

**LES RISQUES CONTENTIEUX DANS LA PASSATION DES
MARCHÉS PUBLICS DES ÉTATS MEMBRES DE L'UEMOA : LE
CAS DE LA CÔTE D'IVOIRE ET DU SÉNÉGAL
LITIGATION RISKS IN PUBLIC PROCUREMENT IN UEMOA
MEMBER STATES : THE CASE OF CÔTE D'IVOIRE AND SENEGAL**

Rameaux Koffi NIANGORAN

Assistant de Droit Public

Université Alassane Ouattara

RÉSUMÉ

En matière de commande publique, le risque zéro n'existe pas, même pour les marchés à procédure adaptée d'un petit montant. Le risque contentieux des marchés publics peut alors survenir tout au long de la vie du contrat et même après. Mais, il ne faut pas pour autant le surestimer et dramatiser. En effet, compte tenu de la quantité de marchés passés par les personnes publiques, on constate que ce n'est qu'exceptionnellement que des recours ou des plaintes sont faits contre ces dernières. On peut cependant craindre que la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics augmente la transparence et donc les risques de mise en nu du non-respect de la réglementation liée à l'achat public. Cet article se propose de faire une synthèse et une mise en perspective- rarement effectuées de ces différents risques auxquels chaque soumissionnaire ou autorité contractante peut être confronté dans sa pratique quotidienne de la commande publique. Il est organisé en deux parties. La première offre un éclairage méthodologique de la problématique des règles applicables aux marchés publics. Elle commence d'abord, par exposer la complexité du droit applicable aux marchés publics, et ensuite celle inhérente aux atteintes des règles de transparence des procédures de passation qui sont au cœur des risques contentieux. La seconde partie est consacrée au risque contentieux lié au contrôle du juge administratif. Elle examine dans un premier temps, le contrôle exercé par celui-ci sur les décisions de l'autorité de régulation des marchés publics. Puis, elle finit par recenser les faiblesses relatives aux mécanismes de contrôle de ce dernier dans un second temps. En s'appuyant sur une série d'études de cas de la Côte d'Ivoire et du Sénégal, ainsi qu'un certain nombre d'exemples dans d'autres parties du monde, cet article peut être vu par les acteurs de la commande publique africains, comme un outil de précaution à prendre avant toute soumission à un marché public afin d'éviter de s'exposer à un risque contentieux des marchés.

MOTS-CLÉS :

-Autorité Contractante
-Autorité de Régulation
-Commande publique
-Marchés publics
-Risque contentieux
-Soumissionnaire

ABSTRACT :

In terms of public procurement, zero risk does not exist, even for contracts with adapted procedures of a small amount. The risk of litigation in public contracts can then arise throughout the life of the contract and even afterwards. But, this should not be overestimated and dramatized. Indeed, given the number of contracts awarded by public bodies, we see that it is only exceptionally that appeals or complaints are made against them. However, we can fear that the dematerialization of public procurement procedures will increase transparency and therefore the risks of exposing non-compliance with regulations related to public procurement. This article aims to summarize and put into perspective - rarely carried out - the various risks which each tenderer or contracting authority may be confronted with in their daily practice of public procurement. It is organized in two parts. The first provides a methodological perspective on the issue of rules applicable to public contracts. It begins by exposing the complexity of the law applicable to public contracts, and then that inherent in breaches of transparency rules for procurement procedures which are at the heart of litigation risks. The second part is devoted to the litigation risk linked to the control of the administrative judge. It first examines the control exercised by the latter over the decisions of the public procurement regulatory authority. Then, it ends up identifying the weaknesses relating to the latter's control mechanisms in a second step. Drawing on a series of case studies from Côte d'Ivoire and Senegal, as well as a number of examples in other parts of the world, this article can be seen by those involved in the order. public, as a precautionary tool to be taken before any submission to a public contract in order to avoid exposure to a risk of market litigation.

KEYWORDS :

-Contracting Authority
-Regulatory Authority
-Public order
-Public contracts
- Litigation risk
- Tenderer

PLAN**I. UN RISQUE CONTENTIEUX LIÉ AUX RÈGLES APPLICABLES****A. LA COMPLEXITÉ DES RÈGLES**

1. Une diversité de règles mal comprises
2. Des réformes incessantes provoquant l'instabilité des règles

B. DES ATTEINTES AUX RÈGLES DE TRANSPARENCE DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS

1. Des atteintes liées aux procédures d'appel d'offres
2. Des atteintes inhérentes aux procédures particulières

II. UN RISQUE CONTENTIEUX RELATIF AU CONTRÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF**A. UN CONTRÔLE RIGOUREUX DES DÉCISIONS DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION**

1. L'exigence du respect des critères contenus dans la déclaration d'appel
2. Le nécessaire respect de la publicité

B. LES LIMITES DU CONTRÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF

1. Un dépassement des attributions classiques du juge
2. Un balbutiement du contrôle dû aux pouvoirs limités du juge

INTRODUCTION

Depuis quelques années déjà en Afrique, il y a une mutation des règles du droit public qui, au gré de l'évolution du contexte économique des États, a suscité pour ces derniers, la nécessité de définir un cadre harmonisé de leurs législations. En effet, l'accélération du processus de mondialisation caractérisée par une mobilité croissante des capitaux à la recherche de rentabilité et de sécurité exige de la part des États, la mise en œuvre de politiques et de procédures financières crédibles et transparentes. Face à cette nouvelle configuration de l'économie mondiale, la construction d'un droit dit des « marchés publics » s'avère nécessaire, surtout pour les pays en développement. L'hétérogénéité des règles de passation des marchés publics et délégations de service public au sein de l'Union Économique Monétaire Ouest Africaine (l'UEMOA) est préjudiciable au processus d'intégration et qu'il était nécessaire de les harmoniser.

C'est dans ce contexte que l'UEMOA a entrepris un programme régional de réformes visant à instaurer dans le domaine du droit des marchés publics, des pratiques de bonne gouvernance économique permettant aux États membres d'assurer l'efficacité de la dépense publique. Mais pour en arriver là, l'instance communautaire a adopté le 9 décembre 2005, deux textes fondamentaux spécifiques relatifs au droit des marchés publics : la Directive n°04/2005/CM/UEMOA, *portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public* et la Directive n°05/2005/CM/UEMOA, *portant contrôle et régulation des marchés publics et délégation de service public*¹. La mise en œuvre de ces Directives s'est faite conformément aux accords et grands principes qui gouvernent la commande publique² et qui sont communément admis par les standards internationaux à savoir : la liberté d'accès³ à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats⁴, l'efficacité⁵ de la dépense publique, mais aussi et surtout la transparence des procédures.

Pour autant, la passation d'un marché public selon l'heureuse expression du professeur BRECHON-MOULENES « *n'est pas un long fleuve tranquille*⁶ ». Au vu de ses enjeux financiers, la passation et l'exécution des marchés publics des pays de l'UEMOA sont fortement exposées aux risques de corruption, de fraudes et d'abus divers, constituant ainsi des défis majeurs pour la bonne gouvernance. En d'autres termes, elles engendrent de nombreux risques contentieux. C'est donc un domaine qui est profondément entaché par de nombreuses irrégularités, malgré la consécration des textes qui, reconnaissons-le, ont tout de même contribué à creuser le sillon.

1 G. BABACAR, en phase avec les Directives de l'UEMOA, *une Revue des marchés publics* n° 05 nov., 2011, p 24.

2 G. KALFLECHE, Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics, *Thèse de Doctorat*, Université Paris II, 2004, p. 25.

3 Ce principe suppose la possibilité pour toute personne remplissant les conditions requises, de se porter candidate à un marché public.

4 Les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats sont complémentaires. Ils résultent du principe constitutionnel plus général d'égalité des citoyens devant la loi, ainsi que des principes de libre concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie.

5 L'efficacité correspond à une utilisation rationnelle des deniers publics dans la passation des marchés. C'est pour cela qu'un marché public doit être attribué au candidat ayant présenté une offre techniquement conforme et financièrement avantageuse (moindre coût) pour l'autorité contractante.

6 Ch. BRECHON-MOULENES, Choix des procédures, choix dans les procédures, *AJDA*, 1998, p. 753.

En effet, les procédures exigées pour la passation des marchés publics en Côte d'Ivoire et au Sénégal se sont considérablement accrues. On les observe sur le plan interne, avec la préoccupation croissante de conduire les personnes publiques à tenir compte du milieu concurrentiel, non seulement pour permettre l'égal accès au contrat de tous les candidats potentiels, mais surtout pour adopter une décision optimale de choix pour un meilleur rapport qualité-prix, compte tenu de leurs besoins.

Or, les obligations de publicité et de mise en concurrence encadrant la passation des marchés publics viennent limiter ce choix qui se heurtera toujours à un certain nombre de normes communautaires et nationales s'imposant à elles. La soumission à une telle procédure devient en quelque sorte selon J. F. LACHAUME « un brevet de légitimité »⁷. Mais, légitimité ne signifiant pas sécurité, cet accroissement des exigences procédurales va s'accompagner d'une augmentation du risque contentieux, entendu non seulement comme le risque de provoquer un contentieux devant le juge administratif, mais comme les conséquences que risque d'entraîner ce contentieux.

Ainsi, pour mieux comprendre les subtilités de ce sujet, il convient d'apporter une définition des plus larges et complètes des notions qui le constituent, à savoir : le « risque » ; le « contentieux » ; la « passation » et le « marché public ».

À ce titre, le « risque » est une notion complexe de définitions multiples car d'usage multidisciplinaire⁸. Il s'entend comme la possibilité de survenance d'un événement indésirable, la probabilité d'occurrence d'un péril probable ou d'un *alea*⁹. Entendu à la lumière du droit des marchés publics, le risque est un autre type de risque dit « risque juridique ». Il est lié au droit ou à une règle de droit. Il peut correspondre alors, à l'absence ou à un trop-plein de règles applicables à une situation, une activité donnée ; à l'éventuelle mauvaise conception de la règle de droit ; à sa méconnaissance ou la difficulté de son interprétation ; ou encore, à la mauvaise volonté dans l'application d'une loi de la part des personnes physiques ou morales qui y sont soumises¹⁰. Le risque juridique crée ainsi une insécurité juridique¹¹ dont les répercussions peuvent conduire à des contentieux devant les juridictions, en particulier, les juridictions administratives¹².

Pourtant, une telle conception du risque ne peut-être, dans le cadre de notre étude, valablement comprise. C'est pourquoi, il faut également préciser ce qui est entendu par la notion de « contentieux ». En effet, le mot « contentieux », est l'adjectif tiré du langage administratif, caractérisant une procédure destinée à faire juger un litige entre un usager d'un service public et l'État¹³. Autrement dit, le contentieux administratif se présente comme l'ensemble des règles de procédure et de fond applicables au règlement juridictionnel des

7 J. F. LACHAUME, Le formalisme, *AJDA*, 1995, p. 133

8 J. J DROESBEKE, G. SAPORTA, *Approches statistiques du risque*, éd. Paris, *Technip*, 2014, p. 3

9 C. KERMISCH, Le concept du risque : De l'épistémologie à l'éthique, éd. *Tec et Doc - Lavoisier*, coll. *Sciences du risque et du danger*, 2011, p. 29 et svt. Lire également le Dictionnaire de français LAROUSSE, éd. *Larousse*, 2019, disponible sur le site www.larousse.fr.

