



UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI (UAC)

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE (FADESP)

*CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE L'ADMINISTRATION
TERRITORIALE (CeDAT)*

**MÉMOIRE DE FIN DE FORMATION POUR L'OBTENTION DU MASTER
MARCHÉS PUBLICS ET PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ**

Année académique : 2019 - 2020

THÈME

**LA DÉTERMINATION DES BESOINS DANS LA
COMMANDE PUBLIQUE AU BENIN**

Présenté par :

DETONGNON B. Mireille

Sous la direction de :

Dr Josué CHABI KPANDE

Docteur en droit public

Mai 2022

AVERTISSEMENT

LE CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE L'ADMINISTRATION TERRITORIALE (CeDAT) N'ENTEND DONNER NI APPROBATION NI IMPROBATION AUX OPINIONS EMISES DANS CE MEMOIRE. CELLES-CI SONT CONSIDEREES COMME PROPRES A SON AUTEUR.

DÉDICACE

À

✚ Mon cher père, **Dr Jean DETONGNON** ;

✚ Ma chère mère, **Jacqueline GBEDJI** ;

✚ Mon cher époux, **Michel OGA**.

REMERCIEMENTS

Au terme de ce travail, nous adressons nos sincères remerciements :

- Au Docteur Josué CHABI KPANDE, docteur en droit public, mon Directeur de recherche qui, m'a tenu par la main tout au long de ce travail malgré ses multiples occupations ;
- Au Professeur **Ibrahim David SALAMI Agrégé des facultés de droit, Professeur Titulaire de droit public**, pour m'avoir offert l'opportunité de faire cette formation ;
- A tout le corps enseignant qui nous a donné le meilleur de lui-même ;
- A toute l'équipe de coordination du master marchés publics et partenariat public-privé et à tout le personnel du CeDAT pour leur accueil et disponibilité totale ;
- A mes amis de promotion du master marchés publics et partenariats public-privé.

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

AC	: Autorité Contractante
APMP	: Accord Plurilatéral sur les Marchés Publics
AOIR	: Appel d’Offre International Restreint
AOOI	: Appel d’Offre Ouvert International
AOON	: Appel d’Offre Ouvert National
AOOPQ	: Appel d’Offre Ouvert de Pré-Qualification
AOR	: Appel d’Offre Restreint
ARMP	: Autorité de Régulation des Marchés Publics
<i>Art.</i>	: Article
BDPME	: Banque de Développement des Petites et Moyennes Entreprises
BM	: Banque Mondiale
BOAD	: Banque Ouest Africaine de Développement
CCAG	: Cahier des Clauses Administratives Générales
CCAP	: Cahier des Clauses Administratives Particulières
CCMP	: Cellule de Contrôle des Marchés Publics
CCTG	: Cahier des Clauses Techniques Générales
CCTP	: Cahier des Clauses Techniques Particulières
CE	: Conseil d’Etat
CeDAT	: Centre de Droit Administratif et de l’Administration Territoriale
CF	: Contrôle Financier
CFA	: Colonies Françaises d’Afrique
CMP	: Code des Marchés Publics
CMPDSP	: Code des Marchés Publics et des Délégations des Services Publics
CNUDCI	: Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

- CPMP** : Cellule de Passation des Marchés Publics
- CRD** : Comité de Règlement des Différends
- DA** : Directeur Administratif
- DAO** : Dossier d'Appel d'Offre
- DAC** : Dossier d'Appel à Concurrence
- DCF** : Délégué du Contrôleur Financier
- DGID** : Direction Générale des Impôts et des Domaines
- DNCMP** : Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics
- DRFM** : Direction des Ressources Financières et du Matériel ou Directeur des Ressources Financières et du Matériel
- SIGFIP** : Système Intégré de Gestion des Finances Publiques
- SIGMAP** : Système Intégré de Gestion des Marchés Publics
- UE** : Union Européenne
- UEMOA** : Union Economique et Monétaire Ouest Africaine

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE : UNE DÉTERMINATION ORGANISÉE	9
CHAPITRE 1 : UN PREALABLE DE L'AUTORITE CONTRACTANTE	11
SECTION 1 : Une obligation consacrée.....	11
SECTION 2 : Une obligation relative.....	22
CHAPITRE 2 : UNE DELICATE APPREHENSION DE L'OBJET DU MARCHE .	32
SECTION 1 : L'objet du marché, une notion <i>a priori</i> simple.....	32
SECTION 2 : L'arbitrage nécessaire	38
SECONDE PARTIE : UNE DÉTERMINATION PERFECTIBLE	46
CHAPITRE 1 : LES ENTRAVES A L'EFFICACITE	49
SECTION 1 : La détermination préalable complexe.....	49
SECTION 2 : Les implications d'une définition du besoin non maîtrisée	56
CHAPITRE 2 : DES PERSPECTIVES D'UNE PRATIQUE EFFICACE.....	67
SECTION I : Des préalables attendus des autorités contractantes	67
SECTION 2 : Des évaluations annuelles obligatoires	76
CONCLUSION.....	91
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES	94
TABLE DES MATIERES	102

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les marchés publics constituent l'un des moyens par lesquels la puissance publique se procure des biens et services nécessaires à son fonctionnement et à l'exercice de ses missions. La réglementation des marchés publics s'adapte aujourd'hui à la mondialisation de l'économie et à un environnement concurrentiel. Les contrôles ne visent plus seulement à protéger les intérêts de l'administration vis-à-vis de ses fournisseurs mais aussi les droits des entreprises dans l'accès à la commande publique. « *Si la complexité de la vie juridique ainsi que l'unité des notions juridiques et de science du droit ne permettent pas de séparer, en deux modes distincts, le droit public du droit privé, les questions ne se posent et ne se résolvent pas de la même manière lorsqu'elles mettent en cause, avec l'Etat (...) l'intérêt public et, entre particuliers, des intérêts purement privés* »¹. Il y a fort longtemps que le contrat occupe une importance stratégique parmi les activités de l'Administration. L'extension de l'interventionnisme économique entre ressortissants de diverses royautés a beaucoup enrichi ce phénomène.

La détermination des besoins est l'acte préalable à tout achat par lequel l'autorité contractante formalise l'expression de besoin opérationnelle dans le cahier des charges. La juste détermination du besoin doit permettre, notamment, aux entreprises de bien comprendre la demande pour proposer des produits conformes. La rédaction du cahier des charges doit aussi rester neutre afin de permettre à la concurrence de s'exercer pleinement en n'orientant pas le choix de l'acheteur vers un produit particulier. La détermination du besoin ne doit pas être un cadre rigide au point de constituer un obstacle à l'innovation. Le besoin peut être défini sous forme de spécifications techniques normatives ou fonctionnelles et doit prendre en compte des objectifs à haute performance.

Bien que cela soit désormais acquis pour de nombreux acheteurs ou autorités contractantes, il est toujours nécessaire de le rappeler : la détermination des besoins, étape essentielle lors de la phase de préparation des marchés publics, est « *la clef d'un achat réussi* ». En effet, outre qu'elle garantit la bonne réussite de la procédure de passation d'un marché public, elle conditionne également l'exécution des marchés publics dont les clauses ne peuvent être modifiées que dans des conditions strictement encadrées par la réglementation.

L'expression « **détermination des besoins** » est évoquée par le législateur béninois à travers le Code des Marchés Publics sans toutefois définir le concept. Le Petit Larousse définit la détermination comme étant « l'action de déterminer, de définir, de préciser quelque

¹ TROTABAS Louis, *Finances publiques*, 3^e d. Paris, 1969, pp. 4 et s., spécial, p. 473.

chose »² Il définit le besoin comme étant « l'insatisfaction dû au sentiment que quelque chose d'indispensable nous manque, nécessité d'y remédier qui en résulte »³

Par « *besoins* »⁴ de l'autorité contractante, on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.) mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés publics de formation et d'insertion, marchés publics de transport scolaire, etc.). Pour être efficace, l'expression des besoins et services fonctionnels, impose leur analyse sur la base, par exemple, d'états de consommation ; la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs ; la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques. Le plus souvent, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté, voire des coûts liés à son élimination ou à son recyclage. Dès lors, l'autorité contractante de l'Etat ne semble pas avoir faibli ou régressé. L'observation la plus élémentaire dénote la continuité de ce phénomène et son progrès logique.

Selon François LLORENS, cité par le professeur Ibrahim David SALAMI, « *Les contrats de la commande publique sont ceux par lesquels les personnes publiques cherchent à se procurer un bien ou un service, y compris ce service d'une nature particulière qui consiste à gérer, avec une relative autonomie, une activité ou un équipement* » Pour le professeur Ibrahim David SALAMI, « *la commande publique est une notion réunissant l'ensemble des contrats passés par une personne publique ou une personne privée contrôlée par une personne publique ou gestionnaire de services publics, ayant pour objet l'achat des prestations ou la gestion d'un service public et soumis à un noyau de règles communes fondées sur les principes matriciels de liberté d'accès, de transparence et d'égalité de traitement.* »⁵ Au vu « *de son contenu, le droit de la commande publique pose sorcle commun de règles applicables aux*

² LE PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ, édition Larousse, 2019, P 375

³ LE PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ, édition Larousse, 2019, P 154

⁴ Voir La DAI de Bercy a mis en ligne le 9 août 2017 sur son site Internet une fiche technique de 13 pages relative à la définition du besoin dans les marchés publics. Cette fiche rappelle et fait le point sur les principales dispositions reprises ou modifiées par rapport à l'ancien code des marchés publics dont notamment le sourcing des marchés publics et les accords-cadres. La valeur estimée du besoin, influant sur le choix de la procédure, fait l'objet de rappels en la matière.

⁵ SALAMI (I.D.), Droit Administratif, 2^{ème} édition refondue et enrichie, CeDAT 2021 P 162

marchés publics, aux contrats de délégation de service public et au contrat de partenariat public-privé⁶ ».

En Droit français, les marchés publics signifient « *les contrats par lesquels une personne publique ou assimilée achète, moyennant le versement d'un prix déterminé, des travaux, fournitures ou services, chez une personne privée, dans les conditions définies au Code des marchés publics* »⁷.

L'article 1^{er} du Code des Marchés Publics au Bénin⁸ revêt une importance particulière dans la mesure où il donne des notions clé concernant les marchés publics. Il importe de signaler que la notion de marché public définit dans cet article est la notion juridique de marchés publics et elle ne doit pas être confondue avec celle de marchés du secteur privé qui a une valeur essentiellement économique et administrative. Les marchés publics se caractérisent par une réglementation rigoureuse qui se traduit par des exigences de fond et un formalisme strict. Ces contraintes se justifient par le fait que ces contrats impliquent, directement ou indirectement, une dépense de fonds publics, ce qui se traduit par des règles de fond et de forme destinées à préserver l'intérêt général. Les marchés publics soumis au code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le code : liberté d'accès à la commande publique et égalité de traitement des candidats, lesquels principes sont complémentaires. Ils résultent du principe constitutionnel plus général d'égalité des citoyens devant la loi, ainsi que des principes de libre concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie. Ces principes supposent : la possibilité pour toute personne remplissant les conditions requises, de se porter candidate à un marché public ; l'interdiction des dispositions qui, par leurs exigences particulières écartent certaines catégories de candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles que le Code des Marchés Publics permet d'imposer concernant leur situation juridique, leurs capacités techniques, professionnelles et financières ou encore de caractéristiques des offres.

⁶ SAMB (S.), Le Droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun. Thèse de Doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 28 novembre 2015, P. 70

⁷ BARACONNIER S., Le droit des marchés publics: dix ans de jurisprudence 1988-1998, Ed. Juris-Classeur.

⁸ La loi n ° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.

La transparence des procédures est aussi nécessaire pour assurer leur intégrité. Elle se traduit notamment par : la publication large et suffisamment à l'avance des besoins, nécessaires à garantir l'accès au plus grand nombre de candidats ; la possibilité de prendre connaissance des règles effectivement appliquées à travers des textes clairs, y compris l'usage de documents types, qui facilitent le contrôle a posteriori du respect de ces règles; l'ouverture publique des plis et la publication des résultats permettant le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du marché par les candidats eux-mêmes, à travers leurs droits de recours; un droit de recours effectif des candidats en cas de non-respect des règles de passation des marchés. Ainsi, l'importance accordée par les acteurs de développement au dispositif de passation des marchés publics s'explique par le poids prépondérant de la commande publique dans la gestion des finances publiques. Notons de même qu'en raison de leur taille et de leur complexité, les marchés publics sont l'une des activités des administrations publiques les plus exposées aux maux qui minent leur fonctionnement.

En effet, les grands principes de la commande publique ne visent pas à juger de l'opportunité des dépenses réalisées par les acheteurs publics ; mais surtout la seule compétence des acteurs, qui est soumis par ailleurs au contrôle des juridictions. Alors, les acteurs de gestion du système des marchés publics inscrivent en revanche donc l'achat public dans un cadre strict, protecteur des règles de la concurrence.

Dans le souci d'assurer l'efficacité administrative et la performance économique, l'amélioration des systèmes de passation des marchés publics au Bénin constitue un des leviers de l'action publique et de la bonne gouvernance. Depuis la déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement (2 mars 2005), les pays africains à l'instar de ceux de l'espace UEMOA⁹, se sont engagés dans la voie de la réforme de leur système de passation de marchés publics, dont ces derniers représentent près de 15% du produit intérieur brut de ces pays¹⁰.

Les procédures de passation, d'attribution et d'exécution des marchés publics au sein de l'union, sont essentiellement dominées par des phénomènes de corruption, de concussion et de prévarication des ressources publiques. En croisade contre une telle situation, le Conseil des Ministres de l'UEMOA a adopté deux directives relatives aux marchés publics, à savoir la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation,

⁹Union économique et monétaire ouest africaine.

¹⁰ Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), rapport annuel 2011

d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA et 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, directives relatives à la mise en place d'un nouveau système de gestion des marchés publics. Ces Directives, entrées en vigueur à compter du 1er janvier 2006, le même conseil a instruit les différents pays membres de les transposer dans leur législation nationale, avant fin janvier 2008. Ce qui explique l'adoption, au Bénin, d'un code des marchés publics en août 2009 et la mise en place de nouvelles structures (les décrets d'application), notamment la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DCNMP)¹¹ et l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP)¹².

Les décrets ont été accueillis par les différents acteurs comme une avancée permettant de transcrire, dans les textes législatifs et réglementaires, l'attachement du Bénin « ... à la transparence dans la conduite et la gestion des affaires publiques »¹³. Ils constituent le cadre unique de la passation des marchés publics et vise le rapprochement des procédures nationales des standards internationaux. Ils s'inscrivent dans une vaste réforme dont l'objectif essentiel est la bonne gouvernance économique et financière et s'appuie sur les principes de transparence, d'équité, d'efficacité et d'économie. La création des deux organes que sont la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) et l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) consacre, quant à elle, sur le plan institutionnel, la séparation des fonctions de contrôle a priori dévolues à la DNCMP, de celles portant sur la régulation et les recours à la charge de l'ARMP. Un tel dispositif a été renforcé par la création au niveau de l'autorité contractante, la Commission d'Ouverture et d'Evaluation des offres et la cellule de contrôle des marchés publics¹⁴. Toutefois, la réussite de la réforme implique une bonne application des textes. Cela suppose une bonne circulation de l'information mais aussi la maîtrise et le respect des procédures par les différents acteurs intervenant dans le processus des marchés publics. Tous les efforts fournis vont dans une logique d'une bonne gestion des marchés publics. Il n'y a pas de bonnes gestions sans un système de contrôle efficace et un système fiable et efficace de règlement de possibles différends nés du non-respect strict des procédures.

¹¹ Le Décret n°2020-598 du 23 décembre 2020 portant organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP).

¹² Le Décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant organisation, fonctionnement et attributions de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics en république du Bénin..

¹³ Voir préambule de la constitution de la République du Bénin

¹⁴ La loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin..

Les systèmes de passation des marchés publics présentaient d'importantes faiblesses dans la plupart des pays en développement comme le Bénin. Celles-ci résultaient, entre autres, de l'insuffisance ou de la caducité des législations, de la lenteur et de la complexité des formalités, de l'absence des mécanismes de contrôle et de responsabilité, mais également de la corruption, la fraude et la non transparence des procédures de passation. L'impact négatif de ces lacunes sur les finances de l'Etat freine le développement des pays concernés.

Malgré une flopée de textes qui régissent les marchés publics au Bénin, il faut noter que pour couvrir les différents besoins en équipements, en infrastructures, en fournitures et services ; l'administration publique passe des marchés dont le diagnostic a révélé quelques insuffisances : violation impunie des dispositions de l'article 113 du code des marchés publics par le dépassement des délais contractuels d'exécution, l'abandon des travaux en cours d'exécution, la non garantie de la conduite à terme des travaux dans les meilleures conditions , le non-respect des délais légaux et réglementaires, la mauvaise exécution des marchés, la livraison des marchés avec des vices cachés , faible taux de consommation des crédits, une planification insuffisante des marchés, le non-paiement à bonne date de l'avance de démarrage et des acomptes et le suivi peu efficace de l'exécution des marchés de travaux, l'adoption des procédures spécifiques aux bailleurs de fonds¹⁵ en cas de cofinancement, au mépris des textes régissant les marchés publics au Bénin. Un système de passation des marchés publics performant permet d'assurer une meilleure gestion des deniers publics et un bon fonctionnement des services publics.

Face aux exigences de la bonne gouvernance qui s'imposent aux décideurs à tous les niveaux, il est devenu impérieux de bâtir un cadre des finances publiques apte à garantir la transparence et l'efficacité dans la gestion des ressources publiques. Il s'y ajoute que, de la mise en place d'un cadre assaini, dépend la crédibilité de l'Etat aux yeux de ses différents partenaires et de ceux des citoyens. Le système de passation des marchés publics constitue un élément central dans le dispositif de gestion des ressources de l'Etat compte tenu de leur caractère transversal. Ainsi, les marchés publics peuvent s'appréhender comme un baromètre pertinent pour mesurer le degré d'engagement des pouvoirs publics en matière de transparence et d'efficacité de l'action publique. En effet, ils conditionnent indirectement le processus de production.

L'atteinte de cette exigence d'efficacité et d'efficience dans la commande publique passe inexorablement par une meilleure détermination préalable des besoins de l'autorité

¹⁵ Cas de la GIZ, de l'Union Européenne, de la Banque Mondiale, KfW, Fast Track Initiative /Fonds Commun Budgétaire, PME, JICA etc...

contractante. Dès lors, l'on est en droit de se demander dans quelle stratégie d'achat doit-t'on inscrire la détermination préalable des besoins pour une commande publique efficiente ? Autrement dit, la pratique actuelle de détermination préalable des besoins répond-elle aux exigences d'efficience attendue dans la commande publique au Bénin ?

La présente étude à un double intérêt. En effet sur le plan théorique, elle permet de prendre connaissance du cadre juridique de la commande publique afin de mieux internaliser la question de déterminations préalables des besoins de l'administration au Bénin. Pour cela, l'analyse des textes législatifs et réglementaires est une démarche déterminante. Du point de vue pratique, les résultats des analyses peuvent être utiles aux différents acteurs intervenant dans la phase cruciale qui conditionne une bonne passation et une exécution efficiente de la commande publique.

C'est donc à travers une démarche méthodologique analytique et empirique que la présente recherche se propose d'apporter des approches de solutions aux interrogations évoquées. A l'analyse la détermination préalable des besoins apparait comme une détermination organisée de la commande publique (**1^{ère} Partie**), mais qui reste perfectible (**2nde Partie**).

	<p>PREMIÈRE PARTIE : UNE DÉTERMINATION ORGANISÉE</p>	
--	---	--

Pour réaliser un achat performant, l'étape préalable fondamentale à tout lancement d'appel d'offres est la bonne définition du besoin. La recherche du meilleur dénominateur commun aux besoins réels des services constitue un socle solide de l'optimisation de l'équilibre entre le coût et la qualité technique (appelé plus usuellement le « mieux disant »). La réussite de cette étape est conditionnée à la bonne conduite d'une démarche de sourcing, encouragée par la réforme de la réglementation de la commande publique. Un souci de questionnement des capacités des entreprises prestataires et de prise en compte des spécificités du tissu économique permettront d'éviter la sous et surperformance, de favoriser l'innovation et de sortir d'habitudes de commande potentiellement inadaptées. Ces discussions en amont avec les fournisseurs permettent une meilleure rédaction des cahiers des clauses techniques (CCTP), en les rendant plus fonctionnels. L'autorité contractante doit donc porter une très grande attention à la voix des services bénéficiaires, et construire son marché en adéquation avec la recherche de ce juste nécessaire (**Chapitre 1**) tout en se soumettant aux règles du droit budgétaire (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : UN PREALABLE DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Les enjeux associés à cet axe de travail sont multiples : une bonne définition du besoin permet de satisfaire l'utilisateur final et contribue à garantir la continuité du service public. Elle contribue également à éviter la sous et la sur performance et à rendre plus attractif le marché en augmentant les volumes d'achat grâce à la juste définition des besoins. Cette dernière permet, en effet, de mutualiser les achats avec d'autres acheteurs. La bonne définition du besoin constitue donc un levier majeur de la performance économique des achats. Définir les fonctionnalités plutôt que les solutions qui permettent de répondre au besoin nécessite, de la part de l'acheteur, une certaine force de conviction. En effet, les services opérationnels ont bien souvent des positions très arrêtées lorsqu'il s'agit d'identifier la solution au besoin qu'ils expriment. Ce qui se traduit par une obligation consacrée (**Section 1**), mais relative (**Section 2**).

SECTION 1 : Une obligation consacrée

En termes d'organisation, l'acheteur doit donc se trouver dans une position hiérarchique et fonctionnelle qui lui confère légitimité et crédibilité. Les services prescripteurs et utilisateurs doivent, par ailleurs, être étroitement associés à la réflexion afin que le fruit de ce travail, qu'il soit un échec ou un succès, soit toujours partagé. L'acheteur doit être intégré le plus en amont de l'équipe de projet en favorisant le travail collectif. Ce qui oblige au respect des principes du droit budgétaire (**Paragraphe 1**) et de la commande publique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le respect du principe de droit budgétaire

L'achat public suppose la passation de contrats avec des fournisseurs de biens, de services, de travaux, etc. C'est l'objet de droit de la commande publique, qui ne fonctionne pas indépendamment de la comptabilité publique. En effet, l'autorité contractante devant payer l'acquisition de biens ou services, le règlement du prix du marché s'inscrit dans un cadre institutionnel dont on doit souligner la double nature, procédurale et formelle/légale. Aucune dépense publique ne peut être réglée si elle n'a pas été régie par une série d'opérations successives : la dépense doit être prévue, avoir été préalablement engagée, avant

d'être liquidée et que soit réalisé son ordonnancement, c'est-à-dire le paiement monétaire au créancier. De ce fait le budget devient un élément prépondérant du processus de détermination des besoins (A) et un outil nécessaire à l'unification des besoins (B).

A-Le budget, un élément essentiel du processus de détermination des besoins

L'engagement de la dépense est un acte par lequel un organisme public reconnaît l'existence d'une obligation créatrice de charges. L'engagement est d'une double nature : juridique et comptable. L'engagement juridique est l'acte par lequel l'organisme public crée, ou constate à son encontre, une obligation de laquelle découlera une charge. C'est le cas lorsqu'un marché public est passé : le contrat crée une obligation et une charge pour le service acheteur ; l'engagement comptable est une opération consistant, pour le comptable public, à bloquer en comptabilité une somme correspondant aux dépenses qui résulteront des engagements juridiques. On doit noter que ces deux types d'engagements ne relèvent pas des mêmes compétences : l'engagement juridique est réalisé par la personne responsable du marché, l'engagement comptable par le comptable public.

La deuxième étape procédurale est celle de la liquidation de la dépense : elle a pour objet de vérifier la réalité de la dette de la personne publique et d'en arrêter le montant. Enfin, l'étape ultime est celle du paiement de la dépense, qualifiée d'ordonnancement. Cette opération consiste à produire un acte administratif donnant, conformément au montant arrêté par le service liquidateur, un ordre de paiement. L'ordonnancement peut être réalisé soit par un ordonnateur principal, soit par un ordonnateur secondaire qui dispose d'un mandat de délégation sur certains crédits¹⁶.

Le paiement du prix du marché par l'Autorité Contractante à l'occasion de l'acquisition de biens ou services est par ailleurs soumis à un ensemble de contrôles de nature, eux aussi, procédurale et légale/formelle. Deux types de contrôle sont en effet exercés :

- un contrôle *a priori* est exercé par le contrôleur financier, dont la mission n'est pas d'évaluer l'opportunité ni les conditions économiques du contrat, mais sa régularité avec la réglementation budgétaire et administrative (disponibilité des crédits, imputation sur le chapitre convenable, etc.) ;

¹⁶ Il faut souligner que nombre de dépenses publiques peuvent être réglées selon des procédures spéciales, différentes de celle qui viennent d'être décrites : il s'agit de dépenses payables sans ordonnancement, et dont la liquidation est faite directement par le comptable payeur. Il s'agit pour l'essentiel des traitements des fonctionnaires, mais aussi des remboursements d'impôts, de frais de justice, des pensions civiles et militaires, des dépenses d'aide sociale, etc. Mais elles ne concernent en aucun cas la dépense en capital.

- un contrôle *a posteriori* est exercé par le comptable public, chargé du paiement des dépenses après leur ordonnancement. La séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable est en effet une dimension clé du droit budgétaire béninois. A l'instar du contrôleur financier, le comptable public contrôle la régularité de la dépense ordonnée et sa conformité à la réglementation : il ne peut régler une dépense que s'il dispose des pièces appropriées, notamment l'attestation de service fait. Il vérifie les calculs du service liquidateur et s'assure que les justifications de la dépense apportées par les ordonnateurs ne sont pas irrégulières. Le régime de comptabilité publique béninois, est une construction ancienne, structurée par une rationalité politique et administrative.

La comptabilité publique est en effet composée d'un ensemble de normes, d'institutions et de procédures qui dérivent de la procédure budgétaire, donc de l'élaboration et de l'exécution des lois de finances. A ce titre, la comptabilité publique est ce que l'on pourrait appeler une institution politique à caractère administratif. Elle n'est pas, fondamentalement, une technologie immatérielle de la gestion des relations marchandes de l'Etat avec ses fournisseurs. Elle ne constitue pas un outil de prévention ou de gestion des dérives de coûts et de délais dans les marchés publics. Les marchés publics ne sont pas identifiés en tant que tels dans la nomenclature budgétaire. L'entité pertinente, au regard du caractère politico-administratif de la comptabilité publique, est celle de la ligne budgétaire.

L'unité de base de la comptabilité publique étant la ligne budgétaire, il n'existe au Bénin aucun système d'information comptable situé au niveau des marchés publics passés au titre de l'exécution des programmes d'armement. La logique de la nomenclature budgétaire n'est pas, en effet, celle de la gestion de la dépense, mais celle de la confrontation entre crédits votés et crédits dépensés. De plus, les catégories budgétaires constituent des sources d'imputation de dépenses allouées par les services de la défense à des marchés publics passés dans le cadre de la réalisation de programmes d'armement ou du maintien en condition opérationnelle des matériels¹⁷.

B-Le budget, un outil d'unification des besoins

Pour démontrer dans quelle mesure l'information comptable publique n'est pas adéquate pour la gestion des acquisitions publiques, il convient de distinguer entre sa structure et son contenu. En effet, la structure de l'information comptable est orientée par les conditions

¹⁷ Sur ce point, voir T. KIRAT et D. BAYON, Contrats d'acquisition, maintenance et coût global de possession : comparaisons dans le domaine aéronautique entre la France, le Royaume-Uni, les Etats-Unis et l'OTAN, rapport à l'Observatoire économique de la défense, 2004, ministère de la Défense.

d'élaboration et d'exécution des lois de finances, qui allouent aux entités publiques des ressources affectées à des emplois définis dans les termes de la nomenclature budgétaire. Or, lorsque l'exécution budgétaire porte sur des commandes publiques, la nomenclature budgétaire n'est pas remplacée par un autre cadre de mesure : la catégorie de « *marché public* » n'a pas sa place dans le dispositif d'information comptable public. En d'autres termes, la dépense publique n'est pas identifiée au niveau des contrats passés au titre de l'exécution de la dépense d'acquisition. Ce point est important, notamment pour les entités publiques qui prennent en charge des activités organisées sous la forme de programmes. Dans ce cadre, le système d'information comptable n'a pas été conçu selon une logique de suivi de la dépense au niveau des contrats, mais comme le support de compte rendus d'exécution budgétaire.

S'agissant du contenu des systèmes d'information comptable, ils relèvent d'une logique de comptabilité d'encaissement - décaissement dont le principe de base est d'enregistrer des flux relatifs aux encaissements et à la consommation de crédits. Il est important à ce stade de signaler que l'Etat n'est pas sans tenir des comptes : les documents comptables comme le bilan et l'équivalent du compte de résultat sont tenus, non pas au niveau des administrations et des organismes publics identifiés en tant que tels, mais au niveau macroéconomique dans les comptes de la nation. Les comptes nationaux ne sont pas, par la force des choses, des références dans la conduite de l'action publique et dans l'exécution de la dépense par les administrations, qui ne disposent pas d'une comptabilité de gestion, donc d'une comptabilité patrimoniale. Les ministères ne disposent pas d'une identité comptable au plan patrimonial : ils n'ont ni capital, ni stock, donc ne disposent pas de la possibilité de créer un bilan, un compte d'exploitation, une comptabilité analytique. Les actifs publics ne sont par voie de conséquence ni valorisés, ni l'objet de tableaux d'amortissement. L'Etat ne dispose, non plus, de la base informationnelle requise pour évaluer les coûts de possession des actifs.

