

# COURS DU DROIT DES MARCHES PUBLICS

Dr. ISSOUFOU ADAMOU

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR

*« On ne peut pas être responsable et dire : je n'arrive pas à réaliser mes projets, parce qu'il y a les procédures qui m'empêchent d'aller de l'avant. On doit composer avec les procédures et savoir que ce sont les ressources publiques et qu'il y a des critères pour dépenser les ressources publiques».*

**M. Saër NIANG, DG de l'ARMP**

## INTRODUCTION

L'Administration publique est investie d'une mission d'intérêt général pour la satisfaction de laquelle elle est habilitée à conclure des contrats dans de nombreux domaines. Ces contrats jouent un rôle extrêmement important dans la vie économique et sociale de chaque Etat, tant au niveau national qu'au niveau local et consacrent, en même temps, un certain recul de l'unilatéralisme de l'administration publique. En effet, comme le faisait remarquer P.L. FRIER et J. PETIT (Précis de droit administratif, Paris, 4<sup>e</sup> édition, Montchrestien 2006, p. 263), pendant longtemps, les administrations publiques décidaient, essentiellement, par le biais d'actes unilatéraux. Ce procédé, dit-on, est inhérent à la forme étatique elle-même et au pouvoir de commandement qui lui est consubstantiel : décider unilatéralement et imposer aux administrés, des décisions ou les autoriser à agir en fonction des exigences de l'intérêt général. C'est la traduction la plus parfaite des prérogatives de puissance publique dont elles sont investies.

Mais, de nos jours et au nom de ce que la doctrine appelle le « *contractualisme* », (sur cette notion, voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 8<sup>e</sup> édition, LGDJ 2012, p.52.), ces administrations s'inscrivent dans une logique de renouvellement de l'usage de leur pouvoir qui devrait, pour être légitime, négocier les obligations qu'elles imposent. Par voie de conséquence, de nombreuses opérations juridiques ne se réalisent qu'après plusieurs discussions. C'est dans cette logique que s'insère le contrat, synonyme de modernité et de démocratisation de l'action administrative (L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973).

En raison de sa souplesse, ce procédé permet aux administrations publiques de recourir, de moins en moins, à l'arme de l'unilatéralisme pour s'employer à conclure des conventions dans de très nombreux domaines (voir, J. MOREAU, « Les matières contractuelles », *AJDA* 1998, pp. 747-752). Pour le Professeur J. MORAND-DEVILLER, l'Administration publique « *choisirait, lorsque cela est possible, le faire faire plutôt que le faire, ce qui favoriserait le mieux faire sans verser dans le laisser faire* ». Toutefois, la notion de contrat ne couvre pas une seule réalité mais plusieurs. De ce fait, si les contrats sont divers, il faut remarquer qu'ils se divisent, du point de vue juridique, en deux catégories fondamentales à savoir les contrats administratifs proprement dits et les contrats de droit privé.

L'on retrouve, ainsi, la fameuse distinction entre le « contrat administratif » et le « contrat de l'administration ». Le premier est soumis au régime de droit public et le second

englobe aussi bien le premier (contrat administratif) que les divers contrats de droit privé susceptibles d'être conclus par l'Administration publique.

Le contrat administratif proprement dit, c'est-à-dire, celui qui suppose la présence ou la représentation d'une personne publique et l'application d'un régime de droit public se présente, à son tour, sous plusieurs formes.

La diversité des procédés contractuels impliquant les personnes publiques étant ainsi certaine, l'on remarque que certains contrats méritent une attention particulière. Celle-ci trouve son explication, soit dans le rôle que ces contrats jouent dans la société, soit dans leur fréquence, soit dans la polémique qu'ils suscitent et entretiennent, soit dans l'encadrement juridique particulier dont ils font l'objet.

Parmi les contrats qui nécessitent cette attention, les marchés publics occupent une place de choix et suscitent beaucoup de passions. Celles-ci se justifient par les enjeux financiers dont ils sont porteurs, les opportunités d'affaires qu'ils constituent, la nécessité de protéger les deniers publics et par les exigences contemporaines d'instauration d'une concurrence loyale entre les fournisseurs, les prestataires et les entrepreneurs potentiels des collectivités publiques. Placés au confluent de la recherche de l'efficacité administrative et de la performance économique, les marchés publics constituent de nos jours, un des leviers majeurs de l'action publique pour reprendre une idée chère au Professeur S. Braconnier (S. BRACONNIER, Précis de droit des marchés publics, Paris, 4<sup>e</sup> édition, Le Moniteur 2012, p. 10).

Le droit des marchés publics renvoie au régime juridique propre aux administrations publiques lorsqu'elles concluent des contrats pour satisfaire leurs besoins en fournitures, travaux et services. L'étude de ce droit consiste, de façon générale, à présenter l'ensemble des droits et obligations qui pèsent sur les collectivités publiques lors de la préparation, de la passation et de l'exécution de leurs marchés publics. Ce droit s'applique, aussi, aux autres acteurs des marchés publics à savoir les opérateurs économiques intéressés, les organes de contrôle et de régulation des marchés publics.

C'est un droit en effervescence, caractérisé par l'abondance et l'instabilité de la réglementation. Sur cette question, il faut noter que le Sénégal a une longue tradition en matière d'édiction des normes applicables aux marchés publics. En effet, de la période coloniale à nos jours, la réglementation de cet Etat a connu une forte évolution grâce au développement de

l'organisation administrative, aux nécessités et contingences politiques et à l'influence du droit communautaire de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

Successivement, le Sénégal a signé le décret n°67-697 du 17 juin 1967 portant réglementation des marchés administratifs dont l'objet est de rassembler les textes régissant les achats de l'Etat, des communes et des établissements publics. Il sera abrogé et remplacé par le décret n°82-690 du 7 septembre 1982 portant Code des Marchés publics (CMP) au Sénégal. Celui-ci sera, plus tard, abrogé et remplacé par le Décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant CMP. A la suite de l'adoption de la Directive n°01/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA et des Directives n°04 et 05 /CM/UEMOA du 09 décembre 2005, le Sénégal a procédé à la modification de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration (COA) à travers la Loi n° 2006-16 du 30 juin 2006. En application des dispositions de l'article 24 du COA, le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant CMP au Sénégal a été signé. Ce décret qui a tenté de transposer les exigences communautaires a subi plusieurs modifications avant d'être abrogé et remplacé par le décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011. Celui-ci sera, à son tour, abrogé et remplacé par le décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 qui est actuellement en vigueur.

## **I. DEFINITION DES MARCHÉS PUBLICS**

Le Décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics (CMP) dispose à son article 4.24 que le marché public est un « *contrat écrit, conclu à titre onéreux par une Autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ou à des besoins combinant ces différentes catégories* ».

La même disposition précise que les marchés publics sont des contrats administratifs à l'exception de ceux passés par les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire qui demeurent des contrats de droit privé. De cette définition se dégagent les caractéristiques du marché public qu'il convient de présenter (A) avant d'approfondir sa définition en le distinguant des autres contrats administratifs (B).

### **A. Les caractéristiques d'un marché public**

#### **1. Le marché est un contrat**

« *La nature contractuelle est consubstantielle de la notion de marché public* », (Voir Frédéric Allaire, *L'essentiel du droit des marchés publics*, Paris, 5<sup>e</sup> édition, Gualino Lextenso éditions, 2012, p. 27). Le marché public est nécessairement un accord de volonté créateur de droits et d'obligations au sens du droit des obligations. Il atténue la rigueur de l'idée selon laquelle le monde administratif est marqué par la prédominance des actes unilatéraux et du privilège du préalable. C'est pourquoi, **Laurent Richer** soutient que « *les marchés publics sont semblables aux contrats que concluent entre eux les particuliers* ». En l'absence de ce contrat, les prestations ne constituent pas un marché public. En conséquence, tout marché suppose le respect des conditions de validité d'un contrat telles. C'est ainsi que le marché public est soumis, pour sa formation, au principe de l'autonomie de la volonté qui implique que les parties ne peuvent être tenues d'obligations ni bénéficiaires de droits que si elles en ont manifesté librement la volonté. Cet accord sur l'objet du contrat, c'est-à-dire, les fournitures, les travaux et les services, d'une part, et le prix, d'autre part, doit, ensuite, être exempt de tout vice de consentement. C'est enfin un contrat synallagmatique en ce sens que les droits de l'une des parties constituent les obligations de l'autre et vice et versa.

## **2. Le marché est un contrat administratif :**

Une fois que l'on est certain d'être en présence d'un contrat, il se pose la question de la détermination de sa nature juridique ou de sa catégorie, c'est-à-dire, de savoir s'il est administratif ou privé ? Classiquement, cette qualification est opérée, soit par le législateur ou l'autorité réglementaire qui le crée, soit par le juge. On parle ainsi de contrat administratif par détermination de la loi et de contrat administratif par détermination jurisprudentielle.

Concernant les marchés publics, il faut noter que le CMP pose, à son article 4.24, un principe et deux exceptions :

Pour le principe, il est précisé que les marchés publics sont des contrats administratifs. Il s'agit d'un contrat administratif par détermination de la loi. Cette qualification signifie que les marchés publics sont soumis, pour leur préparation, leur passation et leur exécution, à toutes les rigueurs du CMP, c'est-à-dire, à un régime exorbitant de droit commun. En d'autres termes, ils sont soumis à un régime de droit public dans le cadre duquel l'autorité contractante (AC) dispose, notamment, dans l'exécution du contrat, de prérogatives qu'il n'est pas possible de retrouver dans l'exécution des contrats de droit privé. Il s'agit des prérogatives qui traduisent son statut d'autorité publique, poursuivant un but d'intérêt général. Elle peut, à ce titre, procéder à la résiliation unilatérale du marché, à sa modification unilatérale dans un but d'intérêt général,

à exercer un pouvoir de direction et de contrôle des travaux et à infliger certaines sanctions pécuniaires. De son côté, le titulaire du marché est soumis aux effets du principe de continuité de service public qui lui interdit, par exemple, de suspendre l'exécution du marché en invoquant le principe de l'exception d'inexécution, alors même que l'autorité contractante ne respecterait pas ses propres obligations contractuelles.

Les deux exceptions concernent les marchés passés par les sociétés nationales (Exemple : La SONEES) et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire (Exemple : Société Dakar Dem Dik) qui demeurent des contrats de droit privé soumis aux dispositions pertinentes du Code des obligations civiles et commerciales.

**NB** : En pratique, les marchés passés de ces sociétés sont soumis au CMP et les litiges y afférents sont traités par le Comité de règlement des différends (CRD) et la Cour suprême pour la phase juridictionnelle. Ils font, également, l'objet des audits diligentés par l'Autorité de Régulation Marchés Publics (ARMP).

### **3. Le marché public est un contrat administratif à objet précis :**

Le marché public est un contrat administratif qui intervient dans trois domaines précis. Il s'agit des travaux, des fournitures et des services. En conséquence, on ne peut parler de marché public que si et seulement si l'accord entre la personne publique et ses partenaires a pour objet soit les travaux publics, soit les fournitures soit les services, voire, une combinaison de deux ou de trois. Il s'agit des éléments matériels du marché public. C'est tout le sens de l'exercice de détermination préalable des besoins qui sera examiné plus loin.

#### **Les travaux :**

Il s'agit, au regard du CMP, des opérations de construction, reconstruction, démolition, réparation ou rénovation de tout bâtiment ou ouvrage, y compris la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'installation d'équipements matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes.

#### **Les fournitures :**

Il s'agit des biens mobiliers de toutes sortes y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse et l'électricité, y compris également

les biens acquis par crédit-bail ou location-vente et les services accessoires à la fourniture des biens, si la valeur de ces derniers ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes.

#### **Les services :**

On regroupe, ici, tout marché autre que celui portant sur les fournitures et les travaux. Le marché de service porte sur des prestations qui ne consistent pas à construire, à fabriquer une chose ayant un corpus. Le cocontractant va effectuer un travail, une activité dont le résultat est de rendre service à la personne publique dans l'accomplissement de sa mission. Les prestations qui entrent dans cette catégorie sont diverses mais elles peuvent être regroupées en deux catégories à savoir les prestations de services courants et les prestations intellectuelles.

- **Les prestations de services courants :**

Ce sont des services dont a besoin la personne publique mais qui ne nécessite pas de la part du prestataire un savoir-faire, une connaissance technique très poussée, une maîtrise scientifique, une spécialisation, la jouissance d'un personnel hautement qualifié (Exemple : nettoyage des locaux, gardiennage, surveillance et protection d'immeubles, ramassage de déchets ménagers etc...);

- **Les prestations intellectuelles :**

Elles sont présentées comme des prestations consistant principalement en la réalisation des études, des travaux de recherche, des services de conseils, des prestations d'ingénierie ou d'assistance qui ne se traduisent pas par un résultat physiquement mesurable ou apparent.

#### **4. Le marché public est un contrat administratif écrit :**

Il a été expressément précisé que le marché public est un contrat administratif écrit. Cette exigence suppose que les droits et obligations des parties soient consignés dans un document écrit. L'article 10 du CMP précise que « les marchés sont conclus sous forme écrite et font l'objet d'un dossier unique dont les cahiers de charges et la soumission sont des éléments constitutifs ». L'idée est que seul l'écrit pourrait garantir la transparence, faciliter la preuve, les contrôles et conférer un minimum de sécurité juridique aux deniers publics en jeu.

Toutefois, à l'image des contrats administratifs dont certains peuvent être verbaux (voir CE 20 avril 1956, Epoux Bertin), il a été retenu qu'un marché public n'est pas forcément un contrat écrit. En effet, aux termes de l'article 2 de l'arrêté n°00107 du 7 janvier 2015 relatif aux

modalités de mise en œuvre des procédures de demande de renseignement et de prix (DRP), il est permis de passer un marché qui ne nécessite ni cahier de charge formel, ni publicité ou saisine écrite et que les commandes découlant de cette procédure fassent l'objet de règlement sur simple mémoire ou facture dès lors que le montant est inférieur à 5.000.000 FCFA TTC pour les travaux et les prestations intellectuelles et à 3.000.000 FCFA TTC pour les fournitures et services.

### **5. Le marché public est un contrat conclu à titre onéreux :**

Le marché public est un contrat synallagmatique. En contrepartie des travaux, fournitures et services, l'AC doit rémunérer son cocontractant. La particularité du marché public est qu'il donne lieu à un mode de rémunération unique : le paiement d'un prix par la personne publique. Cette dernière verse le prix de la prestation ou du bien qui lui est fourni. Ceux-ci sont immédiatement et définitivement acquis par l'AC, toute chose qui rappelle les exigences d'un contrat de vente. C'est pourquoi, Christophe Lajoie (Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, 5<sup>e</sup> édition, Gualino Lextenso éditions, 2012, pp. 55 et suivantes) soutient que le paiement du prix par l'AC est le seul mode de rémunération possible dans le cadre d'un marché public authentique et traditionnel. En conséquence, quelle que soit la procédure d'attribution choisie, il y a marché public, dès lors que l'AC se procure une prestation, un service, une fourniture, en contrepartie d'un prix pour reprendre une idée chère à Fleur Jourdan. Le titulaire du marché n'assume aucun risque, le prix étant l'élément essentiel du contrat.

Les caractéristiques du marché public ainsi évoquées permettent de le distinguer des autres contrats administratifs, notamment, les délégations de service public et les contrats de partenariat public privé avec lesquels le risque de confusion est assez élevé.

### **B. Marchés publics et délégation de service public (DSP)**

L'article 4.13 du CMP définit la DSP comme le contrat administratif par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Traditionnellement, l'on retient deux éléments pour mettre en évidence la différence entre les marchés publics et les DSP.

#### **1. L'objet de deux contrats**

A travers la signature d'un marché public, l'AC confie, à son partenaire, l'exécution d'une prestation de service, d'un travail immobilier ou la livraison de fournitures. De ce fait, elle le fait collaborer, ponctuellement, à un service public. Il procure à l'autorité les moyens de faire fonctionner le service public et exclue toute substitution de la personne publique par une personne privée. Cet élément permet de soutenir que seule la personne publique peut détenir la maîtrise d'un service public.

La DSP, quant à elle, a pour objet de confier au cocontractant, l'exécution même du service public. Le cocontractant a la responsabilité de gérer, lui-même, le service en lieu et place de l'Administration. La gestion lui est déléguée d'où l'idée de substitution. C'est pourquoi, l'on peut conclure que la convention de DSP a pour objet de confier au partenaire l'exploitation d'un service public.

## **2. Les modalités de rémunération du cocontractant**

Alors que le caractère onéreux d'un marché public réside dans le versement d'un prix par l'AC en contrepartie de la prestation commandée, la rémunération du délégataire de service public est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Le titulaire du marché n'assume aucun risque alors que le délégataire du service en assume (Il est payé par les usagers à travers le versement des redevances).