10 F.VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, éd. Paris *LexisNexis*, 2013, p. 7.

11 La sécurité juridique est un principe du droit qui a pour objectif de protéger les citoyens contre les effets secondaires négatifs du droit, en particulier les incohérences ou la complexité des lois et règlements, ou leurs changements trop fréquents.

12 T. DOGAN, La notion de risque contentieux, *thèse de Doctorat, Université Paris II*, 2018, p. 87.

13 G. KALFLÈCHE, La notion de contentieux, une spécificité du droit public ? in *L'identité du droit public*, Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, *Presse de l'université de Toulouse 1*, 2011, p. 159 et svt.

litiges entre les administrés et l'administration¹⁴. Dans un sens plus restrictif, il se donne comme l'ensemble des litiges dont la solution doit être trouvée dans l'application d'une règle de droit administratif¹⁵. Le professeur R. CHAPUS, pour sa part, le définit comme l'ensemble des litiges dont le règlement appartient aux juridictions administratives¹⁶.

Aisément transposable aux contentieux des marchés publics, cette définition conduit à considérer que le « risque contentieux » est une incertitude prévisible. Il peut se définir comme la probabilité de survenance d'une cause contentieuse multipliée par l'ampleur des conséquences attachées à cette survenance. En d'autres termes, le risque contentieux suppose un dysfonctionnement et exprime la volonté de lutter contre l'arbitraire¹⁷.

La « passation » quant elle se comprend comme l'action de passer, de souscrire, dans les formes établies par les lois ou règles, des actes juridiques, des marchés et des commandes¹⁸. Ainsi, la passation des marchés fait référence au processus d'acquisition de biens, travaux et services résultant de l'attribution de contrats aux termes desquels les paiements sont effectués lors de la mise en œuvre des projets, en vertu des règles et procédures en vigueur et des principes de l'institution de financement¹⁹.

S'agissant des « marchés publics », il convient de signaler qu'ils constituent, conformément à l'article 5 du code des obligations de l'administration, des contrats administratifs²⁰. Au sens de l'article 1 de l'Ordonnance du 24 juillet 2019²¹ en ce qui concerne la Côte d'Ivoire et de l'article 2 du Décret du 22 septembre 2014²² pour le Sénégal, les marchés publics sont définis comme une convention écrite conclue par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fourniture ou de services. La notion de marché public paraît ainsi reposer, conformément aux prescriptions communautaires sur un double fondement : le premier est organique, et s'articule autour des contractants auxquels s'applique le droit des marchés publics. Et le second se définit à partir des caractéristiques et l'objet des contrats soumis au droit des marchés publics²³. Pour R. CHAPUS, ce sont des contrats « *ayant pour objet de confier à un entrepreneur, l'exécution des travaux déterminés, moyennant un prix convenu*²⁴ ».

Cette définition est complétée par Jean RIVERO et Jean WALINE pour qui les marchés publics sont des « *contrats par lesquels, l'administration moyennant un prix, se procure auprès d'un particulier des biens et des services* ». H. HOEPFFNER quant à elle, reprendra

14 P.C. KOBO, Le contentieux administratif dans l'espace Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF) : bilan et perspectives, Communication à l'occasion du colloque international de l'AA-HJF, TOGO, Lomé, 12-14 décembre 2016, www.consetaf.ci, p. 6.

15 A. BOCKEL, Droit administratif, éd. NEA, Dakar, 1978, p. 494.

16 R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, éd. Montchrestien, 2004, p. 5.

17 T. DOGAN, La notion de risque contentieux, opt. cit. p. 87.

18 J. PICOTTE, Juridictionnaire, *Recueil des difficultés et des ressources de français juridique*, Faculté de Droit-Université de Moncton 2015, p. 2172.

19 Voir la définition donnée par la Banque Africaine de Développement sur le site : www.afdb.org

20 Le COA est un document élaboré au début des indépendances et qui codifie une bonne partie de la jurisprudence française. À cet égard, il comporte des dispositions encadrant les procédures de conclusion des contrats administratifs.

21 Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019, portant Code des marchés publics ivoirien

22 Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, portant code des marchés publics sénégalais

23 S. Braconnier, Précis du droit des marchés publics, éd. Le Moniteur, 2012, p. 65.

24 R. CHAPUS, Droit administratif général, éd. Montchrestien, t. 2, 15 éd., 2001, p. 12.

dans son ouvrage²⁵ la définition retenue par l'ordonnance française du 7 mai 2009²⁶ en ces mots : « *les contrats par lesquels une autorité adjudicatrice passe un contrat destiné à satisfaire ses besoins ou ceux des usagers, ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison des fournitures ou la prestation des services, avec une contrepartie économique constituée par un prix (...) et dont la passation est soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence* ».

Ainsi, au regard de ces trois définitions, nous évoquons « les risques contentieux dans la passation des marchés publics » comme la probabilité de survenance d'un contentieux inhérent aux manquements des règles juridiques strictes lors de la passation des marchés publics.

Par conséquent, il semble pertinent d'étudier les risques contentieux dans la passation des marchés publics de ces deux États, non pas comme une analyse faisant l'inventaire des problématiques liées à la passation de ces marchés, mais plutôt un examen visant à offrir des innovations et une vision renouvelée du droit des marchés publics. Maîtriser les risques contentieux dans la passation des marchés publics, c'est de permettre aux acteurs de la commande publique de surmonter, d'une part, les risques auxquels ceux-ci peuvent être confrontés, et d'autre part, d'analyser minutieusement dans quelles mesures les manquements constatés peuvent être corrigés.

C'est donc un sujet qui est au cœur d'une réalité prégnante en droit du marché public, celle de sa sécrétion et de ses tensions permanentes. Car, nous constatons de nos jours, un profond malaise qui se fait ressentir dans les procédures de passation des marchés publics en Côte d'Ivoire comme au Sénégal. C'est ce que déclarent M. MOUGEOT et F. NAEGELEN, lorsqu'ils résument parfaitement ces risques pesant sur les deniers publics en affirmant que « *pour l'opinion publique, les marchés publics apparaissent d'abord comme des moyens de financement des partis politiques et sont synonymes de corruption (...)*²⁷».

En effet, nous remarquons aujourd'hui la récurrence en nombre important, le recours aux modes dérogatoires de passation des marchés publics en Côte d'Ivoire²⁸ et au Sénégal, en l'occurrence l'Appel d'Offres Restreints et le Gré à Gré. Or, ces modes dérogatoires des marchés publics, de par leur nature anti-concurrentielle ou semi-concurrentielle, confèrent une certaine marge de discrétion à l'autorité contractante dans le choix de l'entreprise attributaire ; laquelle marge de discrétion pouvant laisser apparaître une sélection adverse²⁹ au détriment non seulement des contraintes juridiques et normatives censées régir et encadrer la passation des marchés publics, mais aussi de la bonne exécution du marché. Face à ce problème, une solution réside dans le même système de marchés publics. Il s'agit de l'Appel d'Offres Ouvert. Cependant, ce mode de passation même s'il est concurrentiel, ne permet malheureusement pas la détection des comportements collusifs des

25 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, éd. Dalloz, 2019, p. 126.

26 Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique

27 M. MOUGEOT, F. NAEGELEN, *Marchés Publics et théorie économique : un guide de l'acheteur*, *Revue d'Economie Politique*, 1997, p. 47

28 En effet, de 2017 et 2018, ces modes de passation des marchés publics en Côte d'Ivoire ont représenté successivement 7,22% et 17 % pour les Appels d'Offres Restreints et 9,97% et 19,7% pour le gré à gré. Information disponible sur le site www.anrmp.ci

29 La sélection adverse ou anti-sélection est un phénomène statistique et économique qui joue un rôle important notamment dans les domaines de l'assurance et de la gestion du risque, par lequel une offre faite sur un marché aboutit à des résultats inverses de ceux souhaités, à cause d'asymétries d'information. Voir fr.m.wikipedia.org

soumissionnaires avec à la clé le gonflement du prix du marché public. Dans ces conditions, une redéfinition des contrats et des modes d'attribution par le juge administratif révèle un intérêt considérable. Autrement dit, l'intervention du juge administratif dans le cadre du contentieux de la passation des marchés revêt une importance tant du point de vue du droit substantiel que des méthodes et techniques utilisées pour produire ce droit qui, aujourd'hui, est le reflet de la modernité juridique.

Plus précisément, il s'agit de savoir comment les juges administratifs ivoiriens et sénégalais procèdent à la régulation des marchés publics, notamment dans le cadre du contrôle juridictionnel des décisions de l'ARMP. C'est d'ailleurs pourquoi ce sujet passionne l'opinion publique depuis quelques années selon J.BIAKAN qui ira jusqu'affirmer que « *Source d'enrichissement (rapide), instrument de la politique économique et sociale de l'Etat et des collectivités publiques infra-étatiques, ainsi que site privilégié d'indélicatesses, les marchés publics fournissent au Cameroun un fascinant objet d'analyse scientifique*³⁰ ». Il apparaît donc indispensable d'informer nos concitoyens, d'ouvrir le débat sur les différentes règles liées aux procédures de passation des marchés et d'en relever les risques contentieux qui en découlent.

Bien entendu, il ne s'agit pas dans cette réflexion de conduire une analyse globale ou détaillée sur les contentieux liés à la passation des marchés publics qui a déjà suscité plusieurs études³¹, mais plutôt d'examiner les éléments révélateurs de risques contentieux dans la passation des marchés publics, d'en démontrer la consistance et la pertinence au regard de la réglementation évolutive du droit des marchés publics de ces deux États. C'est en revisitant les réformes de 1985, consacré par le Décret n°85-951 du 12 septembre 1985, portant code des marchés publics pour la Côte d'Ivoire et de celle 1982 à travers le Décret n°82-690 du 7 septembre 1982, portant réglementation des marchés publics au Sénégal, que nous étalerons notre travail. Ceci d'autant plus que cet intervalle révèle les profondes avancées de la Côte d'Ivoire et du Sénégal, dans leur quête d'efficacité et de modernisation de leur système de passation des marchés publics. C'est d'ailleurs là, une preuve que le droit des marchés publics est revêtu d'un caractère évolutif.

En conséquence de ce qui suit, une question principale mérite d'être soulevée : quels sont les risques contentieux auxquels l'acheteur public peut-il être confronté lors de la passation des marchés publics ?

Avant de proposer des pistes de solutions, il faut d'emblée préciser que la réglementation ivoirienne et sénégalaise, du fait que la passation des marchés publics soit une phrase charnière, a tenu à encadrer d'une manière particulière les procédures, et le contentieux qui pourrait conséquemment naître. La dynamique nouvelle impulsée par l'Ordonnance du 24 juillet 2019 pour la Côte d'Ivoire et le Décret du 22 septembre 2014 pour le Sénégal indiqués plus haut³² et les deux récentes Directives de l'UEMOA de 2005³³ précédemment citées, ont généré une avancée significative. Toute chose qui garantirait la bonne gouvernance dans le secteur des marchés publics en Côte d'Ivoire et au Sénégal, et particulièrement dans la

30 J. BIAKAN, Droit des marchés publics au Cameroun : Contribution à l'étude des contrats publics, éd. L'Harmattan, 2011, p. 9.