L'information comptable publique est bâtie sur une logique de caisse, c'est-à-dire d'enregistrement des flux d'encaissements et de décaissements annuels. Cet état de fait est propice à des pratiques de gestion budgétaire qui concourent, paradoxalement, à l'existence de ce que l'économiste hongrois Janos Kornai appelait une « *contrainte budgétaire molle* »¹⁸. Le principe de base en est simple : les administrations publiques présentent leurs demandes de crédits budgétaires au ministère du budget en pratiquant une surévaluation du rapport avantages (non monétaires) /coûts de leurs programmes afin de maximiser la probabilité d'obtention de ressources rares. Une fois l'allocation effectuée, l'exécution de la dépense ne

¹⁸ KORNAI J., *Socialisme et économie de la pénurie*, Paris, Economica, 2014, p. 54.

se réalise pas dans les conditions d'efficacité annoncées *ex ante* ; des pénuries de crédits surviennent alors. La gestion de ces pénuries s'exerce alors par différentes voies : soit par la revendication de crédits supplémentaires auprès du Budget, alloués dans le cadre de la loi de finances rectificative ; soit par des arbitrages internes aux ministères concernés, qui conduisent à des annulations de dépenses ou de programmes afin de dégager des ressources affectables à des dépenses ou programmes considérés, au terme de processus de marchandage non exempts de rapports de force, comme prioritaires.

Les difficultés de pilotage des contrats publics « traditionnels » ne nous semblent pas devoir épargner les nouvelles formes de contrats de partenariat public-privé¹⁹. En effet, bien que les caractéristiques de ces derniers (intégration des phases de conception, construction et exploitation d'une part, et paiement en fonction des prestations de services, d'autres part) devraient permettre d'apporter à la personne publique une garantie contre les risques de surcoûts, il est à craindre que le déploiement de tels outils contractuels, à structure budgétaire et comptable constante, ne se traduise à contrario par l'émergence de nouveaux risques.

Le développement d'une comptabilité d'engagement s'avère un corollaire indispensable à la mise en œuvre de contrats de partenariats qui se distinguent notamment par leur caractère global et pluriannuel. Une telle nécessité peut être mise en évidence non seulement au niveau de la décision publique d'opter pour de tels contrats, mais aussi en matière de contrôle des engagements budgétaires induits par ces derniers.

Paragraphe 2 : Le respect des principes de la commande publique

La définition préalable des besoins est une étape déterminante dans une commande publique. Détaillée, tenant précisément compte des attentes de l'autorité contractante définies en fonction de ses propres besoins et des missions d'intérêt général qui lui incombent, elle sécurise à la fois la procédure de passation du marché et son exécution. Elle prévient les difficultés susceptibles de naître des imprécisions du contrat à travers la rédaction d'un programme ou un cahier des charges précis et exhaustif. La définition préalable des besoins est soumise à la liberté d'action de l'autorité contractante (**A**) qui doit respecter les principes de la commande publique (**B**).

¹⁹ Loi n° 2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique des contrats de partenariat public-privé en République du Bénin.

A- Une liberté du cocontractant établie

Parmi ses multiples aspects, la liberté trouve une application dans le domaine conventionnel. L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». En d'autres termes, le contrat « *est un accord de volontés qui sont exprimées, en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets* »²⁰. Dans ce cadre, la liberté a été consacrée comme l'un des principes fondamentaux régissant la conclusion du contrat car « *le contrat par sa nature respire la liberté* »²¹. Ce principe est la « liberté contractuelle ». Il est dérivé du dogme de l'autonomie de la volonté qui désigne le fait pour la volonté de se donner à elle seule ses propres lois²². L'expression de l'autonomie de la volonté, qui est fondée sur la philosophie individualiste et le libéralisme économique des 18^{ème} et 19^{ème} siècles²³, se traduit « *en droit des contrats par l'affirmation selon laquelle l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties* »²⁴. La volonté a le pouvoir de créer sa propre loi et elle a seule ce pouvoir. Autonome, la volonté est libre de créer des droits subjectifs, et elle ne doit pas pouvoir se laisser imposer d'obligations²⁵ ; « *Les seules obligations légitimes que le contrat fait naître sont celles qui ont été voulues* »²⁶.

Toutefois, la place de la liberté contractuelle dans le dogme de l'autonomie de la volonté a commencé à perdre, depuis longtemps, son importance avec le déclin progressif du rôle de l'autonomie de la volonté dans le droit privé²⁷. En effet, selon le professeur Waline, le principe de l'autonomie de la volonté apparaît, de nos jours, de moins en moins susceptible de synthétiser les solutions du droit positif et il devient de plus en plus audacieux d'affirmer que ce principe implique toujours la liberté non seulement de s'engager mais aussi de choisir son cocontractant et de fixer librement le contenu du contrat²⁸. La justification de ce déclin se trouve dans l'œuvre des professeurs Ghestin et Goubeaux qui résumant ainsi qu'il suit : « *le principe de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle ont été très sérieusement*

²⁰ GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n° 12, P. 24.

²¹ ESMEIN (P.), *Obligations*, T. IV, 1^e partie, in M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, éd. LGDJ, 1952, 2^e éd., P. 17.

²² TERRE-FORNACCIARI D., « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. morales et politiques*, 1995, p. 256.

²³ LEVENEUR L., « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, p. 676.

²⁴ FLOUR J. et AUBERT J.-L., *Les Obligations*, t. 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 7^e éd. 1996, n° 94.

²⁵ LEVENEUR L., « La liberté contractuelle en droit privé », *op.cit.*, p. 676.

²⁶ *Idem*.

²⁷ BENABENT A., *Droit des obligations*, précité, p. 21.

²⁸ WALINE J., « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le Contrat au début du XXI siècle*, LGDJ, 2001, pp. 973-974

remis en question par le développement considérable de l'ordre public économique et social. Les restrictions ont été particulièrement graves en périodes de crises, comme par exemple au cours des deux guerres mondiales. Elles ont subsisté sous l'influence conjuguée du dirigisme économique et des théories néo-libérales visant à garantir le jeu normal de la concurrence »²⁹.

Constatant un affaiblissement du rôle de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle qui en découle dans le droit privé, l'on est en droit de s'interroger quant à la place de cette liberté et de son rôle dans le droit public, et particulièrement dans le droit de la commande publique. A l'instar de la liberté contractuelle en droit privé, la liberté contractuelle en droit public n'a pas de définition abstraite. Elle s'identifie par ses aspects et précisément par ses éléments constitutifs.

Le sujet de la liberté contractuelle en droit public a connu au cours de ces vingt dernières années un grand développement dans la doctrine publiciste³⁰. L'idée, pour la grande majorité d'entre eux, est de reconnaître aux personnes publiques une liberté similaire à celle reconnue aux individus dans le domaine contractuel. L'essor de ces réflexions peut être justifié par deux raisons essentielles. La première raison est attachée au recours croissant au procédé contractuel par les personnes publiques afin d'exercer leurs compétences. La seconde raison est liée au libéralisme économique qui a inspiré et inspire beaucoup de politiciens et des juristes qui tendent à généraliser les règles et les principes applicables aux contrats conclus par les individus à ceux conclus par les personnes publiques³¹. L'objectif ici est d'étendre l'application du principe de la liberté contractuelle aux personnes publiques.

Mais, si la nature particulière des personnes publiques empêche, au moins en pratique, la reconnaissance de la liberté contractuelle en leur faveur, comment peut-on qualifier le pouvoir d'appréciation dont la personne publique dispose ? Il est certain en effet que les personnes publiques disposent d'une volonté d'agir par le contrat, qu'elles disposent d'une « volonté contractuelle ». Toutefois, cette volonté n'est pas similaire à celle des particuliers³². La volonté contractuelle pour les individus est « une volonté passée, immuable, subjective » ; en revanche, « *l'administration ne doit se décider que pour des raisons de fait ou de droit*

²⁹ GHESTIN J. et GOUBEUX G., *Traité de Droit civil – Introduction générale*, LGDJ, 4e éd., 1994, n° 164.

³⁰ Il est constaté notamment dans les manuels du droit des contrats administratifs comme, RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2014 et GUETTIER Ch., *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2011.

³¹ Voir, RICHER L., « Le code du silence : à propos du code des marchés publics de 2004 », *RDP*, 2004, p. 1572.

³² PEQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Pédone 1945, Paris, p. 603.

objectivement établies »³³. Pour cela, « *le contrat une fois conclu se détache dans une certaine mesure de la volonté de ses auteurs pour suivre le service public dans ses fluctuations propres* »³⁴. Ainsi, les aspects marginaux de l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques ne sont, en réalité, que le reflet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire³⁵ dont seule la personne publique dispose. Cette liberté reste tout de même soumise au respect des principes fondamentaux de la commande publique.

B- Une liberté soumise au respect des principes de la commande publique

Le respect des principes fondamentaux de la commande publique n'impose pas la mise en œuvre systématique d'un contrôle normal. Il existe en effet un nombre non négligeable d'hypothèses dans lesquelles la portée du contrôle juridictionnel est limitée et ne permet qu'un contrôle restreint. Dans ces situations, la liberté contractuelle semble donc l'emporter sur les principes fondamentaux de la commande publique même si le contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation permet d'assurer un respect minimum de ces principes. Au-delà du choix de contracter ou de ne pas contracter³⁶, cette portée limitée du contrôle juridictionnel se retrouve tout d'abord lorsque la personne de la sphère publique a défini ses besoins et qu'elle doit établir le périmètre du ou des contrats qu'elle souhaite conclure. Sur ce point, l'application du contrôle minimum n'est pas la même en fonction du type de contrat concerné.

Les marchés publics se distinguent en effet des autres contrats en raison de l'obligation d'allotissement qui est posée par les textes³⁷. Comme cela a été souligné, cette obligation justifie la mise en œuvre d'un contrôle normal de la part du juge lorsque l'autorité contractante décide de ne pas allotir et préfère passer un marché public global. Pour autant, lorsqu'elle décide de recourir à l'allotissement, la portée du contrôle juridictionnel opéré sur les modalités de l'allotissement est sensiblement réduite. Le Conseil d'Etat considère en effet que « *le juge ne peut relever un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du fait de la définition du nombre et de la consistance des lots que si celle-ci est*

³³ VEDEG. L, Cours de droit administratif, 1953-1954, P.672, cité par Pierre PY, Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux, Bibl. Dr. Publ., T. 124, LGDJ, 1976, p. 22.

³⁴ PEQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, précité, p. 603.

³⁵ Voir, RICHER L., « Le code du silence : à propos du code des marchés publics de 2004 », *RDP* 2004, p. 1573.

³⁶ Les personnes publiques ou de la sphère publique ont en principe le choix de ne pas utiliser le contrat et d'avoir recours à leurs propres services pour satisfaire leurs besoins ou exploiter les services publics dont elles ont la charge: CE, ass., 26 octobre 2011, n°317827, Association pour la promotion de l'image; rec. p. 505, concl. Boucher.

³⁷ Voir l'article 27 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant du code des marchés public en République du Bénin.

entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la liberté de choix dont le pouvoir adjudicateur dispose en ce domaine »³⁸.

La combinaison du droit au recours avec les principes d'égalité d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures justifie donc qu'un contrôle soit exercé par le juge sur la définition du nombre et de la consistance des lots en matière de marchés publics. Pour autant, les principes fondamentaux de la commande publique ne sauraient conduire à nier la liberté contractuelle. C'est ce qui explique que le contrôle opéré soit un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation. La liberté reconnue à l'autorité contractante en matière d'allotissement l'emporte donc sur les risques d'atteintes portées à l'obligation de mise en concurrence. Cette prévalence de la liberté contractuelle dans la définition préalable des besoins se retrouve davantage encore lorsque sont en cause d'autres contrats que les marchés publics. En effet, il n'y a que pour les marchés publics que des dispositions textuelles imposent un allotissement de principe. Pour les autres contrats de la sphère publique c'est donc la liberté contractuelle qui doit l'emporter, y compris au moment où les autorités doivent décider si elles souhaitent passer un seul contrat ou plusieurs. En l'absence de dispositions textuelles comparables à celles applicables à la commande publique, les personnes de la sphère publique ne sont pas tenues de passer des contrats distincts pour chaque prestation qu'elles souhaitent obtenir ou faire réaliser. Ainsi, à propos d'une délégation de service public, le Conseil d'Etat a pu préciser « *qu'aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts* »³⁹.

Dès lors, si l'allotissement concourt à la protection des principes fondamentaux de la commande publique, il n'existe pas une obligation générale qui imposerait d'allotir tous les contrats intégrés dans le champ concurrentiel. En revanche, la liberté des personnes de la sphère publique n'est pas inconditionnée et les principes fondamentaux de la commande publique justifient qu'un contrôle soit opéré sur la définition préalable des besoins afin de

³⁸ CE, 25 mai 2018, n° 417428, OPH du département des Hauts-de-Seine, préc. Il confirme ainsi une solution antérieure: CE, 21 mai 2010, n° 333737, Commune d'Ajaccio; Contrats-Marchés publ.2010, comm. 239, note P. Devillers; DA2010, comm. 110, note F. Brenet ; JCP A2010, 2215, note F.Linditch.

³⁹ CE, 21 septembre 2016, n° 399656, n° 399699, Communauté urbaine du Grand Dijon et Société Kéolis; AJDA2016, p. 1775; JCPA2016, 2332, note J. Martin ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 261, note G. Eckert ; DA2016, comm. 64, note J.-C. Videlin. Dans le même sens, v.: TA Paris, ord., 22 août 2018, n° 183709/4, Société Excelsis, préc.

vérifier que la personne à l'origine de la procédure de passation n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation⁴⁰.

D'ailleurs, ce contrôle sur la définition préalable des besoins concerne également la fixation de la durée des contrats⁴¹. Le recours à l'erreur manifeste d'appréciation dans le cadre du contrôle restreint permet ainsi d'éviter les atteintes trop importantes aux principes tout en préservant la liberté inhérente au procédé contractuel. Une même logique est appliquée par le juge à propos des offres anormalement basses dans le cadre des marchés publics. Les textes imposent en effet aux acheteurs de détecter les offres qui paraissent anormalement basses afin de demander des justifications aux opérateurs économiques qui les ont présentées. Si les justifications ne sont pas suffisantes et que les acheteurs considèrent que les offres en cause sont effectivement qualifiables d'anormalement basses, ils doivent les rejeter⁴². En effet, « *le fait pour un pouvoir adjudicateur de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public* »⁴³. Pour autant, le contrôle juridictionnel opéré sur l'appréciation qui est portée par les acheteurs sur le caractère anormalement bas des offres et sur les justifications fournies par les opérateurs économiques n'est pas un contrôle normal. Il s'agit seulement d'un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation⁴⁴, qui peut d'ailleurs donner lieu à des solutions assez surprenantes⁴⁵. De plus, ce contrôle des offres anormalement basses ne concerne que les marchés publics même s'il est possible de considérer que le choix d'une offre anormalement basse porte atteinte au principe d'égalité lors de la passation de n'importe quel contrat public.

Dès lors, pour les autres contrats, le contrôle du juge sera uniquement un contrôle restreint sur le choix de l'offre, nonobstant son caractère anormalement bas ou non. En effet, s'agissant du choix de l'offre, le Conseil d'Etat précise régulièrement et de manière traditionnelle qu'il ne lui appartient pas « *de se prononcer sur l'appréciation portée sur la*

⁴⁰ Et même «les impératifs de bonne administration»: CE, 21 septembre 2016, n° 399656, n° 399699, Communauté urbaine du Grand Dijon et Société Kéolis, préc.

⁴¹ CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 96BX01642, Société auxiliaire de parcs; AJDA 2000, p. 894; CAA Bordeaux, 3 mars 2009, n° 07BX02078, X et a.; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 205, note G. Ecker

⁴² Article 53 de l'ordonnance française n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (Article L. 2152-6 du projet de code de la commande publique); article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (articles R. 2152-3 à R. 2152-5 du projet de code de la commande publique).

⁴³ CE, 30 mars 2017, n° 406224, Région Réunion; Contrats Marchés publ. 2017, comm. 158, note Ubaud-Bergeron

⁴⁴ CE, 30 mars 2017, n° 406224, Région Réunion, préc.; CE, 22 janvier 2018, n° 414860, Société Comptoir de négoce d'équipements; Contrats-Marchés publics 2018, comm. 62, obs. H. Hoepffner; JCP A 2018, 2155, note J.-R. Mauzy

⁴⁵ En ce sens, v. MAUZY J.-R., «Une offre économiquement anormale basse n'est pas nécessairement juridiquement anormalement basse», note sous CE, 22 janvier 2018, n° 414860, Société Comptoir de négoce d'équipements; JCP A 2018, 2155. Dans cet arrêt le Conseil d'Etat considère que l'acheteur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas comme anormalement basse une offre dont le montant «correspond au prix d'achat des matériels» et qui ne «permet pas de faire un bénéfice»

valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres »⁴⁶ Cette formule semble induire une absence de contrôle sur l'appréciation des offres au nom de la liberté contractuelle. Pour autant, cette liberté rencontre des limites et le juge ne se cantonne pas nécessairement à un simple contrôle minimum. Là encore, les solutions ne sont pas les mêmes en fonction de la catégorie de contrats publics en cause. Ainsi, en matière de délégations de services publics le juge a accepté d'opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix du cocontractant par l'autorité délégante⁴⁷. Il vérifie notamment que l'attributaire du contrat est bien en mesure d'exécuter techniquement et financièrement les prestations prévues⁴⁸.

La portée du contrôle juridictionnel est donc bien moins importante que dans l'hypothèse d'un contrôle normal mais elle permet tout de même d'éviter des erreurs « grossières » qui contreviendraient trop fortement aux principes fondamentaux de la commande publique et notamment au principe d'égalité de traitement.

De la même manière, en matière de commande publique, le juge administratif garde la possibilité de vérifier que l'autorité contractante ou l'entité adjudicatrice « *n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi qu'à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats* »⁴⁹. Cela signifie donc que, même si la liberté contractuelle prime au moment de l'appréciation des offres, les principes fondamentaux de la commande publique imposent un contrôle.

Pour autant, le Conseil d'Etat refuse d'admettre l'existence d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix des offres en matière de commande publique alors même qu'une partie des juges du fond ont retenu des solutions en ce sens⁵⁰. Le contrôle ne peut conduire qu'à vérifier l'absence de dénaturation des éléments objectifs fournis par les

⁴⁶ CE, section, 20 janv. 2016, n° 394133, Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS); Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 85, note P. Devillers. Dans le même sens: CE, 29 juillet 1998, n° 194412, Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise; rec. p.1015; CE, 21 mai 2010, n° 333737, Commune d'Ajaccio, préc

⁴⁷ CE, 7 novembre 2008, n° 291794, Département de la Vendée; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 296, obs. G. Eckert ; AJDA 2008, p. 2454, L. Richer ; BJCP 62/2009, p. 55, concl. M. Boulais; CAA Lyon, 12 juin 2014, n° 13LY01340, Société SEMERAP; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 230, obs. M. Ubaud-Bergeron

⁴⁸ Dans l'arrêt Département de la Vendée, le Conseil d'Etat précise ainsi « que compte tenu de ce que le groupement retenu disposait pour le démarrage des prestations du nombre de conducteurs et de véhicules requis, de la qualité du service attendue et eu égard au montant de la contribution financière qu'il demandait au département, le choix de ce délégataire n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation »

⁴⁹ CE, section, 20 janv. 2016, n° 394133, Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS), préc.

⁵⁰ CAA Bordeaux, 12 février 2008, n° 05BX02395, Société SELF SPM; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 75, obs. F. Llorens

candidats et il ne faut pas que ce contrôle porte sur l'appréciation de la valeur des offres par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice, ce qui réduit sensiblement l'étendue du contrôle opéré⁵¹. Ainsi, la portée du contrôle juridictionnel sur le choix de l'offre apparaît plus réduite en matière de marchés publics que s'agissant des contrats de concession, ce qui peut surprendre dans la mesure où les contraintes–induites par les principes fondamentaux de la commande publique –sont généralement plus importantes dans le droit des marchés publics. Ainsi, les hypothèses de contrôle restreint, généralement étendues au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, permettent de préserver en grande partie la liberté contractuelle des personnes de la sphère publique. Elles démontrent que les atteintes portées à la liberté contractuelle restent relatives au regard de l'étendue du contrôle juridictionnel opéré. Or, il n'y a pas que l'étendue limitée du contrôle qui permette de préserver la liberté contractuelle : les moyens de ce contrôle contribuent également à sa protection.

SECTION 2 : Une obligation relative

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par l'autorité contractante ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. Sur ce fondement, l'autorité contractante est tenue de définir, préalablement au lancement de la procédure, de manière suffisamment précise, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. S'il contrevient à cette obligation, la procédure de passation du marché sera entachée d'un vice pouvant conduire à l'annulation du marché. Cette obligation est soumise à une double limitation légale (**Paragraphe 1**) et de participation (**Paragraphe 2**)

Paragraphe 1 : Une double limitation légale

L'impact économique d'une bonne définition des besoins est donc très important pour les différents opérateurs économiques concernés : cette définition est directement conditionnée par le respect d'un cadre juridique de plus en plus strict (**A**) et un encadrement par la loi de finances (**B**).

⁵¹ CE, section, 20 janv. 2016, n° 394133, Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS), préc.

A-Un encadrement du code des marchés publics

A l'heure où la commande publique représente une part importante dans l'économie béninoise, il est opportun de s'interroger sur les évolutions de son encadrement, dès le stade initial de la définition du besoin, point de départ de l'ensemble du marché : la plupart des difficultés résulteraient d'une définition défectueuse. L'encadrement par le droit de cette phase de définition assure le respect par l'autorité contractante d'une ligne de conduite en cohérence avec l'objectif final de réussite du marché, de satisfaction et de protection des acteurs concernés (opérateurs économiques assurant la prestation, mais également et surtout les usagers du service ou du bien). Cet encadrement découle aussi de l'évolution du rapport à l'utilisateur. Dès 1789, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen place les agents publics sous la surveillance de la société et limite, au moins en droit, la liberté des administrateurs : *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*. À un objectif de contrôle et de protection contre le pouvoir de l'Administration et des élus, à l'échelle nationale, vient rapidement s'ajouter un but économique. En droit comparé, notamment en France, la loi du 29 janvier 1831 permettait déjà de voter le budget de chaque ministère par chapitre. De même, au lendemain des journées de Juillet (1848), l'achat public constituait après le traitement des agents publics, le deuxième poste d'économies⁵².

Aujourd'hui la tendance est semblable : les principes d'efficacité de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics, ou encore l'exigence de précision du besoin dans sa définition, ont clairement cette finalité. Cet encadrement illustre donc aussi bien la marge de manœuvre dont dispose l'autorité contractante pour définir « son » besoin, que les enjeux qui découlent de cette définition. L'impact économique d'une bonne définition des besoins est donc très important pour les différents opérateurs économiques concernés : cette définition est directement conditionnée par le respect d'un cadre juridique de plus en plus strict sous forme de révisions régulières du Code des marchés.

Cependant l'intérêt n'est pas ici de dresser une liste des différentes évolutions juridiques encadrant la définition des besoins jusqu'à nos jours, mais plutôt de tenter de dégager les « fondamentaux », les constantes, principaux éléments de cet encadrement. Le nouveau Code des marchés [de 2020] est animé de la conviction que la meilleure façon de mettre en œuvre les principes fondamentaux du droit de la commande publique et d'atteindre les objectifs d'efficacité et de probité qui leur sont assignés est de responsabiliser les autorités

⁵² LEMESLE Hélène, « Réglementer l'achat public en France (XVIII-XIX^{ème} siècle) », *Genèses*, 2010/3 n° 80, pp. 8-26.

contractantes. Tout l'enjeu du texte se résume comme suit : valoriser les principes fondamentaux pour faire du Code un outil d'efficacité, de liberté et de responsabilité au service de la commande publique. Les principes fondamentaux sont donc au premier plan de toute la procédure de passation du marché, dont l'étape de la définition des besoins. Par ailleurs, cet encadrement est tout autant assuré par le Code des marchés, qui a rendu obligatoire la phase de définition des besoins dès 2009⁵³, consacrant ainsi son caractère primordial dans le processus⁵⁴ de passation des marchés.

Le Code béninois des Marchés publics de 2020 précise et complète les principes fondamentaux de la commande publique inscrits en son article 7, en garantissant leur plein effet par l'imposition de normes juridiques. L'article 23 du Code encadre à lui seul la majeure partie de la phase initiale de définition des besoins. Il a pour finalité de permettre à l'autorité contractante de clarifier au maximum son besoin, aussi bien dans sa nature, que dans sa quantité.

Déterminant, il est la clé d'un achat réussi : de sa bonne compréhension dépendra la « qualité » finale du marché. En disposant que *« la nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées avec précision par l'autorité contractante avant tout appel à concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe. Les marchés publics conclus par l'autorité contractante doivent avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.*

*Cette disposition ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente loi »*⁵⁵, le législateur béninois a fait de la précision dans la détermination préalable des besoins des autorités contractantes une exigence légale à laquelle elles ne peuvent s'y soustraire. Ainsi encadré par le code des marchés publics, la détermination préalable des besoins est aussi encadrée par la loi des finances.

⁵³ Voir le Code des marchés publics et de la délégation des services publics de 2009.

⁵⁴ MENEMIS Alain, « Nouveau code des marchés publics : l'avenir d'une ambition », *in Droit Administratif*, avril 2004, p. 5.

⁵⁵ Article 23 de la loi N° 2020- 26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en république du Bénin

B-Un encadrement par la loi des finances

Conformément aux tendances internationales, la directive⁵⁶ n° 6 portant lois de finances présente de nouvelles règles relatives à l'élaboration, l'exécution et l'évaluation des budgets nationaux, recommandant une plus grande efficacité des dépenses publiques et de la politique publique connexe. Elle présente donc un modèle de loi organique relative aux lois de finances qui implique l'adoption d'un système de budget-programme où les crédits budgétaires annuels figurent sous forme de programme et où les cibles de performance annuelles et à moyen terme et les rapports annuels de performance sont élaborés. La gestion performantielle des finances publiques devient la norme. Le Bénin, le Sénégal, le Mali et le Burkina Faso avaient déjà fait l'expérience de l'élaboration, du suivi et de l'évaluation des budgets de programme sur plus d'une décennie à travers ce qu'on appelait à l'époque les cadres de dépenses à moyen terme (CDMT). Ces budgets de programme de première génération n'avaient pas de valeur juridique et étaient de simples documents de travail pour les administrations et des annexes explicatives pour les parlementaires. Ils permettaient de définir des objectifs de politiques publiques, d'énoncer les activités de mise en œuvre, d'affecter des moyens budgétaires et de faire le suivi-évaluation (SE) de la mise en œuvre des programmes. Des cellules de SE furent créées dans les ministères de certains pays pour conduire les opérations de SE des programmes budgétaires.

Ainsi, la préparation du budget pour l'année N commence dès le mois de juillet N-1, par des échanges entre la direction du Budget et les services financiers des ministères dépensiers, afin de déterminer les grandes orientations de dépenses. L'exécutif doit aussi définir une stratégie d'ensemble en matière financière en regard notamment des engagements nationaux, régionaux et internationaux. Le gouvernement doit tenir compte des plafonds de dépenses résultant de la programmation budgétaire durant l'année en cours, il prépare le projet de budget de l'année à venir, à travers le projet de loi de finances (PLF). Cette procédure se déroule suivant les différentes phases que sont le cadrage budgétaire, le dialogue entre les ministères, institutions et le ministère en charge des finances, la finalisation du PLF et enfin la phase parlementaire et la promulgation de la Loi de Finances (LF).

Le cadrage budgétaire permet de faire la projection des dépenses sur une période triennale et d'élaborer le Tableau des Opérations Financières de l'Etat (TOFE). Il consiste à faire l'analyse critique du bilan de l'exercice précédent et l'ajustement des prévisions de l'année en cours pour projeter sur le court terme, les objectifs et les niveaux des engagements

⁵⁶ Directive n°06/2009/CM/UEMOA portant lois de finances au sein de l'UEMOA.

de l'Etat, les dépenses compatibles avec l'objectif de solde budgétaire, à travers l'élaboration du Document de Programmation Budgétaire et Economique Pluriannuelle (DPBEP). L'élaboration du cadrage consiste à dérouler les opérations suivantes :

- analyser les sous-jacents des dépenses précédentes pour en déterminer l'évolution mécanique (tendance) et les besoins incompressibles ;
- isoler les dépenses ponctuelles non reductibles de façon à éviter de reproduire de façon automatique des dotations non-justifiées ;
- identifier les besoins non satisfaits (sous-budgétisation) ou au contraire les dépenses manifestement sur-calibrées et qui n'ont pas donné lieu à une consommation complète ; évaluer le coût des mesures déjà arbitrées (coûts-partis) non encore entrées en vigueur mais qui vont avoir un impact budgétaire certain dans le futur (ex. projet de loi ou de règlement, décision politique ou annonce en conseil des ministres) ;
- déterminer l'impact des nouvelles mesures prévisibles pour les années considérées dans le respect d'une évolution raisonnable des dépenses ;
- rechercher de façon systématique les mesures d'économie de façon à privilégier les redéploiements de crédits existants ;
- privilégier les secteurs et dépenses prioritaires conformément aux objectifs stratégiques fixés par les autorités ;
- refléter les changements de périmètres entre natures de dépenses du fait de la requalification de certaines dépenses.

Les acteurs de cette phase sont le Ministère sectoriel et les services compétents de la Direction générale du Budget (DGB). Les supports utilisés sont le Rapport annuel de performance (RAP) et le Système d'information et de gestion des Finances publiques (SIGFIP). Les opérations conduites tournent autour des points suivants :

- la collecte des données ;
- leur analyse durant les conférences de performance ;
- la vérification de la pertinence de la structuration des programmes et dotations ;
- les perspectives.

En définitive, la détermination préalable des besoins reste non seulement encadrée par le code des marchés publics et la loi de finance, mais également doit protéger les cocontractants de l'administration.