La rémunération est considérée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, lorsque le contrat fait peser sur le cocontractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation (CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du Rhône »).

La notion de DSP renferme les trois contrats classiques de gestion de service public. Il s'agit de :

**La concession qui regroupe la concession de service public** (confier contractuellement la gestion du service public), la **concession des travaux publics** (réaliser un ouvrage public. Il appartient au concessionnaire de financer, de réaliser et de se rémunérer sur les usagers en l'exploitant à titre onéreux pendant un temps déterminé), la **concession d'occupation du domaine public** (contrat conférant à son bénéficiaire, moyennant rémunération, le droit d'utiliser privativement une partie du domaine public) ;

**L'affermage** : c'est un contrat par lequel l'Etat ou une collectivité publique finance et réalise lui-même les installations et confie la gestion à une personne privée moyennant le versement périodique d'une somme fixée forfaitairement. Le fermier est rémunéré par les sommes perçues sur les usagers. (Exemple : exploitation des réseaux d'eau potable)

**La régie intéressée** : C'est un mode de gestion de service public par une personne privée qui ne supporte pas les pertes éventuelles du service car elle est rémunérée par la collectivité publique sous la forme d'une participation au chiffre d'affaires ou aux bénéfices. La collectivité bénéficiant du reste des bénéfices.

### **C. Marché public et contrat de Partenariat Public Privé**

Au regard de la nécessité d'avoir des infrastructures modernes indispensables à tout développement économique et social et de l'insuffisance des ressources humaines et financières propres, les Etats s'engagent, de plus en plus, sur le terrain de ce que l'on appelle les partenariats publics privés.

Au Sénégal, les contrats de PPP sont, dans un premier temps, prévus par la loi n° 2004-13 du 1<sup>er</sup> mars 2004 sous l'appellation de contrat Construction Exploitation Transfert et dans un second temps, par l'art. 10 du COA après la réforme de 2006. Désormais, les contrats de PPP sont régis par la loi n°2014-09 du 20 février 2014 et son décret d'application n°2015-386 du 20 mars 2015. L'article. 1<sup>er</sup> de la loi n°2014-09 définit le contrat de partenariat comme « le **contrat** par lequel une autorité contractante confie à un opérateur économique, personne morale de droit privé, pour une **période déterminée** en fonction de la **durée** d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, **une mission globale ayant pour objet** la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages d'équipements ou des biens immatériels nécessaires au service public dont

l'AC a la charge ainsi que tout ou partie de leur financement. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements aux biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par l'AC, de la mission de service public dont elle est chargée. Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise des travaux à réaliser ».

Le contrat de PPP comprend l'ensemble des formes contractuelles possibles visant une participation du secteur privé dans le financement, la construction ou la transformation et l'exploitation, l'entretien ou la maintenance des ouvrages ou service public ainsi que des prestations de services concourant à l'activité de service public assumée par la personne publique. Les deux contrats se distinguent sur, au moins, trois points :

### **1. Objet de deux contrats**

L'objet d'un contrat de PPP est plus large et global que celui d'un marché public. Le partenaire reçoit une mission globale qui comprend tous les aspects de l'opération envisagée à savoir la conception du projet, le financement, la réalisation, la construction, ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation des ouvrages publics. Dans la réalisation de cet objet, la maîtrise d'ouvrage est assurée par le partenaire privé tandis que dans un marché public, qui suppose une collaboration ponctuelle, la maîtrise d'ouvrage est obligatoirement exercée par l'AC ou son représentant.

### **2. Rémunération dans les deux contrats**

Le contrat de PPP donne lieu à une rémunération mixte combinant le paiement d'un prix par la personne publique et la rémunération liée à des objectifs de performance et plus largement issue du droit d'exploiter l'ouvrage. Elle est donc plus large et plus diversifiée que dans les marchés publics où il a été dit que la rémunération de l'opérateur économique consiste en un prix payé par l'AC. En d'autres termes, le contrat de PPP permet une rémunération du cocontractant pendant toute la durée du contrat. Elle n'est pas seulement liée à l'exploitation de l'ouvrage car elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. (Voir art. 6 de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 précitée). Tout dépend du montage contractuel.

### **3. Durée de deux contrats**

Selon l'article 14 du CMP, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Elle ne peut être, en principe, supérieure à un (1) an et ce, au nom du principe de l'annualité budgétaire.

Exceptionnellement, la durée de certains marchés peut excéder un an dans le cas des marchés suivants :

- Les marchés afférents aux programmes d'investissement, d'entretien et de maintenance d'équipements complexes peuvent être contractés pour plusieurs années ;
- Les marchés relatifs à l'acquisition de manuels scolaires peuvent être conclus pour une durée d'un (1) an, renouvelable annuellement par avenant, sur une période pouvant aller jusqu'à cinq (5) ans.

En ce qui concerne les contrats de PPP, la durée est généralement très longue. Dans sa fixation, il est tenu compte de l'importance du financement et du délai nécessaire de l'amortissement des installations tout en prenant en compte les nécessités du service public. En tous les cas, au terme du contrat, la personne publique acquiert la propriété du bien.

## **II. Les sources du droit des marchés publics**

Les sources renvoient aux dispositions juridiques applicables aux marchés publics. Les mutations constatées ces dernières années font apparaître plusieurs catégories de sources qu'il convient de rappeler brièvement.

Nous examinerons successivement les sources internationales (A), les sources communautaires (B) et les sources nationales (C).

### **A. Les sources internationales**

Parmi les sources internationales, certaines ont une dimension universelle (1) alors que les autres se limitent au cadre régional (2).

#### **1. Les sources universelles**

##### **Les Directives de la Banque mondiale** :

Elles sont considérées comme les sources les mieux élaborées. Elles sont réparties en directives relatives à la passation de marchés de fournitures, des travaux et des services appliquées aux

emprunteurs de la BM dans le cadre des prêts de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) et des crédits et dons de l'Association Internationale pour le Développement (AID). Ces directives sont utilisées par les Etats emprunteurs ou pour les marchés passés auprès des institutions de l'ONU.

**La loi-type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) : (source indirecte)**

Elle a été adoptée en 1994 par la Résolution 49/54 du 09 décembre 1994. Elle constitue une référence internationale en matière de réforme du droit des marchés publics. Elle établit les procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus des marchés publics. Elle s'est inspirée des directives de la Banque Mondiale et a beaucoup inspiré les directives de l'UEMOA. Elle a été modifiée à travers la Résolution 66/95 adoptée par l'AG le 09 décembre 2011.

**2. Les sources régionales**

Elles sont composées par des textes applicables aux marchés, aux projets et consultances financés par les Banques régionales comme la BAD. A cet effet, cette institution financière régionale africaine dispose de plusieurs dossiers-types d'appel d'offres qui servent de base pour les marchés qu'elle finance.

**B. Les sources communautaires**

Le droit des marchés publics est un domaine dans lequel l'influence du droit communautaire est l'une des plus prégnantes. Les objectifs poursuivis à travers la communautarisation de ce droit sont entre autres : encourager les échanges intra-communautaires en favorisant l'ouverture des marchés publics aux opérateurs économiques des autres Etats de l'UEMOA et contribuer à une meilleure maîtrise et à une rationalisation de l'utilisation des deniers publics.

- **La Directive 02/2000** portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques. Ce code dispose, en substance, que les procédures choisies doivent permettre de passer les marchés dans des bonnes conditions d'économie, de transparence et d'efficacité. Elle a été remplacée par la directive n°01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA

- **La Directive n° 04/2005** portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des Marchés publics et des délégations de service public. Elle pose les règles générales relatives à la préparation, à la passation, à l'exécution et aux règlements des marchés publics et des DSP. C'est une directive et les Etats membres avaient deux (2) ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 pour prendre les dispositions législatives, réglementaires et administratives pour se conformer à celle-ci. C'est une obligation qui découle de la signature du Traité de Dakar instituant l'UEMOA. L'Etat membre peut faire l'objet d'un recours en manquement en cas de non transposition de celle-ci ou de transposition incomplète ou du non-respect des textes de transposition devant la Cour de Justice de l'Union à l'initiative d'un autre Etat ou de la Commission de l'UEMOA.
- **La Directive n°05/2005** portant contrôle et régulation des marchés publics. Elle demande aux Etats d'instituer et de distinguer les fonctions de contrôle et de régulation des marchés publics et des DSP. Elle demande aussi aux Etats de créer des organes ou institutions spécifiques chargés de conduire ces missions de contrôle et de régulation des marchés publics et des DSP. Elle demande aux Etats membres de fixer les règles spécifiques relatives à la discipline, à l'éthique applicables à tous les acteurs. Elle demande aux Etats membres d'aménager les voies de recours devant les AC, les organes de recours non juridictionnel et devant les juridictions. Elle demande enfin aux Etats de prévoir des mécanismes de sanction en cas de corruption et autres infractions à connotation pénale. Comme la directive n°04/2005, les Etats avaient deux (ans) à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 pour la transposer.
- **La Directive n°04/2012/CM du 28 septembre 2012** relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'UEMOA.
- **La Directive n°02/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014** relative à la réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée au sein de l'UEMOA

### C. Les sources nationales

Il s'agit des sources législatives et réglementaires (1), des sources jurisprudentielles (2) et des décisions du CRD (3).

#### 1. Les sources législatives et réglementaires

##### ▪ **Le texte législatif**

- **Le Code des Obligations de l'Administration** : Il est institué par la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 modifié par la loi n°2006-16 du 30 Juin 2006 constitue la

principale source législative du droit des marchés publics. Il pose les principes généraux applicables à la passation, l'exécution, le contrôle, la responsabilité contractuelle et extracontractuelle de l'Administration.

- **Le Code Général des Collectivités Locales**

Au Sénégal, le CGCL a été institué par la loi n°2013-10 du 28 décembre 2013. Il pose le principe de la libre administration des collectivités locales qui sont les départements et les communes. Elles bénéficient de l'autonomie financière qui leur permet d'avoir leur propre budget. Dans la mise en œuvre des compétences transférées, elles ont la possibilité de conclure des contrats parmi lesquels figurent en bonne place les marchés publics. C'est en cela qu'elles ont le statut d'Autorités contractantes.

Nonobstant cette autonomie, l'article 245 du CGCL dispose, entre autres, que « les marchés supérieurs à un montant fixé par décret... » sont soumis à l'approbation préalable du représentant de l'Etat. Les montants ainsi visés sont fixés à l'article 29 du décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant CMP. Il faut ajouter que la décision de refus d'approbation peut être déférée devant la Cour suprême à l'initiative du Président du Conseil départemental ou du Maire pour excès de pouvoir (article 249 du CGCL). En cas d'annulation du refus d'approbation par le juge, sa décision équivaut à une approbation dès notification de l'arrêt à la Collectivité locale.

- **Les textes règlementaires**

- **Le Code des marchés publics** : Il est institué par le Décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 abrogeant et remplaçant le Décret 2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics qui modifie et enrichi le 1<sup>er</sup> décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés. Ce décret est complété par plusieurs arrêtés d'application et ensemble, ils forment la partie réglementaire du droit des marchés publics ;
- **Le Décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics** modifié par le Décret n° 2010-1396 du 20 octobre 2010 ;
- **Le Décret n°2007-547 du 25 avril 2007 portant création de la Direction Centrale des Marchés publics.**

## 2. Les sources jurisprudentielles

Comme dans toutes les branches du droit, l'intervention du juge est extrêmement importante en droit des marchés publics. Sur bien de questions, le juge interprète et contextualise certaines dispositions du CMP. Il comble les lacunes de ce code tout en assurant son respect par les différents acteurs.

En cette matière, l'on constate l'intervention du juge de l'excès de pouvoir à propos des actes détachables du contrat et certaines clauses dites réglementaires.

Il y a également celle du juge de plein contentieux pour les litiges relatifs aux parties et qui ont trait à l'exécution du marché.

### **III. Les principes fondamentaux**

Le droit des marchés publics est articulé autour des principes fondamentaux posés à l'article 2 de la Directive n°04/2005 du 9 décembre 2005 et repris par l'article 24 du COA. Il s'agit des principes transversaux car ils s'appliquent à toutes les étapes de la procédure de gestion d'un marché public (préparation, passation, exécution et contrôle et régulation). Il s'agit de :

#### **1. La liberté d'accès aux marchés publics :**

La liberté d'accès aux marchés publics signifie que les AC doivent permettre à toute personne intéressée d'avoir librement connaissance des besoins qu'elles émettent afin de choisir entre participer à la compétition et ne pas y participer. Ainsi, l'accès aux marchés publics doit être libre et impartial et aucun obstacle ne doit être porté, sauf pour de motif d'intérêt général ou d'ordre public, à l'accès à la candidature et à l'obtention d'un marché public. En d'autres termes, l'AC ne doit pas créer ou laisser s'installer une ambiance non concurrentielle et doit permettre à toute entreprise remplissant les conditions requises de pouvoir se porter candidate. (Pour les conditions à remplir voir article 43 du CMP).

L'intérêt de ce principe est de susciter une large concurrence qui répond à un souci économique, notamment, à travers la diversification des candidatures et des offres. Celle-ci permet, on le sait, d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics.

#### **2. L'égalité de traitement des candidats :**

Le respect de ce principe n'est pas l'apanage du droit des marchés publics. Il est le corollaire du principe d'égalité devant la loi. Il s'agit d'un principe général de droit (CE, 9 mars 1951,

Société des Concerts du Conservatoire) transposé dans le droit des marchés publics. Il interdit toute discrimination à l'encontre d'un candidat et s'applique à toutes les étapes de la procédure. En conséquence, tous les candidats doivent avoir les mêmes informations et être traités de la même façon par l'AC au regard de l'information sur les conditions du marché. En outre, la rédaction des cahiers de charges doit être neutre et ne refléter que les exigences objectives liées à l'objet du marché. En cas de doute d'un candidat sur le contenu des cahiers de charges, celui-ci peut formuler une demande de précision auprès de l'AC. L'égalité de traitement exige que la question soit posée par écrit de sorte qu'elle puisse apporter la même réponse à tous les candidats.

### **3. La transparence**

Ce principe signifie que la procédure de préparation et de passation des marchés publics ne doit pas être opaque et que les différentes phases doivent bannir toute discrimination et donner lieu à une information précise et à une concurrence loyale. Les AC doivent garantir, en faveur de tout candidat potentiel, un degré de publicité permettant une ouverture suffisante à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures.

La transparence s'applique avant, pendant et à l'issue de la procédure et permet à tout intéressé de vérifier le respect des autres principes. Il s'agit d'un principe fédérateur, car il garantit le respect des autres principes. Il permet de lutter contre l'opacité, la corruption et de garantir, par-là, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Il garantit aussi la traçabilité car toutes les étapes des procédures sont conservées, depuis la publication du Plan de passation des marchés publics (PPM), de l'annonce jusqu'à la notification du marché. L'acheteur public doit rédiger un compte rendu ou un historique de la procédure récapitulant les publicités effectuées, le délai de remise de plis, le nombre d'entreprises ayant retiré le dossier et remis une offre et, s'il y a lieu, le déroulement des négociations.

Le respect de ces exigences de transparence garantie, d'une part, la traçabilité des procédures et opérations dans l'optique d'un éventuel contrôle ou audit, et, d'autre part, la modernité et la rationalité qui combattent tout empirisme et tout arbitraire dans la gestion des marchés publics.

La garantie de ce principe passe par l'organisation d'une publicité suffisante de tous les éléments de la procédure ou de la consultation (PPM, AGPM, AAO, lettres d'invitation,

publication de différents avis ; report, attribution provisoire, définitive). Les AC doivent fournir aux candidats potentiels l'ensemble des informations nécessaires afin qu'ils puissent participer à la compétition en connaissance de cause.

Elles doivent également veiller à ce que les règles décrites dans les documents de publicité soient effectivement appliquées au cours de la procédure (l'intérêt du contrôle *a priori*). Le principe de transparence serait, en effet, violé si la personne publique utilisait un critère d'analyse des offres ou de candidatures n'ayant pas été mentionné dans l'avis de publicité

Le degré de l'application et du respect du principe de transparence dépend de la nature du marché et du mode de sa passation. S'il est pleinement respecté dans les procédures ouvertes comme les appels d'offres ouverts et les demandes de renseignement et de prix à compétition ouverte, il faut reconnaître qu'il reste limité dans certaines procédures telles que les ententes directes, les appels d'offre restreints et les demandes de renseignement et de prix restreintes. En outre, les autorités doivent tenir compte de l'existence des éléments de procédure à ne pas divulguer dans l'intérêt public ou dans les intérêts commerciaux légitimes des entreprises.