31 B. MESSENGUE AVOM, La gouvernance des marchés publics au Cameroun, les éditions le Kilimandjaro, P. COSSALTER, Le contentieux des marchés publics, territorial éditions, 2010, C. BERGEAL, F. LENICA, Le contentieux des marchés publics, éd. Techniques, 2004.

32 Voir *supra*, p. 5

33 Voir *supra*, p. 3

phase de passation. Il y a donc eu réaménagement du dispositif juridique et pratique tant au niveau des procédures de passation que du contentieux de la passation des marchés.

Toutefois, ces règles qui se voulaient initialement protectrices de la concurrence, et vecteur du concept de transparence se sont révélées excessives et ainsi devenir une véritable source de risque contentieux. Ce qui conduit à montrer dans un premier temps que le premier risque contentieux dans la passation des marchés publics est lié aux règles applicables des marchés publics (I).

Par ailleurs, il faut souligner que l'Autorité de Régulation des Marchés Publics reste tout de même une autorité administrative, certes, détachée de la tutelle hiérarchique, mais ne reste pas moins attachée au « *placenta administratif de l'État*³⁴ ». De ce fait, ses décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part du juge administratif³⁵. Autrement dit, le régulateur n'étant pas une autorité judiciaire, ses décisions doivent être évaluées par les tribunaux³⁶. Car ce dernier est responsable devant le juge et, aucune de ses décisions ne peut se targuer d'impunité³⁷. C'est d'ailleurs dans ce cadre qu'est prévu le recours des soumissionnaires évincés. Il est formulé devant le juge administratif. Ce dernier est doté de pouvoirs importants et diversifiés. Il peut arrêter une procédure de passation à tous les stades, annuler un marché, moduler son effet dans le temps, voire même infliger à l'acheteur négligeant, une amende financière.

L'intervention du juge pour contenir ce formalisme est appréhendée comme un risque contentieux. D'où, l'analyse dans un second temps, du deuxième risque contentieux relatif au contrôle du juge administratif (II).

I. UN RISQUE CONTENTIEUX LIÉ AUX RÈGLES APPLICABLES

Dans le souci d'assurer un fonctionnement adéquat de leurs activités, les administrations de la Côte d'Ivoire et du Sénégal passent en permanence des marchés pour des acquisitions de travaux, de fournitures et de services au moyen de montants considérables de fonds publics et d'aides de donateurs internationaux. Au regard des montants exorbitants qu'ils mettent en jeu, ces marchés sont bien souvent considérés comme étant « réfractaires de transparence »³⁸ et identifiés aussi bien à un champ particulier de risques contentieux³⁹, lesquels sont principalement liés au carcan des règles consacrées aux marchés publics.

34 M. Y. DIALLO, Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal, article disponible sur le site www.afrilex.u-bordeaux4.fr, p. 3.

35 CSCA, Requete n°2012-055 REP du 05 juillet 2012, Société DRAGON- Côte d'Ivoire c/ ANRMP

36 A. Coulibaly, Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali, *Thèse, Dakar*, déc. 2013, p. 218. Voir J. L. Autin, Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation, *RDP*, 1988, p. 1213. Citation reprise par M. Y. DIALLO, Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal.

37 J. MARIMBERT, L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur, in Marie Anne Frison-Roche, « *les régulations : légitimité et efficacité* », *Paris Dalloz*, 2004, p. 179 et svt.

38 Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, Transparence et marchés publics, *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° spécial sur la transparence, pp. 45-62 qui estime, et l'on ne saurait la contester, que « la relation contractuelle est par nature réfractaire à la transparence » ; ce qui justifie que ce soit en cette matière que l'on ait le plus ressenti la volonté de développer la transparence. Le droit privé constate aussi ce « principe de secret » dans les contrats comme en témoigne J. MESTRE, Transparence et droit des contrats, *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n°s spécial sur la transparence, pp. 77-88.

39 J. B. AUBY, Contrats de délégation de service public et marchés publics, *sécurité juridique et action publique locale*, Colloque organisé au Sénat le 29 avril 1999.

Les causes principales du risque contentieux découlent d'une part, de la complexité des règles applicables aux marchés publics (A), et d'autre part, des atteintes aux règles de transparence des procédures de passation des marchés (B).

A. LA COMPLEXITÉ DES RÈGLES

La complexité des règles se comprend comme le caractère de ce qui est compliqué, constituée de nombreux éléments et difficile à percevoir. En effet, s'il est évident que le droit ne peut- être simple et qu'il entend prévoir le plus de situations possibles, il est incontestable que, plus des règles sont complexes, moins elles sont connues de leurs destinataires, et comprises par ces derniers. La méconnaissance desdites règles devient dès lors plus fréquente, d'où résulte un accroissement certain du risque contentieux. C'est précisément le cas pour le droit des marchés publics. Les acteurs impliqués dans l'achat des marchés peinent à l'intégrer et à l'appliquer. Ainsi, les règles applicables à la passation des marchés publics en Côte d'Ivoire et au Sénégal reposent sur deux défauts majeurs : d'abord, les premiers relèvent de la diversité des règles mal comprises par les acteurs du marché public (1). Ensuite, les seconds portent sur les réformes incessantes de ces règles. Ce qui entraîne leur instabilité (2).

1. Une diversité de règles mal comprises

La diversité des règles se définit comme la variété de normes qui régissent les différentes procédures de passation des marchés publics. En effet, dans une période récente, le droit des marchés publics en Côte d'Ivoire et au Sénégal a subi le choc de toutes sortes d'apports juridiques, d'origines extrêmement diverses. Des règles nouvelles se sont entassées, venant soit de l'ordre communautaire et international, soit de l'ordre national⁴⁰.

Au plan communautaire et international, rappelons que ces deux États sont membres de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires⁴¹ (OHADA) et de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance⁴² (CIMA). Le droit dérivé de ces différents organismes s'applique directement dans ces États (les actes uniformes OHADA, Code CIMA). Dès lors, certaines dispositions de ces textes comme le code CIMA pour les marchés d'assurance sont applicables au droit des marchés publics. Mais en plus de ces textes, il faut relever qu'en Côte d'Ivoire comme au Sénégal, le droit des marchés publics, en particulier celui de leur passation puise l'essentiel de son contenu dans le droit communautaire, notamment dans les Directives de l'UEMOA. Ainsi comme indiqué plus haut, l'instance communautaire a

40 Ch. DJE BI DJE, Droit des marchés publics en Côte d'Ivoire, éd. Facultés Universitaires Privées d'Abidjan (FUPA) 2013, p. 12 et svt.

41 L'OHADA est une organisation panafricaine de normalisation juridique créée par le traité du 17 octobre 1993 signé à Port-Louis (île Maurice) en vue d'assurer la sécurité juridique et judiciaire des affaires au sein des États. À ce jour, dix-sept (17) États sont membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée-Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo (RDC), le Sénégal, le Tchad et le Togo. Ce Traité a pour principal objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire existant dans les Etats Parties.

42 Le Code des Assurances de la CIMA est applicable dans les pays suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo. Le code a été modifié depuis par les règlements n°01-2014, 02-2014 et 03-2014 du 3 avril 2014, disponibles sur le site www.droit-afrique.com.

adopté le 9 décembre 2005 deux textes fondamentaux : la Directive n°04/2005/CM/UEMOA et la Directive n°05/2005/CM/UEMOA⁴³ visant les marchés publics de ces États.

En dehors de ces différents types de textes juridiques, les marchés publics de ces deux États sont également régis par des Directives des bailleurs de fonds internationaux tels que la Banque Mondiale (BM) et la Banque Africaine de Développement (BAD) qui financent de nombreux projets dans les pays en développement. Ces Directives ont pour objet de préciser et de rendre opposable aux bénéficiaires, les exigences des différents bailleurs en termes de passation et d'exécution de marchés et de déterminer l'étendue des contrôles qu'ils pourraient exercer sur le respect de ces exigences. Les normes les plus utilisées sont les suivantes : Banque Mondiale/Directive passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services ; Banque Mondiale/Directive sélection et emploi de consultants ; Banque Africaine de Développement/Règles de procédures pour l'utilisation de consultants⁴⁴, etc. Ces diverses règles s'entrechoquent d'une manière telle que le droit des marchés publics est devenu une mosaïque assez complexe en matière contractuelle, et sa compréhension devient difficile non seulement pour l'autorité contractante, mais également pour les acheteurs publics.

Pour autant, au plan national, le droit ivoirien et sénégalais des marchés publics ne se réduisent pas à la transposition de ces Directives communautaires et internationales. En effet, les codes des marchés publics demeurent, compte tenu de leur ancienneté, le pivot du droit interne des marchés publics de ces États.

S'agissant de la Côte d'Ivoire par exemple, le tout nouveau code des marchés publics en date, a été institué par l'Ordonnance du 24 juillet 2019 indiqué plus haut. Ce nouveau texte a introduit de nouveaux types de marchés publics, tels que les accords-cadres, les contrats Genis, les marchés clés en main, les marchés de conception et de réalisation, les marchés publics à tranches et les marchés d'innovation. La compréhension du contenu de ces nouveaux textes échappe aux acheteurs publics. Le Sénégal en ce qui le concerne, s'est doté également de plusieurs codes des marchés publics. Le dernier en vigueur a été créé par le Décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014.

Même si ces codes restent la première source des marchés publics en droit interne, ils ne détiennent pas pour autant l'exclusivité de la détermination des règles applicables à l'ensemble des marchés publics couverts par les Directives. Par exemple en Côte d'Ivoire, l'Arrêté n°112 MPMBPE/DGBF/DMP du 08 mars 2016 *portant procédures concurrentielles simplifiées* passées par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, couvre ainsi certains contrats qui entrent dans le champ d'application du code des marchés publics.

Au-delà de ces lois, ordonnances et décrets, les marchés publics sont également régis par des circulaires et d'autres types d'actes réglementaires (charte d'éthique et code de déontologie en matière de marchés publics). En réalité, la diversité des normes encadrant la passation des marchés publics de ces États engendre un sentiment d'angoisse diffuse. Le droit des marchés publics n'apparaît plus comme une protection, mais comme une menace. Cette diversité des règles inquiète des acheteurs publics qui doivent connaître et

⁴³ Voir *supra*, p. 2

⁴⁴ M. GNAHORE, La gestion des marchés publics en Côte d'Ivoire : contraintes juridiques et réalités sociologiques, mémoire, Master 2, Université de Strasbourg, 2016, disponible sur le site : www.ena.fr

respecter ces règles à la lettre sous peine de se voir exposer à un contentieux, et à plus forte raison à de graves sanctions.