Paragraphe 2 : Une double limitation de participation

Les principes fondamentaux de la commande publique sont incontournables en matière de la commande publique. Les « moyens fondamentaux » sont donc avant tout au

service de différents objectifs, pouvant se résumer par l'encadrement de l'intégralité de la procédure de passation des contrats de la commande publique afin de garantir et de soutenir la concurrence. Dans ce contexte, la définition du besoin est particulièrement concernée, les principes permettant aussi bien de protéger les cocontractants de l'Administration (A), que l'Administration elle-même (B)

A-La protection par les textes des cocontractants, exigence nécessaire à une bonne définition des besoins

L'article 7 du Code des marchés publics, introduit et synthétise « l'esprit » du Code et du processus de passation des marchés publics, de manière générale : les marchés publics doivent avant tout garantir une libre concurrence. Il n'est que la continuité d'un principe très ancien : la loi française du 31 janvier 1833 imposait déjà la rédaction d'une ordonnance royale précisant les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du Gouvernement. La dite-ordonnance du 4 décembre 1836 s'ouvre ainsi : « *tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées en l'article suivant* »⁵⁷. Comme le constate le professeur Laurent Richer : « *jusqu'en 2004, la mise en concurrence a reposé sur quelques principes d'ordre procédural, qui inspirent notamment, la procédure d'appel d'offre [...]. Mais en droit national, un changement est intervenu avec le Code de 2004 qui a supprimé pour les marchés inférieurs au droit européen, l'exigence de procédure formaliste, sans que pour autant les principes fondamentaux de l'article 1er ne cessent d'être applicables. La réduction du formalisme s'est accompagnée d'une revalorisation des grands principes* »⁵⁸. Ainsi, les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le Conseil d'Etat a par ailleurs souligné la portée de ces principes sur les « *marchés sans formalité préalable* ». La Haute Juridiction a jugé que la qualification comme contrat administratif vaut pour ces marchés comme pour les autres, surtout que dès lors qu'il s'agit de marchés, les principes dits « principes généraux »⁵⁹, trouvent à s'appliquer. Il est nécessaire que cette solution soit étendue à l'ensemble des marchés non soumis à l'exigence d'appel d'offres ; elle doit être valable pour les marchés qui y sont soustraits à raison de leur montant ou de la nature de leurs prestations. Le caractère « fondamental » de ces principes semble donc tenir des exigences

⁵⁷ LEMESLE Hélène, Règlementer l'achat public en France (XVIII-XIXème siècle), *op.cit.*, pp. 18-19.

⁵⁸ RICHER Laurent, droit des contrats administratifs, 8ème éd., Lextenso éd., L.G.D.J., 2012, p.469, § 835.

⁵⁹ CE, avis du 29 juillet 2002, Soc. MAJ Blanchisserie de Pantin, Rec. 297; BJDPC 2002, n°25, p. 427, concl. Piveteau.

qu'ils véhiculent, propres à garantir une stricte égalité entre les cocontractants du pouvoir adjudicateur et leur protection face à la supériorité classique de l'Administration.

La décision du Conseil Constitutionnel, en date du 26 juin 2003⁶⁰ confère la valeur constitutionnelle aux « *principes généraux de la commande publique* » et permet de ce fait de les imposer aux pouvoirs adjudicateurs avec davantage de force que par un simple acte réglementaire. Dès lors, même en l'absence de texte imposant des procédures précises, l'autorité contractante ne dispose pas d'une liberté totale et ce, quel que soit le stade de la procédure. La définition des besoins, parce qu'elle consiste en la traduction juridique de biens ou prestations techniques, est peut-être l'étape la plus dépendante des contraintes de ces principes, aussi bien ceux d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique, que celui de transparence.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, le principe général d'égalité de traitement, dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est seulement une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe impose de ne pas traiter de façon différente des situations analogues, à moins que la différence de traitement ne soit justifiée par des raisons objectives. Le principe général d'égalité de traitement implique que les règles du jeu doivent être connues de tous les soumissionnaires potentiels et doivent s'appliquer à tous de la même manière. Le principe de non-discrimination constitue donc une des composantes du principe général d'égalité.

D'ailleurs, la notion d'égalité dans la commande publique, bien qu'ancienne⁶¹, reste permanente. Ainsi dès les années 1960, le Conseil d'Etat soulignait que ce principe d'égalité interdit au pouvoir adjudicateur de modifier les conditions du marché, après avoir reçu les offres⁶², consacrant dans le même temps le caractère immuable de la définition des besoins, une fois les entreprises mises en concurrence⁶³. L'idée centrale du principe de non-discrimination est que seule la concurrence entre les entreprises permet d'effectuer le meilleur achat public possible. L'autorité contractante se trouve, dès la détermination du besoin, investi d'une mission : garantir la mise en concurrence effective des opérateurs économiques candidats ; les spécifications techniques en constituent l'un des exemples les plus pertinents.

⁶⁰ Conseil Constitutionnel, décision n°2003-473 DC, du 26 juin 2003, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit. Le Conseil Constitutionnel rappelle que les principes de l'article 1 du Code des marchés sont directement issus des articles 6 et 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

⁶¹ CE, 30 mars 1906, Sieur Ballande, req. n°9252

⁶² CE, 19 décembre 1969, société Socosat, req. n°61.003.

⁶³ Une exigence figurant à l'article 5 du Code mais régulièrement réaffirmée par le juge: voir à ce titre CE, 22 avril 1983, MM. Auffret et Dumoulin, req. n°21509Lebon p. 160; CE, 16 octobre 2000, Sté Stereau, req. n°213958.

Si elles doivent être établies de façon à favoriser l'accès égal de tous les soumissionnaires aux procédures de passation, elles ne doivent pas, par contre, avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés à la concurrence⁶⁴.

Ainsi, le respect de la liberté d'accès à la commande publique passe-t-elle par l'obligation de vérifier que la description des caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, ne fait pas référence à une fabrication, à une provenance déterminée ou à une certification nationale. Ces spécifications techniques doivent faciliter la présentation d'offres aux solutions techniques diversifiées, et non être un outil d'exclusion d'une entreprise particulière, notamment en raison de sa nationalité. Les documents de consultation du marché doivent toujours prévoir la possibilité de proposer une norme « équivalente » à celle exigée par l'objet du marché. La collectivité ne peut fixer des conditions drastiques ou imposer, via le cahier des charges, des spécifications tellement précises qu'elles ferment l'accès au marché. L'égalité de traitement est rompue lorsque l'acheteur impose des spécifications techniques supérieures aux normes en vigueur sans justification objective ou lorsqu'il fait référence à un produit d'une marque déterminée, alors qu'il était possible de décrire le marché sans recourir à une telle référence⁶⁵.

De même, l'allotissement figurant à l'article 27 du Code - qui exige de décomposer le marché en lots - a principalement été envisagé pour stimuler la concurrence en favorisant l'accès des PME à la Commande Publique. Cette exigence d'allotissement a été imposée dans le Code qui fait de l'allotissement la norme⁶⁶. Seul un inconvénient technique, économique ou financier, restreignant la concurrence, augmentant les coûts ou rendant impossible toute coordination, justifierait de ne pas allotir. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs considéré que cette disposition n'est pas discriminatoire envers les entreprises générales, car celles-ci au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché⁶⁷.

L'égalité de traitement suppose donc que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité, aussi bien au moment où ils préparent leurs offres, qu'au moment où celles-ci sont évaluées⁶⁸. Il est obligatoire pour la collectivité de transmettre aux candidats l'ensemble des informations portant sur le marché, sans toutefois être discriminatoire. À ce

⁶⁴ Voir le célèbre arrêt en la matière: Commission contre Irlande, 22 septembre 1988, aff. 45/87 dite «Dundalk», § 17 et s., où il était imposé aux soumissionnaires, la conformité de tuyaux avec une norme irlandaise et non internationale.

⁶⁵ CJCE, 24 janvier 1995, Comm. c/Pays-Bas, aff. C-359/93, Unix: Rec. CJCE 1995, I, p. 168; D 1996 jurispr. P.21, note M.-C. Bergerès.

⁶⁶ Voir l'article 27 de la loi 2020-26 du 29 Septembre 2020, *op cit*.

⁶⁷ CE, Sect. 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, BJDCEP 2007, p. 366, concl. Boulouis; AJDA 2007, 1593 note Dreyfus.

⁶⁸ CJCE 24 novembre 2005 ATI EACSrl et a., aff. C-331/04. Pt 22.

titre, le document de consultation comprenant l'ensemble des pièces contractuelles et envoyé aux entreprises⁶⁹ et la publicité du marché, doivent être rédigés avec un maximum de vigilance. Les deux premiers principes de non-discrimination et d'égal accès à la commande publique ont été complétés dès 2001, par un principe de transparence, au caractère plus global, réaffirmant avec force la volonté du législateur d'encadrer la commande publique et de protéger leurs contractants.

B-Le principe de transparence : l'information sans réserve des candidats dès la définition des besoins

Cette préoccupation est centrale et séculaire. « *Toutes les fois qu'on pourra répandre les lumières sur les actes du gouvernement, ce sera lui donner de la force* »⁷⁰ affirmait déjà un député français en 1832. Définir les besoins d'un marché, c'est avant tout faire des choix, qu'il s'agira de toujours pouvoir justifier. À propos d'un contrat qui n'est pas un marché parce qu'il confie la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone moyennant le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation, la Cour de Justice a jugé que: « *[...] Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que le dit principe est respecté* ». Cet extrait de l'arrêt de la CJCE du 7 décembre 2000 *Telaustria*⁷¹ précise ainsi l'origine du principe de transparence : ce principe découle du Traité lui-même et non des directives. Mais cette obligation ne s'applique pas à tout marché : elle relève des libertés de circulation des marchandises et de prestations de service, dont le champ d'application est lié à l'affectation du commerce intra-communautaire. La transparence se caractérise entre autres, par l'accessibilité aux informations relatives au marché et par la volonté d'en assurer une communication claire, exacte, opportune, honnête et complète. Elle s'applique à tous les

⁶⁹ Composent l'ensemble des pièces contractuelles ou DCE: l'acte d'engagement en premier lieu, puis le règlement de la consultation, les cahiers des clauses administratives et techniques particulières et les cahiers des clauses administratives générales en matière de travaux, prestations intellectuelles, marchés publics industriels, techniques de l'information et de la communication et en matière de fournitures et services courants.

⁷⁰ AP, t. 74, p. 772, 4 février 1832, Chambre des députés, intervention de Tracy, in LEMESLE Hélène, *Règlementer l'achat public en France (XVIII-XIX^{ème} siècle)*, Genèses, 2010/3 n° 80, pp. 8-26.

⁷¹ CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98, Rec. I-10770, concl. Fennely, AJDA 2001.106, note Richer.

marchés et à toutes les étapes de leur procédure. Ainsi les éléments issus de la définition des besoins, tels les critères d'attribution du marché et leur modalité de mise en œuvre, se doivent d'être portés au préalable à la connaissance des candidats⁷².

C'est alors le critère de transparence qui légitime la pondération des critères de sélection des offres, jugés instrument de transparence, dont le non-respect porte atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence. Le choix du titulaire du marché doit finalement se justifier ce qui passe par le respect, en amont comme en aval, des règles posées par le Code dès la définition des besoins, pour assurer une « traçabilité » des marchés passés par l'acheteur. La transparence est plutôt de l'ordre des moyens que de l'ordre des fins : c'est un instrument au service des deux premiers principes fondamentaux.

Ainsi, l'obligation de transparence influence la manière de penser la définition des besoins, parce qu'elle poursuit un double objectif : d'une part, garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché, d'autre part, permettre le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication⁷³. S'agissant du premier objectif, la Cour considère que la transparence suppose l'objet de chaque marché ainsi que les critères de son attribution, clairement définis⁷⁴.

Quant au second objectif, le principe de transparence s'applique surtout à la définition des besoins en ce qu'il constitue le prolongement « naturel » du principe de non-discrimination⁷⁵, voire d'égalité. Il entre alors en jeu, là encore dans le choix minutieux des critères de sélection⁷⁶. Ces trois principes constituent ainsi donc le socle de la commande publique. Ils dressent une ligne de conduite dont la collectivité ne peut se départir et qu'elle a à intégrer dès la phase de définition des besoins, protégeant les cocontractants d'éventuels abus. Mais c'est tout autant dans les deux objectifs opérationnels d'efficacité de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics, que transparait l'importance de cette phase initiale de définition des besoins.

⁷² CE, sect. 30 janvier 2009, ANPE, Rec. 4, concl. Dacosta; BJDCP 2009, n°64, p.201, concl. Dacosta; AJDA 2009. 602 obs. Dreyfus.

⁷³ CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98, *op. cit*

⁷⁴ CJCE, 14 octobre 2004, Comm. c/France: Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 69, W.Zimmer; Europe 2004, comm. 403, E.Meisse; BJCP 2005, p.47, C. Maugüé)

⁷⁵ CJCE, 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia A/S, 3A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab et Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri, aff. C-275/98 où la Cour avait déjà jugé que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ne saurait être interprété restrictivement. Il implique notamment, une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect.

⁷⁶ CJCE 24 novembre 2005 ATI EACSrl et a., aff. C-331/04, *op. cit*.

CHAPITRE 2 : UNE DELICATE APPREHENSION DE L'OBJET DU MARCHÉ

La complexité des règles de droit est une préoccupation constante des autorités contractantes qui demandent de simplifier, de codifier et de moins modifier le droit existant⁷⁷. D'une façon plus générale, le rapport de 1991 du CE alerte sur les difficultés d'un droit qui s'éloignerait du citoyen (...) *rien n'est plus contraire au principe d'égalité entre les citoyens que de laisser proliférer un droit si complexe qu'il n'est accessible qu'à une poignée de spécialistes*. Véritable mise en garde visant à accroître encore dans les travaux réglementaires en cours à l'époque le souci de simplification et de clarification, ce jugement sévère du Conseil d'Etat, est toujours d'actualité. Il l'est d'autant plus en matière de marchés publics, à l'heure où les besoins de l'acheteur se complexifient, avec l'émergence de nouveaux enjeux politiques. L'objet du marché, notion à priori simple (**Section 1**), contribue à accumuler ces difficultés en complexifiant à son tour certains pans du stade de définition de la commande obligeant ainsi à un arbitrage (**Section 2**).

SECTION 1 : L'objet du marché, une notion *a priori* simple

L'objet du marché ne semble plus être entendu comme étant « la satisfaction des besoins pour lesquels l'acheteur passe le marché », donc les outils mis à sa disposition, mais davantage comme « la finalité *stricto sensu* du marché » que l'on peut réduire à « son intitulé ». Bien que difficile à appréhender (**Paragraphe 1**), l'objet du marché permet de retenir l'offre la plus économiquement avantageuse (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une difficile appréhension

La notion d'objet du marché est d'autant plus complexe, qu'elle englobe plusieurs sens (**A**). Elle est pourtant souvent utilisée pour requalifier un contrat, suite à un besoin mal défini (**B**).

⁷⁷ Poursuivre la décentralisation, réflexion sur le bilan et les perspectives de la décentralisation, commission du livre blanc présidée par J. CHABAN-DELMAS et R. MONORY, page 92.

A-Une notion polysémique

L'objet désigne l'ensemble des droits et obligations que le contrat crée entre les parties. L'article 1126 du Code Civil dispose que « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou ne pas faire. En d'autres termes, le contrat a pour objet des obligations, qui ont pour objet des prestations, qui ont pour objet des choses ou un ouvrage* »⁷⁸. L'objet constitue donc la donnée essentielle de tout contrat, administratif ou non : il concerne ainsi l'ensemble des contrats de la commande publique. Conformément au droit commun des obligations, un contrat suppose pour être valide, la réunion de quatre conditions⁷⁹ dont l'existence en droit administratif reçoit une application spécifique, sans remettre en cause leur principe essentiel.

L'objet du contrat administratif pour lequel, selon le professeur Christophe Guettier⁸⁰, les dispositions du Code Civil à son sujet sont tout à fait transposables, doit remplir des conditions de droit commun et permettre la détermination des biens, des services concernés (article 1129 du Code Civil) et la détermination d'un prix. L'objet doit enfin être réalisable et licite (article 1128 du Code Civil). Le droit administratif utilise souvent l'objet des contrats comme critère d'identification et de distinction de variétés de contrats entre eux, provoquant une requalification en cas d'un objet mal identifié.

L'objet du marché peut pourtant paraître, de prime abord, simple à définir : le titulaire du marché fournit à la personne publique des travaux, des fournitures ou des services. C'est la conception fonctionnelle des besoins, telle que définie par Florian Linditch dans un article récent relatif à l'achat de places de spectacle⁸¹. Il indique ainsi que *l'objet d'un marché public [peut] être déterminé de deux manières. On peut, pour commencer, considérer l'achat lui-même. [...] La solution retenue privilégie une autre conception, à savoir celle de la destination ou de la fonctionnalité de l'achat. En d'autres termes ce n'est plus ce qui est acheté qui permettra de déterminer l'objet du marché, mais plutôt ce pourquoi est acheté la fourniture ou le service en question. C'est pourtant sous l'angle de l'objet de l'achat que le Code envisage principalement la notion d'objet, comme le démontre la définition des marchés publics de travaux et celles des fournitures et services, issues de l'article 1.*

⁷⁸ MOUSSERON J.M., *Technique contractuelle*, 3^{ème} éd., n°316.

⁷⁹ Article 1108 du Code Civil : *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation.*

⁸⁰ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF 2008, n°464 et s.

⁸¹ LINDITCH Florian, Comment acheter des places de spectacles en respectant le Code des marchés publics, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 12, 26 Mars 2012, 2087.

Mais le Code envisage également la notion d'objet du marché en tant que fonctionnalité, comme une notion subsidiaire. Comme le souligne encore le Professeur Linditch, cela transparaît aussi bien dans la notion d'ouvrage, que dans la détermination des seuils : les travaux ne doivent pas être comptés eu égard au fait qu'il s'agit de travaux, mais parce qu'ils concourent à la réalisation d'une même « opération ». Le même raisonnement se retrouve pour la computation des achats de fournitures et de services.

Or de cette définition de l'objet du marché semblent émerger deux difficultés : d'une part, encouragée par l'évolution jurisprudentielle, elle brouille la frontière entre certains contrats de la commande publique, ce triste constat étant illustré par l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin⁸² et celui du 15 mai 2013, Ville de Paris⁸³. Sur ce point, il faudrait aussi s'intéresser à l'évolution de la négociation des directives concessions, qui selon certains auteurs, semble aboutir à un mélange des genres, entre concessions de services publics et marchés publics⁸⁴.

D'autre part, la notion d'objet du marché pose surtout la question d'introduction des clauses sociales et environnementales. Si leur contour est relativement bien défini par la législation et la jurisprudence, la difficulté pour l'autorité contractante résulte dans l'ambiguïté de la position du juge administratif quant à leur application concrète.

B-Une requalification des contrats

L'objet constitue souvent l'un des critères d'identification et de distinction d'une variété de contrats par rapport à une autre : les conventions de service public ont nécessairement pour objet la gestion déléguée d'un service public à un délégataire de service public. À défaut, la convention sera requalifiée par le juge administratif. En fait, s'agissant de la fourniture de services, l'objet d'un marché public peut s'avérer très proche de celui d'une convention de délégation de service public. Ces « marchés de service public » possèdent en effet un objet voisin, si ce n'est identique, à celui d'une convention de service public. Toutefois, la distinction entre ces deux types de contrats publics ne repose pas sur le seul

⁸² CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin, req n° 338272 et n° 338527.

⁸³ CE, SSR, 15 Mai 2013, Ville de Paris, req. n°364593.

⁸⁴ Voir en ce sens, la journée d'études du 31 Mai 2013, à l'Université de Valenciennes sur le projet de directive portant sur l'attribution des contrats de concessions. Quelles conséquences pour les collectivités ?

critère de l'objet : la différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public tient au mode de rémunération retenu⁸⁵.

La notion d'objet du marché, perçue comme garante du respect des principes fondamentaux, est utilisée dans un premier temps pour restreindre le recours au développement durable dans la phase de définition des besoins. Un assouplissement en la matière est donc souhaité pour appliquer l'article 7 du code des marchés publics le plus sereinement possible.

Saisi en cassation de la procédure de passation d'un contrat dénommé « *concession de service public* » ayant pour objet de déléguer par affermage la gestion d'un service public de restauration scolaire, le Conseil d'État, après examen des stipulations contractuelles, procède à la requalification du contrat en marché public, estimant qu'en l'espèce, la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché⁸⁶.

Dans l'affaire en cause, la rémunération du titulaire était en effet constituée, en plus des recettes perçues sur les usagers, d'une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle ainsi que d'un complément de prix unitaire au repas servi versés par la personne publique et représentant 86 % de la rémunération du cocontractant. Le risque économique du titulaire ne portait ainsi que sur la différence entre les repas commandés et ceux effectivement servis, sur les variations de la fréquentation des cantines et sur les impayés. Or, relève le juge, « *eu égard à l'existence d'un dispositif de commande des repas, prévu par les stipulations de la convention, la différence entre les repas commandés et les repas servis ne saurait varier de manière substantielle ; en outre, compte tenu de l'objet du service, consistant en la fourniture de repas pour les cantines scolaires, pour les crèches et pour les centres aérés, et de la durée du contrat, limitée à quatorze mois, le nombre d'usagers n'est pas non plus susceptible de variations substantielles durant l'exécution de la convention* ». En l'absence d'éléments fournis par l'administration permettant d'évaluer le risque découlant des impayés, le Conseil d'État en conclut que le critère du transfert de risque lié à l'exploitation n'est pas rempli en l'espèce et que le contrat en cause n'est donc pas une concession.

À l'occasion de cette affaire, le Conseil d'État précise par ailleurs « *que les dispositions du 1° de l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics*⁸⁷

⁸⁵ Pour un marché public, le paiement effectué par l'acheteur public est intégral et immédiat. Pour une délégation de service public, la rémunération est tirée de l'exploitation du service et assurée par les usagers, via le versement d'une redevance.

⁸⁶ CE, 24/05/2017, Société Régale des Îles, n° 407213

⁸⁷ Article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

définissent de manière exhaustive les conditions dans lesquelles une personne publique peut, en cas d'urgence, conclure un nouveau marché public, notamment à titre provisoire, sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites » (contrairement aux contrats de concession pour lesquels il n'existe aucune disposition similaire⁸⁸. Dans ces conditions, un acheteur n'est pas fondé à invoquer les dispositions de cet article lorsque la passation du contrat en cause fait suite à la résiliation d'une précédente convention par le juge avec un effet différé de huit mois, afin de permettre précisément à l'administration de passer régulièrement une nouvelle convention, et que durant ce laps de temps, la personne publique n'a pris aucune initiative en vue de lancer une nouvelle procédure de passation.

Le sujet de la requalification des contrats est donc quelque peu incertain. Il est toutefois une certitude qu'il faut garder à l'esprit : en cas de doute, au moment de la détermination préalable du besoin, sur l'objet du contrat qui sera conclu à son terme, l'autorité contractante est tenue d'appliquer la procédure de passation « *la plus rigoureuse* »⁸⁹ c'est-à-dire, de suivre une procédure de marché ou de concession alors même que le contrat finalement conclu ne sera pas un contrat de la commande publique.

Paragraphe 2 : La recherche d'un avantage économique

La définition précise du besoin est une étape fondamentale de tout processus de commande publique. Elle constitue en effet une condition *sine qua non* pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions techniques et économiques possibles, l'autorité contractante devant s'évertuer, par ce travail en amont, à faire coïncider son besoin – et les modalités de sa réalisation – avec les prestations susceptibles d'être accomplies par les opérateurs du secteur économique concerné. La recherche d'un avantage économique est une obligation de l'autorité contractante (A). Cet avantage est parfois éprouvé (B)

A-Une obligation de l'autorité contractante

La dynamique d'intégration économique en Afrique s'est résolument inscrite dans une perspective de promotion, par le droit, d'une économie de marché à l'échelle sous régionale. En effet, l'économie du marché n'a jamais signifié l'absence de droit, même dans la conception la plus minimaliste de l'encadrement juridique de l'économie. C'est pourquoi, l'UEMOA a entrepris un programme régional de réforme visant à instaurer dans le domaine

⁸⁸ CE, 14/02/1017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port Maritime de Bordeaux, n° 405157

⁸⁹ CE 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, req. n° 317671 ; CE avis 22 janvier 2019, n° 396221.

spécifique de la passation des marchés publics, des pratiques de bonne gouvernance économique permettant aux Etats membres d'assurer l'efficacité de la dépense publique. Dans ce cadre, des textes communautaires spécifiques au droit des marchés publics ont été adoptés : la directive n° 04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service publics et la directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et délégation de service publics. En droit béninois les principes des marchés publics sont des principes opposables à tout marché, quelle que soit sa nature, ou quel que soit son montant. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité des marchés publics et une bonne utilisation des deniers publics. En effet l'autorité contractante doit veiller à l'avantage économique lors de l'attribution du marché. *« Le principe d'économie et d'efficacité a un double sens juridique. D'une part, il signifie que dans la mise en oeuvre des procédures, l'accent doit être mis sur le respect des normes et exigences et la célérité dans la conduite des procédures, d'où le respect des délais impartis à chaque acteur intervenant dans les procédures, sous peine de sanction. D'autre part, il exige la recherche de l'économie dans la détermination de l'offre la mieux disante et non plus seulement de l'offre la moins disante. C'est une exigence qui rend difficile, l'évaluation et l'analyse des offres en vue de la détermination de l'attributaire. L'application de ce principe exige des acteurs la détermination des critères objectifs, permettant de faire des acquisitions de qualité à moindre coût au profit de l'administration. L'attribution du marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre la moins disante ne peut se faire sans rechercher si ladite offre est plus avantageuse économiquement au regard des besoins à satisfaire. »*⁹⁰ La concurrence est devenue la norme juridique générale régissant toutes les activités économiques et commerciales. Désormais, les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la mise en concurrence.

B-Un avantage économique éprouvé

Si l'acheteur public dispose d'une latitude importante pour concevoir et définir la nature des besoins à satisfaire qui font l'objet du marché, sa marge de manœuvre est plus étroite concernant la définition de l'objet du marché dans ses spécifications et dans sa consistance. Les administrations doivent se référer à des spécifications types et aux normes communautaires. Trop de précision dans les clauses techniques d'un marché peut restreindre la concurrence et par la suite la recherche de l'économie du marché. Seulement quelque

⁹⁰ SALAMI (I. D.), Droit administratif, 2^{ème} édition refondue et enrichie, CeDAT 2021, page 171

entreprises sont capables de répondre à l'appel d'offre. Trop peu de précision dans la définition risque de fausser la concurrence, car les offres seront difficilement comparables. Compte tenu de l'importance des clauses techniques au regard de la concurrence, les pouvoirs publics ont encadré les actions de l'autorité contractante par la mise œuvre d'un repertoire des prix. Retenons que la recherche de l'économie du marché ne peut pas jouer, si pour répondre aux besoins de l'administration, un seul entrepreneur ou fournisseur détient un monopole résultant de l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs⁹¹. La mise en concurrence est généralement faussée par la rédaction des clauses techniques se référant à des marques ou à des types de produits. Au stade de la détermination des besoins la spécification à l'aide des marques est interdite. Mais souvent, l'administration étant satisfaites de tel ou tel produit ou machine, les utilisateurs étant familiarisés à leur utilisation, la copie des fiches techniques de ces produits ou matériels tient lieu de spécification technique pour les achats ultérieures. Il est relativement fréquent que la satisfaction d'un besoin donne lieu à la passation d'une succession de marchés. Si le besoin est initialement évalué de façon globale, la mise en concurrence portera sur un ensemble de prestations et elle jouera pour chacune de ces prestations en une seule fois. Traditionnellement, pour des raisons comptables les acheteurs publics évaluent l'investissement à réaliser prendre en compte les coûts ultérieurs de sa maintenance et de son exploitation technique⁹². Des marchés distincts sont ensuite passés pour la maintenance des bâtiments ou installation le plus souvent sans mise en concurrence, avec le titulaire du marché initial. Or un marché global pourrait réduire les dépenses pour l'autorité contractante.

SECTION 2 : L'arbitrage nécessaire

L'article 73 du code des marchés publics a-t-il une valeur juridique, contraignante incontestable, il est même au moins autant des normes de gestion⁹³ : le Code des marchés a bien intégré la dualité droit/économie du droit des marchés, en imposant des normes juridiques générales, tout en proposant des outils concrets au service d'une stratégie d'achats. Ceci passe par une détermination préalable (**Paragraphe 1**) et un ajustement de la détermination aux besoins (**Paragraphe 2**).

⁹¹ Voir article 34 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés en république du Bénin

⁹² BAKHOUN (M.), « La répartition et exercice des compétences entre l'Union et les Etats membres en droit de la concurrence dans l'UEMOA » in revue Internationale de Droit Economique, 2005, pp. 319-354

⁹³ KIRAT T., VIDAL L., KELESIDIS D., MARTY F., URI D., De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics, in Agences de notation, immobilier et contrats publics. Contribution sur l'attractivité économique du Droit, Dir : B du Marais (Ed.) (2007) 165-252.

Paragraphe 1 : Une détermination préalable

Le Code favorise une coopération accrue entre les différents acteurs de la définition du besoin (A). Une bonne politique d'achats publics passe donc surtout par une rationalisation des comportements de l'autorité contractante qui doit jongler entre encadrement procédural de l'achat public et prise en compte des circonstances en l'espèce, en fonction de la nature et des conditions de l'achat en cause (B).

