage peut exiger pour déterminer sa conformité.

Une offre conforme pour l'essentiel au dossier d'appel d'offres est une offre **qui respecte tous les termes, conditions et spécifications du dossier d'appel d'offres**, sans divergence ni réserve importante. Une divergence ou réserve importante est celle qui :

- (i) affecte sensiblement l'étendue, la qualité ou la réalisation des travaux ;
- (ii) limite sensiblement, en contradiction avec le dossier d'appel d'offres, les droits du maître d'ouvrage ou les obligations de l'entrepreneur au titre du marché ;
- (iii) ou est telle que sa rectification affecterait injustement la compétitivité des autres soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes pour l'essentiel au dossier d'appel d'offres. Le maître d'ouvrage déterminera si l'offre est conforme pour l'essentiel aux dispositions du dossier d'appel d'offres en se basant sur son contenu sans avoir recours à des éléments de preuve extrinsèques.

Si une **soumission n'est pas conforme pour l'essentiel**, elle sera **rejetée** par le maître d'ouvrage et ne peut être par la suite rendue conforme par la correction ou le retrait subséquent de la divergence ou réserve qui la rendait non conforme ;

Attendu qu'au regard des dispositions de l'article 14 des DPAO du Dossier d'Appel d'Offres, l'offre du requérant n'est pas conforme pour l'essentiel pour n'avoir pas respecté tous les termes, conditions et spécifications du dossier d'appel d'offres, notamment pour n'avoir pas paraphé toutes les pages de l'original de son offre (article 8 des DPAO) et pour n'avoir pas indiqué clairement, conformément aux articles 18.1 des IS et 8 des DPAO, « original » et « copies » ; que le non respect par le requérant de ces **termes et prescriptions** du dossier d'appel d'offres, ont rendu son offre non conforme pour l'essentiel car elle crée une divergence telle que sa rectification affecterait injustement la compétitivité des autres soumissionnaires notamment l'attributaire provisoire qui a présenté une offre conforme pour l'essentiel au Dossier d'Appel d'Offres ;

Attendu qu'en conséquence, et en application des dispositions de l'article 14 des DPAO du dossier d'appel d'offres, l'offre du requérant n'étant pas conforme pour l'essentiel, elle doit être rejetée ; que c'est donc à bon droit que la commission chargée de l'évaluation des offres a rejeté l'offre du requérant, comme étant non conforme aux prescriptions du dossier d'appel d'offres ;

PAR CES MOTIFS :

DÉCIDE :

- 1 - Rejette le recours contentieux introduit par le Directeur Général de l'entreprise MAGOR, comme étant non fondé ;
- 2 - Dit que son offre n'est pas conforme pour l'essentiel ;
- 3- Confirme les résultats du rapport final de la commission ad'hoc d'attribution du marché ;
- 5- Dit, conformément à la réglementation, que cette décision est exécutoire ;
- 6 - Dit que le Secrétaire Exécutif de l'Agence de Régulation des Marchés Publics est chargé de notifier au Directeur Général de l'Entreprise MAGOR et à la Société Nigérienne d'Urbanisme et de Construction Immobilière (SONUCI), la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 15 mai 2014

LE PRÉSIDENT DU CRD

TAHER HASSANE