En plus des normes ci-dessus mentionnées, il faudra y ajouter, une multitude de règles liées aux différentes procédures de passation des marchés dont l'application n'est pas aisée. Les codes ivoiriens et sénégalais des marchés publics présentent les différentes procédures auxquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir pour la passation de leurs marchés. Ces codes distinguent les procédures formalisées des procédures adaptées, lesquelles donnent à la personne publique, la liberté, mais aussi l'obligation de définir elle-même les modalités de passation des marchés en s'adaptant aux circonstances du moment. À vrai dire, il n'est pas question ici d'un véritable choix entre ces procédures. Ce sont tout au plus des options. L'idée principale est qu'à chaque situation de droit ou de fait, définie par les textes, correspond une seule et même réponse juridique en terme de procédure. Parmi les procédures formalisées, l'appel d'offres, défini respectivement aux articles 55 du code des marchés publics pour la Côte d'Ivoire⁴⁵ et 60 pour le Sénégal⁴⁶, comme « la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit, après mise en concurrence, l'offre conforme aux spécifications techniques, évaluée économiquement la plus avantageuse et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification », constitue la procédure de droit commun.

Les autres procédures apparaissent dès lors spéciales⁴⁷, dérogeant à l'obligation d'organiser un appel d'offre même au-delà des seuils communautaires et ne peuvent donc être utilisées que dans les cas prévus par le code des marchés publics⁴⁸. De même, la procédure adaptée ne trouve à s'appliquer que si le marché est d'un montant inférieur au seuil communautaire ou en raison de l'objet du marché, si celui porte sur des services non prioritaires. En outre, lorsque la procédure adaptée est possible en raison du montant, celle-ci peut être utilisée avec publicité librement déterminée ou avec publication d'un avis. En fait, tout dépend là encore du montant du marché, les seuils étant par ailleurs différents selon qu'il s'agit de marchés de travaux ou d'autres marchés.

En clair, nous constatons que si la diversité des procédures pour la passation des marchés publics semble offrir une certaine possibilité de choix aux pouvoirs adjudicateurs, il n'en demeure pas qu'elle révèle davantage leur complexité et donc leur incompréhension. Ce qui peut entraîner un risque contentieux dans la passation des marchés publics. Cette complexité des règles résulte également de leur instabilité.

2. Des réformes incessantes provoquant l'instabilité des règles

Il faut souligner que l'augmentation du risque contentieux dans la passation des marchés publics des États membres de l'UEMOA ne naît pas seulement de l'accumulation des textes. Il résulte aussi de l'inflation révisionniste de ceux-ci et, provoque une insécurité juridique⁴⁹. Ici, l'instabilité des règles s'entend comme le caractère de ce qui est instable, déséquilibré ou fragilisé du fait des réformes incessantes des actions de type législatif ou réglementaire qui

45 Art. 55 du code des marchés publics de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019, portant code des marchés publics, JORCI, n° 20 du mercredi 11 décembre 2019.

46 Art. 60 du code des marchés publics du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014, Recueil de textes juridiques sur les marchés au Sénégal, éd. Autorité de Régulation des Marchés Publics, 2014.

47 L. RICHER, Droit des contrats administratifs, éd. Paris, Manuel, 2019, p. 489.

48 L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres, les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter. Cette sélection s'effectue en principe sur la base de critères non-discriminatoires, liés à l'objet du marché. Il est codifié à l'article 60 al. 1 du CMP ivoirien et 60 al. 1 du CMP Sénégalais.

49 Voir *supra*, p.5.

doivent entraîner une transformation substantielle des procédures de passation des marchés publics. Certes, la stabilité des textes ne constitue pas une fin en soi, il est d'ailleurs normal que les textes soient modifiés quand les conditions politiques du moment l'imposent. Ce, d'autant plus que le droit national doit se conformer à des règles communautaires et internationales, qui sont elles-mêmes en réforme permanente. Néanmoins, il faut en même temps savoir distinguer les grandes réformes pertinentes aux modifications inadaptées aux textes ! Or, en Côte d'Ivoire comme au Sénégal, le marché public est le contrat le plus anciennement réglementé. Mais, comme l'ancienneté des textes ne garantit pas pour autant la stabilité juridique, ce qui fait que depuis quelques années, la matière donne lieu à d'incessantes réformes qui sont loin d'être terminées, si elles doivent l'être un jour comme l'observe L. RICHER⁵⁰. Pour illustration, prenons l'exemple des différentes réformes opérées par les pouvoirs publics ivoiriens dans le domaine des marchés publics de la période allant de 1985 à 2020.

En effet, la Côte d'Ivoire a hérité de quelques dispositifs juridiques des marchés publics de la puissance coloniale de même que le Sénégal⁵¹, que l'on peut considérer comme prémices du droit des marchés publics aujourd'hui. En réalité, après l'indépendance et jusqu'en 1968, il n'existe pas de cadre réglementant les marchés publics. La gestion des achats publics était régie par des textes épars, décrets, arrêtés, directives et circulaires édictés pour combler le vide institutionnel en la matière⁵². C'est à partir de 1968 et ce, jusqu'en 1977 que la fonction de marché public sera mise en place et organisée. Cela se traduira concrètement par la création de la Direction Centrale des Marchés Publics. Cette structure aura pour mission de mettre en œuvre une politique d'achats publics. Pour y parvenir, elle élabore des textes relatifs aux marchés publics et crée des mécanismes de contrôle juridique⁵³, technique et économique sur ces derniers. En 1977, la Commission Nationale des Grands Marchés de l'Etat (CNGME) voit le jour sous l'autorité du Président de la République. Elle est compétente pour les marchés d'un montant de 700 millions de FCFA. Cependant, ce foisonnement de textes et la création de ces différentes commissions s'avèrent insuffisants pour organiser convenablement le domaine des marchés publics. C'est en cela que sera élaboré un code des marchés publics en 1985. Ainsi, la poursuite de la réforme des marchés publics en Côte d'Ivoire après l'indépendance se manifeste en quatre étapes.

La première réforme démarre de 1985 et prend fin à 1992. Elle est observée comme la phase de démarrage du processus du droit des marchés publics en Côte d'Ivoire. Cette réforme a élaboré le premier code en matière de réglementation des marchés publics par le Décret n°85-951 du 12 septembre 1985 *portant code des marchés publics*. Ce code se veut innovant. De ce fait, il va organiser les procédures de passation et d'approbation des marchés publics à travers la mise en place de plusieurs commissions. D'une part, on aura pour les procédures de passation, deux commissions qui seront mises en place pour l'attribution des marchés : la première est la commission interministérielle d'ouverture et

50 L. RICHER, Droit des contrats administratifs, *Opt. cit.* p. 367

51 M. Sy MBAYE, Sénégal, Comprendre l'évolution du droit des marchés publics au pays d'avant l'indépendance jusqu'à aujourd'hui, *Sud Quotidien Dakar* sur le site : <http://www.sudonline.sn/>.

torité cc'appel d'offres, les a

52 Ici nous pouvons énoncer comme exemple l'arrêté 319 du 23/01/1947 fixant les classes et conditions générale imposé dans les départements d'outre-mer aux entreprises de travaux publics. Décret n°49-500 du 14/04/1949 relatif aux marchés publics passés au nom de l'Etat français.

53 Le contrôle juridique est consacré par le décret n°69-416 de 16 septembre 1969, mais aussi par la circulaire n°2828/AEP/DCM du 20 septembre 1969.

de jugement des marchés publics ayant pour mission l'attribution des marchés de moins de sept-cents (700) millions de FCFA. Et la seconde, la commission Nationale des Grands Marchés de l'État ayant pour mission l'attribution des marchés dont le montant équivaut à sept-cents (700) millions de FCFA. D'autre part, s'agissant des procédures d'approbation, deux commissions sont également mises en place : la commission permanente des visas qui a pour mission le contrôle juridique et technique du marché, et la commission consultative des marchés, qui a pour mission, le contrôle des formes pour les marchés de plus de cinquante (50) millions de FCFA.

La seconde réforme part de la période de 1992 à 1999, et est considérée comme la phase expérimentale de la réforme des marchés publics en Côte d'Ivoire. En effet, le code de 1985, après sept (7) ans d'application, a montré des faiblesses et des nombreuses insuffisances. Pour y remédier, il fut révisé en 1992 par le Décret n° 2009-259 du 6 août 2009. Ces révisions avaient pour objectif, l'amélioration du caractère opérationnel et de facilitation des procédures de passation et d'attribution à travers la création d'une seule commission⁵⁴. Ainsi, en matière de passation, il est admis qu'une commission d'ouverture et de jugement des marchés publics soit maintenue en lieu et place des autres commissions. En ce qui concerne l'approbation, seule la commission consultative d'approbation des marchés publics sera conservée.

La troisième phase débute de 1999 à 2005, et est analysée comme le renforcement de la réforme des marchés publics. Car, toutes ces réformes ont conduit en 2005, à l'élaboration d'un nouveau code de marchés publics par le Décret n°2005-110 du 24 février 2005. Ce code met l'accent principalement sur la recherche de l'efficacité dans les achats publics et la promotion de la transparence. À vrai dire, ce troisième code, par rapport à ses devanciers, se caractérise par un début de décentralisation et de déconcentration des centres de décisions dans le but d'accélérer les procédures et les délais de passation des marchés.

La dernière réforme de 2009 à nos jours est qualifiée de phase d'approfondissement du droit des marchés publics. En effet, depuis 2009, on assiste à l'élaboration d'un autre code des marchés publics. Son but est de rassurer les opérateurs économiques nationaux et étrangers. Ce code initie une politique d'achat public dont le maître mot est la transparence. Institué par le Décret n° 2009-259 du 6 août 2009, *portant code des marchés publics*, ce quatrième code finalise cette évolution et transpose en droit interne, les Directives communautaires de l'UEMOA⁵⁵.

Pour autant, la Côte d'Ivoire n'abandonnera pas son projet de réformes incessantes des textes relatifs à la passation des marchés publics. Elle a adopté un nouveau dispositif sur les marchés publics : il s'agit de l'ordonnance n°2019-679 du 24 juillet 2019, *portant Code des marchés publics*. Cette Ordonnance abroge et remplace en principe les dispositions antérieures contraires, notamment celles relevant du Décret n°2009-259 du 06 août 2009 tels que modifié par les Décrets n°2014-306 du 27 mai 2014⁵⁶ et n°2015-525 du 15 juillet 2015⁵⁷.

54 Cette évolution se caractérise par la prise de deux arrêtés l'arrêté n°019/MEF/DMP du 02 février 1999 relatif aux modalités d'exécution des crédits judiciaire. Il précise en particulier les dispositions de l'article 3 du code des marchés relatifs à l'obligation de passer des marchés. L'arrêté n°120/MEF/DMP du 10 mai 1999 relatif aux modalités de résiliation des marchés dont l'exécution est devenue pénalisante pour l'une des parties.

55 Ch. DJE BI DJE, Opt. cit. p. 11

56 Le Décret n°2014-306 du 27 mai 2014 modifiant le Décret n°2009-259 du 06 août 2009, portant code des marchés publics.

57 Le Décret n°2015-525 du 15 juillet 2015 modifiant le Décret n°2009-259 du 06 août 2009, portant code des marchés publics tel que modifié par le Décret n°2014-306 du 27 mai 2014.