A-Les acteurs

C'est à l'autorité contractante qu'il revient de veiller au bon déroulement de toute la phase de la définition du besoin car elle a un impact fondamental sur l'efficacité de tout le processus achat. Il faut particulièrement faire attention au fait qu'il doit intervenir le plus en amont possible pour être en mesure de gérer efficacement la demande interne dès le stade de son apparition et de réaliser une étude de marché pertinente. Il est, en effet, certain que plus l'intervention de l'autorité contractante est tardive, plus sa valeur ajoutée et son impact sur la commande réalisée diminuent. C'est pourquoi l'article 10 du code définit les tâches de la Personne Responsable des marchés publics en précisant qu'elle est chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés, notamment :

- la détermination de la procédure et du type de marché ;
- le lancement des procédures ;
- la rédaction et la signature des contrats et avenants ;
- le suivi de l'exécution des marchés et la participation aux réceptions des ouvrages, fournitures et services, objet des marchés ;
- la tenue des statistiques et des indicateurs de performance, la rédaction des rapports sur la passation et l'exécution des marchés publics pour l'autorité contractante et leur transmission à l'autorité de contrôle et à l'autorité de régulation des marchés publics ;
- la mise en œuvre de l'ensemble des procédures d'enregistrement des différentes phases, qu'elles soient administratives, techniques ou financières et en assurer l'archivage par les méthodes modernes efficaces.

La personne responsable des marchés publics peut se faire représenter dans l'exercice de ses fonctions, sauf pour le choix de l'attributaire et la signature du marché. La personne responsable des marchés publics est assistée dans l'exécution de sa mission par la Commission d'Ouverture et d'Évaluation (COE) des offres.

Comme autres acteurs d'une bonne détermination préalable des besoins, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics⁹⁴ est chargée de contrôler :

- *a priori*, la procédure de passation des marchés publics d'un montant égal ou supérieur à un seuil fixé par décret pris en Conseil des ministres ;
- *a posteriori*, les procédures de passation en dessous dudit seuil, ainsi que les modalités d'exécution des marchés ; le contrôle *a posteriori* n'est exécuté que pour autant que l'Autorité de régulation des marchés publics n'a pas encore été saisie d'une dénonciation ou d'une plainte liée à des irrégularités commises à l'occasion d'une procédure de passation ou d'exécution d'un marché.

A ce titre, la Direction nationale de contrôle des marchés publics :

- procède à la validation et à la publication des plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics ;
- procède à la validation des dossiers d'appel à concurrence avant le lancement de l'appel à la concurrence et la publication correspondante ;
- accorde les autorisations et dérogations nécessaires à la demande des autorités contractantes, lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ;
- procède à la validation du procès-verbal d'attribution provisoire du marché élaborés par la commission d'ouverture et d'évaluation ;
- procède à un examen juridique et technique du projet de contrat avant son approbation ;
- procède à la validation des projets d'avenants ;
- apporte un appui technique aux autorités contractantes depuis la préparation des dossiers d'appel à concurrence jusqu'à la réception définitive des prestations.

Enfin l'Autorité de Régulation des Marchés publics reste un acteur incontournable pour une détermination préalable efficace. A ce titre elle a pour mission d'assurer la régulation de l'ensemble du système de passation de la commande publique. Cette mission de régulation a pour objet entre autres :

« (...) la mise en place des procédures d'audits techniques indépendants de la commande publique ainsi que la sanction des irrégularités constatées ; le règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation des marchés publics et de

⁹⁴ Voir l'article 2 du décret n°2020- 598 du 23 décembre 2020 portant attribution, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics

partenariat public-privé, (...) »⁹⁵. Autre titre de sa mission, l'ARMP est chargée entre autres « d'assurer annuellement par le biais « d'audits techniques et indépendants, le contrôle périodique a posteriori de la passation et de l'exécution de la commande publique, (...), transmettre au Président de la République, un rapport annuel sur l'efficacité et la fiabilité du système de passation, d'exécution et de contrôle de la commande publique »⁹⁶.

B-La procédure

Au-delà, la détermination préalable du besoin correspond à une exigence juridique conditionnant la régularité des procédures de publicité et de mise en concurrence mises en œuvre et impactant directement, par une relation de cause à effet, la nature de ces dernières. L'occasion nous est ici donnée de nous attarder sur cette seconde problématique et de revenir, d'une part, sur la détermination de la procédure adéquate en fonction des spécificités du besoin déterminé et, d'autre part, sur les conséquences d'une éventuelle insuffisante définition du besoin sur la procédure menée. Par « besoins » de l'autorité contractante, on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.) mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés publics de formation et d'insertion, marchés publics de transport scolaire, etc.). Pour être efficace, l'expression des besoins impose :

- l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation;
- la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur la documentation technique ou sur l'organisation d'un sourcing ;
- la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;
- lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté, voire des coûts liés à son élimination ou à son recyclage.

⁹⁵ Voir article 2 du décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de Régulation des Marchés publics.

⁹⁶ *Idem*.

Pour y parvenir, l'autorité contractante doit traduire le besoin dans un document contractuel, en principe, le cahier des clauses techniques particulières (CCTP). Les opérateurs économiques sont tenus de remettre une offre conforme à ce cahier des charges. Quel que soit le type de procédure, les besoins doivent être définis avec précision. En procédure adaptée, cette obligation peut être satisfaite, en pratique, par la rédaction d'un descriptif qui, le cas échéant, pourra être succinct. En tout état de cause, l'acheteur doit communiquer aux candidats toutes les informations utiles dont il dispose. Ainsi, les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques. L'autorité contractante doit définir ses besoins en recourant à des spécifications précises qui ont pour objet de décrire les prestations faisant l'objet du marché public. A cet égard, une offre d'un candidat qui ne respecte pas une spécification technique doit être rejetée par l'autorité contractante en tant qu'elle constitue une offre irrégulière. Usuellement, ces spécifications sont les prescriptions techniques qui décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Mais elles peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou à une caractéristique du cycle de vie. En tout état de cause, ces spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché public et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs. L'acheteur peut ; - se référer à des normes (ou à d'autres documents préétablis), approuvés par des organismes reconnus, notamment par des instances professionnelles en concertation avec les autorités publiques nationales. Il s'agit d'une évaluation technique, d'une spécification technique commune ou d'un référentiel technique.

Paragraphe 2 : Un ajustement de la détermination au besoin

Selon le professeur Cyrille Emery, l'efficacité de l'achat public et son corollaire, la bonne utilisation des deniers publics, feraient partie des principes de l'achat public, la protection des deniers publics est même à l'origine du droit de la commande publique⁹⁷. De même, c'est parce que l'autorité contractante a vocation, dans le cadre d'un marché public, à faire une dépense, que le droit des marchés publics s'applique. Le droit des marchés publics serait ainsi un droit de la bonne utilisation des deniers publics (A), c'est-à-dire de l'utilisation économiquement avantageuse de l'argent public⁹⁸, porteur d'efficacité de la commande publique (B).

⁹⁷ EMERY Cyrille, *Passer un marché public*, Delmas, 2001.

⁹⁸ SCMIDT P., *La personne responsable du marché*, Guides Juridiques, Paris, Le Moniteur, 2004, p. 89.

A-Le principe de bonne gestion des deniers publics comme clé de voûte de la définition du besoin

La fonction économique assignée aux règles générales et aux procédures de passation, transparaît nettement dans la rédaction de l'article 7, du Code des marchés publics. Ce texte précise en effet que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que la rédaction antérieure de l'article 7 du Code semblait beaucoup plus pertinente, ou à tout le moins complète, parce qu'elle mettait en lumière la cohérence de l'ensemble des règles de passation des marchés publics. Autrement dit, dans sa rédaction antérieure, l'article 7 contenait un triptyque: principes, fins et moyens : quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse [...]. D'ailleurs, le code des marchés publics, prévoyait que l'acheteur doive se comporter en opérateur économique avisé utilisant sa connaissance du marché et ses capacités de négociations pour obtenir le résultat le moins coûteux et garantir ainsi le bon usage des deniers publics dont il a la responsabilité. Ainsi, le code impose la publicité préalable, la mise en concurrence, la définition préalable des besoins et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Comme le souligne Olivier Févrot, maître de conférences en droit public, il faut observer que « si la définition préalable des besoins et la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse sont des conditions indispensables pour assurer la performance de l'achat public, en quelque sorte l'alpha et l'oméga de la commande publique, ce sont, plus largement, l'ensemble des règles de passation qui se voient assigner une fonction économique »⁹⁹. Le processus de définition des besoins s'intègre donc plus largement dans une structure de marché concurrentiel. D'ailleurs, la performance contractuelle passe par la mise en concurrence, laquelle est supposée permettre une allocation optimale des ressources¹⁰⁰. De même, le processus de sélection des entreprises – candidatures

⁹⁹ FEVROT Olivier, J.-Cl. administratif, Fasc. 635: passation des marchés publics.

¹⁰⁰ LUCAS C. de LEYSSAC et PARLEANI G., *Droit du marché*, Paris, PUF, Coll. "Thémis" –Droit privé, 2002, p.15.

puis offres – dont les composantes découlent d’une bonne définition des besoins¹⁰¹, doit avoir pour finalité d’obliger les postulants à fournir un maximum d’informations à l’administration, pour faciliter cette mise en concurrence et ainsi minimiser les risques de gaspillage des deniers publics. Ce principe de bonne gestion renvoie directement à la notion émergente de « mieux disant » et à celle plus générale de la performance, ou efficacité de la commande publique.

B-L’efficacité de la commande publique : condition de la bonne utilisation des deniers publics

Cette « efficacité de la commande publique » a moins valeur de principe¹⁰² que d’objectif, voire d’idéal à atteindre. Cependant, par son caractère général, cette notion est difficile à appréhender et les enjeux qu’elle induit d’autant plus difficiles à identifier. Elle ne serait donc que la conséquence du strict respect des principes de liberté d’accès à la commande publique, de non-discrimination et de transparence. Olivier Févrot l’assimile à la notion de performance. Pour lui, la majorité des règles de passation des marchés publics sont autant de moyens d’assurer l’efficacité de l’achat des personnes publiques. Aussi, les règles de passation présentent une double dimension : éthique, en assurant l’orthodoxie et la moralité des opérations contractuelles et, économique, en ce qu’elles permettent d’assurer la rationalité de ces mêmes opérations¹⁰³. C’est ainsi que pour l’autorité de la concurrence, - afin de déterminer « l’offre économiquement la plus avantageuse » -, le choix des critères de sélection est même l’objectif synthétique du droit des marchés publics¹⁰⁴. L’efficacité de la commande publique reste cependant très dépendante du contexte économique : l’analyse économique du contrat tend à montrer que le caractère optimal des procédures formalisées comme l’appel d’offres ne se vérifie qu’en situation de marché concurrentiel, c’est -à-dire lorsque le besoin de la personne publique est spécifié avec précision et que l’on est face à un véritable état concurrentiel des offreurs. En revanche, lorsque la personne publique n’est pas en capacité de définir avec précision son besoin ou lorsque la concurrence ne peut jouer, notamment en situation de monopole bilatéral, les procédures formalisées n’apparaissent plus

¹⁰¹ L’entreprise doit d’abord avoir les compétences nécessaires, au regard de l’objet du marché, préalablement défini, pour être admise à soumettre une offre, elle-même basée sur l’objet du marché.

¹⁰² «Ce qui est à l’origine de toute chose, qui en est la cause première» ou «base sur laquelle repose l’organisation de quelque chose, ou qui en régit le fonctionnement» selon le dictionnaire Larousse.

¹⁰³ FEVROT O., *La performance dans les contrats administratifs*, Paris, RRJ 2005, p.2359.

¹⁰⁴ Conseil Constitutionnel, Avis n° 00-A-25 du 25 novembre 2004 relatif à un projet de décret portant réforme du Code des marchés publics, in A. TUECH, *l’acheteur public: juriste et manager*, dir. A. BLANC-BOGE, 2007.

optimales¹⁰⁵. Dans tous les cas, les règles de passation des marchés publics doivent tenir compte de la complexité du phénomène concurrentiel afin d'assurer l'efficacité économique de l'achat. Cette nécessité explique, pour une large part, l'existence de procédures dérogatoires laissant place, au-dessus des seuils communautaires, à la négociation ou, plus pudiquement, au dialogue avec les entreprises candidates à travers les procédures du marché négocié et du dialogue compétitif.

En définitive, les obligations de publicité et de mise en concurrence sont souvent vécues comme autant de contraintes lourdes et passablement inutiles par les acheteurs publics. Or, elles mériteraient d'être davantage perçues comme des instruments visant à assurer l'efficacité de l'achat et comme des leviers de performance économique. Laurent Richer note à ce propos que la crainte de commettre une illégalité, laquelle est pénalement sanctionnée, est de ce fait, devenue tellement forte, que les responsables de la passation des marchés ont tendance à se focaliser sur le respect de la règle, parfois aux dépens de la rationalité économique¹⁰⁶. Induite par les réformes successives du Code des marchés publics, la professionnalisation de la fonction d'achat obéit à cette même logique d'efficacité¹⁰⁷. D'ailleurs, si au niveau étatique, les acheteurs tendent de plus en plus à se rapprocher de cet état de fait¹⁰⁸, à l'échelle de la collectivité, la mutation est moins aisée, surtout à l'heure où les exécutifs locaux manifestent parfois la volonté de faire de l'achat public un instrument de politique publique (qui) passe par la prise en compte de considérations ne présentant pas un intérêt immédiat pour l'acheteur. Et dans ce cas précis, il arrive souvent que l'objectif d'efficacité de la commande publique passe au second plan. L'exemple le plus marquant reste l'introduction de considérations sociales ou environnementales, dans l'article 7 du Code des Marchés qui précise et complète les principes fondamentaux de la Commande publique, en garantissant leur plein effet par l'imposition de normes juridiques. Déterminants, ils sont la clé d'un achat réussi¹⁰⁹, de leur bonne compréhension dépendra la « qualité » finale du marché.

¹⁰⁵ MOUGEOT M. et NAEGELEN F., Analyse micro-économique du Code des marchés publics: Revue économique 1988, p.735 s.; Les marchés publics –Règles, stratégies, Politiques: *Économica*, 1993, p.169s.

¹⁰⁶ RICHER L., Droit des Contrats Administratifs 8ème éd. L.G.D.J., Lextenso éd., 2012, op. cit. pp. 472-473.

¹⁰⁷ FEVROT Olivier, J.-Cl. administratif, Fasc. 635: passation des marchés publics, op. cit.

¹⁰⁸ Voir à ce titre l'article de Guillaume CANTILLON, sur les enjeux de la création du «Service des achats de l'État»: CANTILLON G., Création du «Service des achats de l'État»: vers un achat performant et durable?, *Contrats et Marchés publics*, n° 5, Mai 2009, étude 5.

¹⁰⁹ Expression issue de la Circulaire du 14 février 2012, relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

SECONDE PARTIE :
UNE DÉTERMINATION PERFECTIBLE

Pour toutes les entités, « *la stratégie consiste à exercer un contrôle sur son territoire* »¹¹⁰. Celui de la fonction achats est le champ de l'approvisionnement à titre onéreux. L'autorité contractante doit ainsi connaître, qualifier, puis influencer le flux de dépenses de son entité. Le déploiement de la stratégie comporte obligatoirement deux étapes. La première est la cartographie des dépenses. Il faut rassembler, nettoyer, classer puis hiérarchiser les informations issues du système d'information économique et financier. Cette carte à plat permettra d'identifier les priorités et concentrer les moyens pour la commande.

Dans un second temps, la réflexion stratégique consiste à identifier pour chaque famille d'achat le meilleur opérateur des processus de mise en concurrence et de suivi contractuel des marchés. L'autorité contractante doit certes décider de la stratégie mais il peut confier à d'autres entités, internes ou externes, le soin de mettre en œuvre le Code des marchés publics. L'identification de l'intégralité des dépenses de fonctionnement et d'investissement qui relèvent de la fonction de l'autorité contractante est un exercice en apparence simple mais d'une délicatesse qui éprouve son efficacité (**Chapitre 1**) et appelle à une adaptation constante (**Chapitre 2**)

¹¹⁰ MARAVAL Philippe. « Chapitre 2. Mettre en œuvre une stratégie d'achats publics », *Optimiser la commande publique. Organisation, acteurs et méthodes d'un service achats performant*, (dir) Maraval Philippe, Paris, Dunod, 2015, pp. 91-123.

CHAPITRE 1 : LES ENTRAVES A L'EFFICACITE

Alors que les exigences entourant le métier d'acheteur dès la définition des besoins se multiplient, la mise en pratique des normes juridiques et outils concrets fournis par le Code des Marchés, n'est pas un exercice aisé et nécessite pour l'acheteur public, de se poser les questions les plus pertinentes (**Section 1**). Dès lors, il est de plus en plus délicat pour l'autorité contractante d'éviter les difficultés économiques et les sanctions juridiques lors de l'exécution du marché (**Section 2**).

SECTION 1 : La détermination préalable complexe

L'acheteur public doit d'abord tenter de limiter l'objet de l'achat (**Paragraphe 1**), puis s'interroger sur l'opportunité d'y intégrer de nouvelles préoccupations qualitatives, telle la notion de « mieux-disant » (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Des interrogations de l'autorité contractante

Selon Albert Einstein, la chose importante est de ne pas cesser de s'interroger. Encore faut-il se poser les questions les plus judicieuses. Celles-ci varient selon « la casquette portée » par l'acheteur public. L'acheteur technicien raisonne en termes de quantités, d'usage à long terme, de catégories de personnes visées par le marché en question : s'agit-il d'un achat au bénéfice d'un seul utilisateur ? De plusieurs services, de l'ensemble de la collectivité ? À quelle période sera-t-il utilisé ? Dans quels lieux et à quel rythme le bien ou le service sera-t-il consommé ? Y-a-t-il un niveau de sécurité particulier ? L'acheteur juriste se pose des questions similaires mais dont les finalités portent essentiellement sur la sécurité juridique du marché. Les premières étapes (**A**) jusqu'aux dernières, (**B**) illustrent bien ce rôle.

A-Les questions initiales

Avant toute chose, considérée comme entité comprenant donc le juriste et le technicien, l'autorité contractante doit envisager l'ensemble des dépenses gravitant autour du besoin, objet du marché. C'est l'analyse dite « fonctionnelle » des besoins du service, c'est-à-dire inventorier les opérations comptables pour lesquelles une déclinaison ultérieure des opérations techniques sera effectuée. Il s'agit de prévoir les besoins par grandes natures d'achats, donc recenser globalement les besoins de la collectivité par nature, puis de faire adopter les niveaux de procédures réglementaires les plus adaptés¹¹¹. L'anticipation de l'achat public est essentielle pour la performance de l'achat : des commandes ponctuelles,

¹¹¹ Observatoire Économique de l'Achat Public, Guide de bonnes pratiques : susciter une offre pertinente dans les marchés publics, aide à l'expression des besoins, février 2008.

individuelles et/ou urgentes étant nécessairement plus onéreuses. Évidemment, des techniques telles que la connaissance approfondie des marchés des fournisseurs ou l'intégration du coût de fonctionnement ou de maintenance par une démarche en « coût global », facilitent la procédure et peuvent même aboutir au choix d'un autre bien ou service que celui initialement envisagé¹¹². En outre, un tel travail de recherche en amont simplifie le choix de spécifications techniques, voire fait émerger des enjeux environnementaux jusqu'alors pas envisagés¹¹³. En matière de marchés publics de travaux, il faut souligner la nécessité d'investigations préalables poussées, telles des études de sol approfondies en matière de construction. Il faut d'ailleurs être particulièrement vigilant, s'agissant des commandes pas directement rattachées à un besoin de la collectivité : c'est notamment le célèbre cas de l'achat des places de football. Dans ces trois espèces¹¹⁴, l'absence de bonne détermination de la nature du besoin à satisfaire confère à la procédure un caractère illégal¹¹⁵.

Ce travail achevé, il s'agira de vérifier si les seuils définis dans la réglementation¹¹⁶ et déclenchant l'application des procédures formalisées, sont atteints. L'autorité contractante détermine ensuite la procédure la plus avantageuse adaptée à même de répondre aux exigences du besoin et à la durée du marché. Au-delà, c'est la procédure formalisée qui est obligatoire. La différence entre les deux procédures réside principalement dans les exigences attendues en matière de publicité (vecteur de concurrence visant à solliciter la candidature des entreprises) et de formalisme et de mise en concurrence. Ainsi, l'égalité devant le service public implique l'absence de traitement discriminant, garantie par la collégialité de la commission d'appel d'offres et par la nette séparation entre la phase de sélection des offres et celle des candidatures¹¹⁷. L'autorité contractante peut aussi se tourner, si nécessaire, vers les procédures spécifiques d'aide à la définition du projet (dialogue compétitif, conception-réalisation, marché de maîtrise d'œuvre et usage du concours) ou d'aide en matière d'achats récurrents (marchés à bons de commande ou à tranches), voire simplement recourir à la variante.

¹¹² Voir en ce sens CAA Lyon, 15 décembre 2011, Assoc. Contribuables actifs lyonnais, n°011LY00578 ;

¹¹³ CAA Lyon 15 décembre 2011, Assoc. Contribuables actifs Lyonnais, n°11LY00242.

¹¹⁴ CAA Lyon 15 décembre 2011, Dpt du Rhône, n°10LY02299 ; de même : TA de Lyon, Forquin, n°00503574 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 209, où l'achat d'un grand nombre de places pour assister à un match de football est irrégulier, en l'absence d'affectation des places ainsi acquises à un usage particulier. La nature des besoins à satisfaire n'a pas été définie avant de procéder à l'achat

¹¹⁵ TA de Lyon, Forquin, n°00503574 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 209, où l'achat d'un grand nombre de places pour assister à un match de football est irrégulier, en l'absence d'affectation des places ainsi acquises à un usage particulier. La nature des besoins à satisfaire n'a pas été définie avant de procéder à l'achat

¹¹⁶ Voir le décret 2020-599 du 23 décembre 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense et de contrôle des marchés publics

¹¹⁷ Voir l'arrêt de principe en la matière : CJCE 24 janvier 2008, Iliakakis, aff. c-532/06, Rec. : 2008 I-00251.

L'autorité contractante doit ensuite s'interroger sur la manière dont il compte allotir son marché. Cela implique d'avoir préalablement estimé le prix du marché, en principe définitif. À moins de justifier d'un inconvénient technique, économique ou financier, l'allotissement est rendu obligatoire par le Code des marchés publics¹¹⁸ et ce afin de susciter la plus large concurrence, permettant aux opérateurs économiques de concourir même s'ils n'ont pas la capacité d'assumer la totalité du marché. Les exceptions sont peu nombreuses mais entendues assez largement¹¹⁹. S'agissant du nombre de lots, ce choix est laissé à l'arbitrage de l'autorité contractante, mais il doit tenir notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions et ainsi éviter d'avantager un candidat. Naturellement, mieux les besoins auront été définis, plus la division en lots sera pertinente.

Une fois, le « fond » du marché déterminé - besoins précisés, procédure sélectionnée -, reste pour l'acheteur à dépeindre « le cadre ». Cela passe notamment par le choix des critères visant à départager les candidats et par la rédaction des pièces, point final de la phase de définition du besoin.

B-L'aboutissement des interrogations

L'évaluation du besoin passe aussi par l'évaluation du prix. Sur ce point, c'est davantage l'expertise du technicien qui est attendue ici. Chronologiquement, l'estimation du prix se détermine concomitamment à celle des besoins, puisque de l'évaluation des besoins dépend la faisabilité économique et financière de l'opération ainsi que le type de procédure à envisager. Il convient donc de procéder à une évaluation sincère et raisonnable du montant du marché¹²⁰, en se basant sur les prix antérieurs pratiqués pour des prestations similaires par exemple. Cet exercice achevé et une fois les critères de sélection déterminés, l'acheteur peut constituer le document contractuel. Le Code n'impose pas de documents particuliers, hormis le règlement de consultation dès qu'il y a procédure adaptée ou mise en concurrence. Il se contente de définir les documents de consultation, comme l'ensemble des pièces et informations préparées par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché et précise qu'ils sont remis gratuitement aux candidats,

¹¹⁸ Voir l'article 27 de la loi 2020-26, *op. cit.*

¹¹⁹ Voir à ce propos, l'article de De BAECKE Pierre, Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ?, AJDA 2007 p. 1505.

¹²⁰ CE, 14 mars 1997, préfet Pyrénées-Orientales, req. n° 170319 ; Rec. CE 1997, tables, p. 930 ; Quot. jur. 14 août 1997, p. 2.

ou contre paiement des frais de reprographie, dont le montant et les modalités de versement sont alors précisés dans les documents de la consultation ou l'avis d'appel public à la concurrence. La rédaction du cahier des charges n'est pas aisée puisqu'elle n'est rien de moins que la traduction par écrit de l'ensemble de la phase de définition des besoins : c'est l'une des phases où l'autorité contractante est le plus sollicitée. Le cahier des charges vise à organiser les modalités d'évaluation des offres (inscription des critères de sélection déterminés, de l'expression des besoins donc les caractéristiques techniques du projet et les objectifs à atteindre) d'exécution du marché (donc sa prochaine étape : comprenant notamment les délais imposés pour la réalisation du projet, identité de l'assistant à maîtrise d'ouvrage, prévision d'éventuels aléas). C'est donc à la fois un descriptif technique des caractéristiques fondamentales du futur projet (via le CCTP) et un inventaire des clauses contractuelles régissant le marché. La méthode à adopter pour sa rédaction dépend de l'acheteur mais il peut s'inspirer du principe de Pareto, économiste italien (en moyenne, 20% des facteurs agissent sur 80% des effets) et faire ressortir de son analyse les éléments majeurs constituant la prestation qui sera sollicitée auprès des opérateurs économiques. Ces éléments seront repris tout au long du dossier de consultation jusqu'aux choix. Il n'en demeure pas moins que les autres éléments moins importants, mais nécessaires à la réalisation de la prestation, seront définis précisément¹²¹. Le principal objectif est de respecter le principe de stricte égalité entre les candidats afin de ne pas limiter l'expression de la concurrence¹²² ou encore de favoriser le précédent attributaire. Dans la rédaction du cahier des charges, il est impératif de faire figurer les critères de sélection des offres auxquels aura recours la collectivité au moment de l'évaluation de ces offres. Ce peut être l'occasion pour l'acheteur de recourir à la notion de « mieux disant » en valorisant davantage les caractéristiques qualitatives du futur projet, que sa valeur quantitative.

Paragraphe 2 : Les nouvelles préoccupations de la définition du besoin

En plus des interrogations « classiques », la définition du besoin doit être également l'occasion pour l'acheteur d'intégrer une nouvelle logique de performance et de qualité, issue en grande partie du Code des marchés publics. Ainsi, la finalité de l'achat ne doit plus être la recherche de prix le plus bas possible (A), mais la valorisation des offres les plus qualitatives (B).

¹²¹ OEAP, Guide de bonnes pratiques : susciter une offre pertinente dans les marchés publics, aide à l'expression des besoins, février 2008, *op. cit.*

¹²² CE, 19 octobre 2001, Région Réunion, req. n°234298 ; Rec. CE 2001, tables, p.1047 ; Dr. adm. 2002, comm. 2 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 228, note P. Soler-Couteaux.

A-Une Limite à la prédominance du prix

Il y a là l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût¹²³. Or, le phénomène de décentralisation, en autonomisant les collectivités locales, a consacré l'avènement du politique : les lois de décentralisation ont stimulé la politisation des administrations locales et renforcé le pouvoir des élus¹²⁴. Le territoire local est devenu un enjeu fondamental en matière d'actions visant à favoriser l'emploi ou l'implantation d'activités économiques. Jean-François Joye note ce phénomène et semble le résumer ainsi : la politique économique locale est animée par la logique de développement et de compétition. En même temps, elle doit aussi tenir compte de la solidarité et du traitement de l'exclusion sociale. La conciliation de ces logiques sous-tend là encore une appréhension complète des difficultés et justifie le recours à des instruments juridiques diversifiés. Les marchés publics se posent alors en instruments juridiques idéaux pour soutenir l'intervention publique locale.

La phase de définition du besoin est à ce titre, particulièrement touchée, dès les premières interrogations portant sur les caractéristiques du besoin tels la durée d'utilisation, la durée de vie du produit ou ses modalités de mise en œuvre donc son impact sur l'environnement social ou écologique. De même, au cours de l'étape plus avancée du choix des critères de sélection, cette phase connaît plusieurs changements. Sous l'influence des évolutions sociétales, aux critères « classiques » fournis par le Code, d'autres critères, s'additionnent parfois, prenant en compte : le coût global d'utilisation, la durée de vie, le cycle de vie des produits, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, ou de protection de l'environnement. L'acheteur n'est pas tenu de choisir un de ces critères, à condition que ses choix soient justifiés par « l'objet du marché » ou par ses conditions d'exécution. D'ailleurs le critère du prix, s'il est prépondérant dans la pratique dans de nombreux marchés, ne peut être invoqué seul que pour des marchés aux prestations basiques ou répétitives, pour identifier, le plus facilement possible, l'offre économiquement la plus avantageuse¹²⁵, imposée par le code des marchés publics¹²⁶ Mais paradoxalement, malgré

¹²³ Concl. D. Piveteau, AJDA 2002, ss CE 25 juill. 2001, Commune de Gravelines, Lebon p. 391.

¹²⁴ JOYE Jean-François, l'action économique territoriale : outils juridiques et logiques d'acteurs, éd. L'Harmattan, logiques juridiques, 2002, p.261

¹²⁵ LAJOYE Christophe, J.-Cl. Contrats et Marchés Publics, fasc. 61-15 : offre économiquement la plus avantageuse, avr. 2011, §13.