#### **4. La reconnaissance mutuelle**

Ce principe vise à permettre à une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre de l'UEMOA d'avoir accès aux informations appropriées relatives au marché avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que, si cette entreprise le souhaitait, qu'elle soit en mesure de manifester son intérêt pour l'obtenir.

Les Etats s'accordent *a priori* du crédit en ce qui concerne les formalités de production des pièces administratives requises de la part des candidats et soumissionnaires par les Codes nationaux des marchés publics issus de la transposition des directives UEMOA. En application de ce principe, l'article 2 de la directive n°04/2005 impose aux Etats membres l'interdiction de toute mesure ou disposition fondée sur la nationalité des candidats de nature à constituer une discrimination à l'encontre des ressortissants des Etats membres de l'UEMOA.

#### **5. L'efficacité et l'économie des procédures :**

Ce principe renvoie à l'idée selon laquelle, les procédures de préparation et de passation des marchés publics doivent permettre aux AC d'avoir des prestations efficaces et au meilleur prix. Il convient, toutefois, de bien relever que le principe de l'économie des deniers publics n'implique pas de se borner à une vision à court terme et privilégier l'offre la moins chère au

détriment de la qualité. En effet, la notion d'offre économiquement la plus avantageuse signifie que les coûts induits ou d'exploitation doivent aussi être pris en compte et balancés avec le prix de la prestation. Il s'ensuit que l'offre la moins chère au stade de l'attribution peut se révéler ne pas être la plus avantageuse à long terme. (Rapport qualité/prix à privilégier).

#### **6. La vérification préalable de l'existence et de la disponibilité des crédits budgétaires**

L'article 17 du COA conditionne la conclusion d'un contrat susceptible d'engager les finances de la personne administrative contractante à l'existence de crédits budgétaires suffisants et au respect des règles d'engagement des dépenses publiques. Etant donné que la conclusion d'un marché public implique l'engagement de la dépense publique, cette exigence a été reprise à l'article 9 du CMP. Ainsi, avant la signature de tout marché, les services compétents de l'AC doivent montrer à l'attributaire définitif du marché que le crédit nécessaire au paiement du marché existe et qu'il a été bloqué.

Il s'agit de ce que l'on appelle l'engagement comptable. Cette exigence vise à réduire le risque d'insolvabilité des personnes publiques ou les incertitudes liées au paiement des factures pour indisponibilité des crédits budgétaires.

### **IV. Les acteurs des marchés publics**

#### **1. Les candidats aux marchés publics**

Dans la réglementation des marchés publics, par candidat on entend toute personne physique ou toute entreprise ou cabinet intéressé par un marché public et qui dispose des aptitudes pour participer à la procédure de sa passation.

#### **2. Les soumissionnaires**

La notion de soumissionnaire renvoie à tout candidat qui participe à un appel à candidatures en soumettant un acte d'engagement et les autres éléments constitutifs de son offre. Si tout soumissionnaire est un candidat, tout candidat n'est pas un soumissionnaire. Pour qu'il soit considéré comme tel, le candidat doit effectivement faire acte de candidature en déposant une offre.

#### **3. L'attributaire d'un marché**

Il faut distinguer l'attributaire provisoire de l'attributaire définitif.

##### **▪ L'attributaire provisoire du marché**

La notion d'attributaire provisoire du marché désigne tout soumissionnaire dont l'offre a été choisie par la commission des marchés et approuvée par la personne responsable du

marché. Il reste attributaire provisoire jusqu'à l'exercice du contrôle a priori du rapport d'analyses comparatives des offres par la DCMP ou la cellule de passation des marchés publics selon les cas, l'expiration du délai de recours et l'approbation du marché.

- **L'attributaire définitif du marché**

La notion d'attributaire définitif du marché désigne l'attributaire dont l'attribution a bénéficié d'un avis de non objection de l'organe du contrôle *a priori*, d'une part, et qui ne peut plus faire l'objet de contestation en raison de l'expiration du délai de recours d'autre part. Il en devient **le titulaire** après les formalités de signature.

#### **4. Les autorités contractantes**

La notion d'autorité contractante désigne les différentes personnes morales de droit public ou de droit privé investies d'une mission d'intérêt général pour la satisfaction de laquelle elles sont habilitées à conclure un marché public.

**Exemple** : L'Etat est une autorité contractante qui passe des marchés à travers les ministères et les services déconcentrés.

Les collectivités territoriales qui sont les départements et les communes sont des autorités contractantes.

Les établissements publics comme les hôpitaux, les universités publiques sont des autorités contractantes.

Les agences d'exécution comme l'ARMP, l'ARTP, l'AGETIP sont des autorités contractantes.

Les sociétés comme la SENELEC, la SONES sont des autorités contractantes.

#### **5. Les Personnes Responsables des Marchés Publics**

Par personne responsable des marchés (PRM), on entend le représentant dûment mandaté par l'autorité contractante pour la représenter dans la passation et l'exécution des marchés publics. Il s'agit simplement du représentant de l'autorité contractante dans la passation et l'exécution des marchés publics. Elle est habilitée à décider au nom et pour le compte de cette autorité contractante. Ses décisions engagent l'autorité contractante.

En pratique, ce sont les administrateurs de crédits et les responsables des projets qui peuvent être désignés personnes responsables des marchés.

## **6. Les commissions des marchés publics**

Au sein de chaque AC, il doit être mise en place une commission des marchés publics dont la composition et les attributions méritent d'être connues.

Les commissions de marchés sont composées de représentants de l'AC et de représentants d'autres administrations et organismes concernés, mentionnés à l'article 37 du CMP. Elles ont des attributions purement techniques qui consistent en :

- l'ouverture des plis en séance publique ;
- l'évaluation technique et financière des offres des soumissionnaires ;
- l'établissement d'un classement des offres en vue de proposer l'attributaire provisoire des marchés.

## **7. Les cellules de passation des marchés publics**

En application de l'article 35 du CMP, une cellule de passation des marchés publics doit être instituée auprès de chaque AC. Il s'agit d'un service interne que chaque AC doit créer. L'organisation et le fonctionnement des cellules sont régis par l'arrêté n°865 du 22 janvier 2015 pris en application des articles 35 et 141 du CMP.

**Les cellules de passation des marchés publics exercent les attributions de la DCMP dès lors que le montant prévisionnel du marché est inférieur aux seuils fixés par l'arrêté n°00106 du 7 janvier 2015.**

## **8. La Direction Centrale des Marchés Publics**

La Direction Centrale des Marchés Publics (DCMP) est l'une des directions du Ministère de l'Economie et des Finances. Elle comprend un service central et des services déconcentrés. Elle occupe une position stratégique dans le dispositif de la réforme du système de passation des marchés publics. Elle émet un avis ou accorde une autorisation préalablement à la mise en œuvre des procédures dérogatoires comme l'entente directe et l'appel d'offres restreint. Elle valide et publie les plans de passation des marchés publics. Elle exerce un contrôle *a priori* sur les dossiers des marchés et autres décisions d'attribution dès lors que le montant du marché est supérieur ou égal aux seuils fixés par l'arrêté n°00106 du 7 janvier 2015.

### **❖ Le contrôle portant sur les documents et actes préparatoires des marchés**

- **La DCMP émet un avis sur les dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de la procédure de passation concernant :**
  - les marchés à commande, les marchés de clientèle et les marchés à tranche conditionnelle, quel que soit le montant ;
  - les marchés que l'AC souhaite passer par appel d'offres restreint ;
  - les avenants aux marchés ci-dessus ou qui ont pour effet de porter le montant du marché au montant du seuil d'examen juridique.
  
- **La DCMP émet un avis avant le lancement des procédures suivantes :**
  - L'appel d'offres en deux étapes ;
  - L'entente directe concernant les marchés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels les intérêts essentiels de l'Etat l'exigent, les marchés passés en cas d'urgence impérieuse et ceux passés dans le cadre de mobilisation générale.
  
- **La DCMP doit donner une autorisation avant le lancement des ententes directes suivantes :**
  - Les marchés destinés à répondre à des besoins qui, pour des raisons tenant à la détention d'un droit d'exclusivité ne peuvent être satisfaits que par un cocontractant ;
  - Les marchés complémentaires.

**❖ Le contrôle portant sur la décision d'attribution du marché et au contrat**

- La DCMP émet un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès-verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission ;
- La DCMP effectue un examen juridique et technique avant leur approbation des projets de marchés passés par entente directe ou pour lesquels elle a indiqué souhaiter faire un tel contrôle lors de l'examen du dossier d'appel à la concurrence ou qui répondent aux conditions de nature et de montants fixés par arrêté du MEF.

**9. L'Autorité de Régulation des Marchés Publics**

**❖ La structuration de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics**

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) est une autorité administrative indépendante, rattachée à la Primature. Elle est dotée de l'autonomie financière et de gestion. Elle est composée de trois (3) organes :

- **Le Conseil de Régulation** qui est chargé d'administrer l'ARMP, de définir et d'orienter sa politique générale et d'évaluer sa gestion dans les limites fixées par ses missions organiques ou statutaires. Les membres du Conseil de régulation de l'ARMP proviennent de trois horizons qui constituent les acteurs des marchés publics. Il s'agit des représentants :
  - de l'administration centrale ;
  - du secteur privé ;
  - de la société civile.
- **Le Comité de Règlement des Différends (CRD)** qui siège, en fonction des faits dont il est saisi, soit sous la forme d'une Commission Litiges, soit en formation disciplinaire ;
- **La Direction Générale** assurée par un Directeur Général, recruté sur appel d'offres par le Conseil de Régulation, sur la base de critères d'intégrité morale, de qualification et d'expérience dans les domaines juridique, technique et économique des marchés publics et délégations de service public.

#### ❖ **Les missions de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics**

Les principales missions de l'ARMP sont :

- Le règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation des marchés publics ;
- L'émission des avis dans le cadre du règlement amiable des litiges nés à l'occasion de l'exécution des marchés ;
- La mise en œuvre des procédures d'audits indépendants à la fin de chaque exercice budgétaire ;
- L'exécution des enquêtes spontanées ou à la suite d'une dénonciation anonyme ;
- La sanction des irrégularités constatées dans la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics ;
- L'émission des avis, propositions ou recommandations ;
- La contribution à l'information et à la formation des acteurs des marchés publics.

Au total, le droit des marchés publics est un droit formaliste. Il comporte plusieurs opérations, plusieurs phases qui doivent se succéder dans les conditions posées par les textes et une trace écrite doit en subsister. C'est pourquoi, dans le cadre de cette initiation à la matière, nous allons essayer de partir de la préparation (**I<sup>ère</sup> partie**), à la passation du marché public (**II<sup>e</sup> partie**) avant d'aborder la question du contentieux y afférant (**III<sup>e</sup> partie**).

## **PREMIÈRE PARTIE :**

### **LA PREPARATION DES MARCHÉS PUBLICS**

Derrière tout contrat administratif en général et tout marché public en particulier se cache la nécessité de satisfaire un besoin. Il s'agit de ce que l'on appelle, l'objet du contrat. La détermination de l'objet d'un marché public, c'est-à-dire le besoin de l'AC doit être préalable à l'engagement de toute procédure. Dans cette perspective, le droit des marchés publics en vigueur exige l'accomplissement de deux opérations. Il s'agit de la définition des besoins à satisfaire (**Chapitre I**). Le besoin ainsi déterminé doit faire l'objet d'une publicité d'où l'obligation d'établir et de publier un plan de passation des marchés publics (PPM) (**Chapitre II**).

#### **CHAPITRE I : LA DETERMINATION DES BESOINS**

L'idée de connaître un besoin dans sa nature, sa consistance et son montant avant de passer un marché n'est qu'une exigence de bon sens. Il s'agit, en quelque sorte, de savoir ce que l'on veut acheter, au regard de ses moyens, avant de se rendre au marché.

#### **SECTION I : LA DETERMINATION DE LA NATURE ET DE L'ETENDUE DES BESOINS**

L'Article 5 du CMP dispose qu'avant tout appel à la concurrence, consultation ou négociation, l'autorité contractante est tenue de déterminer aussi exactement que possible la nature et l'étendue des besoins à satisfaire.

Il ressort de cette disposition que la définition des besoins n'est pas un exercice laissé à l'appréciation fantaisiste des AC. Elle doit permettre de définir de la manière la plus fine possible les caractéristiques du besoin à satisfaire. La bonne définition des besoins n'est pas une simple exigence juridique car la réussite du marché en dépend.

Dans un souci de garantir l'efficacité de l'achat public, il a été souligné que la définition des besoins doit être précise et que les AC doivent, s'il le faut, se référer à des spécifications techniques

#### **PARAGRAPHE I : La précision dans la définition des besoins.**

Le souci de précision exprimé par le CMP concerne aussi bien **la nature** que **l'étendue** du besoin. Si, pour la nature du besoin, il ne se pose pas de difficultés particulières car il suffit de

préciser le type de fourniture, le type de service et le type de travail à effectuer, tel n'est pas le cas de leur étendue. Sur ce point, les personnes publiques doivent prendre en compte, non seulement, les besoins relatifs à leur propre fonctionnement et investissement mais aussi ceux des services qui leur sont rattachés. C'est à ce niveau que la vigilance doit être de mise. Les AC doivent exprimer des besoins réels, la quantité nécessaire et éviter tout gaspillage à travers la définition des besoins inutiles pour le service ou des faux besoins. C'est pourquoi, en France, la réflexion sur le besoin fait l'objet d'un contrôle par le Juge. C'est ainsi que dans une espèce, la sous-estimation des quantités du marché a pu être considérée comme un manquement à la définition des besoins (**CE 29 Juillet 1998, Commune de Léognan**).

### **PARAGRAPHE II : La référence à des spécifications techniques**

L'AC doit définir ses besoins en recourant à des spécifications précises. Cette exigence est posée à l'art. 7 du CMP qui dispose que, « les travaux, fournitures et prestations de service qui font l'objet d'un marché public...sont définis par référence aux normes, agréments techniques ou spécifications nationaux ou communautaires, ou à défaut, par référence à des normes, agréments techniques ou spécifications internationaux ».

Ces spécifications sont des prescriptions techniques, qui décrivent les caractéristiques d'une fourniture, d'un ouvrage ou d'un service. Elles sont choisies en fonction de l'objet du marché et de l'utilisation qui en sera faite. C'est pourquoi, il est reconnu une certaine liberté aux AC à cet effet. Toutefois, ces spécifications ou normes techniques ne doivent pas porter atteinte à la libre concurrence et à l'égalité de traitement des candidats. En conséquence, elles ne doivent pas mentionner une marque, un brevet ou un type qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou productions et de rompre, par-là, la libre concurrence et l'égalité d'accès à la commande publique.

**Dans une affaire examinée le 31 octobre 2012, le CRD de l'ARMP a estimé que l'AC à qui incombe la mission de satisfaire le besoin d'intérêt général reste souveraine dans la définition des moyens appropriés. Dans cette affaire, c'est le Ministère de l'Economie et des finances qui a fait publier un AAO portant sur l'acquisition de cent cinquante (150) véhicules 4x4 Station Wagon long châssis à son profit. Après avoir acquis le DAO, la société CCBM Automobile a saisi l'AC pour décrier les spécifications techniques jugées discriminatoires puis le CRD de l'ARMP. Devant ce dernier, la requérante soutient que la voiture qu'elle envisage de proposer, en l'occurrence, la Volkswagen Touareg est à même de remplacer celle demandée par l'AC. Pour CCBM, c'est « un véhicule personnel destiné aux activités du député et sa destination n'exige aucunement un nombre de places supérieur à cinq (5) ». Mais, pour le MEF, « la demande de CCBM automobile, visant à faire modifier le nombre de**

*places assises est mal fondée, parce que, d'une part, cette spécification est neutre du fait que la quasi-totalité des fabricants possèdent, au moins, un modèle de véhicule à sept (7) places, d'autre part, l'exigence du requérant de commander des véhicules de cinq (5) places va à l'encontre du droit de l'autorité contractante à définir souverainement ses besoins à satisfaire ». Pour rejeter ce recours, le CRD affirme que « si la détermination des besoins doit se faire dans le strict respect du principe d'égal accès de tous aux marchés publics, force est de constater que l'autorité contractante reste souveraine dans la définition des besoins ».*

**Au regard de cette décision, suffisamment, motivée il y a lieu de soutenir que l'AC dispose de toute la latitude dans la définition des caractéristiques et de l'étendue des fournitures, travaux ou services qu'elle souhaite acquérir dans le cadre de sa mission d'intérêt général. L'essentiel est que les caractéristiques du besoin soient objectives, c'est-à-dire, justifiées par le seul motif d'intérêt général**

**Exemples** : le fait d'exprimer la volonté d'acheter des Bic, des véhicules Toyota ou des ordinateurs HP constituent une atteinte à la libre concurrence et à l'égalité de traitement des candidats car en ciblant une marque (Bic, Toyota, HP), l'AC exclut tous les opérateurs économiques qui n'importent pas les matériels de cette marque. C'est en cela que l'atteinte à la libre concurrence est constituée. De telles précisions peuvent faire l'objet de recours de la part des opérateurs économiques intéressés par les marchés mais qui se trouvent exclus par la précision ainsi apportée. Toutefois, l'AC peut y recourir à titre exceptionnel lorsqu'il lui est impossible de donner autrement une prescription technique précise de l'objet du marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « ou équivalent » (art. 7 du CMP).