Globalement, le nouveau code des marchés publics ivoirien vise à remédier durablement aux insuffisances et écarts relevés lors des évaluations du système ivoirien des marchés publics. Il s'inscrit ainsi dans le cadre de la poursuite de la transposition des Directives communautaires et également dans un objectif de transparence et d'attractivité des investissements. Ce nouveau texte apporte un coup de jeunesse à l'ancien code, et est attrayant pour les investisseurs grâce aux nouvelles innovations qu'il apporte⁵⁸.

Au Sénégal, la réglementation des marchés publics a connu une évolution significative, car la commande publique a été longtemps régi par la législation française à l'époque coloniale à travers le décret du 30 octobre 1935 relative au financement des marchés de l'État est des collectivités. Modifiés par ceux des 25 août 1937 et 2 mai 1938, *étaient également* applicables dans les territoires d'outremer en matière de réglementation des travaux publics, plusieurs textes réglementaires dont le décret 57- 818 du 10 juillet 1957 fixant les règles générales applicables aux marchés passés au nom des groupes de territoires et provinces d'outremer. Et également un décret 58- 15 du 08 janvier 1958 relatif aux règlements non soumis aux lois et usages de commerces passés ou exécutés dans les territoires d'outremer⁵⁹.

Au final, nous retenons que ces réformes incessantes engagées par la Côte d'ivoire et le Sénégal ont engendré forcément des failles dans le processus de passation des marchés. Ce qui a entraîné d'ailleurs, des risques contentieux dans la passation des marchés publics. En effet, en l'espace de quinze années, cinq (5) codes des marchés publics ont pu voir le jour en Côte d'ivoire, contre quatre (4) au Sénégal. C'est dire que le chapitre des réformes du droit des marchés publics n'est pas clos. Ces réformes opérées dans ces pays, bien que d'une légitimité difficilement contestable est symptomatique de l'instabilité caractérisant le droit des marchés publics⁶⁰. Cette instabilité des règles et la fréquence de leur changement recèlent en elles, de dangereuses conséquences en ce qu'elles augmentent les risques d'erreurs et d'illégalités. Et donc accentuent ainsi le risque contentieux. Ce phénomène de complexification du droit des marchés publics et, en particulier de leur passation explique

58 D'abord, au plan institutionnel, les principales institutions qui interviennent en matière de marchés publics en Côte d'ivoire sont dorénavant la Direction des Marchés Publics (DMP) et l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP). Le nouveau dispositif supprime la Commission Administrative de Conciliation (CAC) qui était l'instance compétente pour régler les différends ou litiges internes à l'Administration, nés dans les phases de passation, d'exécution, de règlement et de contrôle des marchés (art. 14 de l'ancien code). Cette tâche est désormais dévolue à l'ANRMP conformément à l'article 146 du nouveau code. De même, deux nouveaux acteurs font leur entrée sur la scène des marchés publics ivoiriens. Premièrement, il y a la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO), placée auprès de l'Autorité Contractante et, est chargée de l'ouverture des plis, de l'évaluation des offres et de la désignation des attributaires (art. 14 du nouveau code). Deuxièmement, la rénovation porte sur la nomination d'une personne responsable des marchés publics qui est chargée de la coordination des activités des directions et services impliqués dans la chaîne de passation et d'exécution des marchés publics. Ainsi, au sein de chaque ministère, la personne responsable des marchés est désignée par les directeurs de Cabinet du ministre. Ensuite, le nouveau texte intègre la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) comme critère d'attribution des marchés publics. Cette nouvelle exigence correspond à une prise en compte par les entreprises, sur une base volontaire, des enjeux, sociaux et éthiques dans leurs activités. Enfin, la réforme fait recours aux Techniques de l'Information et de la Communication (TIC) pour la passation des marchés publics. Les documents à adresser par les Autorités Contractantes (AC) aux candidats, ainsi que les offres ou demandes de participation adressées par les candidats aux AC peuvent également être transmis par moyens électroniques (art. 65 du nouveau code). Aussi, faudra-t-il retenir qu'en matière de recours préalable non juridictionnels, ledit recours peut être exercé par tout moyen approprié, y compris par le moyen de communication électronique (art. 65 du nouveau code).

59 M. Sy MBAYE, *opt. cit.*

60 J-M PEYRICAL, L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions, *AJDA*, 2009, p. 965.

en partie la sensibilité croissante au risque contentieux. Mais, ce risque contentieux pourrait être également lié à l'action d'autres facteurs : les atteintes aux règles de transparence des procédures de passation.

B. DES ATTEINTES AUX RÈGLES DE TRANSPARENCE DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS

La transparence s'entend comme l'application équitable et rigoureuse de procédures connues et qui constituent exclusivement la base des décisions d'attribution des marchés⁶¹.

À cet égard, ce principe à valeur constitutionnelle⁶², suppose avant tout, un système d'informations performant permettant de lutter contre l'opacité à travers la publication régulière et en temps opportun, de toute l'information sur les marchés publics allant de la publication du plan de passation des marchés, jusqu'à celle de l'avis d'attribution de ceux-ci. En d'autres termes, la transparence suppose le bannissement de toute entrave à la compétition et l'abandon des pratiques anticoncurrentielles. Mais pourtant sur le terrain, tout ne va donc pas pour le mieux dans le milieu des marchés publics. On assiste ainsi à des atteintes aux règles de transparence des procédures de passation. Elles peuvent être rattachées d'une simple erreur dans l'exécution d'une tâche administrative à une transgression délibérée de la législation et des règles applicables. Ces écueils entraînent inévitablement un risque contentieux dans la passation des marchés publics. À cet effet, nous allons faire un état des lieux de ces insuffisances dans les différents modes de passation. Ainsi, après une analyse des atteintes relatives aux procédures d'appel d'offres (1), nous allons nous intéresser aux atteintes liées aux procédures particulières (2).

1. Des atteintes relatives aux procédures d'appel d'offres

L'Appel d'Offres est la procédure par laquelle une autorité contractante attribue le marché sans négociation, après appel à la concurrence, au candidat qui remet l'offre conforme évaluée la moins-disant, sur la base de critères quantifiés 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 concurrence⁶³. En effet, pendant la phase préalable d'appel d'offres, les autorités contractantes procèdent à une série d'activités allant de l'évaluation des besoins de l'autorité contractante jusqu'au traitement des dossiers, avec pour but d'inscrire les potentiels marchés dans le Plan de Passation des Marchés (PPM)⁶⁴.

61 Décret n° 2005-576 du 22 juin 2005, portant *Charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics au Sénégal*.

62 L'exigence de transparence en Côte d'Ivoire a été élevée au rang de principe constitutionnel. En effet, dans le préambule de la constitution du 8 novembre 2016, le constituant ivoirien affirme son attachement à la transparence dans la conduite et la gestion des affaires publiques, ainsi qu'au principe de bonne gouvernance.

63 Définition retenue par l'article 60 du Décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 Sénégalais.

64 Par PPM, on entend un outil de programmation et de planification des marchés à engager au cours de l'année. Dans ce contexte, toutes les autorités contractantes ont le devoir en début d'année, de recenser tous les besoins des marchés et de les inscrire dans un document. La détermination aussi précise que possible des besoins par l'autorité contractante, annuellement dans un plan de passation des marchés et préalablement à tout lancement de la procédure de passation d'un marché, constitue l'un des fondements de la commande publique. L'obligation faite aux autorités contractantes de déterminer leurs besoins, a le mérite d'assurer l'efficacité de la procédure de passation et ainsi éviter que des offres ou propositions assorties de réserves, soient remises par les candidats aux marchés.

En ce qui concerne chacune de ces étapes situées en amont de la soumission, les risques d'atteintes sont bien présents et peuvent, de façon significative, entacher la procédure de passation. D'abord, s'agissant de la première étape, c'est-à-dire le mode d'évaluation des besoins de l'autorité contractante, il faudra rappeler qu'avant tout appel à la candidature, consultation ou négociation, la Personne Responsable des Marchés (PRMP)⁶⁵ est tenue de déterminer la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Ainsi, les prestations qui feront l'objet de marchés contribuent à répondre exclusivement à ces besoins déjà identifiés et consignés dans un document dénommé le PPM tel que prescrit par les codes ivoirien et sénégalais des marchés publics⁶⁶. Une fois les besoins de l'autorités contractante déterminés, la Personne Responsable des Marchés doit procéder à leur évaluation⁶⁷.

Dans ce contexte, l'estimation du montant des besoins en toute transparence est nécessaire, non seulement pour le calcul des crédits requis, mais aussi pour éviter les fraudes et de déterminer si les seuils d'application des procédures formalisées de passation d'approbation ou de contrôle des marchés sont atteints.

De même, la transparence dans cette phase, doit également viser la publication⁶⁸ du document qui renferme tous ces procédés, c'est-à-dire le PPM. Rappelons que la publication de ce document vise avant tout, à garantir l'accès des marchés au plus grand nombre de candidats au regard des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats. En Côte d'Ivoire, tout comme au Sénégal, cette exigence est prévue respectivement par les articles 20 et 5 al. 1 du code des marchés publics. C'est à partir de ce PPM que l'autorité contractante extrait les marchés dont elle est sûre de l'exécution. Les marchés passés par ces dernières, et qui n'ont pas été au préalable inscrits dans le PPM sont en principe nuls⁶⁹.

Par illustration en Côte d'Ivoire, cette pratique a été dénoncée dans les rapports de synthèse de l'audit de l'ANRMP. Le rapport de la gestion de 2017 révèle que le Marché n°2017-0-0-0144/03-18 du lot n°8 portant fourniture de fongicides dans les régions de l'Indénié-Duablin et du Sud-Comoé, est passé sans avoir été enregistré au PPM⁷⁰. De même, le marché n°18-L-0-0-0235/07-24, du Lot n°5 ayant pour objet la fourniture de matériels techniques à l'Institut National des Formations des Agents de la Santé (INFAS) n'a fait l'objet d'aucune preuve de l'enregistrement du marché au PPM⁷¹.

Au Sénégal, des marchés de la Commission de Régulation du Secteur de l'Électricité (CRSE) et du Conseil Exécutif des Transports Urbains de Dakar (CETUD) ont été passés sans être préalablement inscrits dans le PPM⁷². Allant dans le même sens, la Direction de l'Administration Générale de l'Équipement (DAGE) n'a quant à elle pas transmis son PPM à la Direction Centrale des Marchés Publics en violation des dispositions de l'article 6 du décret portant Code des Marchés Publics⁷³.

65 Art. 12 du nouveau code ivoirien des marchés publics et art. 5 du code sénégalais des marchés publics.

66 Lire respectivement les articles 19 al.1 et 5 al.1 des Code des Marchés Publics de la Cote d'Ivoire et du Sénégal relatifs à la détermination des besoins à satisfaire.

67 Lire respectivement les articles 19 al.2 et 9 des Code des Marchés Publics de la Cote d'Ivoire et du Sénégal.

68 Voir respectivement les articles 20 al.2 et 6 des Code des Marchés Publics de la Cote d'Ivoire et du Sénégal.

69 Voir respectivement les articles 20 al.3 et 6 des Code des Marchés Publics de la Cote d'Ivoire et du Sénégal.

70 Lire le Rapport de synthèse de l'audit des marchés publics de la Cote d'Ivoire de la gestion 2017 publié par l'ANRMP en 2018, p 23.