¹²⁶ Voir l'article 73 de la loi n°2020-26, *op. cit.*

la nouvelle dynamique engagée par les collectivités locales en matière de politiques publiques, en raison du contexte économique actuel, certaines entreprises candidates à des marchés publics peuvent être conduites à répondre avec des prix très bas afin d'augmenter leur chance d'obtenir des marchés. Les collectivités qui font face aux réductions de budget sont tentées d'assimiler « offre économiquement la plus avantageuse » et prix le plus bas. Ces tentations doivent attirer l'attention sur les conséquences économiques dommageables provoquées par l'attribution d'un marché à une entreprise qui a sous-évalué les prestations :

- La qualité des prestations fournies peut ne pas correspondre aux attentes de l'acheteur public et des défauts d'exécution peuvent être constatés. Dans les situations les plus extrêmes, le marché peut rester partiellement inexécuté ;

- L'entreprise attributaire peut rencontrer des difficultés à respecter le cahier des charges et risque de se trouver en contentieux avec l'acheteur ;

- Le jeu de la concurrence est faussé et les entreprises évincées qui auraient pu être en mesure de fournir une prestation de qualité pour un prix plus élevé se trouvent au final lésées¹²⁷. Les conséquences étant considérables, il convient de tenter au maximum d'inverser la tendance du choix du prix le plus bas. Si dans la structure où j'ai réalisé mon stage, le critère du prix est régulièrement prédominant, il est talonné par d'autres critères valorisant la qualité du mémoire technique, donc la dimension qualitative de l'offre : le choix des critères de sélection apparaît déterminant dans la qualité future des offres proposées.

B-La valorisation du mieux disant

Le choix des critères de sélection incite, par le choix de critères pluraux, non discriminatoires et « liés à l'objet du marché », de recourir au « mieux disant », donc au choix de l'offre la plus avantageuse, pas nécessairement « économiquement parlant ». Le choix des critères là encore, dépend des circonstances de l'espèce (type de marché, importance de l'opération), mais reste une étape essentielle, « finalisant » la phase de définition des besoins. Il est donc fondamental d'identifier, le plus nettement possible, l'objet du marché et ses spécificités pour une meilleure pertinence des critères de pondération utilisés¹²⁸ et pour fixer clairement le prix.

¹²⁷ Voir Circulaire du Préfet de l'Allier du 24 Juillet 2009 Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dans les marchés publics.

¹²⁸ Quelle est la meilleure formule de pondération des critères dans un marché public ?, la gazette des communes, source : <http://www.lagazettedescommunes.com/157003/quelle-est-la-meilleure-formule-de-ponderation-des-criteres-dans-un-marche-public/>

Ce choix des critères ne doit pas s'opérer à la légère : il est d'ailleurs obligatoire, même en cas de recours à une procédure adaptée¹²⁹. La détermination des critères est un exercice difficile, d'autant que l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas et que l'acheteur public doit être en mesure d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché. De même, la Cour de Luxembourg a jugé, sur renvoi préjudiciel¹³⁰, que l'offre économiquement la plus avantageuse pouvait être celle dont le coût final est susceptible d'être le moins élevé¹³¹, ce qui ressemble à s'y méprendre à l'offre la « moins-disante ». Une reformulation textuelle a été opérée pour que l'autorité contractante garde à l'esprit la nécessité de respecter les principes fondamentaux.

D'ailleurs, la détermination de cette offre économiquement la plus avantageuse, sorte de « mise en pratique » de ces principes, conditionne autant la régularité de la procédure que son existence même. En effet, elle s'applique à tout marché car elle en est la raison d'être : une recherche perpétuelle de l'offre la plus en adéquation avec les besoins préalablement définis¹³². Elle justifie tout autant l'ensemble des procédures d'aide à la définition du besoin et le marché négocié, tout en résumant à elle seule, les enjeux liés à une bonne définition. Les objectifs de performance et de « mieux-disance » transparaissent donc clairement tout au long de la procédure ; ainsi, les variantes ou encore les clauses environnementales et sociales modifient-elles la conception selon laquelle ce qui est économiquement intéressant est ce qui est financièrement performant¹³³. Ces objectifs touchent principalement l'ensemble de la phase de sélection des critères, jusqu'à leur pondération. Effectivement, une fois les critères choisis et dès lors que l'acheteur se trouve dans le cadre d'une procédure formalisée, il doit pondérer ces critères, c'est-à-dire exprimer leur poids [dans le processus décisionnel de sélection de l'attributaire] par une fourchette dont l'écart maximal doit être 'approprié'¹³⁴. Dans une logique de transparence des procédures et d'égal accès à la commande publique, ils devront figurer, avec leur pondération, dans l'avis d'appel public à la concurrence et dans les documents de consultation des entreprises. Pour la procédure adaptée ou quand la pondération

¹²⁹ CE, Agence Nationale pour l'Emploi, 30 Janvier 2009, req. n° 290236.

¹³⁰ Question posée à la Cour par une juridiction nationale, sur l'application du droit européen

¹³¹ CJCE, 18 oct. 2001, SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo, aff. C-19/00: Rec. CJCE 2001, I, p. 7725 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 229 ; RD imm. 2002, p. 63, chron. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus.

¹³² LAJOYE Ch., *Contrats et Marchés Publics*, fasc. 61-15 : offre économiquement la plus avantageuse, avr. 2011.

¹³³ GUILLOU Y.R., BINOT J.M., LEGRAND Y.M., *L'achat public local*, L.G.D.J., 2005, *op. cit.*

¹³⁴ MEDEF, *Le mieux-disant dans la commande publique*, livre blanc, coll. Juridique, janvier 2010.

est impossible, la hiérarchisation, c'est-à-dire le classement des critères dans un ordre décroissant d'importance¹³⁵, est recommandée. Plus que jamais, la valeur respective de chaque critère doit faire l'objet d'une réflexion approfondie en amont de la procédure : la pondération des critères doit être en adéquation avec la définition des besoins exprimée dans le cahier des charges¹³⁶, d'où la nécessité de s'entourer de techniciens et spécialistes formés dans le secteur d'activité considéré. Les critères doivent ainsi faire transparaître la stratégie d'achat de la collectivité en insistant sur les caractéristiques fondamentales de l'offre donc du besoin préalablement défini. Ainsi, le critère du prix, critère emblématique car représentatif d'une analyse presque exclusivement économique des offres, n'est pas, comme les autres critères, obligatoire et la jurisprudence admet la légalité d'une procédure qui ne le retient pas dans la liste des critères d'attribution utilisés pour juger les offres¹³⁷.

L'importance accordée à cette notion de l'offre économiquement la plus avantageuse et à la phase indissociable du choix des critères de sélection, explique d'ailleurs l'interconnexion entre la définition du besoin et la phase de sélection des candidatures, encadrée par le Code. En effet, une fois les documents de consultation envoyés, l'acheteur va recevoir les candidatures et les offres. Il lui appartiendra dans un premier temps d'analyser les candidatures pour situer le « niveau de réponse » au besoin (bonne spécialisation de l'entreprise, chiffre d'affaire solide, réalisations précédentes similaires au marché en cours), avant d'analyser les offres. La phase de définition du besoin trouve donc un écho à chaque étape de la procédure de passation du marché.

Si cette étape qu'est la définition du besoin, peut paraître systématique, répétitive il n'en est rien : le caractère unique de chaque marché public empêche une telle généralisation. Les imprévus existent, même quand les étapes de réflexion précitées ont été respectées à la lettre.

SECTION 2 : Les implications d'une définition du besoin non maîtrisée

Le contrat est la tentative la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision. Le contrat est avant tout un acte d'anticipation, un pari sur l'avenir selon Renaud

¹³⁵ Cf. Question écrite de Bernard Piras le 7 mai 2009, Journal Officiel du Sénat n°07292, p. 1142.

¹³⁶ MEDEF, *idem*.

¹³⁷ CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne Toulouse ; AJDA 2007, p. 593, note F. Brenet ; BJCP 2006, p. 268, concl. D. Casas, obs. Ch. Maugué ; Contrats-Marchés publ. 2006, n° 165, note G. Eckert ; CP-ACCP avr. 2006, p. 64 note L. Renouard.

Fabre, professeur en sciences économiques. Bien que disposant de pouvoirs exceptionnels¹³⁸, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales¹³⁹, l'autorité contractante doit se montrer particulièrement prudent lorsqu'il définit le besoin, s'exposant à chaque nouvelle procédure (d'autant plus en cas de négligence ou d'imprudence) à un risque aussi bien contractuel et économique (**Paragraphe 1**), que pénal (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les conséquences contractuelles d'un besoin mal défini

Le contrat véhicule des idées d'assurance, de stabilité et de sécurité, moteurs de la vie juridique et sociale. Contracter c'est prévoir pour réaliser : comme l'écrivait le professeur de droit René Demogue, le contrat est une chose vivante, il ne peut donc être statique ou rigide. Dans la commande publique, un besoin mal défini aboutit régulièrement à l'émergence de prestations supplémentaires imprévues : c'est l'avenant au contrat (**A**). De manière moins fréquente, le risque économique peut aussi se matérialiser par un bouleversement des conditions économiques du marché (**B**).

A-L'avenant

La modification se définit comme le changement partiel de tout acte juridique¹⁴⁰, changement voulu par les parties dans l'exécution du contrat sans altération de son économie. La modification porte sur l'exécution du contrat sans remise en cause des conditions de son existence et sans emporter destruction du contrat¹⁴¹. La modification est également semblable à l'adaptation, opération modificative consistant pour les cocontractants ou pour le juge à réaménager les conditions de l'accord originaire ou de la situation en fonction de changements intervenus depuis lors¹⁴². La modification du contrat consiste donc alors en une réévaluation des objectifs en cours de contrat suite à un nouvel état des lieux. L'immobilisme contractuel est incompatible avec la fonction propre du contrat administratif, qui est d'assurer la bonne marche de l'Administration et du service public. L'avenant n'est en fait que l'application contractuelle du principe clé en droit administratif, d'adaptabilité en matière de

¹³⁸ Notamment un pouvoir de modification unilatérale du contrat, de contrôle, de sanction et de résiliation pour motif d'intérêt général.

¹³⁹ CE, Sec. 20 octobre 1950, Stein- Lebon p. 505, op. cit.

¹⁴⁰ CORNU G., Vocabulaire juridique, PUF 2003, V° Modification, in HOEPFFNER Hélène, La modification du contrat administratif, dir. GAUDEMET Y., L.G.D.J., 2009, 570 p.

¹⁴¹ PONS S., Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties, LPA 8 Avril 2008 n°71, p 4, in HOEPFFNER Hélène, La modification du contrat administratif, op. cit.

¹⁴² CORNU G., Vocabulaire juridique, op. cit.

services publics issu des lois de Rolland¹⁴³ : les besoins, objets du contrat doivent coller au mieux à sa finalité qui est l'intérêt général. La modification peut toucher les prestations souhaitées, leur consistance, leurs spécificités techniques ou les matériaux utilisés afin d'en assurer l'exécution¹⁴⁴ ; par exemple : modification de la mission du maître d'œuvre, modification des délais, corrections d'erreurs ou d'omissions, modification du prix, versement d'indemnités en cas de responsabilité d'une partie, ou comme substitution à la modification unilatérale. Cependant, cette modification ne saurait porter sur des prestations entièrement nouvelles et détachables de celles prévues au départ, c'est-à-dire conduire à la réalisation d'un objet distinct de celui initialement convenu¹⁴⁵.

Pour illustration : un marché de fournitures de baignoires ne peut ainsi donner lieu à l'installation de douches. C'est le rôle principal de l'avenant : modifier un contrat déjà conclu pour le futur (« avenant » a la même racine latine que « avenir »). La modification contractuelle est conventionnelle lorsqu'elle résulte de l'adoption d'une convention modificative, d'un acte juridique par lequel elles conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel¹⁴⁶. C'est là finalement tout le sens même de l'avenant au contrat, qui se définit selon la doctrine comme un acte par lequel les parties à un contrat conviennent d'adapter ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses¹⁴⁷. L'avenant ne se suffit donc pas à lui-même et doit être précédé du marché public qu'il a pour objet de modifier sans le faire disparaître. Dès lors, il ne peut intégrer des prestations déjà effectuées : un avenant dit « de régularisation » serait nul de plein droit, les parties ne pouvant arguer d'avoir négocié sur une prestation déjà effectuée¹⁴⁸. Cela ne fait que renvoyer à la règle qui gouverne les marchés publics, selon laquelle leur exécution ne peut débiter qu'après leur notification¹⁴⁹. Ces dérives sont limitées par l'obligation de présenter tous les avenants de marchés de fournitures, services ou travaux à la commission

¹⁴³ Selon les lois de Rolland (1938), trois principes fondent le service public : la mutabilité (ou adaptabilité), qui justifie que des modifications puissent être apportées à l'organisation ou au fonctionnement des services publics pour satisfaire au mieux l'intérêt général (CE, 10 Janvier 1902 Compagnie Nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, req. n°94624, GAJA) ; la continuité, en vertu duquel l'Administration est tenue de faire fonctionner au mieux le service public, sans interruption (CE, 30 mars 1916, Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux, req. n°59928, Lebon) ; l'égalité, appliquée aux agents et aux usagers (CE, 9 mars 1951, Sté des concerts du conservatoire, req. n°92004.) et dont découlent les principes de neutralité et de laïcité. L'égalité induit également que des usagers dans des situations différentes doivent bénéficier d'un traitement différent. (CE, Section, 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, req. n°88032,88148, Lebon).

¹⁴⁴ CE, 29 Juillet 1994, Communauté urbaine de Lyon, Rec. T.1033

¹⁴⁵ Voir article 100 de la loi N°2020-26 portant code des marchés publics en République du Bénin

¹⁴⁶ GHOZI A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse, Paris II, 1980, p. 57.

¹⁴⁷ Circ. portant MACMP, § 14.7 ; Comp. FATOME E., *Les Avenants*, AJDA 1998.673.

¹⁴⁸ COSSALTER Patrice, *La modification du marché public, territorial éd.*, 2010, p18, 80 p.

¹⁴⁹ CE, 10/8 SSR 4 février 1991, Ville de Caen, req. n° 71956, Lebon T., p755.

d'appel d'offres, dès lors qu'ils excèdent cinq pourcents du montant global du marché. L'assemblée délibérante statuant sur ce projet d'avenant est préalablement informée de cet avis. Elle doit donner son autorisation, l'organe compétent - l'autorité exécutive - procédant à un véritable partage de compétences avec elle. À défaut, l'avenant est entaché d'irrégularité¹⁵⁰. À noter qu'en matière de travaux, une décision de poursuivre¹⁵¹ est nécessaire. L'avenant, par son caractère de « convention additionnelle », a force obligatoire¹⁵². S'agissant de leur forme même, les avenants renvoient le plus souvent à des modifications des obligations du marché¹⁵³ et ce, pour pallier, la plupart du temps, les insuffisances de la collectivité et de ses partenaires¹⁵⁴, pendant la phase de préparation des marchés¹⁵⁵. Mais les éventuels changements de statut de l'attributaire : fusion, scission de société, changement de dénomination, reprise de l'activité par une société tiers..., sont également consacrés par avenant. Cependant, ces changements ne relèvent pas ici, d'une mauvaise gestion de la phase de définition des besoins.

Il convient cependant de nuancer : l'avenant n'est pas toujours le résultat d'une mauvaise préparation du marché ni d'une définition des besoins négligée. Il peut tout autant matérialiser les aléas et imprévus rencontrés dans l'exécution du marché, mais de telles hypothèses sont plutôt rares : ce qui devrait être la norme pour justifier le recours à l'avenant se trouve en fait être l'exception. Deux théories se font jour : celle des sujétions techniques imprévues et celle de l'imprévision.

La première est propre aux marchés de travaux et désigne des travaux supplémentaires non prévus au marché initial¹⁵⁶. De manière générale, le juge se base alors sur quatre critères cumulatifs¹⁵⁷ pour reconnaître les sujétions techniques imprévues : les difficultés matérielles et techniques issues de ces travaux non prévus sont susceptibles d'entraîner un surcoût important, ces sujétions revêtent une nature exceptionnelle (aléas climatiques ou découvertes dans le sous-sol), elles ne pouvaient être prévues lors de la conclusion du contrat, elles sont issues d'une cause nécessairement extérieure aux parties. Le juge va tenir compte de la

¹⁵⁰ CE, 31 juillet 1992, Sté Barchetta, Rec. 307.

¹⁵¹ Acte unilatéral, signé par la seule personne publique, ayant pour seul objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe

¹⁵² CE, 8 décembre 1982, Entreprise Ducassou, req. n°12230, RDP 1983.1425. V. également CE 17 mars 1976 Vuillemin, Rec. 164 ; CE, 17 juin 1981, Cne de Papeete, Rec. T. 814 :

¹⁵³ CE 17 mars 1976 Vuillemin, Rec. 164.

¹⁵⁴ CE, 17 juin 1981, Cne de Papeete, Rec. T. 814.

¹⁵⁵ PEYRICAL Jean-Marc, Les avenants aux contrats publics, Paris, Le Moniteur, 2005, p. 91.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ CE, 30 juillet 2003, Cne de Lens, req. n°223445.

compétence¹⁵⁸ de l'entreprise visée, du lieu d'exécution des travaux et de la réactivité de transmission de l'information aux entreprises par la personne publique. La carence du maître d'ouvrage dans la préparation de l'opération n'a donc pas caractère de sujétions techniques imprévues¹⁵⁹. Le juge ne prend en considération que les difficultés purement techniques pouvant résulter des aléas rencontrés lors de l'exécution du marché.

L'aléa économique n'est envisagé que sous l'angle de la théorie de l'imprévision. Cette seconde théorie n'est admise que si le cocontractant fait face à un bouleversement de l'économie du contrat (lui causant donc un déficit), qui n'avait pas de caractère prévisible et qui est extérieur au contrat. Un tel bouleversement doit être anormal et spécial¹⁶⁰ et contraindre le cocontractant à stopper l'exécution du contrat. C'est là toute la difficulté de caractériser le bouleversement de l'économie du contrat : c'est une notion floue, qui nécessite la conjonction de nombreux critères.

B-Le bouleversement de l'économie du marché et ses conséquences

Comme le résume Stéphane Fratacci- préfet du Doubs et de Franche-Comté - dans ses conclusions de l'arrêt du Conseil d'Etat Préfet de la région Ile de France contre société de gérance La Jeanne d'Arc du 28 juillet 1995 : *« soit l'avenant correspond à la poursuite de l'exécution des prestations prévues dans les marchés initiaux au-delà du montant initialement fixé par ces marchés, soit il révèle à travers un bouleversement de l'économie du marché initial ou la formulation de nouvelles spécifications contractuelles, l'existence d'un nouveau marché que l'on a entendu rattacher à l'ancien avec pour effet ou pour objet de tourner l'obligation de concurrence »*.

La « ligne rouge » en matière de modification contractuelle par voie d'avenant est matérialisée par cette notion de bouleversement de l'économie du marché, aux contours paradoxalement vagues¹⁶¹. Une explication peut toutefois être trouvée au cœur des principes fondamentaux figurant à l'article 7 du Code des marchés publics. Ainsi, le professeur Etienne

¹⁵⁸ Les entreprises ne peuvent ignorer certains risques, tels la composition géologique du sol d'une région : CE, 5 décembre 1990, Rapetto, RDP, 1992, p.1535.

¹⁵⁹ CE, 8 mars 1996, Cne de Petit-Bourg, MTP, 13 septembre 1996, p.55 : le maître d'ouvrage a empêché toute définition correcte de la consistance du marché en omettant de procéder à des études préalables

¹⁶⁰ C'est-à-dire spécifique au contrat (CE, 6 nov. 1981, Entreprise Lafranchi, RDP 1983, p.237) et quantitativement important (CE, 10 oct. 1984, Entreprise Cottin Jouneaux, RDP 1985, p.223). L'aléa économique doit être exceptionnel et extérieur à l'entreprise attributaire (CE, 5 novembre 1982, Sté Profectoral, Lebon, p.381 ; AJDA 1983, p. 259, concl. Labetoulle.).

¹⁶¹ La CJCE, dans une de ses rares décisions concernant les avenants, considère qu'ils ne doivent pas apporter de modification substantielle au contrat : CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Priesstext Nachrichtenagentur GmbH/ République d'Autriche APA-OTS Originaltext-Service GmbH APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, *op. cit.*

Fatôme expliquait qu'il paraît plus exact de considérer que, si sauf exception, les avenants qui bouleversent l'économie du contrat soumis à une obligation de mise en concurrence sont interdits, ce n'est pas parce que tout avenant qui bouleverse l'économie du contrat constitue de ce seul fait un nouveau contrat, mais c'est parce que du fait de la nécessité d'assurer le respect du principe de mise en concurrence, des modifications importantes ne peuvent pas être effectuées par avenant et donc impliquent la conclusion d'un nouveau contrat¹⁶². D'ailleurs, la Cour de Justice précise dans un arrêt de principe, qu'une modification d'un marché public est irrégulière, dès lors qu'elle est substantielle, c'est-à-dire lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres [...] et de retenir une offre autre que celle initialement retenue¹⁶³.

Ainsi, sauf cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties¹⁶⁴, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. La modification du marché initial n'est donc admissible que si elle ne constitue pas un nouveau contrat. Selon Laurent Richer, « *le critère du nouveau contrat peut être trouvé dans son objet juridique ou matériel : un contrat est nouveau si son objet n'est pas fongible par rapport à celui du contrat initial (...) le nouvel objet doit être apte à satisfaire à la fois les intérêts des parties et à permettre la réalisation du but de la convention originale* »¹⁶⁵ : ce critère se trouve dans le caractère nouveau des prestations. L'absence de moyens suffisants pour évaluer au plus juste les besoins ne peut donc être avancée pour justifier la modification de l'objet ou le bouleversement de l'économie du marché suite à l'avenant¹⁶⁶. À défaut, une modification substantielle des dispositions d'un marché public pendant sa durée est considérée, aux fins de la présente directive, comme une nouvelle attribution de marché et nécessite une nouvelle procédure de passation de marché, conformément à la présente directive. Le projet de directive pose d'ailleurs trois conditions alternatives¹⁶⁷. L'enjeu est ici de limiter les avenants issus d'un manque évident de prévisibilité technique, financière. Le juge pénal recherchant l'existence d'un éventuel délit de favoritisme va vérifier si les prestations introduites par l'avenant sont différentes de celles prévues à l'origine dans le marché et si elles ont pu être raisonnablement prévues lors de la passation de ce marché initial. De même, le juge administratif peut étendre sa sanction de

¹⁶² Comp. FATOME E., Les Avenants, AJDA 1998.673.

¹⁶³ CJCE, Presstext Nachrichte Nagetur GmbH, 19 juin 2008

¹⁶⁴ CE, 30 juillet 2003 Commune de Lens, BJDGP, 2003, n°31 p 262 ; V. COM [2011] 896 Final – art 72 pt 6.

¹⁶⁵ RICHER L., Droit des Contrats Administratifs, LGDJ, 6ème éd.2008, n°19 et s.

¹⁶⁶ CE, 8 mars 1996, Commune de Petit-Bourg, req. n° 165075.

¹⁶⁷ COM [2011] 896 Final – art 72 pt 2.

l'annulation de l'avenant litigieux, jusqu'à celle de l'ensemble du marché. S'appuyer sur les procédures alternatives offertes par le Code, notamment la procédure de dialogue compétitif, ou encore le recours aux marchés à bons de commande, permet de limiter le recours aux avenants en cas d'incertitude sur la nature ou l'étendue du besoin à satisfaire. Le bouleversement de l'économie du contrat est le principal préjudice économique découlant d'une mauvaise définition des besoins. Mais d'autres risques économiques sont possibles.

Modifier le prix initial d'un marché pour tenir compte des variations économiques survenues en cours de travaux en se basant sur les indices officiels - comme la fluctuation de cours mondiaux tel le coût des matières premières - n'est pas toujours aisé. Ainsi, une mauvaise actualisation ou révision du prix peut causer un surcoût du marché. De même, le versement d'intérêts moratoires, c'est-à-dire des pénalités financières en cas de dépassement du délai de paiement du titulaire ou du sous-traitant, sont à prévoir en cas de mauvaise définition du besoin, celle-ci ayant abouti à une insuffisance de prévision budgétaire. De manière générale, les conséquences économiques d'une suspension ou d'une annulation du marché par le juge administratif sont souvent très importantes.

Paragraphe 2 : Les conséquences contentieuses d'un besoin mal défini

L'existence d'une réglementation matérielle en matière de passation de la commande publique suppose de fournir des garanties procédurales solides, pour assurer son respect et protéger les opérateurs économiques. Dès lors, une collectivité qui n'a pas rempli de manière suffisante l'obligation, s'expose à un risque de contentieux important, aussi bien administratif (A), que pénal (B).

A-La définition parcellaire des besoins

Dire clairement son besoin et exprimer la façon dont on souhaite se le procurer [...] implique naturellement une démarche presqu'ad hoc pour chaque achat et donc un travail important pour l'acheteur : mais dans le même temps c'est un gage de cohérence, de fiabilité et de transparence vis-à-vis des opérateurs économiques puis, le cas échéant du juge, et partant un gage de solidité ou de robustesse de la procédure¹⁶⁸. C'est ce que rappelle Alexandre LE-Mière, avocat au barreau de Paris : la non anticipation des besoins qui se matérialise souvent

¹⁶⁸ LE-MIERE Alexandre, Marché public et risques contentieux en 2009 : Comment sécuriser ses procédures de passation ? in Dossier : quels sont les risques contentieux en 2009, comment les prévenir ?, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, 24 Novembre 2008, 2267, §10.

par une définition trop imprécise¹⁶⁹ est de nature à provoquer la nullité du marché¹⁷⁰, une telle carence risquant de fausser les conditions de la compétition¹⁷¹. D'ailleurs, en cas de présomption d'illégalité d'un marché ou d'un avenant (soumis ou non à transmission obligatoire¹⁷²), le préfet, peut très bien saisir lui-même le juge administratif, via la procédure de déferé préfectoral¹⁷³ et demander son annulation¹⁷⁴.

La nécessité d'une procédure de recours s'est rapidement fait sentir. Dès le 1er janvier 1996, l'AMP de l'OMC¹⁷⁵ a consacré en son article 20 la nécessité de fournir aux parties des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces, qui permettent aux fournisseurs de contester la violation de l'accord [lequel] doit être soumis à un tribunal ou à un examen impartial. Le champ d'application de ces procédures est très large¹⁷⁶ : il s'applique contre tout acte d'un pouvoir adjudicateur, susceptible d'avoir des effets juridiques, ce qui s'explique par le fait que ces recours ne sont pas complémentaires mais alternatifs¹⁷⁷.

Pour préciser le contexte de la sanction, il faut noter que le juge du référé va rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente¹⁷⁸. En fait, l'entreprise instigatrice du recours ne peut invoquer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence que si elle est directement lésée. Les moyens invocables en cas de référé précontractuel sont divers et variés mais portent en majorité sur la phase de

¹⁶⁹ CE 14 mars 1997, Dpt des Alpes maritimes, Rec. CE 1997, p. 79.

¹⁷⁰ Si la détermination des besoins est imprécise, la nullité du marché pourra être constatée (CE, 29 déc. 1997, n° 159693, Dpt Paris ; Rec. CE 1997, p. 503 ; RD imm. 1998, p. 242,

¹⁷¹ F. Llorens et Ph. Terneyre) ou la procédure de passation déclarée illégale (CE, 15 déc. 2008, n° 310380, Communauté urbaine Dunkerque ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 36, obs. F. Olivier).

¹⁷² CE, 13 janv. 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales, req. n°68166 : Rec. CE 1988, p. 6 ; CE, 4 nov. 1994, Dpt de la Sarthe, req. n°99643, Rec. CE 1994, p. 1045. CE 14 mars 1997, Dpt des Alpes maritimes, Rec. CE 1997, p. 79.

¹⁷³ Procédure issue de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et codifiée à l'art. L2131-6 et s. du CGCT.

¹⁷⁴ V. notamment CE, 2 novembre 1988, Corep des Hauts-de-Seine c/OPHLM de Malakoff et sté MCR, req. n°64954, Lebon T, p.659.

¹⁷⁵ Le seul accord juridiquement contraignant au sein de l'OMC qui porte spécifiquement sur les marchés publics. Il garantit notamment l'absence de discrimination et une concurrence internationale loyale. Source : http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm10_f.htm#govt (consulté le 4 avril 2021).

¹⁷⁶ CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, Aff. C-26/03.

¹⁷⁷ Dans la plupart des cas, le référé contractuel n'est pas recevable de la part du requérant qui a déjà formé un recours pré contractuel : CE, 7ème et 2ème ss-sect. réunies, 30 novembre 2011, Sté DPM Protection, req n°35078830. Et pour cause : le recours pré contractuel n'est invocable que jusqu'à la signature du marché : notamment, 16 jours en procédure formalisée, à compter de la date d'envoi de l'information des candidats évincés (V. R.551-5 CJA).

¹⁷⁸ L'arrêt de principe du CE 3 oct. 2008, n°305420, SMIRGEOMES a restreint les conditions d'utilisation du référé pré contractuel

définition des besoins : spécifications techniques inscrites au cahier des charges ayant pour objet ou pour effet de dissuader fortement la candidature de certaines entreprises¹⁷⁹, imprécisions des besoins et des prestations attendues¹⁸⁰, imprécision des critères de sélection des offres et contestation de leur définition¹⁸¹, notamment.

Les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont ceux d'un juge du fond, pour assurer le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Doté de prérogatives considérables, il peut ordonner à la collectivité de se conformer à ses obligations, suspendre et annuler l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat. Il peut ordonner encore de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, même exiger la réintégration d'un candidat évincé. Le choix entre ces sanctions ou mesures se fait eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation des contrats litigieux¹⁸². Un manquement concernant l'élaboration même des offres doit ainsi être sanctionné par l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation, alors qu'un manquement se rapportant à la seule phase de sélection des offres ne peut entraîner qu'une annulation de la procédure à compter de leur examen¹⁸³. De l'appréciation *in concreto* du juge va donc dépendre la lourdeur de la sanction.