### **PARAGRAPHE III : Les intérêts de la définition des besoins**

Les approximations dans la définition de la nature et de l'étendue des besoins sont potentiellement une source de dérapages financiers, d'irrégularités dans l'attribution du marché et d'échec dans son exécution. En effet, à bien des égards, c'est le besoin exprimé qui définit, d'une part, l'objet du marché et le périmètre de la mise en concurrence et, d'autre part, le choix de la procédure de passation du marché.

En outre, des approximations dans cette étape de définition des besoins peuvent expliquer l'infructuosité de la procédure d'attribution. En effet, en raison de ces insuffisances, l'AC peut être en décalage avec les réalités du marché. En conséquence, les opérateurs économiques peuvent s'abstenir de répondre à l'appel à candidatures ou lorsqu'ils y répondent effectivement, leurs offres peuvent ne pas être conformes au cahier des charges parce que celui-ci n'est pas

réaliste ou comporte des exigences qui ne peuvent être satisfaites. Elles peuvent être sources de difficultés dans l'exécution du marché car ces approximations appellent la conclusion **d'avenants** qui risquent, le cas échéant, de modifier l'objet du marché ou d'en bouleverser l'équilibre.

## **SECTION II : L'ÉVALUATION DU MONTANT DES BESOINS**

L'Art. 6 du CMP dispose que lors de l'établissement de leurs budgets, les AC évaluent le montant total des marchés de fournitures, par catégorie de produits, des marchés de service par catégorie de service et des marchés de travaux qu'elles envisagent de passer au cours de l'année concernée...

Quatre points méritent d'être examinés :

### **PARAGRAPHE I : Le moment de l'évaluation des besoins**

#### **A quel moment se fait l'évaluation du montant des besoins ?**

Selon, l'art. 6 précité, c'est au moment de l'établissement de leurs budgets, c'est-à-dire, du choix des montants à y inscrire que les AC doivent procéder à l'évaluation de leurs besoins. C'est le montant correspondant qui y sera inscrit. C'est en cela qu'il y a un lien direct entre l'évaluation des besoins et la procédure budgétaire. Le budget est donc la traduction financière des besoins des AC ou l'instrument d'expression financière des besoins des personnes publiques. Toute demande de crédit doit être justifiée par un besoin précis connu dans sa nature, son étendu et son montant. C'est la tentative de budgétisation et de justification au premier franc nouveau appliquée aux marchés publics.

### **PARAGRAPHE II : Les instruments de l'évaluation des besoins**

#### **Comment se fait l'évaluation du montant des besoins ?**

Comment connaître le montant des différentes prestations nécessaires à l'administration (fournitures, services, travaux) ? Il appartient au service compétent de l'AC de chercher à connaître les prix de différents besoins exprimés par son AC. C'est tout l'intérêt de la participation aux foires et autres rencontres. Parfois, il existe des référentiels des prix qui sont des catalogues dans lesquels, il est répertorié les prix de différents services, fournitures et travaux. Pour qu'ils servent d'instrument pertinent de référence, il faut qu'ils soient régulièrement mis à jour.

L'article 5 al. 2 ajoute que « pour la préparation des projets de marché, (y compris l'évaluation des besoins), il peut être fait appel à la collaboration de services techniques dépendant d'autres administrations ou d'hommes de l'art. ». En conséquence, les services compétents de l'AC peuvent solliciter le service des hommes de l'art ; l'essentiel est qu'il ne soit pas porté atteinte à l'égalité de traitement des candidats à travers cette collaboration ponctuelle avec un candidat potentiel. C'est pourquoi, il est extrêmement important de surveiller cette collaboration car c'est un secret de polichinelle que « l'un des moments privilégiés de la corruption dans les marchés publics est la période antérieure au lancement de l'appel d'offres. La façon la plus discrète de favoriser une entreprise généreuse est, en effet, de l'associer à la définition même de l'objet du marché, de telle sorte que la demande de l'administration corresponde exactement au produit que cette entreprise est capable de fournir » (Voir rapport BOUCHERY consultable sur [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Rapport\\_scpc\\_1993-94.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_scpc_1993-94.pdf)). Cette collusion à travers la "création des besoins sur mesure" est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

### **PARAGRAPHE III : Les intérêts de l'évaluation des besoins**

#### **A quoi sert l'évaluation du montant des besoins ?**

Il est inutile de rendre obligatoires certaines procédures à partir de certains montants si le calcul de ceux-ci est laissé à l'appréciation fantaisiste des acheteurs publics. C'est pourquoi, au-delà des considérations budgétaires liées à l'arrêt des montants à inscrire dans le projet des budgets, l'évaluation des besoins permet :

#### **A. La définition des seuils de passation et de contrôle des marchés publics :**

Après l'évaluation des besoins, les services compétents de l'AC vérifient si les montants obtenus atteignent ou non le seuil qui justifie le recours à telle ou telle procédure prévue par le CMP. Le seuil peut être entendu comme la valeur monétaire exprimée en Franc CFA à partir de laquelle, il est obligatoire de soumettre la passation d'un marché à la procédure que ce seuil détermine, ou en dessous de laquelle, ladite procédure n'est pas obligatoire (Voir, Cyrille EMERY, passer un marché public : Principes, procédures, contentieux, DELMAS, p. 149).

De ce fait, l'application des procédures formalisées ne devient obligatoire que lorsque le montant du marché envisagé atteint un certain seuil prévu. Il est, très souvent, rappelé que plus les sommes engagées sont importantes plus les procédures à suivre sont rigoureuses. On

ne définit jamais les besoins en fonction de la procédure que l'on souhaite suivre. C'est plutôt aux besoins définis dans leur nature, leur étendue et leur montant d'imposer la procédure à suivre. Partant de cette idée, l'on peut souligner que toute imprécision dans la définition et l'évaluation des besoins est source potentielle d'irrégularité de la procédure d'attribution du marché. En effet, c'est à travers cet exercice que l'on parviendra à déterminer le périmètre de la mise en concurrence et donc de la transparence de la procédure de passation du marché concerné.

En somme, la détermination du montant prévisionnel du marché conditionne à la fois le choix de la procédure de passation et sa régularité.

Pour les seuils en vigueur au Sénégal, voir art : 53 CMP

#### **Etat, collectivités locales et établissements publics**

Nature du marché	Montant du marché
Travaux	≥70 millions FCFA
les services et fournitures	≥50 millions FCFA
les prestations intellectuelles	≥50 millions FCFA

#### **Sociétés nationales, SA à participation publique majoritaire, agences**

Nature du marché	Montant du marché
Travaux	≥100 millions FCFA
les services et fournitures	≥60 millions FCFA
les prestations intellectuelles	≥60 millions FCFA

Ces différents montants sont arrêtés après évaluation des besoins. Une évaluation correcte et sincère permet d'éviter les fractionnements.

#### **B. Le choix entre un marché alloti et un marché unique.**

L'allotissement est une technique qui permet de scinder le marché, en fonction de son montant, en petits marchés (lots) et pour l'attribution de chaque lot, c'est la procédure applicable au marché global qui est mise en œuvre. En effet, chaque lot est considéré comme un marché à part entière, ce qui signifie que dans une même procédure, chaque lot donne lieu à

la passation d'un marché distinct et donc, à la signature d'un contrat distinct avec l'entrepreneur, le prestataire ou le fournisseur qui a remporté le lot. Ce dernier constitue le niveau auquel les soumissionnaires s'engagent.

L'allotissement ne doit pas être confondu avec le fractionnement. Alors que celui-ci constitue une fraude, l'allotissement se présente comme un moyen efficace d'élargir la concurrence en mettant de manière objective le marché à la portée d'un grand nombre d'entreprises, petites ou grandes (les exigences et conditions sont proportionnelles à l'importance et au montant du marché).

Sur un marché alloti, peuvent faire acte de candidature à la fois les entreprises capables de réaliser tout le marché (soumissionner pour tous les lots) et celles qui ne pourraient exécuter que le lot sur lequel elles se portent candidates.

L'intérêt de l'allotissement est sans doute, de susciter le plus grand nombre d'offres pour chaque lot.

En outre, la dévolution, par lot, est indépendante du montant du marché car l'allotissement n'a aucun effet sur le choix de la procédure. Il convient d'additionner le montant de l'ensemble des lots pour obtenir le montant estimé du marché à comparer aux seuils de procédure. C'est en cela que l'allotissement se distingue fondamentalement du fractionnement qui vise à soustraire le marché à l'application des procédures contraignantes.

### **Tableau récapitulatif des DRP avoisinant le seuil de passation des appels d'offres**

**NB** : Le seuil de passation est de 15.000.000 FCFA

Il ressort de ce tableau que les montants individuels de beaucoup de DRP frôlent les seuils de passation prévus par le Code des marchés publics.

N° d'ordre	Objet de la dépense/Marché	Entreprise retenue	Montant TTC
1	fournitures de bureau	CARI	14 998 980
2	matériels électriques	BAT PRES	14 998 980
3	fournitures de bureau	GIE C G I	14 997 800
4	consommables informatiques	CIMAD	14 996 620
5	matériels électriques	S C T	14 986 000
6	matériels informatiques	GIE C G I	14 980 100

7	meubles de bureau	CARI	14 980 100
8	produits entretien	S C T	14 962 400
9	matériel de bureau	CARI	14 956 500
10	pièces autos	S C T	14 955 910
11	consommables informatiques	CIMAD	14 927 000
12	contrat annuel locaux	PRES HIGT TECH	14 810 746
13	contrat annuel locaux	ETS SAER SEYE	14 736 312
14	matériel de bureau	KASAR	14 731 061
15	Photocopieuses	CIMAD	14 499 840
16	Split	ETS ALI ET FRERES	14 499 840
17	Photocopieuses	STABURO	14 443 512
18	Machines	BAT PRES	14 160 000

**Source** : Rapport de la mission de revue indépendante de la conformité de la passation des marchés du ministère des affaires étrangères au titre de l'exercice 2009 disponible sur [http://www.armp.sn/images/AUDITS\\_2010/armp\\_mae\\_01\\_03\\_2011\\_final.pdf](http://www.armp.sn/images/AUDITS_2010/armp_mae_01_03_2011_final.pdf)

### **C. La détermination du caractère réaliste d'une offre**

Le montant prévisionnel ainsi arrêté permet d'apprécier les offres financières des candidats dans le sens de voir si elles ne sont pas anormalement basses ou si les marges bénéficiaires ne sont pas excessives.

## **CHAPITRE II : LA PLANIFICATION DES MARCHÉS PUBLICS**

Considérée comme l'une des innovations majeures de la réforme du droit des marchés publics, l'établissement des plans de passation des marchés publics (PPM) a été, d'abord, une exigence du droit communautaire avant d'être consacré en droit sénégalais. Le CMP, à son article 6, dispose, en effet, que les AC établissent un PPM comprenant l'ensemble des marchés suivant un modèle-type fixé par l'ARMP.

L'idée est de planifier l'action administrative afin d'éviter le pilotage à vue car gouverner, c'est prévoir. Il s'inscrit dans le cadre général de planification et de programmation des interventions de la puissance publique.

Trois questions méritent d'être examinées à ce sujet :

- Contenu du plan
- Régime juridique du plan
- Intérêts du plan

### **SECTION I : CONTENU ET REGIME JURIDIQUE DES PPM**

Il convient de voir le contenu du PPM (Paragraphe I) avant d'examiner son régime juridique (Paragraphe II).

#### **PARAGRAPHE I : Le contenu du PPM**

C'est un document de planification. Un tableau synoptique qui comporte plusieurs colonnes. Celles-ci comportent les références des marchés à passer, les réalisations envisagées, la source de financement, le type de marché, le mode de passation et les différentes étapes du processus de passation et d'exécution d'un marché ainsi que le montant prévisionnel (dans la pratique ce montant est toujours masqué).

#### **PARAGRAPHE II : Le régime juridique du PPM**

Pour comprendre le plan de passation des marchés, il faut rappeler la juridicité du plan de développement économique et social. Ce dernier, on le sait, a une signification politique et économique ; c'est un document incitatif, il fixe les grands objectifs et ne comporte en lui-même, aucune obligation juridique quant à son exécution.

Quid du plan de passation des marchés publics ?

**Son élaboration est obligatoire.** Il doit être établi et communiqué à la DCMP au plus tard le 1<sup>er</sup> décembre de l'année qui précède l'année de son exécution ; celle-ci dispose d'un délai de 3 jours francs pour examiner l'ensemble des PPM et les publier sur le portail des marchés ([www.marchespublics.sn](http://www.marchespublics.sn)). Toutefois, pour les communes dont le budget initial est inférieur à 300.000.000 FCFA, l'art. 2 de l'arrêté n°00863 du 22 janvier 2015 relatif aux procédures applicables aux marchés passés par certaines communes, fixe la date de transmission des PPM et la publication des AGPM au 30 avril de chaque année.

### **Son exécution allie rigueur et souplesse**

**Souplesse :** l'inscription d'un marché n'implique pas obligation de le passer. Il s'agit d'une intention de passer le marché le moment venu. Il peut être révisé pour ajouter des nouveaux marchés ou supprimer des marchés déjà inscrits ou modifier la consistance des marchés inscrits.

**Rigueur :** Tout marché passé sans avoir été au préalable inscrit au plan est nul. En outre, l'autorité en cause est passible des poursuites devant la chambre de discipline financière pour faute de gestion.

## **SECTION II : Les intérêts liés à l'établissement et la publication du PPM**

La planification vise à éviter les solutions de dernière minute. En effet, très souvent, c'est l'absence de planification qui pousse les AC à choisir les solutions de dernière minute et à passer les marchés dans la précipitation au détriment de l'utilisation rationnelle des ressources publiques. En pratique, il a été relevé que les directions administratives et financières ne font pas régulièrement élaborer, au début de l'année, un plan de passation des marchés. Dans le meilleur des cas, ces plans ne font pas l'objet d'un suivi régulier. Il y a alors un "pilotage à vue" qui a parfois pour conséquence, la non utilisation d'une bonne partie des crédits qui leur sont alloués par le budget de l'Etat. C'est pour y mettre fin qu'il a été rendu obligatoire.

La planification s'inscrit, aussi, dans le cadre du respect des principes de transparence, de libre concurrence et d'égalité de traitement des candidats. En effet, à travers la publication de ce document, tous les opérateurs économiques sont informés sur les opportunités d'affaires. Ils pourront, dès lors, se préparer en conséquence.

En tant que tableau de bord de chaque autorité contractante, ce document facilite le contrôle et l'audit des marchés publics passés au titre d'un exercice budgétaire.

## **DEUXIÈME PARTIE : LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**

Dans cette partie consacrée à la passation des marchés publics, deux points sont abordés. Il s'agit du point relatif aux modes de passation des marchés publics (**Chapitre I**) et de celui relatif aux formalités d'attribution du marché (**Chapitre II**).

### **CHAPITRE I : LES MODES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**

Le mode de passation ou procédure de passation du marché public est un ensemble de règles et de formes à observer dans le cadre de la désignation du partenaire contractuel. Son choix est considéré comme une étape fondamentale de l'acte contractuel et suscite une attention particulière. Il fait l'objet d'un encadrement strict et détaillé qui limite le principe général de la liberté contractuelle des personnes publiques.

Le CMP prévoit une grande diversité de procédures de passation et en fixe les cas de recours. En droit sénégalais, ces procédures ou modes sont classés en trois grandes catégories. Il s'agit du mode de droit commun, des modes dérogatoires et des modes dits spécifiques ou simplifiés. Le choix de l'un de ces modes se fait tantôt en fonction du montant prévisionnel du marché tantôt de son objet tantôt des circonstances de sa passation.

#### **SECTION I : LE MODE DE PRINCIPE EN MATIÈRE DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**

L'article 28 al. 2 de la Directive n°04/2005 dispose que « *l'appel d'offres ouvert est la règle...* ». Cette disposition a été reprise l'article 60. 3 du CMP qui précise que « *l'appel d'offres ouvert constitue le mode de passation des marchés auquel les autorités contractantes doivent recourir par principe* ». Il s'agit de la procédure par laquelle une AC attribue le marché sans négociation, après appel à la concurrence, au candidat qui remet l'offre conforme évaluée la moins disante sur la base de critères qualifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats et qui réunit les critères de qualification également mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence.