71 Lire le Rapport de synthèse de l'audit des marchés publics de la Cote d'Ivoire de la gestion 2018 publié par l'ANRMP en 2019, p 22.

72 Voir le rapport ARMP Sénégal, Rapport annuel 2014. Ce rapport dénonce que la Direction de l'Administration Générale de l'Équipement (DAGE) du MITD n'a quant à elle pas transmis son PPM à la Direction Centrale des Marchés Publics (DCMP) en violation des dispositions de l'article 6 du décret portant Code des Marchés Publics au Sénégal.

73 *Idem*

Aussi doit-on préciser que certaines autorités contractantes ne respectent pas non plus la publication des avis généraux de passation des marchés⁷⁴ ? Par exemple en 2009, le rapport de l'ANRMP en Côte d'Ivoire, a dénoncé que sur six marchés passés par une autorité contractante, le cabinet chargé de l'audit n'a pu obtenir les preuves de la publication des avis à la concurrence. Il s'agit du marché n°2018-0-0-0480/02-17 relatif à la fourniture de denrées alimentaires à la maison d'arrêt et de correction de Man⁷⁵. Parfois, l'approbation des marchés se fait par une personne non habilitée. Plus grave encore, certains marchés sont signés sans que la Personne Responsable des Marchés Publics ne soit informée. Ces anomalies ont été dénoncées dans plusieurs rapports de synthèse de l'audit des marchés publics de la Côte d'Ivoire pour la gestion 2014, 2016 et 2018 publié par l'ANRMP⁷⁶.

Toutefois, les pratiques occultant la transparence ne sont pas exclusivement le fait des agents publics. La tentation est tout aussi grande au niveau des entreprises candidates. En effet, nous avons pu observer que certaines entreprises candidates fournissent des certificats d'assurance ou autres documents falsifiés, aux fins d'être éligibles à l'appel d'offres, bien que n'étant pas qualifiées. En Côte d'Ivoire, le rapport de synthèse de l'audit des marchés publics de la gestion 2016, révèle que sept marchés passés par deux autorités contractantes ont été attribués, pour certains cas, à des soumissionnaires qui n'ont pas satisfait aux critères éliminatoires et techniques préalablement définis dans le Dossier d'Appel d'Offres. De même certains soumissionnaires ont fourni un registre de commerce qui n'était pas en adéquation avec celui de l'appel d'offres⁷⁷.

En sus, dans le cadre d'un recours préalable initié par une société évincée, l'ANRMP ivoirienne a rendu une décision en date du 16 septembre 2019, mettant en cause, la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres. Cette dernière a attribué un marché à une société alors même que celle-ci avait fourni un certificat d'analyse de gaz à usage médical dont la date de validité avait expiré à la date d'ouverture des plis⁷⁸.

Ensuite, concernant la seconde étape qui porte sur le traitement des dossiers, on a pu observer des irrégularités portant sur l'évaluation des offres et sur l'attribution des marchés.

74 Le rapport d'audit de la gestion de 2014 publié en 2016 révèle que cinq autorités contractantes n'ont pas présenté la preuve de la publication des avis d'appels à la concurrence pour 16 de leurs marchés passés comme le prévoit l'article 20 al. 3 du nouveau code marche public ivoirien. « Les avis d'appel à la concurrence doivent obligatoirement faire l'objet d'une publication dans le Bulletin Officiel des Marchés Publics de la République de Côte d'Ivoire sous peine de nullité. A cet effet, le délai de publication pour les appels d'offres nationaux est d'au moins trente (30) jours. Tout appel d'offres ouvert non publié par ce canal est considéré comme irréguliers ».

75 Voir le rapport de l'ANRMP de 2019, précité, p 22. Il s'agit du Lot 6-B : huile rouge, poisson sec, tomate pate, gombo, aubergine, feuille verte)

76 Lire le rapport de synthèse de l'audit des marchés publics de la Cote d'Ivoire de la gestion 2018 publié par l'ANRMP en 2019. Il s'agissait du marché n° 2017-0-0-0249/03-48 ayant pour objet la fourniture de carburant a l'autorité de régulation des télécommunications de Cote d'Ivoire d'un montant 192 000 000 de FCFA.

77 Lire le rapport de synthèse de l'audit des marchés publics de la Cote d'Ivoire de la gestion 2016 publié par l'ANRMP en aout 2018, p 19-27). A titre d'exemples : 1) Marché n° 2016-L-0-1-0055/08-40 ayant pour objet quatre modules de formation des agents du FDTR (titulaire : EYES montant : 41.750.000 FCFA) Surévaluation de la note technique de l'attributaire de 15 points. En effet, il a proposé dans son offre 02 personnels clés sur 04 demandés. Il lui a été attribué la note d'un 3ème qu'il n'a jamais proposé. 2) Marché n°16- 0- 1- 0029/02-51 atelier de renforcement des capacités des chefs de services, des chefs de services administratifs et financiers, des chargés d'études du MIRAH sur la GAR (valeur : 12500 000 CFA Ets DM : Attribution du marché à ETS DM dont la déclaration de registre de commerce (fourniture de matériels informatiques), pourtant la pièce éliminatoire, n'est pas conforme à l'objet de la consultation (formation).

78 Décision n°029/2019/ANRMP/CRS du 16 septembre 2019 sur le recours de l'entreprise air liquide contestant les résultats de l'appel d'offres n°F40/2019, relatif a la fourniture des gaz médicaux au centre hospitalier et universitaire (CHU) de Treichville) sur le site <https://www.anrmp.ci>.

En effet, rappelons que les dispositions des articles 14 du code des marchés publics ivoirien et celui du 35 sénégalais énoncent que : « *une fois les offres ont été déposées par les candidats, la commission de passation des marchés de l'autorité contractante concernée procède à l'ouverture publique des plis et à l'évaluation des offres qui ont été déposées dans les délais contenus dans le Dossier d'Appel d'Offres* ». Cependant, les opérations liées à ces deux phases, comme indiqué plus haut, concentrent des manquements aux règles de transparence.

Ces anomalies ont été observées au Sénégal. Le dernier rapport publié par l'ARMP⁷⁹ de ce pays, indique que, la conduite de plusieurs processus d'évaluation des offres est marquée par une absence de formalisation dans les rapports d'évaluation. En plus, ce même rapport indique également qu'il y a un contrôle insuffisant de la conformité technique des offres aux spécifications des cahiers de charges en violation des dispositions de l'article 59 du Code des Marchés Publics. De même, le compte-rendu de l'ARMP dénonce également, que les rapports d'évaluation de certaines autorités contractantes ont été très sommaires. C'est le cas de l'Agence Sénégalaise d'Électrification Rurale (ASER) où les évaluations ont été faites uniquement sur la base d'une comparaison des prix, en violation des articles 59 et 70 du Code.

Alors qu'elles devaient se faire conjointement avec l'offre technique⁸⁰.

En Côte d'Ivoire, il a été rapporté que certaines autorités contractantes ont déclaré conformes certaines offres alors qu'elles ne l'étaient pas et inversement⁸¹. Toujours dans cette logique de mauvaise évaluation des offres, le rapport de l'ANRMP de la Côte d'Ivoire fait état d'un cas de déclaration d'une offre anormalement basse sans que l'autorité contractante ait au préalable pris le soin d'inviter le soumissionnaire à justifier son prix comme l'exigent les dispositions de l'article 74 nouveau du code ivoirien des marchés publics.

Qu'en est-il alors des atteintes aux règles de transparence observées dans le cadre de l'attribution des marchés ?

En effet, une fois les offres techniques et financières évaluées, il incombe à la commission de passation des marchés de l'autorité contractante de procéder à l'attribution du marché conformément aux dispositions des articles 75 al. 2 du Code des Marchés Publics ivoirien et 84 du Code des Marchés Publics Sénégalais. Selon les exigences d'intégrité qui régissent la commande publique et sur fond de transparence, l'autorité contractante ne peut attribuer le marché qu'au soumissionnaire ayant présenté non seulement, une offre technique conforme aux spécifications du Dossier d'Appel d'Offres ou de la demande de propositions, mais aussi une offre financière jugée moins-disant.

Cependant dans la pratique, l'on remarque que ces exigences qui garantissent la transparence, sont dans bien de cas, occultées. On signale des malversations aussi néfastes les

79 Voir le rapport annuel 2014 de l'ARMP Sénégal précité.

80 Lire le rapport du Cabinet d'audit Grant Thornton, *Revue indépendante de la conformité de la passation des marchés des autorités contractantes du groupe 2*, pour la gestion 2014, Agence Sénégalaise d'Électrification Rurale, Rapport définitif, p. 4.

81 Lire le rapport l'audit de la gestion 2016 publié par l'ANRMP, *précité*. Il s'agit du Marché de FOURNITURE de vedettes maritimes à la direction générale des affaires maritimes et portuaire (DGAMP) lot 1 : fourniture de 02 vedettes *in-bord* : défaut de précision dans le dossier de consultation de date et heure limites de dépôt des offres. Par ailleurs les offres des soumissionnaires sont non conformes à celles des offres relatives aux offres technique et financière ensemble.

unes que les autres dans cette phase cruciale du processus de passation. En Côte d'Ivoire comme au Sénégal, il y a lieu de souligner une défaillance au sein de certaines commissions de passation des marchés. Pour illustration, les rapports d'audit des autorités de régulation des marchés publics de ces deux États nous instruisent à suffisance sur cet état de fait. Entre autres, on note des délais anormalement longs constatés entre l'ouverture des plis et l'attribution des marchés imputés à certaines autorités contractantes violant ainsi les dispositions des articles 75 du Code des marchés public ivoirien⁸² et 70 du Code des marchés public sénégalais⁸³.

Mais les faits les plus délicats s'articulent autour des phénomènes des conflits d'intérêts⁸⁴ et de favoritisme qui semble à bien des égards être présents dans le processus, depuis l'évaluation des offres jusqu'à l'attribution provisoire du marché. En outre, certains candidats dont les offres n'ont pas été retenues, n'ont-ils pas été informés par écrit du rejet de leurs offres⁸⁵. Or, les soumissionnaires évincés ont le droit de prendre connaissance des raisons qui ont motivé le rejet de leurs offres.

Tous ces manquements susmentionnés, témoignent d'un manque de transparence dans le processus d'évaluation des offres. Voilà autant d'anomalies que d'incompréhensions qui, d'une manière significative, entraînent aussi de tels risques contentieux dans la passation des marchés publics. Toutefois, ces risques contentieux ne se limitent pas aux procédures d'appel d'offres, ils visent également les procédures particulières.

2. Des atteintes liées aux procédures particulières

Les procédures particulières de passation sont celles qui font appel à des règles distinctes de celles sollicitées pour les marchés par Appel d'Offres Ouvert. Parmi cette gamme de procédures qui peuvent être passées en méconnaissance du formalisme procédural exigé, l'Appel d'Offres Restreint, le marché Gré à Gré ou Entente Directe (ED) et les Marchés de Prestations Intellectuelles (MPI) en ce qu'ils peuvent entraîner les risques contentieux.