La phase de définition des besoins, autant par les nombreuses étapes qu'elle englobe, que par l'importance de chacune d'elles et par la délicatesse de leur mise en œuvre, est la

¹⁷⁹ Constitue une atteinte à l'égal accès des candidats à un marché, le règlement de consultation qui renvoie à des spécifications techniques qui sont en réalité celles d'une marque de produit que seul un candidat est en mesure de fournir : CE, 11 septembre 2006, Cne de Saran, req. n°257545 ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 286, note J.-P. Pietri ; De même est illégal le fait pour le CCTP, d'imposer aux soumissionnaires, la fourniture de pré-câblage d'une marque déterminée en interdisant tout équivalent : TA Strasbourg, 31 mai 2000, Sté Alcatel c/OPHLM CUS Habitat : RD imm. 2000, p.334, chron. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

¹⁸⁰ Le juge administratif rappelle régulièrement qu'une prestation comprise dans un marché peut ne pas être complètement détaillée seulement si elle reste marginale (en ce sens, par exemple, CAA Bordeaux, 30 octobre 2007, Dpt de la Dordogne, n° 05BX00588). De même : CE 24 oct. 2008, Communauté d'agglomération de l'Artois, req. n° 313600, où le juge sanctionne la Communauté d'agglomération de l'Artois car elle n'a pas fourni d'information à titre indicatif et prévisionnel concernant les quantités de résidus de fumée à traiter ou des "éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché".

¹⁸¹ CE 18 juin 2010, Cne de Saint-Pal-de-Mons, req. n° 337377 ; AJDA 2010. 1234 ; RDI 2010. 555, obs. R. Noguellou. : dès lors que le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre des critères de sélection des offres, d'avoir recours à des sous-critères pondérés ou hiérarchisés, susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres et sur leur sélection, ceux-ci doivent être communiqués aux candidats et être considérés eux-mêmes comme des critères de sélection.

¹⁸² CE, 20 octobre 2006, Cne d'Andeville, req. n° 289234, concl. Casas.

¹⁸³ CE, 23 novembre 2011, Dpt des Bouches-du-Rhône, n° 350519, où des documents de la consultation contradictoires et susceptibles d'induire en erreur les candidats, même si la dite contradiction résultait d'une annexe non contraignante, constituent une atteinte manifeste aux obligations de mise en concurrence.

période où le contentieux est le plus fréquent¹⁸⁴. C'est également la période la plus propice aux comportements pénalement sanctionnés. En effet, l'un des moments privilégiés de la corruption dans la commande publique est la période antérieure au lancement de l'appel d'offres. Laurent Richer a fait le même constat : « *le meilleur moyen de favoriser une entreprise, tout en bénéficiant de ses compétences, est de la faire participer à la définition du projet et même parfois à la rédaction des documents d'appel d'offres* »¹⁸⁵. La sanction pénale est donc l'autre principale menace contentieuse qui pèse sur les acheteurs publics.

B-Le spectre du procès pénal

Quant au juge pénal, il sanctionne de plus en plus régulièrement une mauvaise définition du besoin dès lors qu'elle est l'instrument de soutien d'un candidat désigné ou l'expression d'accords officieux avec une entreprise en particulier. Issu d'une triple intervention législative, le délit de favoritisme ou d'octroi d'un avantage injustifié exprime clairement cette réalité et se trouve être l'une des infractions les plus fréquentes à ce stade de la procédure. Cet état de fait pris en compte, il faut nuancer en précisant que la violation des règles préalablement fixées par l'acheteur ne saurait en elle-même être constitutive de délit de favoritisme. Ces règles ne constitueraient donc pas l'élément légal de l'infraction¹⁸⁶, mais seulement un élément matériel : un indice de nature à asseoir d'éventuelles poursuites¹⁸⁷.

En effet, pour caractériser une infraction, le droit pénal exige la réunion d'un élément légal, matériel (un fait dommageable) et moral : l'autorité contractante a volontairement et en toute connaissance de cause, transgressé la règle, en accomplissant un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics¹⁸⁸. La phase initiale de définition des besoins est idéale pour favoriser un candidat ou l'entreprise sortante au détriment des autres. C'est ce que souligne le professeur Linditch dans son analyse annuelle du droit pénal dans les marchés publics, précisant que [les] autres compétiteurs doivent alors se couvrir en proposant un prix

¹⁸⁴ CE, 30 septembre 2011, Dpt de la Haute-Savoie c/ société GTS, n° 350153 ; CE, 23 mars 2012, Caisse des écoles de la commune de Six-Fours-les-Plages, n° 355439. Que ce soit en phase de sélection des candidatures ou des offres, le juge peut très bien annuler la seule phase d'admission en question et ordonner une nouvelle sélection des candidatures/des offres.

¹⁸⁵ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 8^{ème} éd., Lextenso éd., L.G.D.J., 2012, p.517.

¹⁸⁶ Selon le dictionnaire Larousse, l'infraction désigne « la violation, la transgression d'une règle. » Plus précisément, il s'agit de tout acte ou omission interdit par la loi sous la menace d'une sanction.

¹⁸⁷ Circ. min. Justice, n° CRIM 05-3/G3, 22 févr. 2005 relative au décret n° 2004-15, 7 janv. 2004, portant Code des marchés publics, p. 12.

¹⁸⁸ LINDITCH Florian, *Un an de droit pénal des marchés publics*, *op. cit.*, pour l'arrêt Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-85.276, F-D.

plus élevé¹⁸⁹. Ainsi, la juridiction pénale sanctionne le fait d'introduire dans le cahier des charges des clauses techniques rédigées à partir d'une plaquette publicitaire détaillant avec précision les prestations que la société était en mesure d'offrir¹⁹⁰, ou encore d'exiger une marque déterminée¹⁹¹. Enfin, un recours excessif aux avenants¹⁹² constitue également l'expression d'un délit de favoritisme.

A ces difficultés rencontrées, suite à la mauvaise définition du besoin initial, pesant sur l'acheteur public comme autant d'épées de Damoclès, viennent s'ajouter de nouveaux objectifs, sans réelle valeur juridique contraignante, mais visant à valoriser la commande publique. L'acheteur public doit oser, être créatif, innover, en mettant en pratique des concepts aussi théoriques que celui de développement durable ou d'achat responsable, dès la détermination des besoins.

¹⁸⁹ CA Nancy, ch. corr., 19 janv. 2006. – Cass. crim., 27 sept. 2006, n° 06-81.300 : Le prévenu a en effet été condamné au motif qu'il n'avait pas réalisé une étude sérieuse des besoins, n'avait pas fourni une estimation des quantités à traiter et s'était inspiré du précédent marché pour établir son estimation : toutes pratiques qui avaient permis à l'entreprise titulaire du précédent marché, mais à elle seule, de remettre une offre, in LINDITCH Florian, un an de droit pénal des marchés publics

¹⁹⁰ Cass.Crim.30 juin 2004, n° 03-86.287.

¹⁹¹ Cass. .Crim, 19 novembre 2003, n° 02-86532.

¹⁹² CA Nancy, ch. corr., 19 janv. 2006. – Cass. crim., 27 sept. 2006, n° 06-81.300, *op. cit.*

CHAPITRE 2 : DES PERSPECTIVES D'UNE PRATIQUE EFFICACE

La politique des achats de l'Etat se décline en stratégies d'achat par segment, sur la base de la nomenclature des achats de l'Etat. Lorsque cela est jugé pertinent, les stratégies d'achat sont définies à un niveau infra au segment. Création de valeur, réduction des coûts directs, amélioration de la qualité tout en évitant les surqualités, maîtrise des délais, des risques et le développement durable sont les principaux nouveaux défis affectant la phase de définition des besoins, bien que pour la plupart facultatifs, redéfinissent pourtant les contours d'une étape de plus en plus cruciale : les enjeux deviennent autant politiques que juridiques et économiques (**Section 1**). Cependant la conciliation de toutes ces dynamiques avec le cadre juridique posé par le Code, n'est souvent pas aisée (**Section 2**).

SECTION I : Des préalables attendus des autorités contractantes

Nombreux sont donc les indicateurs illustrant une nouvelle vision de l'achat public. Ce soutien au changement s'opère dans ce cas par l'introduction dans le droit des marchés publics d'objectifs sociaux et environnementaux, comme autant de nouveaux défis pour soutenir la croissance économique ou promouvoir le développement « durable ». Ce qui oblige à l'adoption d'une stratégie d'achat (**Paragraphe 1**) pour une précision de la détermination en amont (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une nécessaire stratégie d'achat

L'élaboration d'une stratégie achat constitue un jalon clé du processus général d'achat permettant de s'assurer de la performance technique et économique des marchés tout comme d'anticiper et de réduire les risques. Viser la performance économique ne se limite pas à réaliser des économies sur les prix d'achat c'est aussi apporter la juste réponse aux besoins des utilisateurs (**A**), prendre en compte des objectifs de qualité, d'efficacité ou de sécurité et réfléchir à la manière la plus efficiente d'intégrer les obligations sociales (**B**).

A-La juxtaposition des objectifs à la détermination des besoins

En droit comparé, notamment, le droit européen a incité dans la commande publique, à la prise en compte du développement durable. La CJCE a d'abord admis l'existence d'un lien avec l'objet du marché à propos d'un critère d'attribution des offres à caractère

environnemental, dans un arrêt de principe¹⁹³, rapidement suivi par le droit national¹⁹⁴. Les directives n°04/2005/CM/UEMOA 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 a ensuite autorisé l'intégration de critères environnementaux aux stades clés de la procédure : définition du besoin, cahier des charges, renseignements demandés aux candidats sur leur savoir-faire, sélection des offres¹⁹⁵. Mais la CJCE, imposa des impératifs de mesurabilité et de spécificité ainsi que de clarté et d'intelligibilité pour l'utilisation de considérations environnementales en tant que critère(s)¹⁹⁶.

Le volet « environnement » a été rapidement valorisé par la Cour de Justice et la Commission, qui estime qu'il n'existe pas de contradiction fondamentale entre la croissance économique et le maintien d'un niveau de qualité environnementale acceptable.

En droit national, l'article 7 du code des marchés publics impose donc « *le respect de la réglementation en matière environnementale, sociale et du travail, de protection des personnes handicapées et du genre* ». Si toutefois l'intégration de considérations environnementales dans le marché est impossible, la collectivité n'a pas à en justifier les raisons dans le dossier de consultation, elle ne doit le faire qu'en cas de contrôle, via le rapport de présentation du marché. A contrario, si la prise en considération aboutit à penser que l'environnement est partie prenante dans les besoins en cause, le Code facilite le travail, en indiquant à l'acheteur comment faire transparaître ces préoccupations environnementales et sociales. Mais il ne peut l'imposer sans porter atteinte au principe d'égal accès à la commande publique¹⁹⁷. La Commission européenne soutient de telles initiatives dans la droite lignée de sa Stratégie Europe 2020, en publiant dès 2005, un livre vert sur les achats durables¹⁹⁸. L'idée principale étant de faire des acheteurs des modèles à suivre et d'influencer ainsi le marché : les collectivités par leur pouvoir d'achat, peuvent favoriser le développement de technologies « vertes » dans des secteurs ciblés tels informatique, bâtiment, transports publics, etc.

¹⁹³ CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, aff. C-513/99. Le critère en question était le niveau d'émission d'oxyde d'azote et le bruit des autobus nécessaires au fonctionnement du service de transport.

¹⁹⁴ Voir Code de marchés publics en République du Bénin.

¹⁹⁵ Voir l'article 44 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA 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.

¹⁹⁶ CJCE, 4 décembre 2003, EVN AG, Wienstrom GmbH, c/Republik Österreich, aff. C-448/01 : les critères doivent être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière.

¹⁹⁷ TA Nice, 18 avril 2006, Sté FM Développement, n°06001628.

¹⁹⁸ Livre vert sur l'efficacité énergétique, consommer mieux avec moins, COM 2005.

En outre, l'autorité contractante a toute latitude pour choisir des critères de sélection à portée environnementale, aussi bien celui de performance en matière de protection de l'environnement¹⁹⁹, qu'un autre. Il n'est d'ailleurs aucunement astreint à en choisir, même quand le secteur d'activité du marché y est particulièrement propice, par exemple l'évacuation et le traitement des déchets²⁰⁰. Les seules exigences en la matière sont : que ces critères établissent un lien avec l'objet du marché, donc avec les besoins, qu'ils ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, qu'ils respectent les principes fondamentaux, notamment celui de non-discrimination²⁰¹.

En pratique, quels sont les effets de toutes ces incitations sur les collectivités ? Le manque de connaissances sur les modalités d'établissement de critères écologiques, le manque d'informations sur les outils pratiques pour les marchés publics écologiques et le manque de formation des Personnes Responsables des Marchés Publics, ainsi que le caractère sommaire des dispositions environnement dans le code des marchés publics sont sans doute à l'origine de la timide prise en compte des exigences environnementales dans la commande publique. Encore une fois, la solution pour bien définir le besoin résiderait vraiment dans une meilleure organisation des autorités contractantes. Selon Olivier Frot²⁰², il s'agirait pour cela de cartographier, planifier les achats, instaurer une politique d'achats durables en profitant de la professionnalisation de la fonction d'acheteur.

B- Une insertion sociale mitigée

La phase de définition des besoins du marché joue un rôle central dans l'insertion par l'activité économique. La promotion des exigences sociales a toutefois essuyé de nombreux revers avant de gagner l'approbation des instances nationales. Tout comme les exigences environnementales, elles portent atteintes au principe constitutionnel d'égalité et à celui, fondamental d'égal accès à la commande publique (de la discrimination positive reste de la discrimination), en privilégiant la sélection des entreprises en capacité de fournir des heures d'insertion et ainsi assurer l'insertion sociale demandée. C'est en 1988 que la CJCE admet le recours au critère social pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse²⁰³ dès

¹⁹⁹ FROT Olivier, Développement durable et marchés publics, Paris, éd. AFNOR, 2008, p.63.

²⁰⁰ CE, 23 nov. 2011, n° 351570, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur : le pouvoir adjudicateur peut très bien choisir d'autres critères objectifs pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

²⁰¹ CJCE, 17 sept. 2002, HKL Concordia Bus Finland, *op.cit.*

²⁰² FROT Olivier, Développement durable et marchés publics, *op. cit.*, pp. 98 et s.

²⁰³ CJCE, 20 sept. 1998, Gebroeders Beentjes c/Pays-Bas, aff. C-31/87 : la Cour accepte pour la première fois, la validité d'une clause d'un cahier des charges prévoyant une préférence pour le soumissionnaire présentant la meilleure proposition en termes d'emplois de chômeurs.

lors qu'il respecte les principes fondamentaux issus des conventions sociales²⁰⁴. Mais ces critères ne sont tolérés que du fait de leur caractère de critères accessoires²⁰⁵ et liés à l'objet du marché. Le droit national, quant à lui a partagé cette position, mais se focalise désormais principalement sur le lien du critère avec l'objet du marché²⁰⁶. La frilosité de la jurisprudence nationale en la matière n'incite pas les acheteurs publics à franchir le pas, alors que les outils fournis par le Code sont relativement nombreux. Ainsi l'article 7 du Code des marchés publics préconise le respect des conditions minimales d'emplois garanties par la loi et l'évaluation qualitative des obligations du candidat en termes d'emploi de personnes handicapées. Là encore, ces exigences ne sont légitimes que si elles sont liées à l'objet du marché, aux besoins initialement formulés. S'agissant de la phase de sélection des offres, le Code impose la possibilité de se baser sur les performances en matière d'insertion sociale et professionnelle de publics en difficultés. Mais un tel critère, s'il doit traditionnellement figurer dans le règlement de consultation et apparaître dans l'avis de publicité, ne peut être invoqué que dans le cadre de marchés publics dont l'objet principal est de favoriser l'emploi des personnes en difficultés.

Contrairement au volet « environnement », le volet « social » est une condition d'exécution et non de sélection des offres, simplement, l'entreprise qui soumissionne s'engage, si elle est retenue, à réserver une part des heures de travail générées par le marché, à la réalisation d'une action d'insertion, la phase d'exécution assure le recours à cette insertion dans des conditions encadrées par les dispositions du Code. Ainsi, ce critère d'insertion peut être divisé en sous-critères : l'encadrement technique et le tutorat proposés par l'entreprise pour les personnes en insertion, les mesures prises par l'entreprise pour assurer ou faire assurer leur accompagnement socioprofessionnel, le dispositif de formation mise en place par l'entreprise, le niveau de qualification professionnelle susceptible d'être atteint par elles et les perspectives de pérennisation de l'emploi de ces personnes. La crainte de s'éloigner de l'objet du marché, de ses besoins initiaux, paraît justifiée par la nature de l'insertion, avant tout condition d'exécution du marché. Mais l'usage parfois excessif et désordonné de cette notion par le juge, freine les acheteurs publics qui redoutent une annulation de leurs marchés. Toutefois, certains marchés ont pour objet principal (ici leur finalité) l'insertion, tels les marchés de services ou de qualification professionnelle, l'objet annexe étant, par exemple, le nettoyage et l'entretien des espaces publics, des espaces verts, la collecte de déchets. Le

²⁰⁴ CJCE, 26 sept.2000, Commission c/France, aff. C-225/98 : possibilité de recourir à un critère social (lutte contre chômage), comme critère additionnel de choix des offres.

²⁰⁵ CJCE, 26 sept.2000, Commission c/France, aff. C-225/98, *op. cit.*

²⁰⁶ CE, 25 juillet 2001, Cne de Gravelines, n°223666, *op. cit.*

libellé du marché est donc capital : à nouveau la précision de la définition du besoin apparaît incontournable. Dans ce cas, les critères sociaux de choix des offres sont pleinement légitimés car totalement en phase avec l'objet du marché : la collectivité « achète l'insertion ». La structure attributaire sera choisie en fonction de sa capacité à insérer et qualifier les bénéficiaires. À noter qu'il est également possible d'associer l'insertion à l'allotissement donc de faire un lot spécifique réservé. La passation d'un tel marché sera considérablement simplifiée.

La volonté de faire du marché public le vecteur du développement durable par la promotion de politiques publiques s'est donc sensiblement développée ces dernières années. La prise de conscience que le temps du monde fini commence²⁰⁷ a poussé les décideurs politiques, plus ou moins malgré eux, à faire – bien que ce ne soit pas sa vocation première - de la définition du besoin l'étape clé pour moraliser et redéfinir la vie économique.

Paragraphe 2 : Une nécessaire précision des besoins en amont

Bien que cela soit désormais acquis pour l'autorité contractante, il est toujours nécessaire de le rappeler : la définition des besoins, étape essentielle lors de la phase de préparation des marchés publics, est « la clef d'un achat réussi ». En effet, outre qu'elle garantit la bonne réussite de la procédure de passation d'un marché public, elle conditionne également l'exécution des marchés publics dont les clauses ne peuvent être modifiées que dans des conditions strictement encadrées par la réglementation. Pour ce faire, une précision des besoins est exigée (A) pour une traduction technique appropriée (B).

A-L'exigence de précision des besoins, comme garantie d'une définition réussie

Le Code a bien saisi l'intérêt d'encadrer juridiquement une phase de « bonne gestion économique », obsession de longue date de l'Administration²⁰⁸. Cet objectif de « bonne gestion », visant à réaliser l'achat dans les meilleures conditions économiques, ne peut être garanti que par le respect de cette exigence de précision. La précision est double : la prestation ou le bien, objet du besoin (donc du marché) et leurs quantités doivent être déterminées par l'autorité contractante et mentionnées dans les documents de la consultation et dans la publicité. Cette exigence ne saurait être appréhendée à la légère, le degré de précision étant

²⁰⁷ Citation de Paul Valéry, 1945.

²⁰⁸ BOUSTA Rhita, Essai sur la notion de bonne administration en droit public, logiques juridiques, Paris, éd. l'Harmattan, 2010, p. 54.

strictement évalué par le juge qui n'hésite pas à annuler le marché²⁰⁹: la collectivité ne peut, de manière excessive, sous-estimer les quantités du marché²¹⁰. Elle ne peut donc non plus renvoyer cette étape de définition à un dispositif ultérieur²¹¹, ou laisser aux candidats la possibilité de proposer des « services annexes » qu'elle n'aurait elle-même pas définis²¹². De manière globale, le juge ne cesse de réaffirmer l'irrégularité d'un marché, défini de manière trop imprécise dans l'avis d'appel à candidatures²¹³. Dans le même ordre d'idées, le fait que les besoins soient déterminés avec précision, suppose que l'ensemble des besoins correspondent parfaitement à l'importance du marché en phase d'exécution²¹⁴. Cette exigence de précision induit donc l'interdiction formelle pour l'acheteur de modifier ses besoins quelle que soit la procédure, dans leur nature et leur étendue, lesquelles [les modifications] peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre, pour leur permettre de l'adapter²¹⁵.

Le caractère décisif d'une telle définition se manifeste là encore, celle-ci devant alors être travaillée le plus rigoureusement possible. Effectivement, un tel changement, par exemple la suppression d'un bâtiment, implique la réouverture de la consultation donc l'obligation de relancer le marché, en vue de permettre à tous les candidats d'adapter leurs offres²¹⁶. Une mauvaise précision des besoins, traduite dans l'imprécision du cahier des charges, suscite de nombreux litiges, tout autant qu'une insatisfaction de l'autorité contractante devant la prestation fournie. Par exemple, en matière de bâtiment, l'importance des travaux

²⁰⁹ Par exemple, CAA Douai, 17 janv. 2013, Cne Hazebrouck, req. n° 12DA00780, où c'était au prestataire de déterminer les besoins de la collectivité, après visite du site. Pour la Cour, dans ces conditions, l'imprécision quant à la définition et à l'étendue des besoins à couvrir ainsi qu'à la technique de vidéosurveillance souhaitée, a été de nature à affecter le choix même du cocontractant et à constituer un vice suffisamment grave pour justifier l'annulation du marché.

²¹⁰ CE, 29 juillet 1998, Cne de Léognan, req. n°190452.

²¹¹ CE, 8 août 2008, Région Bourgogne, req. n°307143

²¹² CE, 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, req. n°310380.

²¹³ CE, 29 décembre 1997, Dpt de Paris, req. N°159693.

²¹⁴ Effectivement: un candidat évincé qui aurait eu de sérieuses chances de remporter le marché si l'importance de celui-ci n'avait pas excédé les besoins réels du pouvoir adjudicateur, a subi un préjudice de nature à lui ouvrir droit à indemnisation. Voir à ce sujet: CE, 18 novembre 1988, Min. de l'intérieur c/SARL les voyages Brounais, req. n°76131 Lebon: T.964.; de même: CE29 déc. 1997, Dpt de Paris, req. n° 159693: JurisData n° 1997-051206 ; Rec. CE 1997, p. 503. Dans cette espèce, l'avis de marché manque de précision, en se bornant à indiquer comme objet études et réalisation d'opérations de restructuration, d'extension ou de construction, de divers équipements scolaires, socio-sportifs, culturels ou bâtiments administratifs susceptibles d'être engagées au cours du 4e trimestre 1991, alors que le contrat a finalement été conclu en vue de la modernisation d'un seul établissement scolaire

²¹⁵ CE, 4avr. 2005, Cne Castellar req. n°265784; Rec. CE 2005, p.141, considérant n°5.

²¹⁶ CE, 22 avril 1983, MM. Auffret et Dumoulin, *op. cit.*; CE, Sté Sterreau, req. n°213958. , Rec. CE 2000, tables p.1103.

supplémentaires est souvent due à une étude préalable²¹⁷ et à un programme insuffisamment précis de l'opération²¹⁸. La définition du besoin obéit à une obligation réglementaire, permettant donc à la fois d'assurer la sécurité juridique des marchés et de répondre à un impératif économique. C'est en même temps une obligation plurale, aux multiples facettes auxquelles s'ajoute, la contrainte de développement durable, qui doit à chaque nouveau marché être prise en considération par l'autorité contractante, qui s'interrogera sur la pertinence ou non de l'inclure dans sa définition des besoins. Le pouvoir adjudicateur doit concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social²¹⁹. Cette notion sera rendue opérante aussi bien par la détermination des critères de sélection des entreprises, que par les clauses sociales et environnementales, en application de l'article 7 du Code des marchés publics au Bénin. Aussi, la définition des besoins permet de déterminer aussi bien l'objet du marché que le pouvoir adjudicateur entend passer, que les limites à son pouvoir de négocier quand il décide de recourir à une telle procédure²²⁰. En conséquence, l'article 7 du code des marchés publics est, avec les principes fondamentaux de la Commande Publique, la pierre angulaire du droit de la commande publique. C'est l'article « clé de voûte », dont la seule lecture permet de déterminer les enjeux gravitant autour des marchés : mise en concurrence, objectifs de développement durable, caractère central et initial des besoins comme objet exclusif des marchés. Il faut toutefois souligner que malgré son importance, cet article reste vague et peut même paraître contradictoire : les marchés visant à définir le besoin-tels les marchés à bons de commande, les marchés à tranches conditionnelles et la procédure de dialogue compétitif sont clairement une entorse au principe de définition du besoin avant tout appel à concurrence.

B-La nécessité de traduction technique du besoin

L'exigence de spécifications techniques est avant tout une exigence juridique de traduction du besoin en normes techniques. Pour mieux définir et optimiser son besoin, le

²¹⁷ Imposée par l'article 2 de la loi MOP du 12 Juillet 1985 en France, l'étude préalable vise avant toute opération, à préciser la demande et de choisir la meilleure solution pour y répondre. Leur réalisation aide le maître d'ouvrage à 'préparer le terrain' et à sensibiliser l'ensemble des personnes concernées. Définition donnée par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques.

²¹⁸ C'est-à-dire, la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique

²¹⁹ CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n°351570.

²²⁰ CHABANOL Daniel, JOUGUELET Jean-Pierre, BOURRACHOT François, Le régime juridique des marchés publics, droits et obligations des signataires des marchés de travaux, éd. Le Moniteur, 2007, p.168,

pouvoir adjudicateur peut « assouplir » cet exercice en recherchant l'avis des soumissionnaires. Cependant, cette exigence reste dépendante du respect des principes fondamentaux de la Commande publique.

Un principe bien encadré, aux enjeux non négligeables Selon le professeur Michel Guibal, « *la détermination du besoin de l'autorité contractante doit être intégrale car elle détermine directement l'appréciation technique de la prestation à réaliser* »²²¹. De même, la préparation d'un marché, la définition des spécifications destinées à répondre à un besoin identifié est une étape essentielle, tant pour la passation du marché que pour sa bonne exécution et pour la qualité finale des ouvrages. Les prestations que le pouvoir adjudicateur envisage de commander en vue de satisfaire le besoin préalablement déterminé, doivent être définies par des spécifications techniques : il s'agit de préciser les caractéristiques requises d'un produit, d'un matériau ou d'un service, dans des conditions détaillées. Les spécifications techniques visent donc, pour la collectivité, à se donner les moyens d'élaborer un corpus de règles techniques qu'elle estime nécessaire en vue de la satisfaction de ses besoins. Cependant cette caractérisation du besoin s'effectue dans un cadre bien spécifique : les spécifications techniques peuvent être formulées par référence à des normes, ainsi qu'en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ou encore en combinant ces deux approches. L'autorité contractante a ainsi le choix entre deux possibilités : il peut exprimer les spécifications techniques en référence à des normes ou à d'autres documents équivalents, Chaque référence est accompagnée de la mention 'ou équivalent. L'autorité contractante peut, aussi, définir ses spécifications techniques en prenant en compte les exigences de protection de l'environnement, notamment en se référant à des «écolabels». Elle peut exprimer les spécifications techniques en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Par exemple, pour un marché de vêtements de pompiers, l'autorité contractante peut exiger, au titre des spécifications techniques, un tissu résistant à un degré très élevé de chaleur ou résistant à une pression d'eau particulière, avec des renforts ou un poids maximal. Là encore, figure la volonté du pouvoir réglementaire d'inclure les préoccupations environnementales à l'échelle de la définition des besoins dans les marchés publics.

Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de combiner ces deux catégories de spécifications techniques. Ainsi, pour un même produit, service ou type de travaux, il peut faire référence à des normes pour certaines caractéristiques et à des performances ou

²²¹ GUIBAL M., Commentaire, Recueil des textes officiels annoté et commenté, Ed. le Moniteur, 2003.

exigences fonctionnelles pour d'autres. Ce choix offre aux acheteurs une plus grande liberté pour définir leurs besoins, tout en conservant un degré de précision indispensable. L'intérêt d'un tel exercice pour la collectivité est très grand : garantir une certaine qualité, réduire les coûts, et simplifier la concurrence en rendant plus aisée la comparaison entre les offres.

Si le bon usage d'un tel « langage » semble parfois délicat, les avantages d'une telle procédure ne sont pas négligeables pour l'Administration. Les collectivités locales peuvent ainsi mieux préciser les propriétés et les qualités des produits dont elles ont besoin. Les normes leur procurent également des économies d'échelle qui pourront se répercuter sur le prix de leurs services et de leurs produits. De surcroît, les normes constituent des instruments susceptibles d'améliorer l'efficacité du propre fonctionnement des collectivités locales. Elles fournissent aux entités territoriales la possibilité de se positionner sur le marché européen. En effet, les normes participent directement à la libre circulation des marchandises et des services au sein du Marché intérieur²²². Il faudra décrire avec précision performances et exigences fonctionnelles afin que les candidats bénéficient d'une information objective et sans ambiguïté et que le pouvoir adjudicateur ne dispose pas, *in fine*, d'une liberté d'appréciation indéterminée.

Les variantes constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation²²³. Autrement dit, les variantes sont un moyen de faire participer les soumissionnaires à la définition des caractéristiques du marché ; elles sont donc une atténuation au principe de transparence et à celui d'égalité de traitement des candidats. Or l'autorisation des variantes est laissée au libre choix du pouvoir adjudicateur. En cas d'autorisation, le cahier des charges doit préciser les exigences minimales qui peuvent faire l'objet de variantes, ainsi que des modalités de présentation à respecter²²⁴. Les variantes qui ne satisfont pas à ces exigences minimales requises par le pouvoir adjudicateur, sont irrecevables. Cela justifie que ces exigences minimales soient mentionnées expressément dans le cahier des charges, l'offre alternative devant garantir une prestation qualitativement équivalente à celle faisant l'objet de l'appel d'offres²²⁵. C'est donc une véritable sollicitation de l'expertise du privé qui s'opère au travers de la variante. L'option, elle, est une prestation

²²² TAMBOU Olivia, les collectivités locales face aux normes techniques, AJDA 20 mars 2000 p.205,

²²³ CE, 5 janvier 2011, société Technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc, n° 343206 et 343214.