#### **PARAGRAPHE I : La pertinence de l'appel d'offres ouvert**

Il s'agit de la procédure la plus respectueuse des principes fondamentaux. En effet, jugé trop rigide, le formalisme imposé dans le cadre de cette procédure apporte, toutefois, des

éléments de garantie d'une saine utilisation des deniers publics et d'un parfait respect, eu égard aux sommes en jeu, des grands principes de la commande publique.

**Une procédure transparente** : la publicité constitue la première étape d'un appel d'offre ouvert. Elle est particulièrement importante dans la mesure où elle fige le reste de la procédure en fixant le contenu mais également les éléments de la mise en concurrence, en établissant, par exemple, les critères d'analyses des candidatures et des offres. L'AC doit être particulièrement vigilante lors de cette étape qu'elle ne pourra plus modifier par la suite, sauf à faire courir de nouveaux délais. Tous les critères sont connus des candidats à l'avance.

En plus des PPM qui concernent tous les marchés, les mesures de publicité sont renforcées concernant l'AAO à travers :

- ❖ La publication d'un avis général de passation des marchés (AGPM) recensant les marchés dont les montants estimés atteignent les seuils visés à l'art 53 que les AC prévoient de passer par appel à la concurrence : Voie électronique/journaux (art. 56 du CMP) ;
- ❖ La publication d'un avis d'appel d'offres : Cette mesure de publicité est importante car elle fait connaître l'objet du marché, le lieu et la date où l'on peut prendre connaissance du dossier d'appel à candidatures, les modalités d'obtention ou de consultation de ce document, le lieu et la date limite de réception des offres, le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres, les justificatifs à produire concernant les qualités et capacités exigées des candidats, le montant de la garantie de soumission à constituer, etc.

**Une procédure ouverte** : tout candidat qui n'est pas exclu par les textes peut remettre une offre. Elle obéit à la logique de la libre concurrence et à l'égalité de traitement des candidats. L'autorité ne détermine pas, à l'avance, les candidats autorisés à participer à la procédure.

### **Une procédure respectueuse des délais**

A compter de la publicité de l'AAO, les candidats ont un délai minimum de 30 jours **calendaires** pour déposer leurs dossiers de soumission (art. 63 du CMP)

- Délai suffisant : car presque tous les éléments du marché sont déjà connus à travers les PPM, les avis généraux : les candidats sont déjà informés
- Délai minimal : les autorités contractantes ont la possibilité de le dépasser

- Le délai peut être réduit de 5 jours lorsque **la procédure** a été faite par internet (La dématérialisation des procédures).

## **PARAGRAPHE II : Les variantes de l'appel d'offres ouvert**

L'appel d'offre ouvert se présente sous deux formes ou variantes.

### **A. Les variantes spatiales :**

Il est pris en compte l'étendue de la mise en concurrence. Sous ce rapport l'on distingue :

- 1. L'Appel d'offres national** : seuls les opérateurs économiques nationaux sont concernés par l'appel à candidature ; (Délai de soumission et support de publicité).
- 2. Appel d'offres communautaire ou international** : Au-delà des opérateurs économiques nationaux, cette procédure intéresse les entreprises dont le siège social est situé sur le territoire d'un Etat membre de l'UEMOA (AOO communautaire) et en dehors de cette zone (AOOI). (Délai de soumission et support de publicité).

**NB** : En droit sénégalais, l'étendue de la mise est encadrée par les dispositions de l'article 52 du CMP relatives aux régimes préférentiels.

### **B. Les variantes procédurales :**

Il est pris en compte les spécificités de l'itinéraire procédural. L'on distingue :

#### **1. L'appel d'offre ouvert avec pré-qualification**

L'idée est d'observer une certaine prudence : permettre à l'AC de s'assurer de la qualification de l'entreprise, c'est-à-dire, de son aptitude à exécuter le marché avant de s'engager avec elle. Cette procédure est régit par l'article 71 du CMP :

##### **❖ Les cas d'ouverture du recours à la procédure**

Dans quels cas on peut recourir à cette procédure ?

- Travaux complexes ou importants (principes)
- Fournitures de matériels devant être fabriqués sur commande ou des services spécialisés.

##### **❖ La procédure à suivre en face de l'un de ces cas :**

- **1ere étape ou étape de pré-qualification**

L'idée est de permettre aux AC de statuer sur l'aptitude des candidats à exécuter le marché de façon satisfaisante avant de s'engager. Cette appréciation se base sur trois critères objectifs à savoir :

- **la référence concernant les marchés analogues.** Les candidats doivent apporter les attestations de bonne exécution exigées et qui prouvent qu'ils ont l'habitude d'exécuter ce type de marché ;
- **Les moyens matériels et humains que tous les candidats disposent pour exécuter le marché ;**
- **Leur capacité financière.**

La liste de ces documents est mentionnée dans le dossier d'appel à candidatures. A l'ouverture des plis, la commission examine les justificatifs de ces qualifications fournis par les candidats et établit un PV d'examen des candidatures auquel est jointe une liste des candidats pré-qualifiés. Les candidats non qualifiés sont informés du rejet de leurs dossiers.

- **2<sup>ème</sup> étape ou étape de choix :** L'AC envoie des lettres d'invitation aux candidats pré-qualifiés pour qu'ils déposent des offres dans un délai de 30 jours avec possibilité de ramener ce délai à 15 jours en cas d'extrême urgence.

## **2. L'appel d'offres en deux étapes :**

Cette procédure est prévue à l'art. 72 du CMP.

### **❖ Les cas d'ouverture de la procédure**

Il est prévu deux cas dans lesquels, il est permis de passer un marché selon cette procédure.

- Cas d'un marché d'une grande complexité ;
- Lorsque la PRM souhaite faire ses choix sur la base de critères de performance et non de spécifications techniques.

### **❖ La procédure à suivre**

- La décision motivée de recourir à l'AOO en deux étapes doit être soumise à l'avis préalable de la DCMP ;
- Si l'avis est favorable, l'AC invite les candidats à remettre des propositions techniques sans indication des prix ;

- A la fin de cette étape, si l'AC a pu identifier la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins, elle informe les candidats de la fin de cette 1<sup>ère</sup> étape ;
- Elle demande aux candidats de présenter des propositions techniques définitives assorties de prix ;
- Pour la suite, il n'y a pas de différence avec l'AOO directe (réunion de la commission, ouverture des plis et examen des candidatures et des offres).

## **SECTION II : les autres procédures de passation des marchés publics**

A ce sujet, le droit sénégalais prévoit deux procédures dérogatoires et quelques procédures spécifiques parmi lesquelles il y a lieu d'insister sur les demandes de renseignements et des prix, les offres spontanées et les marchés de prestations intellectuelles.

### **PARAGRAPHE I : Les procédures dérogatoires de passation des marchés publics.**

Elles sont justifiées par les circonstances et l'objet du marché. Il s'agit de l'Appel d'offres restreint et de l'Entente directe.

#### **A. L'appel d'offres restreint**

Aux termes de l'art. 73 du CMP, l'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats que la PRM a décidé de consulter.

C'est une procédure qui permet à la PRM de sélectionner les entreprises avant de remettre en concurrence, les seules entreprises ainsi choisies à l'avance. Il y a une mise en concurrence minimale entre des candidats déterminés à l'avance d'où son classement parmi les procédures dérogatoires.

#### **1. Les cas d'ouverture des marchés par AOR**

Quatre situations face auxquelles, il est permis aux AC de passer leur marché par AOR.

Il s'agit :

- Des marchés pour lesquels, en raison des circonstances particulières, une action rapide de l'AC est nécessaire justifiant la réduction des délais de réception de candidature et des offres afin de prévenir un danger ou un retard préjudiciable qui n'est pas provoqué par l'AC. Dans ce cas, il est fixé un délai d'au moins égal à 10 jours pour l'AON et 15

jours par l'AOI. (Caractère urgent à motiver et l'impossibilité de respecter le délai normalement prévu) ;

- Des marchés de travaux, fournitures ou services qui ne se sont exécutés qu'à titre de recherches, d'essais, d'expérimentations ou de mise au point ;
- Des marchés que l'AC doit faire exécuter en lieu et place des titulaires défailants et à leurs frais et risques ;
- Des marchés qui ont donné lieu à un appel d'offres infructueux (l'AOO est dit infructueux lorsqu'aucune offre n'a été enregistrée ou lorsque toutes les offres reçues sont inacceptables).

## **2. La procédure de passation des Marchés par AOR**

- Le premier acte de procédure est la sollicitation l'avis de la DCMP ;
- Lorsque l'avis est favorable, l'AC doit mettre en concurrence un nombre de candidats permettant d'assurer une concurrence réelle ; ce nombre ne peut être inférieur à trois ;
- A ces trois candidats choisis, l'AC doit envoyer des lettres d'invitation à présenter une offre ; les lettres sont accompagnées du dossier d'appel à la concurrence et des documents complémentaires. Elle doit enfin leur indiquer le délai de réponse ;
- A l'expiration de ce délai, les offres sont ouvertes, évaluées et le marché est attribué au candidat qui a déposé l'offre conforme la moins disante.

## **B. Le marché par entente directe**

Très suspectée et décriée, l'entente directe (ED) a toujours été considérée comme un mode de passation des marchés publics contenant des germes de corruption ou à tout le moins, s'opposant à l'atteinte des objectifs de transparence et de libre concurrence.

Il y a ED lorsque l'AC engage directement les discussions avec un ou plusieurs opérateurs économiques et attribue le marché au candidat qu'elle a retenu.

Deux catégories des marchés par ED sont prévues à l'art. 76 du CMP. Il s'agit des ED soumises à autorisation préalable de la DCMP et des ED soumises à avis de la même structure.

### **1. Les ententes directes soumises à autorisation préalable**

Il y a deux cas :

- Le cas des marchés destinés à répondre à des besoins qui, pour des raisons tenant à la détention d'un droit d'exclusivité, ne peuvent être satisfaits que par un cocontractant déterminé (permettre à la DCMP de vérifier la réalité du droit d'exclusivité) ;
- Le cas des marchés de fournitures, services ou travaux qui complètent ceux ayant fait l'objet d'un premier marché exécuté par le même titulaire, à condition que le marché initial ait été passé selon la procédure d'AO et que le marché complémentaire ne porte que sur de fournitures, services, travaux qui ne figurent pas dans le marché initial conclu mais qui sont devenus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue et extérieure aux parties et que ces prestations ne peuvent être techniquement ou économiquement séparées du marché initial. Il s'agit ce que l'on appelle les marchés complémentaires (Conditions à remplir pour parler de marché complémentaire : Existence d'un 1<sup>er</sup> marché passé par AOO ; que ce marché soit exécuté par son titulaire lui-même (pas de sous traitance) ; que les prestations soient devenues nécessaires au regard des circonstances et que ces prestations ne doivent pas avoir été prévues au contrat initial).

## **2. Les ententes directes soumises à avis de la DCMP**

Il y a trois cas :

- Le cas de travaux, fournitures ou services considérés comme secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner des mesures particulières de sécurité. La liste de ces marchés est dressée par l'article 76.2.a du Code des marchés publics ;
- Le cas de marchés pour lesquels, l'urgence impérieuse, résultant de circonstances imprévisibles, irrésistibles et extérieures à l'autorité, n'est pas compatible avec les délais et règles de forme exigés par la procédure d'AOO ou restreint ;
- Le cas de marchés passés dans le cadre des mesures de mobilisation générale (mise en œuvre de l'ensemble des mesures de défense nationale) et de mise en garde (mise en œuvre de mesures propres à assurer la liberté des pouvoirs publics, à diminuer la vulnérabilité des populations ou des équipements principaux et à garantir la sécurité des opérations de mobilisation générale ou de mise en œuvre des forces armées).

Pour les deux derniers cas, la DCMP saisit a obligation d'aviser dans les 24h qui suivent ; à défaut, l'AC saisit le Premier Ministre qui décide de la poursuite de la passation du marché. Lorsque l'avis de la DCMP est négatif, l'AC saisit le CRD de l'ARMP.

## **PARAGRAPHE II : Les procédures spécifiques de passation des marchés publics**

Dans cette rubrique, il convient d'examiner les demandes de renseignement et de prix (A) et les marchés de prestations intellectuelles (B).

### **A. Les demandes de renseignement et des prix (DRP).**

Il s'agit des procédures spécifiques ou simplifiées qui sont autorisées dès lors que le montant du marché est inférieur aux seuils fixés à l'article 53 du CMP. Elles sont prévues à l'art. 78 du CMP et organisées par l'arrêté n°107 du 07 janvier 2015. Cet arrêté distingue trois types de DRP en fonction du montant du marché. Il s'agit des DRP dispensées de forme écrite, des DRP à compétition restreinte et des DRP à compétition ouverte.

#### **1. Les demandes de renseignements et de prix dispensées de forme écrite**

##### **a. Les cas de recours aux DRP dispensées de forme écrite**

La première DRP est indiquée lorsque le montant du marché est inférieur à 5.000.000 FCFA TTC pour les travaux et les prestations intellectuelles et à 3.000.000 FCFA TTC pour les fournitures et services.

##### **b. La procédure de passation des DRP dispensées de forme écrite**

Dans ces cas, l'art. 2 de l'arrêté n°107 du 07 Janvier 2015 prévoit que l'AC peut recourir à une demande de cotation auprès d'au moins trois (3) candidats qui seront consultés suivant les modalités laissées à la libre appréciation de cette AC.

Les propositions financières sont soumises sous forme de facture pro forma, sur la base de descriptions concises des fournitures ou prestations recherchées. Elles sont transmises librement sous enveloppe, par fax ou par courrier électronique.

L'AC attribue le marché au candidat ayant soumis la proposition la moins disante et dresse le PV signé par la personne habilitée. La procédure ne nécessite ni cahier de charges formel ni publicité ou saisine écrite. Les commandes découlant de cette procédure font l'objet de règlement sur simple mémoire ou facture.

#### **2. Les demandes de renseignements et de prix à compétition restreinte**

##### **a. Les cas de recours aux DRP restreintes**

Quant à la deuxième DRP, c'est-à-dire, celle à compétition restreinte, elle est autorisée lorsque le montant du marché est ainsi fixé :

- Pour l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics, le montant du marché doit être inférieur à 25.000.000 FCFA TTC pour les travaux et les prestations intellectuelles et à 15.000.000 FCFA TTC pour les services et fournitures courantes.
- Pour les sociétés nationales, les sociétés anonymes à participation publique majoritaire et les agences ou autres organismes ayant la personnalité morale, le montant doit être inférieur à 50.000.000 FCFA pour les travaux et à 30.000.000 FCFA pour les fournitures, services et prestations intellectuelles.

#### **b. La procédure de passation des DRP restreintes**

Pour la mise en œuvre de cette procédure, l'art. 3 de l'arrêté précité permet à l'AC de choisir les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature du marché et de solliciter, simultanément, par écrit des prix **d'au moins cinq (5) entreprises** choisies en raison de leur capacité à exécuter le marché, y compris au plan juridique, dans le cadre **d'une concurrence réelle**. Après avoir attribué le marché au candidat ayant présenté l'offre évaluée la moins disante, l'autorité rédige un PV et informe les candidats dont les offres n'ont pas été retenues.

Le marché donne lieu à la rédaction d'un contrat de forme libre.

### **3. Les demandes de renseignements et de prix à compétition ouverte**

#### **a. Les cas de recours aux DRP ouvertes**

Concernant la dernière DRP, à savoir celle à compétition ouverte, elle est exigée lorsque le montant du marché est ainsi fixé :

- Pour l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics, le montant doit être inférieur à 70.000.000 FCFA et supérieur ou égal à 25.000.000 FCFA TTC pour les travaux ; inférieur à 50.000.000 FCFA TTC et supérieur ou égal à 15.000.000 FCFA pour les services et fournitures et inférieur à 50.000.000 FCFA et supérieur ou égal à 25.000.000 FCFA pour les prestations intellectuelles.
- Pour les sociétés nationales, les sociétés anonymes à participation publique majoritaire et les agences ou autres organismes ayant la personnalité morale, le montant doit être inférieur à 100.000.000 FCFA et supérieurs ou égal à 50.000.000 FCFA et pour les

services et fournitures ainsi que les prestations intellectuelles, le montant doit être inférieur à 60.000.000 FCFA mais supérieur ou égal à 30.000.000 FCFA.

**b. La procédure de passation des DRP ouvertes**

Pour la passation du marché selon ce mode, l'art. 5 de l'arrêté précité dispose que l'AC doit lancer un avis d'appel à concurrence à compter de la publication duquel, un délai de 15 jours calendaires est imparti aux candidats pour préparer et déposer leurs offres.