En effet, l'appel d'offres est dit restreint lorsque, seuls les candidats sélectionnés par l'autorité contractante sont autorisés à soumissionner⁸⁶. Le recours à cette méthode de passation est subordonné à une autorisation préalable de la Direction des Marchés Publics. Une autorité contractante ne peut recourir à un Appel d'Offres Restreint que dans les cas d'urgence simple, de marchés exécutés à titre de recherche d'essai d'expérimentation ou de mise au point. Mais, aussi des marchés que l'autorité contractante doit faire exécuter en lieu et place des titulaires défaillants⁸⁷.

En règle générale, un manquement de l'autorité contractante aux règles de passation

82 Cf. le rapport de l'audit de la gestion 2018 publié par l'ANRMP, préc. p. 23. Il s'agit du Marché n°2018-0-1-0366/02-12 relatif à l'organisation de missions préparatoires dans les zones géoéconomiques : le rapport dénonce le non-respect des 30 jours réglementaires de préparation des offres.

83 Cf. le rapport annuel 2014 de l'ARMP Sénégal préc. Il s'agit de la commission de passation des marchés des autorités contractantes comme le Centre Hospitalier Régional de Thiès (CHRT), le Centre Hospitalier Régional Ibrakhima Niass de Kaolack (CHREIN-KL), la Société d'Infrastructure et de Réparation Navale (SIRN), la Société Nationale du Port Autonome de Dakar (SN PAD).

84 Il s'agit d'une situation dans laquelle les membres des commissions se retrouvent à orienter leur décision dans le sens des intérêts d'un soumissionnaire pour lequel ils prennent parti, contrevenant ainsi aux exigences d'intégrité dans l'attribution des marchés.

85 Cf. Le rapport de l'audit de la gestion 2018 publié par l'ANRMP, préc. p. 22.

86 Cf. Art. 60 du CMP ivoirien et 73 du CMP sénégalais.

87 *Idem*

d'un tel marché vicie la procédure dans son ensemble, et crée des risques contentieux. C'est ainsi qu'au Sénégal, l'examen des procédures par Appel d'Offres Restreint a permis de noter que, des critères discriminatoires figurent dans certains Dossiers d'Appel à la Concurrence, en violation des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. À titre de justification, il a été noté que l'offre d'un des soumissionnaires pour l'Appel d'Offres Restreint relatif à la sélection d'un prestataire pour un marché de fourniture de véhicule 4x4, attribué pour un montant de 71 400 000 F CFA, bien que moins-disante, a été rejetée au motif que ladite offre ne satisfait pas aux critères relatifs à la cylindrée, à la taille du réservoir et à la puissance fiscale. Il s'agit là de critères discriminatoires, constitutifs d'une entrave au libre accès à la commande publique et à l'égalité de traitement des candidats.

Cette élimination a conduit l'autorité contractante à contracter avec un autre soumissionnaire, dont l'offre présentait un surcoût de 19.126.000 F CFA. Il ressort de ce constat que non seulement les règles de transparence ont été négligées, mais aussi les principes d'économie et d'efficacité de la dépense publique n'ont pas été suffisamment pris en considération dans la mise en œuvre de cette procédure⁸⁸. En Côte d'Ivoire, le rapport de l'audit de 2018 a également révélé un défaut d'avis de la Direction des Marchés Publics sur le recours à une procédure dérogatoire du Marché n°2018-0-2-0254/07-24 relatif aux travaux de construction de deux salles préfabriquées de 40 places à l'Institut National de Formation des Agents de Santé (INFAS) d'Aboisso⁸⁹. Ces exemples montrent à quel point, les procédures d'Appel d'Offres Restreint sont compromises par les malversations de tous genres, pouvant engendrer des risques contentieux importants.

En outre, le marché gré à gré ou Entente Directe n'en est pas épargné. En effet, ce marché est dit par « Entente Directe », lorsque l'autorité contractante engage directement les discussions qui lui paraissent utiles avec les candidats, et attribue le marché au candidat qu'elle a retenu. Dans les codes ivoiriens et sénégalais des marchés publics, une autorité contractante ne peut recourir à ce mode dérogatoire de passation que dans les cas de marchés d'exclusivité, de marchés complémentaires, de marchés secret-défense et enfin de marchés liés à des cas d'urgence impérieuse⁹⁰.

Retenons tout de même que, toute procédure de passation de marchés par entente directe nécessite au préalable, un avis ou une autorisation de la Direction des Marchés Publics, et le cas échéant, donnent ensuite lieu à un compte rendu détaillé. Pourtant, ce marché n'échappe pas du fait de leur caractère dérogatoire, aux risques contentieux. Car, le plus souvent, les autorités contractantes recourent à ce marché gré à gré sans que les conditions ne soient réunies. L'exemple ivoirien est révélateur dans ce sens. Le rapport de 2019 précité, a dévoilé que le recours au gré à gré du marché n° 2018-0-1-0295/02-30 relatif à l'audit de validation du montant de la dette nette globale due par l'État à la SODECI, a été motivé par la spécificité du marché⁹¹. Autrement dit, il s'agit d'un motif non fondé pour recourir à un tel marché au regard de l'article 62 du Code des Marchés Publics ivoirien.

88 Cf. Cabinet d'audit Grant Thornton, *Revue indépendante de la conformité de la passation des marchés des autorités contractantes du groupe 2*, Gestion 2014, p. 3- 4

89 Cf. le rapport de l'audit de la gestion 2018 préc. p. 22.

90 Cf. art. 61 du CMP ivoirien et 76 du CMP sénégalais.

91 Cf. le rapport de l'audit de la gestion 2018 publié par l'ANRMP, préc. p. 22. L'exemple ivoirien est révélateur ourusntentieux.e gre a gre selon Ex : marché n° 2018-0-1-0295/02-30 relatif à l'audit de validation du montant de la dette nette globale due par l'Etat a la SODECI (Titulaire : PRICEWATERHOUSECOOPERS, Montant : 98 530 000 FCFA).

En outre, le rapport de 2014 a également dénoncé un défaut d'autorisation préalable du ministre chargé des marchés publics ou de son délégué pour le recours à la procédure de gré à gré du marché de sécurité privée de la Cité Administrative (Tours A, B, C, D et E) : c'est un marché de gré à gré de régularisation attribué à INTERCOR⁹².

Au Sénégal, on constate un recours aux procédures particulières faisant l'objet d'exceptions juridiques. Par exemple pour des raisons de sécurité nationale ou de création d'une situation d'urgence, l'administration utilise cette procédure particulière pour passer un marché dans des conditions exceptionnelles. Même si la passation d'un certain type de marchés se justifie par l'entente directe, il existe des cas où des autorités contractantes se livrent maladroitement à des incohérences dans la façon dont il faut procéder. Cette situation s'est illustrée à travers les deux marchés passés par entente directe par l'Agence des Aéroports du Sénégal au titre de l'année 2014⁹³. En effet, nous remarquons que les autorités contractantes n'organisent pas de consultation informelle en vue de la désignation du prestataire dans le cadre du recours au marché de gré à gré comme l'exige l'article 76 du Code⁹⁴. Ces incidences de défaut occasionnent des risques contentieux à des proportions variables.

Allant dans le même sens, les procédures de Marchés de Prestations Intellectuelles ne sont pas, malgré leur spécificité, exempts de vices, pouvant entacher la transparence au cours de leur passation. Rappelons qu'un Marché de Prestation Intellectuelle est celui portant sur un métier du savoir, dont les résultats précis ne peuvent être définis préalablement à son exécution⁹⁵. Ce marché est immatériel, et est caractérisé par la « co-production ». Ce qui signifie que le client et le prestataire contribuent tous les deux à la réussite de la prestation⁹⁶. Quant aux risques contentieux encourus, on note qu'au Sénégal et ce, pour le compte de certaines autorités contractantes, une insuffisante maîtrise des procédures de passation des marchés de prestations intellectuelles. C'est le cas par exemple du Ministère de la Formation Professionnelle, de l'Apprentissage et de l'Artisanat, qui a traité en 2014, les marchés de prestations intellectuelles comme s'il s'agissait de marchés de services courants ou de fournitures, en violation de l'article 80 du Code des Marchés Publics sénégalais⁹⁷.

Outre cela, toujours pour le compte du même ministère, il a été constaté une incohérence entre la liste des candidats invités et la liste des soumissionnaires inscrits sur le procès-verbal d'ouverture des plis. L'examen de la liste des soumissionnaires a permis de noter que, trois autres candidats ont soumissionné en lieu et place des trois candidats retenus et invités de la liste restreinte⁹⁸.

En Côte d'Ivoire, les Marchés de Prestations Intellectuelles, bien que moins nombreux par rapport au Sénégal, gardent des faisceaux d'insuffisances quoique non-substantielles, relativement à l'effectivité des règles de transparence auxquelles ils sont en principe soumis. Cependant, sur les quatre dernières années, les différents rapports d'audit de l'ANRMP que nous avons consultés, ne nous ont pas révélé des manquements ayant porté atteinte

92 Cf. le rapport de l'audit de la gestion 2014 p. 5

93 Cf. le Rapport annuel ARMP Sénégal relatifs aux marchés de 2014, p. 55. Au titre de l'exercice 2014, 35 marchés des 2366 ont été passés par entente directe (1,48% en nombre et 6,72% en valeur) pour un montant de 8 186 430 634 F CFA.

94 *Idem*

95 Cf. art. 62 du CMP ivoirien et 80 du CMP sénégalais

96 *Idem*

97 Cf. Cabinet d'audit Grant Thornton, opt. cit. p.7.

98 *Idem*.

aux règles, dont les conséquences auraient occasionné des risques contentieux. Toutefois le rapport de synthèse des marchés de l'exercice 2016, révèle une absence de la mise en œuvre de la phase « manifestation d'intérêt » sur certains marchés de prestation intellectuelle. En plus de cela, il a été constaté que l'effectivité n'est pas souvent justifiée par un livrable ou une attestation de service fait pour des marchés de prestations intellectuelles⁹⁹.

Au total, on retiendra que ces irrégularités sont principalement imputées aux autorités contractantes. Cela s'explique du fait qu'aucun acteur extérieur n'est impliqué dans la détermination de ces procédures de passation des marchés. Les audits des différentes autorités de régulation des marchés de ces États ont mis en évidence, les nombreuses dérives découlant non seulement de l'absence de maîtrise des procédures, mais aussi d'une volonté délibérée de contournement de la réglementation. Ce qui entraîne inévitablement une augmentation du risque contentieux. Risque contentieux qui se trouve accentué par le contrôle exercé par le juge administratif.