²²⁴ CJCE, 16 oct. 2003, CJCE, 16 oct. 2003, Traunfellner GmbH c/ Österreichische Autobahnen-und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), aff. C-421/01, Rec.I.11941.

²²⁵ CJCE, 16 oct. 2003, Traunfellner, *op. cit.*, pt n°30.

complémentaire à l'initiative du pouvoir adjudicateur, qu'est tenu de proposer le candidat dans son offre de base et que l'acheteur se réserve le droit de mettre en application²²⁶. Il appartient donc à l'autorité contractante d'opérer une conciliation entre la nécessité de conclure un contrat performant – ce qui suppose une définition précise de son besoin ainsi qu'une sélection rigoureuse de l'entreprise attributaire – et entre le respect de la liberté d'accès à la commande publique. Il faut « choisir pertinemment sans exclure arbitrairement. ».

SECTION 2 : Des évaluations annuelles obligatoires

Née au confluent d'« *une mutation des modes d'action publique et [d'] une mutation des principes d'organisation administrative* »²²⁷, la régulation²²⁸ désigne les actions qui visent le maintien de l'équilibre dans les systèmes complexes. Il s'agit, plus précisément, en matière de la commande publique, des tâches administratives nouvelles conférées par le législateur à des entités publiques l'Autorité de Régulation des Marchés publics. Elle est une nouvelle expression de la gouvernance administrative. Elle consiste en « *une technique d'intervention de nature politique dans un secteur qui le requiert parce que les intérêts de la nation sont en jeu ; le garde-fou du fonctionnement spontané d'un secteur technique ; le moyen dynamique pour accompagner la transformation d'un secteur ; le moyen dynamique pour maintenir les équilibres d'un secteur qui ne pourra jamais se rapprocher techniquement de la figure d'un marché spontané et durablement concurrentiel ; enfin, l'art de donner à chaque opérateur la part qui lui revient et d'assurer l'équilibre entre tous* »²²⁹. Elle peut se traduire par l'audit qui apparaît incontournable dans la détermination préalable des besoins de l'autorité contractante (**Paragraphe 1**) pour une amélioration de la gestion de la commande publique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Un nécessaire audit de la détermination préalable des besoins

« *Fruit de l'engagement de la mise en place des mécanismes institutionnels et opérationnels de régulation des marchés publics, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) répond à cette volonté d'assurer une bonne gouvernance administrative* »²³⁰. Chargée de la

²²⁶ Note de la DAJ, ministère de l'Économie et des Finances, avril 2007.

²²⁷ LOMBARD (M.), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », In AJDA, 2005, p. 532.

²²⁸ Du MARAIS (B.), Droit public de la régulation économique, Paris, Dalloz, 2004, p. 482.

²²⁹ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les différentes définitions de la Régulation », In LPA, *La régulation : monisme ou pluralisme ?*, 1998, p. 5.

²³⁰ CHABI-KPANDE (J.), *L'Etat de droit et les autorités administratives indépendantes*, thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi, 2020, p. 90.

régulation des marchés publics, son action contribue à garantir la bonne gouvernance dans l'action administrative. Cette fonction de l'ARMP s'apprécie à l'aune de ses fonctions qui sont non contentieuse. La fonction non contentieuse exercée par l'ARMP s'appréhende sous deux angles. Le premier consiste à assurer la performance du système de la commande publique (A). Le second porte sur l'audit du système (B).

A-Une performance du système

Concept économique, la performance consiste à atteindre et même dépasser les objectifs réalisables fixés. Elle est le résultat ultime de l'ensemble des efforts d'une entreprise ou d'une organisation. Le terme performance peut être explicité par deux concepts à savoir : l'efficacité et l'efficience²³¹. C'est dans cette dynamique que s'inscrit le président de l'institution lorsqu'il rappelle que la mission de l'ARMP est de « *garantir l'efficacité et la crédibilité du système des marchés publics et des partenariats public-privé par la promotion d'un environnement transparent qui favorise une optimisation de la dépense publique et une meilleure implication du secteur privé* »²³². Pour donc impulser la performance dans le secteur des marchés publics, l'ARMP doit assurer un appui technique et le renforcement des capacités des acteurs du secteur placé sous sa régulation.

L'appui technique est l'une des missions importantes assignées à l'autorité de régulation des marchés publics. Il consiste à assister les « *autorités nationales compétentes dans le cadre de la définition des politiques et de l'élaboration de la réglementation en matière de la commande publique* »²³³. Il en résulte que l'appui technique se résume en deux activités : la définition des politiques et l'élaboration de la réglementation.

S'agissant de la définition des politiques de la commande publique, l'autorité de régulation des marchés publics doit définir un code de bonne conduite susceptible de contribuer à l'efficacité de la commande publique. C'est le levier par lequel peut agir sur la commande publique pour atteindre l'objectif de performance du système. C'est dans cette dynamique que s'inscrit le code d'éthique et de déontologie de commande publique élaborée

²³¹ MORIN (E.), SAVOIE (A.), BEAUDIN (G.), *L'Efficacité de l'Organisation - Théories Représentations et Mesures*, cité par DUPOUX (J.) et GROSSEORGES (B.), *Les marchés publics en France*, 1^{ère} édition, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1977, p.5.

²³² MAOIGNON (E.), Mot du président, recueil des textes de la commande publique au Bénin, ARMP, 2018, p. 3.

²³³ Art. 2 al. 2. 1 du décret 2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

par l'ARMP et adopté par le président de la république²³⁴. Ce code, en rappelant les principes²³⁵ régissant la commande publique, fixe les règles de bonne conduite s'appliquant aux différents acteurs de la chaîne afin d'atteindre les objectifs fixés par ces principes. L'on distingue celles qui s'appliquent aux acteurs publics notamment les agents publics intervenant dans la chaîne de la commande publique et celles qui concernent les soumissionnaires et les attributaires.

Les premières sont relatives au statut et à la personne des agents publics. En ce qui concerne le statut de l'agent, le code d'éthique et de déontologie consacre l'indépendance²³⁶ des agents qui interviennent dans la chaîne de la commande publique en le déliant du devoir d'obéissance²³⁷. Cette garantie s'inscrit dans l'esprit de l'article 35 de la Constitution²³⁸ et du principe général du droit qualifié des « *baïonnettes intelligentes* »²³⁹. S'agissant des règles qui s'appliquent à la personne de l'agent, elles sont des obligations²⁴⁰ susceptibles d'engager sa responsabilité. Cette responsabilité est disciplinaire, pécuniaire et pénale. Ces obligations sont relatives à la compétence professionnelle de l'agent public et des valeurs éthiques et morales liées à l'exercice de sa fonction.

Les secondes, quant à elles sont relatives aux candidats, soumissionnaires, attributaires et titulaire de la commande publique. Les candidats et les soumissionnaires doivent attester par écrit la connaissance et le respect du code d'éthique et de déontologie dans la commande publique. Ces obligations peuvent être résumées au respect de la législation, à leur bonne foi

²³⁴ Décret 2020-601 portant code d'éthique et de déontologie de la commande publique.

²³⁵ Les principes fondamentaux régissant la commande publique au Bénin sont au nombre cinq. Il s'agit des principes de l'économie et de l'efficacité, de la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de la transparence des procédures et de la reconnaissance. Les cinq premiers principes contenus dans l'article 7 de la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin, sont une reprise des exigences de la directive 04/2005/CM de l'UEMOA auxquels le législateur béninois a ajouté le dernier principe (art. 6 de la loi précitée).

²³⁶ Art. 5-a du décret précité.

²³⁷ Art. 7-a al. 3 combiné à l'art. 7-b al. 2 du décret précité.

²³⁸ Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun.

²³⁹ Conformément à la jurisprudence Langneur (CE, 10 novembre 1944), l'obéissance à un ordre illégal engage la responsabilité de l'agent. Par conséquent, les agents sont déliés de l'obéissance aux instructions du supérieur hiérarchique dès lors qu'elles sont illégales. La Cour de cassation rappelle également ce principe dans plusieurs jurisprudences, notamment Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 juillet 2010, 09-42.091, Inédit ; Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 23 juin 2018, 17-84.964, inédit disponible sur le lien <https://www.juritravail.com/Actualite/fonctionnaires/ld/5451> consulté le 21 août 2018. D'ailleurs, Jean Marc Sauvé a pu rappeler à cet égard qu'« *obéir, ce n'est pas se soumettre ni renoncer à penser, ni devoir se taire ; ce principe s'assortit même, dans des cas exceptionnels, du devoir de désobéir* ». SAUVE (J. M.), « Faire des choix », In *Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures 1933-1948*, Colloque, Paris, Sorbonne, 2013, p. 2 disponible sur le lien <http://www.conseil-etat.fr/content/download/3513/10567/version/1/file/faire-des-choix-ouverture-def.pdf> consulté le 2 juillet 2015.

²⁴⁰ Art. 10 du décret précité.

et au respect du délai d'exécution. La définition des politiques relatives à la commande publique se traduit par la réglementation.

Le renforcement des capacités des acteurs de la commande publique participe à la réalisation de la performance du système des marchés publics. Plusieurs actions concourent à la réalisation de cette fonction. Généralement les autorités administratives indépendantes ont une fonction d'information et de sensibilisation. En effet, elles doivent diffuser les textes législatifs et réglementaires relatifs aux secteurs régulés. Même si l'obligation d'information n'est pas prévue, elle est généralement assumée par les Autorités de régulation. On peut donc considérer que cette mission est une mission implicite découlant du fonctionnement normal de ces Autorités. L'Autorité de Régulation des Marchés Publics est chargée d'assurer cette fonction par la sensibilisation et l'information des acteurs du secteur de la commande publique²⁴¹. D'ailleurs, le président de l'institution dispose d'une cellule d'information et de communication. Elle est chargée entre autres de « la définition des canaux, des supports et outils d'information ; la diffusion de la réglementation relative à la commande publique ; l'élaboration et la mise en œuvre des programmes d'informations sur la commande publique ; l'élaboration des revues de presse quotidiennes... »²⁴². C'est dans ce cadre que s'inscrit le magazine de l'organe de régulation des marchés publics au Bénin dénommé « ARMP INFOS ». Dans ce magazine, l'Autorité de Régulation des marchés publics publie les décisions rendues, les différentes sanctions notamment les exclusions de la chaîne de la commande publique, les différentes activités, les projets de réformes de même que les réformes qui ont abouties.

Mais le renforcement des capacités des acteurs se fait surtout par leur formation. Il s'agit ici d'une fonction pédagogique qu'assure l'Autorité de Régulation des Marchés Publics. Cette formation permet d'assurer la sensibilisation et l'information des acteurs de la commande publique. Par ce moyen, l'Autorité de régulation des marchés publics procède à la vulgarisation de la réglementation en vigueur dans le secteur placé sous son contrôle. Par-là, elle informe et rappelle le code de bonne conduite devant servir de levier pour une bonne gouvernance administrative. C'est ce qui explique les deux grands axes d'activités apparentes de cette autorité administrative indépendante. Il s'agit de la formation et du règlement des différends.

²⁴¹ Art. 4 du décret 2020-595 précité.

²⁴² Art. 14 du décret 2020-595 précité.

Il est à noter que, comme il a été indiqué précédemment, la mission informative est si indispensable à toutes les autorités administratives indépendantes qu'aucune ne saurait s'y soustraire, pas plus qu'à celle de publier des rapports d'activités. La publication des rapports d'activités est une donnée fondamentale pour toute institution voulant rendre crédible son existence et son fonctionnement. Il est pratiquement impossible pour une institution d'exister sans se faire connaître, sans faire part de ses victoires, de ses déboires et de ses projets. Les législateurs ont pris la mesure de la question en prévoyant la publication des rapports d'activité de régulation. Un tel rapport constitue par essence le mode d'information privilégié concernant le fonctionnement des autorités administratives indépendantes²⁴³. Or, l'on constate que même si les Autorités de régulation tentent d'accomplir leur devoir d'information, la vulgarisation des textes et de rapports d'activité reste limitée à un public restreint, l'objectif des pouvoirs publics est donc loin d'être satisfait²⁴⁴. Pour assurer une véritable performance, l'Autorité de régulation des Marchés publics doit exercer une autre fonction. Elle est, d'un certain point de vue, consubstantielle à l'effectivité de la performance. Il s'agit de l'audit du système de la commande publique.

B-Un audit indépendant

L'audit²⁴⁵ est le filet de la performance²⁴⁶. Il permet « *d'améliorer les pratiques des acteurs de façon régulière* »²⁴⁷. Il sert également à faire le point sur l'existant afin d'en dégager les points faibles et / ou non conformes (suivant les référentiels d'audit). C'est donc un outil qui permet de vérifier si les marchés passés sont planifiés dans le plan de passation des marchés publics, se faire une opinion sur les procédures de passation des marchés adoptées pour les contrats sélectionnés, voir si les conditions d'utilisation des diverses méthodes de passation des marchés sont clairement établies.²⁴⁸ Il sert également à vérifier la

²⁴³ GUERLIN (G.), « Regard sur la dépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes » in DECOOPMAN (N.) Dir., *Le désordre des autorités administratives indépendantes : L'exemple du secteur économique et financier*, op. cit. p. 84.

²⁴⁴ Ce constat est identique pour les Autorités administratives indépendantes intervenant dans les autres secteurs. ADJOVI (E.), op. cit. p.158 et s.

²⁴⁵ Selon *Le Petit Robert*, le vocable « audit » tient son étymologie du latin *auditus* « entendu » (dont le sens est saisi). Il s'agit donc bien de réponses à des questions formulées à une personne capable d'entendre et, surtout, capable de comprendre les réponses, puis de les transmettre à d'autres acteurs. L'audit est une notion des sciences de gestion et signifie vérifier, contrôler, surveiller. Il a également le sens de diagnostic, de conseil et d'apport de services aux diverses organisations. Un audit est donc l'examen indépendant d'un organisme, d'un fournisseur, en vue d'améliorer la confiance de son client et des autres parties intéressées.

²⁴⁶ SEGBO (T. J.), HODONOU (S. A.), « Audits des marchés publics : Le filet de la performance définitivement opérationnel au Bénin », In *ARMP INFOS* n° 3, 2016, p. 25.

²⁴⁷ CHABI KPANDE (J.) op. cit.

²⁴⁸ *Idem*.

conformité aux principes généraux qui encadrent la commande publique tels qu'édités par le législateur.

Conformément aux dispositions du cadre juridique, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics a effectué des missions d'audit de la commande publique au titre des années 2008, 2009 et 2010. Cette opération a eu pour ambition de promouvoir la transparence et l'efficacité de la commande publique. Cet audit a eu pour but d'aligner le système des marchés publics béninois sur les meilleures pratiques internationales en la matière. Ce contrôle a posteriori aura permis de renforcer l'encadrement des régimes dérogatoires et la systématisation du contrôle a priori.

Ainsi, il a permis d'apprécier comment les autorités contractantes auditées ont respecté les principes et procédures édictés par le législateur. De même, il a permis de voir comment celles-ci ont fait fonctionner les différents organes du système. Il s'est agi de la conformité aux exigences normatives. Cette mission a permis d'appréhender l'efficacité du système des marchés publics. A ce propos, il a été retenu que pour qu'un système de passation des marchés publics soit qualifié d'un système efficace, il faut que celui-ci permette aux autorités contractantes de réaliser de manière régulières des commandes publiques de qualités et à moindre coût dans le respect des délais fixés²⁴⁹.

L'audit doit aussi prendre en compte l'aptitude des autorités contractantes à atteindre leurs objectifs en matière de passation et de contrôle des marchés publics. A cet égard, à partir d'un échantillon représentatif des contrats de la commande publique conclus sur la période indiquée, un audit des procédures de passation des marchés publics mises en œuvre par les différents organes de contrôle et de passation²⁵⁰ a été fait au titre des exercices budgétaires concernés. Cette mission a porté sur la vérification de la régularité des procédures aux dispositions juridiques, la conformité de l'utilisation des ressources financières aux principes d'efficacité, d'efficience et d'économie, le respect des différentes étapes de même que les délais, la régularité des dossiers et registres obligatoires...

Il ressort de cet audit le défaut d'élaboration et de validation du plan de passation des marchés tel que l'exige les dispositions du cadre juridique²⁵¹. L'inobservation de l'article 10 du Décret n°2011-478 du 08 Juillet 2011 visant l'engagement de l'Etat et ses fonctionnaires à l'égard

²⁴⁹ SEGBO (T. J.), HODONOU, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁰ Il s'agit des autorités contractantes des ministères, des sociétés d'Etat, des établissements publics, des agences de maîtrise d'ouvrage délégué, des collectivités locales...

²⁵¹ Voir l'art. 1 du décret 2011-480 du 8 juillet 2011.

des pratiques de corruption. En effet, les Fiches d'engagement des membres de la commission d'ouverture, des experts et autres renonçant aux pratiques liées à la corruption ne sont pas mises en place et classées au dossier²⁵². De même, l'on note le manque d'application des pénalités de retard. Cependant, les irrégularités observées n'ont pas eu une incidence déterminante ayant entraîné la violation des principes fondamentaux d'économie, de transparence, d'égalité entre les candidats et de libre accès aux marchés publics. Malgré cette volonté de satisfaire l'obligation légale que constitue la fonction d'audit, il faut remarquer que son « *efficacité est relative* »²⁵³. En effet, le législateur a prescrit un audit annuel²⁵⁴ du système de la commande publique. Mais l'on constate l'irrégularité de la tenue des audits par l'autorité de régulation des marchés publics. Ainsi, ce n'est qu'en 2016 que les audits pour le compte des exercices budgétaires 2011, 2012, 2013 et 2014 ont été lancés.

Ce retard dans la réalisation de cette exigence présente des préjudices pour la finalité de l'exercice. En effet, l'audit devrait permettre à l'autorité de régulation des marchés publics de proposer les réformes ou les correctifs nécessaires pour garantir la performance de la commande publique. Or, les audits dont il s'agit sont intervenus bien après de sorte que les réformes devant être initiées pour améliorer la performance de la commande publique ne correspondent plus ou ne sont plus opérationnelles. D'ailleurs, dans une situation où l'audit lancé en 2016 n'a pas encore livré ses résultats, une nouvelle législation relative à la commande publique a été édictée. Il s'agit de la loi 2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public privé et celle relative aux marchés publics. Dans ces conditions, il est difficile de percevoir l'efficacité de la fonction d'audit assignée à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics. De même, il faut relever que les missions d'audit n'ont pas encore abordé la définition du besoin en matière de la commande publique au Bénin. Pourtant cette notion est inhérente à l'efficacité de la commande publique. Dès lors, il convient d'insuffler une nouvelle dynamique à cette fonction.

Pour atteindre l'objectif fixé à la fonction d'audit, l'autorité de régulation des marchés publics doit adopter de nouvelles mesures. Elle doit se conformer aux dispositions légales et intégrer de nouvelles grilles d'analyse. Le code des marchés publics dispose que le contrôle de l'exécution des marchés publics est assuré par l'Autorité de régulation des marchés publics dans le cadre des missions d'audit annuel qu'elle fait exécuter par des auditeurs indépendants.

²⁵² AFRIKARH CONSULTING GROUP, Rapport final, inédit, p. 5.

²⁵³ CHABI KPANDE (J.), *op. cit.*

²⁵⁴ Art. 123.b de la loi précitée, art. 2.3 et 4.10 du décret 2020-595 précité.

Ainsi, elle est tenue de procéder à l'audit des marchés publics exécutés au titre de l'exercice N au cours de l'exercice N +1. Cette exigence est à l'image de la loi de règlement qui est adoptée l'année suivant l'année de l'exercice budgétaire exécuté. Mais, l'on observe dans le contexte béninois un véritable retard dont les causes sont difficiles à identifier. Puisque ces deux opérations relèvent de l'administration entendue au sens large, l'on est tenté de penser que c'est dans une logique de dissimulation que s'inscrit le retard observé. En effet, il est difficile de détecter les failles relatives à l'exécution d'un exercice lorsqu'il y a un long retard dans la mise en œuvre du contrôle a posteriori. Dès lors, le retard des missions d'audit pourrait compromettre la finalité de la fonction. Il s'agit, en principe, de pouvoir prendre des mesures en vue d'éviter la répétition des failles observées au titre de l'exercice N -1 pour le compte de l'année N +1. Ce n'est qu'à cette condition que la fonction d'audit pourra effectivement avoir un impact sur l'efficacité de la commande publique.

Quant à la grille d'analyse, l'audit devra prendre en compte la vérification de la définition préalable des besoins dans la commande publique²⁵⁵. L'auditeur devra s'assurer que, pour le marché contrôlé, la nature et l'étendue du besoin ont été déterminés avec précision, avec réalisme, en lien avec l'offre existante, en termes de fonctionnalités à obtenir. Il sera vigilant car les descriptions techniques peuvent notamment être des freins à la concurrence voire avantager indûment certains opérateurs économiques. Pour ce faire, il lui faudra opérer un contrôle qui englobe les trois dimensions relatives à l'identification du besoin.

La première concerne d'abord les aspects en amont de l'identification du besoin. A cette étape, l'audit va vérifier si le besoin s'inscrit dans une stratégie d'achats, qu'elle soit globale, propre au segment ou spécifique au marché. Il convient donc pour l'auditeur de rapprocher ce qui relève du marché contrôlé des éléments attestant de cette éventuelle stratégie pour s'assurer de leur cohérence. Aussi, la vérification portera-t-elle sur la définition

²⁵⁵ La définition du besoin par l'acheteur public doit être faite avec méthode. Pour ce faire, l'acheteur public doit :

- identifier les finalités et des objectifs en établissant un recueil de données sur les besoins des utilisateurs ;
- identifier le marché fournisseur. Il s'agit de ce qu'offre le marché au regard des besoins exprimés (avec la possibilité d'une discussion sur le bilan avantage/coût de certaines expressions de besoin et spécifications techniques qui en découlent)
- intégrer des démarches de globalisation des achats (entre utilisateurs, dans le temps,...) ;
- décrire les spécifications techniques ;
- définir les modalités d'acquisition (mode de dévolution du marché ou de l'accord-cadre, procédure de passation, durée du marché).

du besoin pour voir si elle est réellement préalable. Cela est essentiel au regard des principes généraux du droit de la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité des candidats et transparence des procédures)²⁵⁶. De même, il sera question d'apprécier si l'anticipation du besoin par le pouvoir adjudicateur est suffisante pour lancer, en temps utile, une consultation sans avoir à invoquer, à tort, l'urgence impérieuse pour passer un marché négocié²⁵⁷.

Ensuite, l'audit portera sur la pertinence de la définition même du besoin. Il s'agira de vérifier si le besoin est suffisamment défini. Le juge administratif français a sanctionné l'insuffisance de définition des besoins²⁵⁸. L'auditeur appréciera également si le besoin est réalisable. Le Conseil d'Etat français a estimé qu'une consultation ne peut être lancée sur deux projets alternatifs si l'un ne peut pas être réalisé²⁵⁹. En outre, l'auditeur vérifiera si le besoin exprimé n'est pas excessif. En toute hypothèse, l'expression de son besoin par le pouvoir adjudicateur ne doit pas excéder celui de ses services. Si cela est le cas le juge peut le sanctionner²⁶⁰.

Enfin, l'auditeur analysera la régularité de la définition du besoin. Il devra vérifier si l'objet du marché est régulier. A ce propos, le tribunal administratif de Lyon n'a manqué d'annuler la délibération par laquelle le conseil de la communauté urbaine de Lyon avait décidé le réaménagement d'un boulevard et de lancer, à cet effet, une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation des marchés relatifs à ces travaux. En effet, l'aménagement, dont il s'agit, était de nature à compromettre la commodité de la circulation et faisait obstacle à un usage normal de la voie publique concernée²⁶¹. Il sera aussi question pour l'auditeur de voir si le pouvoir adjudicateur n'a pas substitué, de façon injustifiée, des spécifications techniques particulières à des normes ou à des documents préétablis ayant fait l'objet d'un agrément technique. Il n'existe pas d'obligation pour le pouvoir adjudicateur de se référer, même quand ils existent, à des normes ou des labels. En revanche, lorsque le pouvoir adjudicateur compte le faire il doit mentionner expressément dans son cahier des charges les

²⁵⁶ CE 12 mai 1989 Sté Fougerolle.

²⁵⁷ CAA Lyon 18 mai 1989, Société Royat Automobiles.

²⁵⁸ Arrêt 06DA00353 de la Cour administrative d'appel de Douai du 10 mai 2007. Dans cet arrêt le juge a relevé « l'imprudence de la commune qui n'a pas hésité à signer un contrat dont les subtilités des clauses pouvaient être sujettes à interprétation ».

²⁵⁹ CE, avis 6 juillet 1993, EDCE Rapport 1993, p. 375. Cet avis est relatif à un appel d'offres portant sur deux projets alternatifs de section d'autoroute, à savoir une variante «aérienne» et une variante «souterraine» dont, seule, la première avait fait l'objet d'une déclaration d'utilité publique.

²⁶⁰ CE 18 novembre 1988, Ministre de l'Intérieur c/ SARL Les voyages Brounais.

²⁶¹ TA Lyon 17 septembre 1997, Association pour lutter contre les effets néfastes du périphérique nord.

caractéristiques techniques correspondant à ces labels auxquels les produits doivent satisfaire²⁶². En outre, si la détention des labels concernés constitue une preuve que l'offre en cause satisfait aux spécifications techniques définies dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans celui-ci que les candidats ont la possibilité de démontrer par tout moyen de preuve approprié qu'ils satisfont ces exigences. L'on comprend donc que la définition du besoin est une exigence en tant que telle et conditionne le choix de la procédure à mettre en œuvre.

Cependant, il existe des risques associés à la définition du besoin. Ils sont de trois ordres. Il s'agit d'abord des risques ayant des conséquences sur la régularité des achats. La définition des spécifications techniques peut induire une atteinte au principe d'égalité des candidats, un délit de favoritisme, une erreur dans le choix de la procédure puisque cette dernière se détermine en fonction du montant et des caractéristiques du besoin... Il pourrait s'agir d'informations inexactes données aux candidats²⁶³ ou encore d'absence d'informations sur la durée du marché, que les candidats doivent fixer eux-mêmes dans leurs offres²⁶⁴.

Ensuite, il y a des risques ayant trait à l'efficacité fonctionnelle et au bon usage des achats. L'inadéquation de l'objet du marché et du besoin réel du fait de sa définition incomplète ou parcellaire ou une sous-estimation non fondée du besoin conduisant à un marché complémentaire peut faire engager la responsabilité publique dans le cadre de l'exécution du marché. En effet, la mauvaise détermination du besoin n'affecte pas, en tant que telle, la légalité du marché mais elle peut fonder l'engagement de la responsabilité publique dans le cadre de l'exécution du marché²⁶⁵.

Enfin, il peut y avoir des risques de nature à impacter l'efficacité économique et la maîtrise des coûts. Ils peuvent consister en un regroupement insuffisant des demandes, une évaluation incomplète qui n'intègre pas les dépenses induites ou une imprécision des besoins

²⁶² CJUE, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas, 10 mai 2012, C-368/10, points 63 à 70.

²⁶³ CE 12 mars 2012, Dynacité, Société Dalkia France.

²⁶⁴ CE 1er juin 2011 Commune de Saint Benoît. L'imprécision a pu entraîner la nullité du marché (CE 29 décembre 1997 Département de Paris ; CAA Marseille 1er avril 2003, OPHLM d'Aix-en-Provence ; CE 8 mars 1996, Commune de Petit-Bourg.).

Toutefois, il faut noter qu'il n'est plus certain aujourd'hui que l'imprécision du besoin entraîne la nullité du marché. Le Conseil d'Etat français a fait prévaloir le principe de loyauté des relations contractuelles dégagé par la jurisprudence commune de Béziers du 28 décembre 2009. Ce principe interdit aux parties de se prévaloir de n'importe quelle irrégularité du contrat dans le but d'échapper aux obligations qui sont les leurs du fait de l'accord de volonté initial. Aussi, depuis cette décision, la nullité du marché n'est encourue qu'en cas d'irrégularité particulièrement grave résultant notamment d'un vice du consentement.

²⁶⁵ CE 12 mai 1989 sté Fougerolle. La responsabilité de l'administration a été engagée pour les dépenses supplémentaires supportées par l'entreprise, en raison des erreurs graves de l'administration quant à la nature et aux quantités d'ouvrages à réaliser.

altérant les conditions de la mise en concurrence et menaçant la sécurité économique du marché. Toutes ces zones de risques constituent des points d'attention particuliers pour l'auditeur lors de ses contrôles du marché.

Dès lors, l'auditeur devra s'assurer que, pour le marché contrôlé, la nature et l'étendue du besoin ont été déterminés avec précision, avec réalisme, en lien avec l'offre existante, en termes de fonctionnalités à obtenir. Il sera donc vigilant car les descriptions techniques peuvent notamment être des freins à la concurrence voire avantager indûment certains opérateurs économiques.

L'exercice de la fonction non contentieuse est donc un instrument dont dispose l'autorité de Régulation des marchés publics pour assurer la performance dans le secteur de la commande publique. Cet instrument doit être étendu à la phase de détermination préalable des besoins de l'autorité contractante, afin de circonscrire au plus tôt d'éventuels écarts.

Paragraphe 2 : Une amélioration de la gestion de la commande publique

L'analyse préalable des besoins à satisfaire est une règle essentielle du code des marchés publics qui répond d'abord à un objectif d'efficacité économique (**A**). L'estimation des besoins doit correspondre à une somme disponible sur le budget de l'acheteur public. Elle permettra en outre de choisir la procédure applicable (**B**).