A l'expiration de ce délai, la commission procède à l'évaluation des offres en fonction des critères mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence. Elle propose à l'AC, dans un délai maximum de sept (7) jours à compter de la séance d'ouverture des plis, l'attribution du marché au candidat qui a déposé l'offre conforme évaluée la moins disante et qui est reconnu avoir réuni les critères de qualification mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence. Dès que l'AC accepte cette proposition d'attribution à elle faite, elle avise les autres candidats du rejet de leurs offres, leur restitue leur garantie de soumission et publie un avis d'attribution provisoire.

Le marché entre en vigueur à partir de sa souscription par l'autorité compétente après l'expiration des délais de recours. Il est immatriculé par la DCMP et est obligatoirement soumis à la revue de la Cellule de passation des marchés publics de l'AC.

**B. Les marchés de prestations intellectuelles**

La passation d'un marché de prestations intellectuelles comporte deux phases : une phase ouverte de présélection et une phase restreinte de sélection.

**1. La présélection des candidats**

Durant la phase de présélection et lorsque le montant du marché est supérieur ou égal aux seuils fixés à l'art. 53 du CMP, l'AC observe les formalités suivantes :

- La publication d'un avis à manifestation d'intérêt (AMI) dans les mêmes conditions qu'un avis appel d'offres car la compétition est ouverte ;
- A compter de la publication de l'AMI, un délai minimum de quinze (15) jours est imparti aux intéressés pour déposer leur candidature ;
- A l'expiration du délai, la commission dresse la liste des candidats (*short list*) aptes à exécuter le marché en application des critères publiés dans l'AMI.
- Le nombre de candidats à présélectionner ne peut, en principe, être inférieur à trois.

**NB :**

- Lorsqu'à l'expiration du délai, un minimum de trois plis n'est pas réuni, l'AC ouvre un nouveau délai qui ne peut être inférieur à dix (10) jours ouvrables et invite de nouveaux candidats. Mais à l'issue de ce nouveau délai, la commission ouvre les plis quel que soit le nombre de plis reçus.
- Lorsque le montant prévisionnel du marché est inférieur aux seuils de l'article 53 du CMP, l'AC n'observe pas les formalités de publicité de l'AMI. Elle invite directement cinq (5) prestataires à lui soumettre une proposition. (intérêt des demandes d'agrément).

**2. La sélection du prestataire**

Dans cette phase de sélection, l'AC adresse une demande de proposition (DP) aux 3 premiers candidats sélectionnés au moins. Ils reçoivent un dossier de consultation comprenant :

- Les termes de référence ;
- Une lettre d'invitation indiquant les critères de sélection et leur mode d'application détaillé ainsi que le projet de marché ;
- l'indication des exclusions à la participation future aux marchés de travaux, fournitures et services qui résulteraient des prestations qui font l'objet de la consultation ;
- la soumission des propositions s'effectue sous la forme d'une enveloppe unique à l'intérieur de laquelle figurent l'enveloppe de l'offre technique et celle de l'offre financière.
- l'ouverture des offres se fait aussi en deux étapes :
  - Ouvrir et évaluer les offres techniques en application des critères définis ;
  - Ouvrir et comparer les offres des seuls soumissionnaires techniquement qualifiés, c'est-à-dire, ceux dont les offres techniques ont été jugées satisfaisantes.

## **CHAPITRE II : L'ACHÈVEMENT DE LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**

La procédure de passation d'un marché public peut connaître un achèvement anticipé dans deux cas :

- **Lorsque la procédure infructueuse** : Elle est prévue à l'article 64 du CMP et intervient lorsqu'aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des offres ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrecevables ou non conformes.
- **Lorsque la procédure est déclarée sans suite** : Elle est prévue à l'article 65 du CMP et intervient pour des motifs d'intérêt général tels que la disparition du besoin à l'origine du marché ou lorsque les montants d'offres sont trop élevés par rapport à l'estimation de l'AC.

La procédure peut connaître un aboutissement normal et, dans ce cas, il est question de procéder à l'attribution du marché et à l'observation des formalités de sa mise en vigueur.

### **SECTION I : L'encadrement juridique de la phase d'attribution du marché**

Elle cristallise toutes les attentions surtout dans les procédures à compétition ouverte. L'essentiel des contentieux porte, soit sur le rejet de candidature, soit sur le rejet de l'offre, soit sur le défaut d'informations à l'endroit des concurrents dont les offres ou les candidatures ont été rejetées.

#### **PARAGRAPHE I : Les critères d'attribution du marché**

Après l'ouverture des plis en séance publique, la commission se retire pour procéder à l'examen des candidatures avant de se pencher sur l'évaluation technique et financière des offres des soumissionnaires.

##### **A. L'examen des candidatures**

La Commission d'ouverture des plis apprécie les candidatures sur la base des documents demandés dans le dossier d'appel à candidatures ou dans les lettres d'invitation. Il s'agit généralement de ce que l'on appelle les pièces administratives. Leur examen conduit la Commission à établir la liste des entreprises dont l'offre sera analysée. Il s'agit d'un premier niveau de filtrage car, seules pourront être examinées les offres émanant d'entreprises dont la candidature aura été jugée recevable.

Cette analyse se fait en deux temps. Il s'agit de vérifier la capacité générale des candidats à soumissionner à un marché public avant de statuer sur les aptitudes spécifiques définies en fonction du marché en question et fixées dans le dossier d'appel à candidatures ou les lettres d'invitation. Voir article 68 du CMP.

### **1. Capacité générale à soumissionner à un marché et la recevabilité administrative du dossier**

C'est la première série de vérification.

- ❖ L'article 43 énumère les entreprises exclues des marchés publics quel que soit le mode de passation. Il s'agit des règles communes à toutes les procédures de passation des marchés publics et s'appliquent à des entreprises et personnes en raison de **leurs situations économique, administrative et judiciaire**. A l'ouverture des plis, il est demandé aux commissions de vérifier le respect de ces interdictions générales.
  
- ❖ **Du point de vue administratif**, les commissions doivent veiller au respect des délais de dépôt ou de remise des offres. Seuls peuvent être ouverts les plis reçus au plus tard aux dates et heure limites de dépôt des offres au nom de l'égalité de traitement des candidats. Elles doivent vérifier, également, si l'offre est accompagnée de l'acte d'engagement. Il s'agit de la pièce signée du soumissionnaire et par laquelle celui-ci présente son offre et accepte les clauses des cahiers des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté.
  
- ❖ **Du point de vue juridique**, la commission statue sur l'existence juridique du soumissionnaire. Les soumissionnaires doivent préciser :
  - Si c'est une personne physique : le nom, la qualité, le domicile ;
  - Si c'est une personne morale : la forme juridique, la dénomination sociale, le siège, le nom du représentant ainsi que la qualité en vertu de laquelle il agit, le numéro d'immatriculation au RCCM ou au registre des métiers.

### **2. Les capacités spécifiques et justifications ou renseignements à fournir.**

C'est la deuxième série de vérification. Dans cette perspective, il est demandé aux commissions de vérifier les capacités spécifiques des entreprises. Il s'agit d'une étape très importante.

Les critères permettant d'apprécier ces capacités sont limitativement énumérées aux articles 44, 45 et 46 du CMP. Ils doivent être fixés dans le dossier d'appel à candidatures ou dans les lettres d'invitation en fonction de l'objet du marché. Ils sont portés à la connaissance des candidats. Il s'agit des renseignements et des justifications que les candidats sont invités à fournir. Toutefois, l'autorité n'est pas tenue d'exiger tous les renseignements visés par ces textes. Elle n'est pas autorisée à en demander d'autres. Il s'agit des éléments relatifs aux capacités juridiques, techniques, financières et environnementales requises pour exécuter le marché

#### ❖ **Les Capacités techniques :**

En général, la capacité technique d'un soumissionnaire à exécuter le marché est appréciée à travers trois indicateurs à savoir son **expérience**, son **personnel** et les **moyens matériels** qu'il entend déployer sur le terrain de l'exécution du marché.

##### ▪ **L'expérience du soumissionnaire**

L'expérience du soumissionnaire est appréciée à travers les références aux marchés similaires ou analogues qu'il a eu à exécuter au cours d'un nombre déterminé d'années.

##### ▪ **Le Personnel du soumissionnaire**

La liste du personnel que le soumissionnaire entend déployer sur le terrain de l'exécution du marché est généralement demandée aussi bien dans les marchés de travaux, dans les marchés de fournitures, dans les marchés de services courants que dans ceux de prestations intellectuelles.

C'est un indicateur qui permet d'apprécier le profil du personnel du soumissionnaire. Ainsi, l'AC pourra vérifier si celui-ci dispose des ressources humaines suffisantes et compétentes, eu égard aux marchés en cause. Pour ce faire, le soumissionnaire doit :

- produire la liste du nombre d'agents demandé, les CV signés et retraçant l'expérience de chaque agent, ses références, ses qualifications ;
- s'assurer que ces personnes dont les CV ont été versés à son dossier ont les qualifications et les expériences exigées dans le dossier d'appel à candidatures ou les avis spécifiques.
- s'assurer que chacun des agents et collaborateurs du soumissionnaire a consenti au dépôt du dossier contenant son CV. En effet, le fait de ne pas solliciter et obtenir

l'accord préalable de certains collaborateurs avant de déposer un dossier contenant leur CV expose l'entreprise à des sanctions très sévères.

▪ **Les moyens matériels**

Le dossier d'appel à candidatures peut exiger l'indication de tous matériels ou outillages nécessaires à l'exécution du marché ou toutes pièces de nature à assurer le service après-vente.

❖ **Les Capacités financières** : Cette exigence est importante dans ce contrat où il appartient au titulaire de financer et ce n'est qu'après service fait qu'il sera, en principe, payé. Pour avoir une idée de la surface financière de chaque candidat, les autorités contractantes peuvent demander :

▪ **Les états financiers de l'entreprise qui doivent :**

- couvrir la période indiquée dans l'avis d'appel à candidatures. Il est généralement demandé de produire les états financiers des trois (3) derniers exercices ;
- être certifiés par un cabinet agréé par l'Ordre national des Experts comptables et des comptables agréés du Sénégal (ONECCA).

▪ **Une attestation de liquidités ou de facilité de crédits** par laquelle la banque s'engage à fournir, au candidat, les fonds nécessaires, en cas de besoin, pour l'exécution du marché ;

▪ **L'attestation de capacité financière ou le relevé bancaire** afin de constater la quantité des ressources financières disponibles sur le compte de l'entreprise afin de le confronter avec les ressources nécessaires à l'exécution du marché.

❖ **La capacité environnementale du candidat :**

Dans certains marchés, il peut être demandé aux candidats de faire valoir leur savoir-faire en matière environnementale. Les autorités peuvent leur demander de produire des certificats de qualité surtout concernant les marchés dans lesquels la dimension environnementale est importante, sinon cette exigence peut s'avérer inutile voire discriminatoire.

❖ **Les autres pièces relatives à la candidature**

▪ **La garantie de soumission :**

Elle est facultative pour les marchés d'un montant inférieur à 80.000.0000 FCFA TTC pour les fournitures, services et prestations intellectuelles et à 100.000.000 FCFA TTC pour les

travaux. Voir arrêté n°860 du 22 Janvier 2015 fixant les seuils en dessous desquels il n'est pas requis de garantie de soumission, pris en application de l'article 114 du CMP).

Dans les cas où cette garantie est exigée, son absence à l'ouverture des plis entraîne le rejet de la soumission (art. 44 du CMP).

- **Une attestation justifiant du paiement de la redevance de régulation au titre des marchés publics de l'exercice précédent** (arrêté n°16781 du 16 novembre 2016 fixant le taux de la redevance de régulation sur les marchés publics et les délégations de service public).
- **Le quitus fiscal.**

Il doit couvrir la période précédant celle de la passation du marché pour lequel il est demandé. Sa durée de validité est de 3 mois. Le candidat peut l'utiliser pour plusieurs marchés dans la limite du délai de validité de 3 mois.

- **Une attestation de l'Institut de Prévoyance Retraite du Sénégal (IPRES) ;**
- **Une attestation de la Caisse de Sécurité Sociale ;**
- **Une attestation de l'Inspection de Travail ;**
- **Une déclaration sur l'honneur attestant qu'il a pris connaissance des dispositions de la Charte de Transparence et d'éthique ;**
- **Une attestation de non faillite délivrée par la justice ou une déclaration sur l'honneur attestant que le soumissionnaire ne fait pas l'objet d'une procédure de liquidation de biens ou de faillite personnelle ;**
- **Une attestation relative à la qualification et à la classification des entreprises, entrepreneurs et artisans de bâtiments et travaux publics lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux ;**

**NB :** Toutes ces capacités, toutes ces exigences, tous ces renseignements doivent être prouvés par des attestations ou certificats. A ce stade de la procédure, il est demandé aux Commissions de vérifier si :

- Les pièces ainsi exigées sont effectivement versées par les soumissionnaires ;
- Les pièces ainsi versées sont exactes ou authentiques.

Une fois cette analyse terminée, les candidatures interdites, irrégulières ou insuffisantes sont rejetées. Toutefois, pour certains documents, le CMP permet de les rendre exigible dans un délai au plus égal à celui qui est imparti à l'AC pour prononcer l'attribution provisoire. En conséquence, les dossiers incomplets ne sont pas systématiquement rejetés. Il s'agit, aux termes de l'article 44 du CMP, **des attestations de l'IPRES, de la CSS, de l'Inspection régionale du Travail et du quitus fiscal au moment de la soumission**. Dans ce cas, le soumissionnaire doit mettre dans son offre **un engagement sur l'honneur** qu'il est en règle vis à vis de ces institutions sociales. En cas d'attribution du marché, il doit obligatoirement fournir ces attestations au plus tard à la signature du contrat.

**Les offres des candidatures jugées recevables et aptes à exécuter le marché sont examinées.**

### **B. L'évaluation technique et financière des offres**

A cette étape de la procédure, seules sont recevables et examinées, en principe, les offres complètes et conformes. Il existe deux vérifications à faire : déterminer les offres conformes avant de choisir la moins disante.

#### **1. L'élimination des offres non conformes**

L'offre conforme est une offre :

- **Exhaustive, c'est-à-dire, complète.**
  - Elle doit être conforme aux indications du bordereau des quantités ;
  - Elle doit produire la liste des articles ou matériels commandés avec les bonnes quantités ;
  - Elle doit contenir des échantillons, lorsqu'ils sont demandés ;
  - Elle doit présenter les sous détails des prix (travaux surtout) ;
  - Le contenu de l'offre doit tenir de toutes les exigences de l'AC.
- **Qui répond aux spécifications techniques définies dans le cahier des charges**

L'accent est mis sur la qualité ou sur les caractéristiques techniques des travaux, de fournitures ou de services tels qu'ils sont définis dans le cahier de charges, notamment le cahier des prescriptions techniques.

#### **2. La recherche de l'offre la moins disante**

Cette recherche se fait par la commission d'évaluation des offres en application des critères décrits dans le dossier d'appel à la candidature ou dans la lettre d'invitation et portée à la connaissance des candidats.

Les critères sont énumérés à l'art 59 du CMP et s'appliquent à tous les marchés publics quel que soit le mode de leur passation. Il s'agit des règles générales applicables aux procédures de passation des marchés. Il dispose que : « **la détermination de l'offre la moins disante est effectuée, soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base du prix et d'autres critères tels que le coût d'utilisation, les performances techniques, les mesures de protection de l'environnement, le délai de livraison ou d'exécution, qui doivent être énumérés dans le dossier d'appel à la concurrence et être exprimés en termes monétaires ou sous la forme des critères éliminatoires** ».

A la fin de ses travaux, la CM dresse un PV. Il contient toutes les informations relatives au candidat et à l'offre retenue ainsi que celles des candidatures et offres rejetées. Ce PV contient la proposition de classement des offres et de l'attributaire du marché. Il est transmis à la PRM qui décide de la suite à donner.

## **PARAGRAPHE II : Le régime préférentiel**

Trois régimes de traitement de faveur sont aménagés au profit des entreprises nationales en général et des PME en particulier.

### **A. Les préférences au stade de la participation aux procédures**

Lorsque le marché est financé par le budget de l'une des autorités contractantes visées à l'article 2 du CMP, l'article 52 pose un principe et quelques exceptions :

- En principe, ne peuvent participer aux appels à la concurrence ou contracter pour une négociation directe que les entreprises suivantes :
  - **Les entreprises sénégalaises et communautaires, régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce et du crédit mobilier ou au registre des métiers au Sénégal ou dans l'un des Etats membres de l'UEMOA ;**

Les entreprises nationales et communautaires sont invitées à accomplir deux formalités pour pouvoir bénéficier de cette préférence :

- Etre en règle vis-à-vis du paiement de la patente à moins que l'entreprise ne soit expressément exonérée ;
- Etre inscrite au RCCM ou au registre des métiers et produire les références de cette inscription.