A-Une efficacité de la commande publique

Le nouveau code a parfois laissé penser que la flexibilité était totale, que les collectivités pouvaient s'affranchir des règles autrefois trop rigides des marchés publics. Certes, l'achat public se rapproche aujourd'hui de l'achat commun, mais un certain nombre d'écueils devront être évités :

- tout d'abord, l'évaluation des besoins doit être juste, économiquement parlant. C'est-à-dire qu'elle ne doit être ni surélevée par frilosité, ni sous-évaluée par excès d'optimisme. En estimant financièrement les besoins en dessous de leur valeur réelle, c'est-à-dire découlant du prix des marchés, le maître d'ouvrage peut se retrouver confronté à des difficultés importantes : impossibilité de déclarer infructueux son appel d'offres pour ce seul motif (sanction de toute estimation irréaliste), indisponibilité budgétaire lors du paiement du marché malgré tout attribué, rattrapage financier de la part des entreprises par le biais de coûts cachés ;

- la détermination de plusieurs niveaux d'appréciation des besoins ne doit pas pour autant faire oublier la nécessaire globalisation des commandes. En effet, la possibilité d'allotissement offerte par le code doit être utilisée avec réserve et discernement. Il ne s'agit en effet jamais d'une autorisation de fractionnement artificiel des prestations mais uniquement d'une adaptation de l'échelon de détermination des besoins aux nécessités opérationnelles du terrain. Le concept de « *prestations homogènes* » doit rester en permanence à l'esprit de l'acheteur. ;
- la dimension temporelle de l'achat doit également être retenue. La durée du marché doit être appréciée objectivement, de manière à permettre une durée pluriannuelle, voire un mode d'évolution spécifique (allotissements, bons de commandes, tranches etc.). Par ailleurs, le niveau d'évaluation ne s'applique qu'aux fournitures et services, en aucune manière aux travaux. Seul le concept d'opération doit être pris en compte ;
- enfin, dans la mesure où certains besoins sont « *imprévisibles* », les personnes responsables des marchés publics devront prévoir, par avance, une marge entre le montant estimatif auquel ils sont arrivés et le seuil fixé dans le code dont le dépassement entraînerait l'irrégularité dudit marché.

De manière pratique, pour être efficace, l'expression des besoins fait appel à 4 considérations principales :

- l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'état de consommation ;
- la connaissance aussi approfondie que possible des marchés fournisseurs, participation à des salons professionnels, documentations techniques ;
- la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standard et achats spécifiques ;
- et enfin lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte non seulement le prix à l'achat, mais également les coûts de fonctionnement et de maintenance qui seront associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté.

Conformément à la jurisprudence, l'évaluation doit être « réaliste », c'est-à-dire : être en adéquation avec les prix généralement pratiqués dans le secteur économique concerné (au moment du lancement du marché). Elle doit par ailleurs porter sur des besoins réels et non hypothétiques, correspondre à un objet susceptible d'être acheté par une administration et répondant exclusivement audit besoin.

Il est prévu que dans l'hypothèse où l'autorité contractante a des difficultés à déterminer son besoin, et dans la mesure où l'incertitude peut à la fois porter sur les objectifs

à atteindre et les moyens d'y parvenir, elle peut alors recourir à la procédure des marchés de définition ou à la procédure de dialogue compétitif. Si l'incertitude porte sur l'étendue des besoins à satisfaire, l'autorité contractante peut alors faire usage soit du marché à bons de commande, soit du marché à tranches. Enfin, le code organise aussi la multi attribution dans les cas où l'achat porterait sur des biens dont les caractéristiques techniques et le prix sont susceptibles de connaître de fortes variations, ou encore des achats qui dans l'intérêt de la personne publique, ne devraient pas être confiés à un seul fournisseur.

B-Une efficacité de la commande publique

L'efficacité dans la commande publique nécessite une approche stratégique. En effet, la commande publique a évolué au cours des dernières années, passant d'une approche traditionnelle à une approche stratégique. Dans l'approche traditionnelle des marchés publics, les efforts sont concentrés sur la phase de passation des marchés, alors que l'approche stratégique met davantage l'accent sur la phase préparatoire (évaluation des besoins, conduite des études de marché et rédaction des cahiers des charges) et sur l'exécution du contrat.

Afin d'améliorer l'efficacité du système de passation de la commande publique, le Bénin a adopté cette approche stratégique couplée avec l'utilisation d'outils d'efficacité et de cahiers des charges adaptés à la réalité du marché. L'efficacité de la commande publique repose tout d'abord sur l'adéquation des besoins l'autorité contractante avec la réalité du marché, et donc les offres des fournisseurs potentiels. L'étape de détermination préalable des besoins et la réalisation d'études de marché est donc une étape cruciale, qui est parfois négligée si l'entité publique n'adopte pas une approche stratégique de la commande publique. Cette étape permet en effet aux entités publiques de comprendre dans quelle mesure le marché a la capacité de satisfaire leurs besoins, d'une part, et elle permet aux opérateurs économiques de mieux comprendre les besoins des entités publiques d'autre part. Ces analyses déterminent largement le choix de la procédure de passation du marché et la conception des documents d'appel d'offres, et auront donc un impact sur la qualité de l'exécution du marché.

C'est pourquoi les meilleures pratiques internationales²⁶⁶ considèrent la détermination préalable des besoins et les études de marché comme une activité stratégique, en non une simple tâche administrative. L'analyse du besoin est une étape essentielle du cycle de passation des marchés publics qui permet aux entités publiques de justifier toute procédure

²⁶⁶ OCDE (2013), «Organising Central Public Procurement Functions», SIGMA Public Procurement Briefs, n°26, Éditions OCDE, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/5js4vmn5s5kd-en>

d'achat (Union Européenne²⁶⁷. L'entité publique identifie les éléments nécessaires à la mise en œuvre de ses missions de service public qu'elle ne peut obtenir en puisant dans ses ressources internes. L'analyse du besoin n'est donc pas limitée aux quantités de biens et services nécessaires, elle doit être centrée sur les fonctionnalités que doivent remplir les solutions attendues

La demande d'agément et la mutualisation des achats sont des leviers majeurs d'efficacité de la commande publique. Les principaux arguments en faveur de la mutualisation des achats sont la réalisation d'économies grâce à un pouvoir de négociation accru auprès des fournisseurs et l'amélioration de l'efficacité administrative (réduction des doublons et des coûts de transaction pour les entités adjudicatrices et pour les fournisseurs)²⁶⁸. Toutefois, une mutualisation non maîtrisée et non réfléchie peut également représenter des risques, tels que la difficulté de satisfaire des besoins hétérogènes²⁶⁹ exprimés par les services contractants et un accès plus difficile pour les PME à la commande publique en l'absence de stratégie d'allotissement²⁷⁰.

En pratique, la demande d'agrément peut se faire à des niveaux différents : par des *groupements de commandes*²⁷¹ entre deux ou plusieurs entités publiques ayant des besoins homogènes, ou par la centralisation²⁷² des achats à travers la création d'une centrale d'achat dont la mission principale est de passer des marchés publics aux profits de plusieurs entités adjudicatrices. Afin de tirer tous les bénéfices de la création d'un groupement de commandes, il faut s'assurer de l'homogénéité des besoins entre les membres du groupement, mais également d'autres critères, tels que la situation financière et le respect du délai de paiement de chaque partenaire, des conditions de livraison harmonisées et un calendrier d'exécution du marché similaire.

Si la commande publique doit viser la meilleure performance possible en termes de coûts et de services, elle est régulièrement montrée du doigt pour son inefficience. De fait, les gains liés à sa meilleure gestion pourraient être substantiels. Les contrats par lesquels s'établit la commande publique sont sujets aux asymétries d'information (l'entreprise connaît mieux ses coûts et l'environnement économique que la partie publique) et à l'incomplétude

²⁶⁷ Union Européenne (2014), Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=SL> (consulté le 8 mars 2021).

²⁶⁸ OCDE (2018), *SMEs in Public Procurement: Practices and Strategies for Shared Benefits*, Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Éditions OCDE, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264307476-en>

²⁶⁹ SANCHEZ-GRAELLS A. et I.Herrera Anchustegui (2016), «Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24», pp.129-163,

²⁷⁰ Voir l'article 27 du code des marchés publics en République du Bénin.

²⁷¹ *Idem.*, article 39.

²⁷² *Idem.*, article 45.

contractuelle (il est impossible de prévoir tous les événements pouvant survenir durant l'exécution du contrat). Dès lors, l'analyse économique recommande d'utiliser autant que possible les forces concurrentielles dans la phase de sélection des partenaires et de mettre en place des mécanismes incitatifs pour constituer de véritables engagements des parties.

Il paraît donc impérieux de garder le curseur sur trois axes essentiels que sont la transparence, la concurrence et les compétences. La procédure de négociation doit s'accompagner d'une information transparente avant et après négociation. En phase d'exécution, les avenants aux contrats les plus importants doivent pouvoir être contestés sans pour autant paralyser le processus en facilitant la multiplication des recours futiles. Pour accroître la concurrence au moment des appels d'offres, il serait utile de limiter le nombre de plates-formes électroniques d'information et de les faire converger vers un modèle standardisé performant. Dans le même temps, il est aussi souhaitable de simplifier les procédures, de renforcer la professionnalisation des acheteurs publics et de concentrer les achats les plus standards pour bénéficier d'économies d'échelle et cumuler l'expérience des acheteurs publics.

Enfin, pour les projets de grande envergure, il faudra procéder à une évaluation préalable comparative afin de déterminer quel est l'outil de la commande publique le plus adéquat pour répondre aux besoins des autorités publiques. L'agence en charge de cette évaluation préalable réaliserait aussi les évaluations *a posteriori* pour en tirer des enseignements sur les différents outils et procédures.



CONCLUSION

La passation de la commande publique a beaucoup évolué dans la mesure où son encadrement juridique s'est complexifié et que la spécificité du métier d'acheteur public a émergé. La compréhension de l'ensemble de ses « tenants et aboutissants » n'est pas facilitée par ces mutations sans cesse fluctuantes. Elle n'est pas non plus facilitée par le caractère « ambivalent » du droit de la commande publique : celui-ci ne peut plus être appréhendé de manière fractionnée, en séparant l'acteur juriste de l'acheteur technicien. Il doit donc être abordé de manière globale et l'ensemble de ses dynamiques, aussi bien le droit pur, la technicité des biens ou services, la gestion raisonnée des deniers publics, voire le management des équipes, doivent coopérer assidûment pour former un tout cohérent. « *La commande publique se situe encore plus qu'hier à la croisée de deux chemins, celui de la règle juridique et celui de l'organisation. La définition du besoin se construit entre cadre juridique contraignant et philosophie de l'achat. L'acheteur public doit autant réfléchir à la régularité, qu' à l'efficacité de son action* »²⁷³.

Au plan local, depuis les lois de décentralisation du début des années 90, le pouvoir politique des élus s'est renforcé, les administrations locales se sont politisées. La décentralisation a consacré l'interventionnisme local au rang de service public²⁷⁴. Les territoires mal desservis en services sont disqualifiés de la compétition économique²⁷⁵. La politique économique locale doit donc concilier habilement aspirations au développement et logique de compétition. Elle doit aussi intégrer à cette équation la solidarité et la lutte contre l'exclusion, l'emploi étant une compétence de fait des collectivités territoriales. Par son soutien à l'économie locale à travers l'intégration des PME à la commande publique, l'insertion sociale par l'activité économique, voire via l'introduction de considérations environnementales, le caractère « innovant » de la commande publique reflète cette nouvelle « politisation ». Ainsi, l'autorité contractante doit désormais intégrer dans ses marchés, des paramètres ne produisant pas toujours d'effets immédiats au sein du tissu local, mais sur le long terme, et grâce à la multiplication des marchés. Définir le besoin exprime donc le fait de dépasser la contrainte juridique pour créer les conditions d'une organisation dans laquelle chacun puisse trouver sa place et contribuer à la satisfaction des besoins collectifs²⁷⁶.

²⁷³ DEBIEVE Christian, *la détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?*, dir. VERGNON H.P., 2004.

²⁷⁴ JOYE Jean-François, *L'action économique territoriale : outils juridiques et logiques d'acteurs*, Paris, L'Harmattan, logiques juridiques, 2002, p. 261.

²⁷⁵ BOUINOT Jean, *Les nouvelles stratégies d'entreprise et l'évolution des inégalités de richesse entre collectivités locales*, R.F.F.P., 1992, n°38, pp.149-156, in JOYE Jean-François, *l'action économique territoriale : outils juridiques et logiques d'acteurs*, *op. cit.*, p. 262.

²⁷⁶ DEBIEVE Christian, *op. cit.*

Le pouvoir réglementaire a bien saisi l'essence de cette nouvelle philosophie en faisant du Code des marchés son principal instrument : la phase de définition des besoins dans la commande publique accompagne, sinon instaure ce changement des mentalités.

La croissance inclusive ne pourra naître que du soutien des politiques appropriées et du développement de stratégies d'achats. De l'utilisation judicieuse des marchés d'aides à la définition des besoins tels que le dialogue compétitif, le concours, le « *partenariat d'innovation* » ou encore la « *procédure concurrentielle avec négociation* », émergera une croissance intelligente. Un recours raisonné et stratégique aux applications juridiques du développement durable dans la définition stimulera l'envole d'une croissance durable.

Ainsi dans cette optique, la définition des besoins, enjeu organisationnel décisif tant dans l'évolution du marché que dans l'évolution du rapport à l'achat, marque par ses nouvelles composantes, un renforcement du rôle de l'Administration amorcé depuis la fin du XIX^{ème} siècle : satisfaire l'utilisateur par le service. L'inscription de ces nouveaux objectifs dans le Code des marchés, tel le développement durable, peut être interprétée – dans une certaine mesure - comme le prolongement naturel de la théorie du droit administratif - à l'origine droit des services publics – dans la mesure où ces objectifs étendent la notion d'utilisateur à tout un chacun. Selon l'AFNOR, le concept [de développement durable] sous-entend ainsi un équilibre dans la satisfaction des besoins essentiels : conditions économiques, environnementales, sociales et culturelles d'existence au sein d'une société.

Pour reprendre les propos du professeur Caillosse, le sujet ne se limite donc pas, on le voit, à décrire la façon dont le droit change, il conduit à se demander comment celui-ci est mobilisé pour soutenir et servir le changement²⁷⁷.

²⁷⁷ CAILLOSSE J., La constitution imaginaire de l'administration, Paris, PUF, 2008, in CANTILLON Guillaume, *Création du « Service des achats de l'État » : vers un achat public performant et durable ?*, op. cit. p. 53,

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I- OUVRAGES GENERAUX

- 1- AUBY, Jean-Bernard, La globalisation, le droit et l'Etat, Paris, LGDJ, 2010, pp.264
- 2- AUBY, Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline, (sous la dir. de) Droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2007. 1 vol, pp.1222
- 3- BALLEIX, Corinne, L'aide européenne au développement, Paris, la Documentation française, 2010, 221 p.
- 4- BOUVIER, Michel, ESCLASSAN, Marie-Christine, LASSALE, Jean-Pierre, Finances publiques, 13e éd, Paris, L.G.D.J., 2014, 920 p.
- 6- BARACONNIER S., Le droit des marchés publics: dix ans de jurisprudence 1988-1998, Ed. Juris-Classeur
- 5- BRISSON, Jean-François, Les recours administratifs en droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel, Paris, LGDJ, 1996.
- 6- CALANDRI, Laurence, Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 259, 2009.
- 7- CARRE de MALBERG, Raymond, Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français, Tome premier, Sirey, 1920, rééd. Paris, CNRS, 1962.
- 8- CHAPUS, René, Droit administratif général, 2 tomes, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001.
- 9- LAFFERIERE, Edouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, Paris, LGDJ, 1989, 675 p. 58. LAPORTE, Geert, (sous la dir. de), L'accord de partenariat de Cotonou: quel rôle dans un monde en mutation? : Réflexions sur l'avenir des relations ACP-UE, Maastricht, Centre européen de gestion des politiques de développement, 2007, 128 p.
- 10- LARZUL, Tanneguy, Les mutations des sources du droit administratif, Lyon, l'Hermès, 1994, 445 p.
- 11- LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude et GAUDEMET, Yves, Traité de droit administratif, Paris, LGDJ, 15e éd, 1999, 1107 p.
- 12- Le grand Larousse illustré, Paris, Larousse, 2014.

- 13- LE-MIERE Alexandre, Marché public et risques contentieux en 2009 : Comment sécuriser ses procédures de passation ? in Dossier : quels sont les risques contentieux en 2009, comment les prévenir ?, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, 24 Novembre 2008, 2267, P.10.
- 14- LINOTTE, Didier et ROMI Raphael, Services publics et droit public économique, 5e éd. Paris, Litec, 2003, 5e éd. 535 p.
- 15- MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 7e 2014, 712 p.
- 16- SALAMI (Ibrahim David), Droit administratif, Editions CeDAT, 2021, 579 p.
- 18- SEILLER (Bernard), Droit administratif : les sources et le juge, Paris, Flammarion, 2016, 329 p.
- 19- TRUCHET (Didier), Droit administratif, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 2008, 460 p.
- 20- VILLIERS (Michel de), (dir.), Droit public général, Manuel, 3ème édition, Paris, Litec, 2006, 1324 p.

II- OUVRAGES SPECIALISES

- . CHABANOL, Daniel. JOUGUELET, Jean-Pierre. BOURRACHOT, François. *Le régime juridique des marchés publics, droits et obligations des signataires des marchés de travaux*, éd. Le Moniteur. Paris 2007, 595 p.
- COSSALTER, Patrice, *La modification du marché public, territorial*, éd. Voiron. 2010, p18, 80 p.
- COULIBALY, Alban Alexandre, *L'essentiel des modalités de passation de la commande publique Ou comment faire son marché*. Paris. éd. Publibook Université, 2010, 150 p.
- COURTOIS, Guy. et RAVENEL, Pierre, *Réussir un achat public durable*. éd. Le Moniteur. Paris. 2008, 269 p.
- Du MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004, p. 482.
- FROT, Olivier, *Développement durable et marchés publics*, éd. AFNOR, La Plaine Saint-Denis 2008, 234 p.

- GUILLOU, Y.R. BINOT, J.M. LEGRAND, Y.M, *L'achat public local*, éd. Paris, L.G.D.J. 2005, 114 p.
- JOYLE, Jean-François, *L'Action Économique Territoriale, outils juridiques et logiques d'acheteurs, logiques juridiques*, Paris, l'Harmattan, 2002, 496 p.
- ORTEGA, Olivier. Clausier, *Dictionnaire commenté des clauses, Contrats de la Commande Publique*. Paris, Le Moniteur. 2010, 314 p.
- PEYRICAL, Jean-Marc, *Les avenants aux contrats publics*, Paris, Le Moniteur, 2005, 191 p.
- PINAUD, Xavier, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, éd. Pulim. Limoges 2003, N°7, 188 p.
- RICHER, Laurent, *L'Europe des Marchés Publics, marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, éd. Lextenso L.G.D.J. 2009, 380 p.
- TROTABAS Louis, *Finances publiques*, 3 è d. Paris, 1969, pp. 4 et s., spécial, p. 473.

III- MEMOIRES ET THESES

- BONTRON (Marie-Charlotte), *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse, Université de Montpellier, 2016, 627 p.
- BOUDJAHFA (Nardice), *La négociation est-elle antinomique des principes inhérents aux marchés publics et aux délégations de service public ?*, Mémoire DESS, Université Lumière, LYON II, 2003, 90 p.
- CHABI KPANDE Josué, *Les autorités administratives indépendantes et l'Etat de droit au Bénin*, Thèse de doctorat, UAC, 2020, p.
- CHARLIER, Raphaële. *Les critères environnementaux dans les marchés publics*, « mémoire », Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2006-2007, 114 p.
- DEBIEVE Christian, *La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?*, « mémoire », Institut d'Études Politiques de Lyon, dir. VERGNON H.P., 2004, 97 p.
- EDAH SOHOU (Aristide A.) et GNASSOUNOU (Jeannot S.), *Contribution à l'optimisation des délais de d'exécution des marchés publics au Bénin*, FASEG, UAC, Cycle II, 2009, 74 p.

EL-BEHERRY (Ibrahim Réfaat Mohamed), *Théorie des contrats administratifs et les marchés publics internationaux*, Thèse, Université de Nice SOPHIA-ANTIPOLIS, 2004, 565 p.

FROMAGEAT Veronica, *La place de la négociation dans les marchés publics*, Mémoire Master II, Université de Montpellier I, 2011, 100 p.

HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, « thèse », dir. GAUDEMET Y., Université Paris II Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2009, 570 p.

KALFECHE (Gregory), *Des marchés publics à la commande publique : évolution des marchés publics*, Thèse, Université Paris II Panthéon ASSAS, 2004, 765 p.

LOMBARD Frédéric, *La cause dans le contrat administratif*, « thèse », Université Paul-Cézanne, Aix-Marseille III, éd. Dalloz, 2008, 430 p.

MARTY, F. *Règlementation et Commande Publique : analyse économique et juridique*, « habilitation à exercer des recherches en sciences économiques », Université de Nice Sophia-Antipolis, 2007, 79 p.

PIMENTA Audrey, *Les démarches qualité dans l'achat public : un outil de management pour parvenir à une plus grande sécurité juridique*, « mémoire », Institut d'Etudes Politiques de Lyon dir. Anne CONTAMIN, 2005-2006, 118 p.

SAMBIENI TONGA (Abbas), *Contribution pour une gestion efficace de l'exécution des marchés publics en République du Bénin*, ENAM, cycle I, AFT, 2009, 61 p.

SAMB (S.), *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*. Thèse de Doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 28 novembre 2015, P. 70

IV- ARTICLES ET REVUES

DUBOIS (Christophe), « La Nouvelle réglementation des marchés publics et la rédaction de son C.S.C. », *IFE*, Fiches de formation, N° 1, Juin 2017, pp. 12-48.

FEVROT (Olivier), « Passation des marchés publics », *JurisClasseur Administratif*, fascicule n° 635, cote 01, 2010, pp. 879-892.

MENEMIS (Alain) et RICHER (Laurent), « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », *CP-ACCP*, n° 45, juin 2005, pp. 33-36.

RICHER (Laurent) :

- « Le marché public : problèmes actuels de définition », *CJEG*, février 1986, n° 408, doctr. pp. 37-64.
- « Les travaux exécutés d'office », *CJEG*, 1985, pp 27-35
- « Les personnes susceptibles d'être Maître d'ouvrage délégué », *RDI*, octobre 1996, n° 4, pp. 457-461.

SANCHEZ-GRAELLS A. et I.Herrera Anchustegui (2016), «Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24», pp.129-163,

SERIAUX (Alain), « La notion de contrat synallagmatique », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle.*, 2001, pp. 777-788.

- SESTIER (Jean-François) :
- « Les personnes soumises au droit communautaire : pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23, pp. 39-71.
- « Les oubliés du droit de la commande publique », *JCP (A)*, 19 avril 2004, pp. 577-584.
- « Mandats et marchés publics », *BJCP*, 2003, n° 30, pp. 342-353.
- TERNEYRE Philippe :
- « L'émergence d'un recours contentieux du 3ème type (commentaire de la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux) », *Actualité législative*, Dalloz, n° 8 du 23 avril 1992, pp. 75-91.
- « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, 20 juin 1996, n° spécial, pp. 84-91.
- « La Liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point du vue constitutionnel », *AJDA*, septembre 1998, n° 46, pp. 667-672.

- « La notion de convention de délégation. Eléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », *AJDA*, 20 septembre 1996, n°38, pp. 580-596.
- « La protection juridique des œuvres architecturales dans les MP de », *JCP E* (Cahier du droit de l'entreprise), 9 septembre 1993, n° 32, pp. 30-33.
- « La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23 pp. 39-45.

V- TEXTES OFFICIELS

A- Textes communautaires

- UEMOA, Programme régional de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA (PRMP-UEMOA), vol II.
- Directive N°04/2005/CM/UEMO portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics dans l'UEMOA.
- Directive N°005/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

B- Textes internes

- Loi n° 90 -32 du 11 décembre 1990 révisée par la loi n°2019-40 du 7 novembre 2019, portant Constitution de la République du Bénin.
- Loi n° 2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique des contrats de partenariat public-privé en République du Bénin.
- Loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 modifiée et complétée par la Loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020, portant code des marchés publics en République du Bénin.
- Décret n° 2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Décret n° 2020-597 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement des cellules de Contrôle des Marchés Publics ;
- Décret n° 2020-598 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics en République du Bénin ;

- Décret n° 2020-599 du 23 décembre 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense et de contrôle des marchés publics ;
- Décret n° 2020-601 du 23 décembre 2020 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique ;
- Décret n° 2020-602 du 23 décembre 2020 portant approbation des documents-types de passation des marchés publics en République du Bénin ;
- Décret n° 2020-603 du 23 décembre 2020 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ;
- Décret n° 2020-604 du 23 décembre 2020 portant modalités spécifiques d'exclusion d'opération d'achat ou d'entités du champ d'application du code des marchés publics.

VI- DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

- ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane et alii) (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF et Lamy éd., 2003, collection Quadrige, 409 articles, 1649 pages.
- CORNIOT (Serge), *Dictionnaire de droit*, T.I, 2ème éd Paris, Dalloz, 1966, 1055 pages.
- CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Paris, PUF, 2011, 1088 pages.
- GATSI (Jean), *Nouveau Dictionnaire Juridique*, 2^{ème} édition, Douala, Presses Universitaires Libres, 2010 340 pages.
- GUILLIEN (Raymond) et VINCENT (Jean), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 17ème éd., 769 pages.
- GUINCHARD (Serge), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 2014-2015, Paris, Dalloz, 22^{ème} éd., 1057 pages.
- LALANDE (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, 1323 pages.

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT.....	ii
DÉDICACE	iii
REMERCIEMENTS.....	iv
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS	v
SOMMAIRE.....	vii
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE : UNE DÉTERMINATION ORGANISÉE	9
CHAPITRE 1 : UN PREALABLE DE L’AUTORITE CONTRACTANTE	11
SECTION 1 : Une obligation consacrée.....	11
Paragraphe 1 : Le respect du principe de droit budgétaire	11
A-Le budget, un élément essentiel du processus de détermination des besoins.....	12
B-Le budget, un outil d’unification des besoins	13
Paragraphe 2 : Le respect des principes de la commande publique	15
A-Une liberté du cocontractant établie	16
B-Une liberté soumise au respect des principes de la commande publique.....	18
SECTION 2 : Une obligation relative.....	22
Paragraphe 1 : Une double limitation légale.....	22
A-Un encadrement du code des marchés publics	23
B-Un encadrement par la loi des finances	25
Paragraphe 2 : Une double limitation de participation	26
A-La protection par les textes des cocontractants, exigence nécessaire à une bonne définition des besoins.....	27
B-Le principe de transparence : l’information sans réserve des candidats dès la définition des besoins.....	30
CHAPITRE 2 : UNE DELICATE APPREHENSION DE L’OBJET DU MARCHE.	32
SECTION 1 : L’objet du marché, une notion <i>a priori</i> simple.....	32
Paragraphe 1 : Une difficile appréhension.....	32
A-Une notion polysémique	33
B-Une requalification des contrats	34

Paragraphe 2 : La recherche d'un avantage économique	36
A-Une obligation de l'autorité contractante	36
B-Un avantage économique éprouvé.....	37
SECTION 2 : L'arbitrage nécessaire.....	38
Paragraphe 1 : Une détermination préalable.....	39
A-Les acteurs	39
B-La procédure	41
Paragraphe 2 : Un ajustement de la détermination au besoin.....	42
A-Le principe de bonne gestion des deniers publics comme clé de voûte de la définition du besoin.....	43
B-L'efficacité de la commande publique : condition de la bonne utilisation des deniers publics	44
SECONDE PARTIE : UNE DÉTERMINATION PERFECTIBLE	46
CHAPITRE 1 : LES ENTRAVES A L'EFFICACITE	49
SECTION 1 : La détermination préalable complexe.....	49
Paragraphe 1 : Des interrogations de l'autorité contractante.....	49
A-Les questions initiales.....	49
B-L'aboutissement des interrogations	51
Paragraphe 2 : Les nouvelles préoccupations de la définition du besoin	52
A-Une Limite à la prédominance du prix	53
B-La valorisation du mieux disant.....	54
SECTION 2 : Les implications d'une définition du besoin non maîtrisée.....	56
Paragraphe 1 : Les conséquences contractuelles d'un besoin mal défini	57
A-L'avenant	57
B-Le bouleversement de l'économie du marché et ses conséquences	60
Paragraphe 2 : Les conséquences contentieuses d'un besoin mal défini.....	62
A-La définition parcellaire des besoins	62
B-Le spectre du procès pénal.....	65
CHAPITRE 2 : DES PERSPECTIVES D'UNE PRATIQUE EFFICACE.....	67
SECTION I : Des préalables attendus des autorités contractantes	67
Paragraphe 1 : Une nécessaire stratégie d'achat.....	67

A-La juxtaposition des objectifs à la détermination des besoins.....	67
B-Une insertion sociale mitigée.....	69
Paragraphe 2 : Une nécessaire précision des besoins en amont	71
A-L'exigence de précision des besoins, comme garantie d'une définition réussie.....	71
B-La nécessité de traduction technique du besoin.....	73
SECTION 2 : Des évaluations annuelles obligatoires	76
Paragraphe 1 : Un nécessaire audit de la détermination préalable des besoins	76
A-Une performance du système	77
B-Un audit indépendant	80
Paragraphe 2 : Une amélioration de la gestion de la commande publique.....	86
A-Une efficacité de la commande publique	86
B-Une efficience de la commande publique.....	88
CONCLUSION.....	91
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES.....	94
TABLE DES MATIERES	102