- **Les entreprises des Etats appliquant la réciprocité**

- Sont visées par cette préférence, les entreprises des Etats dans lesquels, il est permis aux entreprises sénégalaises de participer aux procédures de passation des marchés publics. Ainsi, les entreprises de ces Etats sont admises à concourir au même titre que les entreprises nationales et communautaires. En conséquence, avant de contester la participation d'une entreprise non communautaire et non nationale, il est indispensable de vérifier la position de son Etat vis-à-vis de la participation des entreprises sénégalaises aux procédures de passation des marchés publics ;
- Cette préférence ne concerne que les marchés publics financés par le budget de l'AC. En conséquence, elle ne s'applique pas, par exemple, aux marchés financés par les bailleurs de fonds ;
- Les dirigeants d'entreprises sont invités à bien consulter les PPM et les avis spécifiques pour connaître les marchés financés par le budget propre de l'AC et les marchés financés par les partenaires de l'AC

- Exceptionnellement et conformément à l'article 52 alinéa 2 du CMP, l'AC peut ouvrir la concurrence à trois catégories d'entreprises :
  - Les entreprises communautaires sans aucune exigence particulière ;
  - Les groupements formés par des entreprises communautaires et des entreprises non communautaires ;
  - Les entreprises non communautaires.

## **B. Les préférences au stade de l'évaluation des offres**

Au stade de l'évaluation des offres, il est extrêmement rare que des offres soient identiques de manière à ce qu'il soit impossible de les départager. En revanche, il peut arriver que des offres puissent être considérées comme équivalentes, c'est-à-dire, sans être identiques, qu'elles présentent un rapport qualité/prix, une valeur économique très comparable.

Dans ces conditions, faut-il demander aux soumissionnaires ayant présentés des offres jugées équivalentes d'en présenter de nouvelles afin de les départager ? Faut-il relancer la procédure pour les départager, quitte à étoffer les critères d'attribution afin que les offres soient strictement différentes ? C'est face à ces difficultés que le droit sénégalais permet aux AC de choisir certaines offres de préférence à d'autres dès lors que ces offres peuvent être regardées comme équivalentes. Il ne s'agit pas de contourner la règle de l'attribution du marché. Mais puisque les offres sont équivalentes, il est permis de l'attribuer à celui des candidats qui entre dans le champ du dispositif qui le favorise.

Toutefois, ce régime est strictement encadré aussi bien dans les appels d'offres nationaux que dans les appels d'offres internationaux.

### **1. Dans les appels d'offres nationaux**

Lorsque le marché est passé par appel d'offres national, une préférence est accordée aux offres présentées par des :

- groupements d'ouvriers ;
- coopératives ouvrières ;
- coopératives d'artisans ;
- coopératives d'artistes ;
- artisans individuels ;
- organismes d'études, d'encadrement ou de financement agréés.

**Pour que l'offre présentée par l'un de ces candidats soit préférée, il faut qu'elle réunisse deux conditions de fond suivantes :**

- qu'elle ne soit pas supérieure de plus de quinze (15%) à celle du moins disant ;
- que l'offre de l'un des candidats et celle du moins disant soient équivalentes et à délais de livraisons comparables.

## 2. Dans les appels d'offres internationaux

Lorsque le marché est passé par appel d'offres international, une préférence est accordée :

- Aux candidats de droit sénégalais ou de pays membres de l'UEMOA ;
- Aux candidats dont les offres ne comportent que des produits d'origine sénégalaise ou de pays membres de l'UEMOA.

**Après évaluation, l'offre de l'un de ces candidats ne doit pas être supérieure de plus de 15% à celle du moins disant.**

L'application de ce régime préférentiel n'est pas automatique. Pour en bénéficier, deux formalités substantielles doivent être accomplies par les entreprises :

- Insérer dans le dossier, une déclaration par laquelle, l'entreprise demande à bénéficier de ces régimes préférentiels ;
- Apporter toutes justifications utiles sur l'exercice de ses activités au Sénégal ou dans un pays membre de l'UEMOA, sur l'origine sénégalaise ou communautaire des produits ou sur leur existence et leur enregistrement **conforme à la réglementation qui leur est applicable.**

### C. Les marchés des collectivités territoriales

Lorsque le marché est passé dans une commune, dans un département ou dans un établissement public de la commune ou du département, le candidat qui s'engage à sous-traiter au moins trente pour cent (30%) de la valeur globale du marché à une entreprise locale pourra bénéficier d'une marge de préférence qui ne peut être supérieure à cinq pour cent (5%), cumulable avec la préférence visée à l'article 50 du CMP.

- Les PME locales ont intérêt à tisser un réseau de partenariat avec les grandes entreprises : les informer des opportunités locales et les pousser à soumissionner ;
- Les grandes entreprises ont intérêt à sous-traiter des parts des marchés dans l'optique de bénéficier de ce régime préférentiel et d'accroître leur chance.

### **PARAGRAPH III : Les mesures de publicité à l'endroit des concurrents**

Après la réception du PV de la commission, la PRM peut adopter deux attitudes. Elle peut accepter ou rejeter la proposition à lui faite.

**A. Hypothèse du refus de la proposition de la commission :**

Cette possibilité est prévue à l'article 84. 2 du CMP qui dispose que « si l'AC n'approuve pas la proposition de la commission des marchés, elle transmet dans un délai de trois jours ouvrables, la proposition d'attribution de la commission et sa propre proposition motivée à la commission des marchés et à la Direction Centrale des marchés publics ». Dans ce cas la PRM doit :

- Démontrer l'impertinence des éléments sur lesquels la commission s'est appuyée pour faire son choix, c'est-à-dire, motiver la désapprobation du choix de la commission ;
- Elaborer une contreproposition dans un délai de 3 jours ;
- Saisir la DCMP avec ampliation à la CM compétente.

**B. Hypothèse d'acceptation de la proposition de la commission**

Dans cette hypothèse, l'art 84. 3 dispose que : « dès qu'elle a approuvé la proposition d'attribution, l'AC avise immédiatement les autres candidats du rejet de leurs offres, leur restitue leur garantie de soumission et publie un avis d'attribution provisoire ». Il s'agit d'une simple information à l'endroit des candidats évincés suivie de la restitution de leur garantie de soumission (à l'expiration du délai indiqué dans l'avis ou la lettre d'invitation).

Cette information peut susciter la curiosité des candidats qui pourraient chercher à savoir pourquoi leurs offres ou candidatures ont été rejetées et pourquoi, celle de l'autre a été retenue ? Pour connaître ces raisons, le soumissionnaire doit envoyer une demande écrite. C'est pourquoi, l'art 88. 1 du CMP dispose que : « la PRM communique par écrit dans un délai de 5 jours ouvrables à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ». Le paragraphe 2 de cet article ajoute que « la PRM doit informer également par écrit les candidats qui en font la demande écrite, des motifs qui l'ont conduit à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure, dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la réception de la demande ». Au regard de ces dispositions l'on se rend compte que :

- La motivation de la décision doit être provoquée. Elle n'est pas spontanée (recevoir une demande écrite) ;

- Il faut une demande écrite pour une réponse écrite au nom de la traçabilité des procédures ;
- Les textes fixent un délai de réponse qui est de cinq jours ouvrables ;
- L'objet de la motivation, c'est-à-dire, le contenu de la réponse est fixé par le CMP : montant (comparé) ; nom (aptitude et capacité) ; copie du PV ;
- A partir de la réception de la réponse écrite motivée, le candidat évincé dispose de tous les éléments pour se déterminer : soit se résigner, soit intenter un recours dans un délai de 15 jours.

## **SECTION II : LE CONTRÔLE EN MATIÈRE DE PASSATION DES MARCHÉS**

Que la PRM accepte ou n'accepte pas la proposition de la Commission, elle doit transmettre la proposition d'attribution du marché à la DCMP. Celle-ci exerce, en principe, un contrôle *a priori* sur les actes de procédure prévus à l'article 141 du CMP à condition que le montant du marché atteigne le seuil fixé par l'arrêté n°106 du 07 janvier 2015. Si, le montant du marché n'atteint pas ce seuil, le contrôle est exercé par la cellule de passation des marchés publics.

## **SECTION III : LES ACTES CONDITIONNANT L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU MARCHÉ**

Après l'expiration du délai de 15 jours à compter de la publication de l'attribution provisoire, il est procédé à la signature du marché avant de le soumettre à l'approbation de l'autorité compétente.

### **PARAGRAPHE I : La signature du marché**

De prime abord, il faut relever que l'attribution d'un marché ne crée aucun droit à sa signature. L'AC peut toujours y renoncer pour des motifs liés à l'intérêt général.

L'art 85 du CMP dispose que : « les marchés sont transmis à la PRM pour signature dans un délai de 15 jours suivant la publication de l'avis du marché ». C'est une prérogative de la PRM qui doit l'exercer dans un délai de 15 jours (maximum) à compter de la publication de l'attribution provisoire. C'est un délai d'attente pour permettre, d'une part, aux candidats évincés d'intenter des recours s'ils le désirent et, d'autre part, au candidat retenu de compléter son dossier ou de confirmer certaines de ses qualifications. En outre, l'art. 17 du COA dispose

que la PRM doit, préalablement à la signature du contrat, produire et montrer au cocontractant les documents attestant de l'existence des crédits suffisants.

**Portée de la signature** : la validité du marché s'apprécie à la date de sa signature. Toute fois malgré sa signature, le marché n'entre pas en vigueur. Il doit être approuvé.

### **PARAGRAPHE II : L'approbation du marché**

Au Sénégal, l'acte d'approbation, matérialisé par la signature de l'autorité compétente, est la formalité administrative nécessaire pour donner effet au marché. Il constitue en tant que tel un acte de contrôle et surtout le dernier contrôle. L'art. 85. 2 dispose en effet que : « les marchés signés sont soumis à l'approbation des autorités visées à l'art. 29 du présent décret en fonction de leurs montants ». L'approbation est la seule formalité censée donner effet au marché. Un marché non approuvé est nul et de nul effet. Les autorités approbatrices sont :

**AU NIVEAU DE L'ETAT** : Les marchés sont approuvés par :

- le Ministre chargé des Finances lorsque le montant du marché est égal ou supérieur à 300 millions FCFA ;
- le Ministre dépensier lorsque le montant du marché est égal ou supérieur à 100 millions FCFA mais n'atteint pas 300 millions ;
- le gouverneur de région lorsque le montant du marché est inférieur à 100 millions, à l'exception de la région de Dakar pour laquelle l'approbation des marchés reste de la compétence du ministre dépensier.

### **AU NIVEAU DES COLLECTIVITES LOCALES**

Conformément aux dispositions du Code général des Collectivités locales, les marchés des collectivités locales sont approuvés par le représentant de l'Etat :

- **pour les départements** : tout marché d'un montant égal ou supérieur à 100 millions FCFA.
- **pour les villes et les communes** :
  - villes de la Région de Dakar, communes chef - lieux de région et communes d'un budget égal ou supérieur à 300 millions FCFA : tout marché d'un montant égal ou supérieur à 50 millions FCFA ;
  - autres communes : tout marché d'un montant égal ou supérieur à 15 millions FCFA ;

**Les marchés des collectivités locales d'un montant inférieur aux seuils ainsi fixés ne sont pas soumis à la formalité d'approbation.**

**AU NIVEAU DES ETABLISSEMENTS PUBLICS, AGENCES ET AUTRES ORGANISMES**

Les marchés des établissements publics, agences et autres organismes sont approuvés par :

- le Ministre chargé des Finances lorsque le montant du marché est égal ou supérieur à 300 millions FCFA
- le Président du Conseil d'Administration ou de l'organe délibérant lorsque le montant du marché est égal ou supérieur à 100 millions FCFA mais n'atteint pas 300 millions FCFA ;
- le Directeur ou l'organe exécutif équivalent lorsque le montant du marché est inférieur à 100 millions FCFA.

**AU NIVEAU DES SOCIETES NATIONALES ET DES SOCIETES ANONYMES A PARTICIPATION PUBLIQUE MAJORITAIRE**

Les marchés des sociétés nationales et des sociétés anonymes à participation publique majoritaire sont approuvés par leur représentant légal, désigné conformément aux dispositions légales et statutaires qui leur sont applicables.

L'avis favorable du Conseil d'administration préalable à la signature des marchés, matérialisé par le procès-verbal des délibérations, est requis :

- lorsqu'ils sont passés par une société nationale ou une société anonyme à participation publique majoritaire créée depuis moins de 12 mois ;
- lorsque le représentant légal décide de retenir un candidat autre que celui proposé par la commission des marchés.

## **TROISIÈME PARTIE :**

### **LES RECOURS EN MATIÈRE DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**

Dans cette partie relative aux recours en matière de passation des marchés publics, il convient de souligner que ceux-ci ne sont recevables que contre les actes énumérés à l'article 89 al. 2 du Code des marchés publics. Il s'agit de la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ; des conditions de publicité des avis (PPM, Avis généraux, AAO, les lettres d'invitation, attribution provisoire) ; des règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées ; le mode de passation retenu ; la conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation ; des spécifications techniques retenues ; des critères d'évaluation des offres. Comme peut le remarquer, il s'agit, essentiellement, des actes détachables du contrat car intervenant avant la signature de celui-ci.

La mise en œuvre de ces recours comporte deux phases que le requérant doit obligatoirement respecter sous peine d'irrecevabilité. Il s'agit de la phase administrative (**Chapitre I**) et de la phase juridictionnelle (**Chapitre II**).

#### **CHAPITRE I : LA PHASE ADMINISTRATIVE DES RECOURS**

La phase administrative se déroule à son tour en deux étapes.

##### **SECTION I : Le recours gracieux devant la PRM**

L'art. 89 al. 1 du CMP a rendu ce recours obligatoire. En effet, il y est écrit que « tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché doit préalablement à tout recours contentieux, saisir la personne responsable du marché d'un recours gracieux... ». Il importe de voir, dès lors, les conditions de recevabilité de recours avant d'examiner les suites qui peuvent lui être réservées.

##### **PARAGRAPHE I : La recevabilité du recours**

- Il est exigé un acte écrit (saisine par écrit) indiquant les références de la procédure de passation du marché ;
- L'écrit doit exposer les motifs de la réclamation ;
- La saisine se fait par l'envoi d'une lettre avec demande d'avis de réception ou déposée contre récépissé ;

- Le recours à introduire dans un délai de cinq (5) jours francs et ouvrés à compter de la publication de l'acte contesté ou de sa communication.

### **PARAGRAPHE II : L'examen et les suites du recours**

- La PRM a l'obligation de répondre dans un délai de 3 jours ouvrables ;
- Le silence gardé à l'expiration de ce délai vaut rejet implicite du recours.

### **SECTION II : Le recours devant le CRD de l'ARMP**

En cas de silence ou de réponse défavorable, le candidat peut poursuivre la contestation en saisissant le Comité de règlement des différends de l'ARMP.

### **PARAGRAPHE I : La recevabilité du recours**

- Le candidat dispose d'un délai de 3 jours ouvrables à compter du rejet implicite ou explicite du recours gracieux pour introduire ce recours ;
- La saisine se fait par requête écrite ;
- Le requérant doit invoquer, dans sa requête, une violation caractérisée de la réglementation des marchés publics ;
- Il doit verser dans son dossier, une attestation de paiement d'une consignation (elle est restituée si le recours est fondé). L'idée est de décourager les recours fantaisistes.

### **PARAGRAPHE II : Les suites du recours**

Lorsque le recours recevable, le CMP pose un principe et une exception :

- **Le principe : le CRD** ordonne la suspension automatique de la procédure de passation
- **L'exception** : la suspension de la procédure n'est pas ordonnée si l'AC certifie au CRD et à la DCMP que l'attribution doit être poursuivie immédiatement pour des raisons tenant à la protection des intérêts essentiels de l'Etat résultant de situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe naturelle ou technologique.
- Quoiqu'il en soit, le CRD a l'obligation de rendre la décision dans un délai de 7 jours. Au-delà, la suspension est levée et l'AC peut continuer la procédure de sa passation de son marché.
- La décision est finale et immédiatement exécutoire. Toutefois, cette décision est susceptible de recours pour excès de pouvoir.

## **CHAPITRE II : LA PHASE JURIDICTIONNELLE DES RECOURS**

En matière du contentieux des contrats administratifs, une sorte d'équilibre a prévalu. Il excluait le juge de l'excès de pouvoir du contentieux contractuel pour consacrer le monopole du juge des contrats. Il réservait, en même temps, l'exercice des recours aux seules parties. En somme, il appartenait au seul juge des contrats de vider tous les contentieux y afférents et à l'initiative des seules parties.

Ce consensus a été, progressivement, ébranlé au regard de la nécessité de prendre en compte la situation des tiers exclus du contentieux contractuel mais qui pourraient être intéressés par la conclusion ou l'exécution du contrat en cause. C'est dans cet esprit qu'il a été décelé une catégorie d'actes que les tiers auront la possibilité d'attaquer devant le juge de l'excès de pouvoir. Il s'agit, essentiellement des actes détachables, c'est-à-dire, des actes qui, bien que se rapportant au contrat, en sont juridiquement et intellectuellement dissociables parce que distincts du contrat lui-même. Pour l'essentiel, il s'agit d'actes par lesquels l'autorité administrative manifeste une volonté qui, si elle contribue à la formation du contrat, n'est pas enfermée dans celui-ci. C'est en ce sens que certains auteurs le qualifient de « *décision péri contractuelle* ». (Voir A. LOUVARIS, « Recours contre les actes détachables et les clauses règlementaires : état de lieux », revue Contrats publics n°123 Juillet-Aout 2012, p.64.)

En l'espèce, trois (3) points attirent, généralement, l'attention. Il s'agit des conditions de recevabilité, des cas d'ouverture et des moyens d'annulation ou règles applicables pour vider le contentieux. C'est pourquoi, l'on s'intéressera aux conditions de recevabilité de ce recours (**SECTION I**) avant d'examiner les cas d'ouverture et moyens d'annulation dès lors que le recours franchisse le cap de la recevabilité (**SECTION II**).

### **SECTION I : Les conditions de recevabilité du REP**

Concernant ces conditions de recevabilité, c'est-à-dire, les critères à remplir pour que le juge accepte d'examiner la requête quatre (4) d'entre elles méritent que l'on s'y attarde. Il s'agit des conditions relatives à l'acte attaqué, à la qualité du requérant, au recours administratif préalable (RAP) et au délai du recours.

**S'agissant de l'acte attaqué**, il faut rappeler que la règle classique exige à ce qu'il soit un acte administratif unilatéral faisant grief, c'est-à-dire, une décision qui modifie la situation juridique de son destinataire. Celui-ci doit, en l'espèce, être détachable du marché (Sur la notion de l'acte détachable ainsi que ses variantes, voir G. DARCY, « Variations sur l'acte détachable

du contrat », Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL, Presses de la Faculté de droit de Montpellier 2006, pp.503 et suivants.). En d'autres termes, il doit s'agir d'un acte unilatéral décisoire sur lequel repose le contrat ou qui l'accompagne.

Les actes détachables les plus connus et les plus attaqués sont ceux qui interviennent au stade de la formation du marché car c'est cette phase qui constitue le « terreau de décisions détachables ». Aussi, s'agit-il de la phase qui cristallise toutes les attentions car l'attribution d'un marché à un candidat laisse toujours, en rade, un lot de frustrés et de déçus qui seraient tentés d'introduire un recours afin de montrer que leur candidature ou offre a été mal évaluée. Ils peuvent, également, tenter de faire valoir l'idée que le processus ayant conduit à l'attribution du marché à leur concurrent est émaillé d'irrégularités (voir, B. BA, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics devant la Cour suprême du Sénégal (à partir des arrêts rendus entre 2008 et 2013) », *Annales Africaines*, Avril 2015, p. 170.).

Au sujet de ces actes, l'art. 140 du COA énumère, notamment, « *l'autorisation de contracter, la décision de contracter ou de ne pas contracter, l'opération d'attribution, l'approbation du contrat* ». Cette disposition a été reprise et détaillée par l'art. 89 du décret n°2014-1212 portant CMP. Dans cet article, il est écrit que les contestations en matière de passation des marchés publics peuvent porter sur « *la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché, les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenus, la conformité des documents d'appels d'offres à la réglementation, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation* ».

**S'agissant de la personne du requérant**, il est traditionnellement fait la distinction entre la qualité et l'intérêt à agir.

**Par la notion de qualité à agir**, il faut entendre le titre en vertu duquel une personne agit. Dans toutes les actions en justice, le droit processuel reconnaît ou attribue la qualité à agir, c'est-à-dire, le droit d'élever ou de combattre une prétention ou de défendre un intérêt déterminé à certaines personnes qu'il qualifie. En droit des marchés publics, la recherche de ces personnes garde toute sa pertinence au regard de la pluralité de personnes ou d'acteurs, directement ou indirectement, intéressés par un marché public.

**Quant à l'intérêt à agir**, sa définition obéit à l'idée selon laquelle « *les juges ont assez des tâches pour ne pas être dérangés inutilement* » (Voir L. GARAUD, cité par F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, 6<sup>e</sup> édition, DALLOZ, 2003, p. 551.). C'est pourquoi, cette condition a été posée pour éviter une contestation systématique de l'action administrative et un encombrement des juridictions. La notion est, dès lors, conçue pour « *filtrer les requêtes et*

*éviter ainsi l'encombrement du prétoire* » (M. LALIGANT, La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif, *RDP* 1971, p. 45). En conséquence, l'on ne peut agir en justice que si l'on y a intérêt et dans la mesure de cet intérêt.

Au regard de ce qui précède, l'on peut conclure que le tout n'est pas d'avoir qualité à agir pour saisir le juge de l'excès de pouvoir. Il faut, aussi, justifier d'un intérêt, c'est-à-dire, que le requérant doit pouvoir justifier en quoi l'acte lui fait grief.

En droit des marchés publics la qualité à agir est parcimonieusement accordée. En effet, si dans le REP de droit commun, la question revêt un caractère libéral, ce droit reconnaît cette qualité à quelques personnes parmi celles qui pourraient être, directement ou indirectement, intéressées par le marché public en cause. Ainsi, au regard de l'art. 89 du CMP du Sénégal, seul un candidat, c'est-à-dire, « *la personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation de marché* » est habilité à engager une contestation contre un acte détachable du marché public. En conséquence, les contribuables, les bénéficiaires de la prestation objet du marché, les autres groupements qui sont intéressés par le marché mais qui ne peuvent pas participer à la compétition en tant que candidats n'ont pas qualité à agir contre un acte détachable de ce marché public.

Toutefois, cette restriction de l'action aux seuls candidats n'a pas été suivie par le juge sénégalais. En effet, au regard de la jurisprudence administrative disponible, l'on se rend compte le juge reconnaît la qualité et l'intérêt à agir aux soumissionnaires malheureux, aux opérateurs économiques intéressés par l'objet du marché mais qui n'ont pas pu déposer leurs offres du fait de certains procédés ou comportements de l'AC qui les auraient exclus, à l'attributaire provisoire, aux représentants de l'AC ainsi qu'à certaines associations ou groupements intéressés par l'objet du marché.

Sur ce dernier point, l'on peut convoquer la position du juge de l'excès de pouvoir à l'occasion d'une affaire très intéressante (CS, n°24 du 12 Avril 2012, Association sénégalaise des Hémodialysés et Insuffisants rénaux c/ ARMP, inédit). En l'espèce, c'est un AOI qui a été lancé le 23 Février 2011 par la Pharmacie Nationale d'Approvisionnement (PNA). Après la publication de l'attribution provisoire, la candidate non retenue à savoir FRESENUIS MEDICAL CARE a décidé de saisir le CRD pour contester l'attribution du marché à la Société Carrefour Médical. Le CRD rejeta ce recours. Ayant constaté ce rejet, l'Association sénégalaise des Hémodialysés et Insuffisants Rénaux (ASHIR) décida de saisir le juge de l'excès de pouvoir afin d'obtenir l'annulation de la décision de rejet ainsi prise par le CRD. C'est ainsi que l'attributaire provisoire de ce marché, à savoir la Société Carrefour médical intervient afin

d'obtenir du juge de l'excès de pouvoir, le rejet du recours de l'ASHIR et le maintien de l'attribution du marché à son profit.

C'est ainsi que devant le juge l'ASHIR soulève, l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de la société Carrefour Médical au motif que le REP est ouvert à celui qui a un intérêt froissé ; or, il se trouve que les intérêts de cette société ne sont, nullement, atteints car étant l'attributaire provisoire du marché querellé. De son côté, la société Carrefour Médical soutient que le recours de l'ASHIR doit être déclaré irrecevable pour deux raisons : d'une part, la décision n'a été prise que contre la société FRESENUIS et non contre elle et, d'autre part, elle n'a pu apporter la preuve ni d'un grief à son encontre encore moins de son intérêt à agir. Mieux, la société Carrefour Médical soutient que l'ASHIR n'est pas impliquée dans la procédure de passation du marché comme soumissionnaire encore moins comme AC.

Deux problèmes juridiques, tous, relatifs à la recevabilité du recours sont ainsi posés à la Cour suprême. Il s'agit, d'une part, de la recevabilité de l'intervention de l'attributaire provisoire, en l'occurrence, Carrefour Médical et, d'autre part, de la recevabilité du recours de l'ASHIR. Finalement, la Cour a conclu à la recevabilité de ces deux interventions :

A propos de l'intervention de la société Carrefour Médical, le juge a estimé, à bon droit, « *qu'en matière de contentieux relatif aux marchés publics, l'attributaire provisoire a un intérêt certain au maintien de la décision attaquée* » et que son recours est, dès lors, recevable puisqu'il vise à protéger des intérêts matériels certains et acquis car découlant de l'attribution du marché à son profit.

Au sujet de l'intervention de l'ASHIR, le juge a fait remarquer que « *le recours pour excès de pouvoir qui est un recours objectif exige seulement du requérant qu'il ait intérêt à obtenir l'annulation* ». En l'espèce, « *l'ASHIR qui a pour objet l'accompagnement psychologique des malades, le plaidoyer pour l'accessibilité de la dialyse, la disponibilité des médicaments et des kits, a intérêt à agir contre une décision portant sur l'attribution d'un marché relatif aux kits d'hémodialyses qu'elle juge dangereux pour la santé de ses membres* ». Ainsi, est reconnu, en droit sénégalais des marchés publics, le recours d'une association qui n'est ni candidate ni soumissionnaire mais qui vise, uniquement, la défense les intérêts de ses membres.

Lorsque la décision de contester un ou plusieurs de ces actes détachables a été prise, le droit des marchés impose l'observation de certaines formalités, notamment la saisine préalable et obligatoire de certaines autorités administratives. Il s'agit de ce que l'on appelle le recours administratif préalable introduit qui doit, successivement, être introduit devant la PRM et devant le CRD de l'ARMP (Article 90 du CMP).

Ces deux recours qui précèdent la saisine du juge de l'excès de pouvoir sont présentés concomitamment avec la question des délais.

Au sujet du premier recours, c'est-à-dire, celui qui est porté devant la PRM, l'art. 89 du CMP dispose que « *tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché doit préalablement à tout recours contentieux, saisir la personne responsable du marché d'un recours gracieux...* ». L'introduction d'un recours gracieux est ainsi rendue obligatoire. A l'appui de ce recours, le requérant doit invoquer « *une violation caractérisée de la réglementation* ».

Une fois saisie, la PRM dispose d'un délai de trois (3) jours ouvrables pour faire connaître sa position. Le silence gardé, à l'expiration de ce délai, vaut rejet implicite de la requête.

C'est après l'expiration de ce délai ou en cas de réponse non satisfaisante, que le requérant est autorisé à exercer le deuxième recours administratif préalable devant le CRD de l'ARMP. En cas d'insatisfaction devant le régulateur, le requérant peut, conformément à la procédure de droit commun, introduire un REP devant la chambre administrative de la Cour suprême. En effet, l'ARMP est une autorité administrative habilitée à prendre des décisions administratives unilatérales pouvant faire grief à l'une des parties à la contestation. Ses décisions ne sont ni des actes juridictionnels ni des actes législatifs, elles sont, dès lors, susceptibles de REP à l'initiative de la partie qui estime que le droit n'a pas été bien dit par le régulateur.

Concernant le délai, l'on constate que ni le COA ni le CMP n'a entendu enfermer la saisine du juge de l'excès de pouvoir dans un quelconque délai malgré le souci de célérité et d'efficacité qui doit encadrer l'ensemble des procédures en matière de passation des marchés publics. En pareille circonstance, il est juridiquement soutenable de se référer au délai de droit commun fixé par la loi organique relative à la Cour suprême, c'est-à-dire le délai de deux (2) mois fixé par l'article 73-1 de la loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008.

## **SECTION II : Les cas d'ouvertures et moyens d'annulation**

Le droit des marchés publics a énuméré les cas d'ouverture, c'est-à-dire, « *les irrégularités susceptibles d'affecter l'acte administratif et que le requérant doit invoquer pour en demander l'annulation* » (R. DEGNI-SEGUI (p. 791). Ils tournent autour de la violation des dispositions pertinentes des CMP et des directives de l'UEMOA ainsi que les autres textes subséquents censés instaurer un climat favorable à la transparence, à la libre concurrence et à l'égalité de traitement des candidats. C'est ainsi que la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché doit s'appuyer sur le CMP, les critères objectifs énumérés dans le dossier d'appel à

candidature et l'examen minutieux de toutes les candidatures et offres. Par conséquent, dès lors qu'un candidat constate que sa candidature ou son offre, bien que conforme au CMP et aux critères énumérés, n'a pas été retenu, il est fondé à contester la décision d'attribution de ce marché à son concurrent car, *a priori*, le droit n'a pas été respecté. Il en est, de même, de la publication des avis, c'est-à-dire, les PPM, les AGPM, les AAO, les avis d'attribution provisoires et définitifs, qui doivent respecter certaines exigences de fond et de forme ainsi que celles liées au délai.

Les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenus, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation doivent, à leur tour, avoir pour seuls prétextes le montant du marché, les circonstances objectives de sa passation et la destination réelle de l'objet du marché.

Il est banni, ici, toute idée de s'accrocher à ces règles pour introduire des critères discriminatoires tendant à favoriser un candidat au détriment des autres opérateurs économiques, également, intéressés par l'objet du marché et tout aussi compétitifs (voir, CS, Chambre administrative, Arrêt n°12 du 7 Avril 2011, Bureau Veritas S.A C/ARMP, inédit).

Au-delà des textes nationaux, le juge administratif pourrait se référer au droit communautaire pour déceler un manquement et annuler un acte détachable des marchés publics. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2008, l'on constate que c'est l'Etat du Sénégal qui a sollicité l'annulation, pour excès de pouvoir, de la décision n°014 du 27 Juin 2008 du CRD rendue au sujet du litige entre le contrôle financier et l'Agence Autonome des Travaux Routiers (AATR). Dans cette affaire, le CRD a eu l'occasion de se prononcer sur la validité des dispositions de l'art. 37.3 Du CMP au regard de la Directive n°04/2005. Pour le régulateur, les dispositions de cet article, « *en ce qui concerne le représentant du contrôleur financier dans les commissions des marchés sont contraires aux dispositions des articles 13 et 14 de la directive 04/2005 et doivent par conséquent être écartées* ». Il conclut que « *le contrôleur financier ne peut siéger dans la commission des marchés de l'AATR comme membre* ». Le recours étant assorti d'une demande de sursis à exécution, le juge l'a ordonné le 25 Septembre 2008 et le 5 Mai 2009, soit 8 mois plus tard, la Cour a rendu un arrêt sur le fond du litige.

Pour argumenter son recours, l'Etat du Sénégal soutient que « *le CRD s'est érigé en juge de la légalité en écartant les dispositions de l'art.37.3 du Code des marchés...* ». A ces arguments, le juge répond que « *s'il est vrai que le Comité de règlement de différends ne peut annuler le décret portant Code des marchés, il reste qu'il peut écarter des dispositions*

*contraires aux directives 04 et 05 en vertu du principe de la primauté du droit communautaire sur la législation nationale ».*

L'intérêt de la décision réside à ce niveau. En effet, il est admis depuis fort longtemps, que le juge administratif peut annuler un AAU contraire au droit communautaire. Par cet arrêt, le juge sénégalais habilite le régulateur, non pas à faire de même mais, à écarter l'application du droit national au profit du droit communautaire au nom du principe de la hiérarchie des normes.

Cette position du régulateur confirmée par le juge entre, incontestablement, dans le cadre de la mise en œuvre de la théorie de l'effet direct des directives communautaires. Celle-ci s'applique pour répondre à la situation de la non-conformité du droit national aux prescriptions de la directive à l'issue du délai de mise en œuvre imparti à l'Etat. Cette situation peut résulter aussi bien d'une absence totale de mesures de mise en œuvre que de mesures de mise en œuvre non conformes comme c'est le cas en l'espèce. En pareille circonstance, le principe de primauté exigeait que l'on ne se contentât pas de l'action en manquement, mais que l'on confiât au juge national la mission de sanctionner le non-respect, par l'Etat, des obligations découlant de ce droit communautaire. (Voir, P. MANIN, « De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales », *AJDA* 1994, pp 259-269).