II. UN RISQUE CONTENTIEUX RELATIF AU CONTRÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF

Ce risque contentieux dont on parle ici relève du contrôle qu'opère le juge administratif sur l'autorité de régulation. En effet, l'autorité de régulation des marchés publics comporte, en son sein, un comité de règlement de différends¹⁰⁰, notamment ceux surgissant à l'occasion de la passation des marchés publics. Ainsi, les soumissionnaires qui s'estiment lésés du fait de la méconnaissance des dispositions du droit des marchés publics, peuvent adresser leur requête au comité de règlement qui joue un rôle para-juridictionnel. En l'absence d'un règlement à l'amiable entre les parties, le soumissionnaire peut poursuivre l'autorité de régulation devant la juridiction administrative. Cette dernière étant une autorité administrative, le contrôle juridictionnel de ses décisions par le juge de l'administration s'impose. Il apparaît comme une garantie du respect des droits des soumissionnaires injustement évincés. Le juge de l'administration effectue ainsi un contrôle en contestation des décisions de l'ARMP (A), contrôle dans le cadre duquel il vérifie le respect de règles de concurrence et de publicité prévues par le code des marchés. Mais, il arrive souvent dans des cas où ces mécanismes de contrôle présentent des faiblesses, car les instruments juridiques existants mis à sa disposition renferment des lacunes (B).

A. UN CONTRÔLE RIGOREUX DES DÉCISIONS DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION

Le contrôle juridictionnel dans la passation des marchés revêt une importance capitale dans une exigence de transparence. En procédant aux contrôles des décisions de l'autorité de régulation, le juge administratif témoigne de sa capacité à réguler le jeu économique par le droit. Dès lors, le contrôle devient un moyen pour le juge administratif, de veiller au respect des règles contenues dans la déclaration d'appel d'offres (1), mais aussi celles consistant à assurer la publicité de l'offre (2). Ce risque contentieux doit être pris en compte par les acheteurs publics, dont l'action est soumise au contrôle du juge, tout au long de la passation du contrat et voire même après sa signature.

⁹⁹ Cf. le rapport de l'audit de la gestion 2016 préc. p. 26.

¹⁰⁰ L'article 18 du décret n° 2007-546 dispose que « le CRD, structure placée, auprès de l'ARMP est chargé du traitement des litiges ».

1. L'exigence du respect des règles contenues dans la déclaration d'appel

Lorsque le juge administratif est saisi par un soumissionnaire, frappé par une décision de l'autorité de régulation qu'il juge illégale, ce juge procède au contrôle scrupuleux des règles fondamentales qui définissent la transparence dans la passation des marchés publics¹⁰¹. Ce contentieux de la passation offre au juge administratif, l'occasion d'appeler à la correction des irrégularités constatées lors de l'examen des dossiers des candidatures au regard des critères préalablement établis dans la déclaration d'appel d'offre¹⁰². Ce faisant, le juge précise les règles du système, et fait du code des marchés publics, l'outil juridique au regard duquel il apprécie, non seulement la validité de la décision de l'autorité de régulation¹⁰³, mais aussi celle des candidats soumissionnaires évincés. En fait, la procédure de passation des marchés publics se doit de respecter la liberté d'accès à la commande publique. Autrement dit, les règles relatives aux procédures de passation des marchés, doivent permettre à toutes les personnes remplissant les conditions nécessaires, de se porter candidates à un marché public. Dès lors, toute discrimination injustifiée dans le choix des candidats, doit être sanctionnée. Ainsi, parmi les manquements à l'exigence au respect de ces règles indiquées, sont notamment sanctionnées, le non-respect de l'administration des règles qu'elle s'est imposée, notamment dans la sélection des candidats et dans la précision des offres. Cela s'est confirmé dans l'arrêt « Société SARRE-CONS contre ARMP » de la Cour suprême sénégalaise en date du 22 août 2013. Dans cet arrêt, le juge administratif sénégalais n'a pas manqué de rappeler que l'autorité contractante ne peut violer les règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics en insérant dans les Dossiers d'Appel d'Offres, une clause relative à l'autorisation du constructeur à fournir par les candidats au marché, de véhicules neufs¹⁰⁴. Dans deux autres affaires, notamment les arrêts « Bureau VERITAS SA contre ARMP¹⁰⁵ en date du 7 avril 2011 et « CERTEC SA contre ARMP¹⁰⁶ » du 3 juin 2011, le juge administratif sénégalais a rendu deux arrêts visant à l'annulation des décisions des autorités contractantes pour violation de l'obligation de transparence prévue par le code des marchés publics.

Dans le même ordre d'idée, ce même juge administratif sénégalais a admis dans l'affaire opposant le « complexe industriel Thiare Gueye à l'ARMP » en date du 9 février 2009, que pour des raisons justifiées du respect des règles organisant la procédure de passation des marchés publics, la non-indication du montant de l'offre justifie le rejet d'un soumissionnaire. Il a même conclu que cette indication du montant de l'offre est une formalité substantielle¹⁰⁷. De même, le juge administratif sénégalais dans l'affaire *Port autonome de Dakar et ARMP* a annulé la décision de l'ARMP en estimant que la non- indication des modalités de

101 Il s'agit des dispositions de la Directive n°04 de l'UEMOA, à l'ordonnance n°2019-679 du 24 juillet 2019, portant Code des Marchés publics de la République de Côte d'Ivoire et au code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA. Les dispositions communautaires des marchés publics cités ci-dessus relèvent de la même Directive au Sénégal, mais sous la houlette du décret n° 2011-1048 du 27 juillet 2011, portant code des marchés publics.

102 M.Y. DIALLO, le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal, *Op. cit.*, p. 15.

103 D.COULIBALY, B. KANE, le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone, www.afrilex.ubordeaux4.fr. p. 15.

104 CS, 22 août 2013, Société SARRE-CONS c/ ARMP in *Bulletin des arrêts de la Cour suprême du Sénégal*

105 CS, 07 avr. 2011 Bureau VERITAS SA contre ARMP in *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* 2012.

106 CS, 03 juin 2011 CERTEC SA contre ARMP *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* du Sénégal 2012

107 CS, 09 février 2012 arrêt Thiare Gueye c/ ARMP *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* du Sénégal de 2013.

solution dans le dossier d'appel d'offres nuit aux exigences de transparence et d'égalité des candidats¹⁰⁸.

Toujours dans sa quête de contrôle approfondi, le juge administratif sanctionne même les soumissionnaires ayant produit de faux documents dans l'établissement de leurs dossiers. Ainsi, dans un arrêt rendu en date du 21 février 2018 dans l'affaire « *Entreprise GETRA-BAT contre ANRMP* », le juge administratif ivoirien a admis qu'un soumissionnaire à un appel d'offres, qui reconnaît expressément avoir produit, à l'appui de sa demande de soumission, des documents frauduleux pour être admis à concourir, ne peut, eu égard à ce fait qui entache sa demande d'une grave irrégularité, que voir sa candidature rejetée¹⁰⁹. Cependant, les manquements aux règles dénoncées ci-dessus varient d'une autorité contractante à une autre, mais demeurent communs dans leur esprit de violation aux critères contenus dans la déclaration d'appel d'offres. En général, ce sont des omissions ou erreurs affectant les mentions devant figurer dans les avis d'appel public à la concurrence, qui sont les plus souvent invoquées devant le juge administratif.

En somme, en rappelant aux autorités de régulation et aux autorités contractantes, l'obligation de respecter les règles contenues dans la déclaration d'appel, le juge administratif participe à l'augmentation des risques contentieux dans la passation des marchés publics. Ainsi, en sa qualité qu'organe régulateur, il veille à l'application par l'ANRMP, des règles organisant la passation des marchés. Par ailleurs, le contrôle du juge administratif s'étend également au respect des règles de publicité de l'offre.

2. Le nécessaire respect de la publicité

En principe, tout marché public doit faire l'objet d'une publicité qui permet à tout candidat potentiel d'avoir connaissance de la passation du marché¹¹⁰. Cela permet de susciter une diversité des offres, et donc d'accroître les chances de l'acheteur public d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse. C'est dans ces conditions que le juge administratif doit s'assurer de l'effectivité de la transparence. Elle s'opère par la vérification des formalités de publicité par les autorités contractantes. La soumission des marchés publics aux formalités de publicité n'échappe pas à l'office du juge administratif. La tendance de favoritisme étant toujours présente, l'autorité contractante peut être amenée à procéder à la passation d'un marché par entente directe, et donc sans formalité de publicité, alors que la nature du marché l'exigeait¹¹¹.

En réalité, la rédaction des avis d'appel d'offres à la concurrence est devenue une étape essentielle dans la procédure de passation des marchés publics. C'est dans l'avis d'appel public à la concurrence que les entreprises intéressées trouvent toutes les informations qui sont nécessaires à la soumission d'une offre. Et c'est souvent de la qualité et de la précision de ses termes que dépend la décision de présenter ou non une candidature.

Cependant, remplir les formulaires types des avis d'appel public à la concurrence relève souvent, de l'avis des praticiens, de la gageure. Une personne publique qui passe un marché public dans le cadre d'un appel d'offres doit, en effet, pour satisfaire aux obligations de

108 CS, 22 mars 2012, Port autonome de Dakar *c/* ARMP in *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* du Sénégal 109 CSCA, arrêt n°32 du 21 fev. 2018, *Entreprise GETRA-BAT contre ANRMP*, Requête n°2016-095 Rep. Du 10 mai 2016, sur le site www.consetat.ci.

110 Art. 64 du code des marchés publics ivoirien, et l'art. 87 du code des marchés publics sénégalais.

111 K. N. DOUGBLO, La transparence dans les marchés publics au Sénégal et au Togo, sur le site www.marches-publics-afrique.com, p. 42.

mise en concurrence et de publicité, remplir plusieurs dizaines de rubriques de documents dont l'obscurité égarerait plus d'un agent public. L'exercice prend ainsi souvent des allures, au mieux, de calvaire administratif, au pire, devant le juge administratif, de véritables pièges à contentieux¹¹². Le risque contentieux est donc bien réel, et la grande majorité des contentieux intentés par les candidats non retenus, est fondée sur des irrégularités liées à la publicité¹¹³.

Il est en effet, plus facile de démontrer au juge que certaines informations sont absentes de l'avis d'appel public à la concurrence ou erronées que de prouver que l'autorité contractante a entendu favoriser une autre entreprise¹¹⁴. Mais, si les manquements sont les plus fréquemment invoqués, les décisions du juge administratif sont aussi liées au respect de la publicité imposée en matière de procédure de passation des marchés publics. Toutes les erreurs et omissions sont censurées. Ainsi, dans « *l'arrêt Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP* », le juge administratif sénégalais a considéré qu'il y a violation de l'obligation de publicité, lorsque les critères et sous critères n'ont pas été portés à la connaissance des candidats au marché. Il a même rappelé à l'autorité de régulation que l'obligation de publicité n'a pas un caractère facultatif¹¹⁵.

Ailleurs dans le monde, précisément en France, le Conseil d'État est allé plus loin dans le contrôle de l'obligation de publicité des marchés. Il en est ainsi, le fait pour un adjudicateur d'omettre d'indiquer dans l'acte de publicité : la langue de la procédure de passation d'un marché public¹¹⁶ ou les modalités essentielles de financement et l'origine précise des financements mobilisés. Ces omissions ont pu entraîner la nullité des marchés y afférents¹¹⁷. De même, le défaut d'indication des mentions concernant les voies et délais de recours accessibles aux candidats sont considérées comme une porte ouverte au contentieux¹¹⁸. Car, il s'agit là, d'une information dont l'absence entraîne, à juste titre, l'annulation de la procédure. C'est dire que les « exigences de publicité sont proportionnées aux enjeux du contrat¹¹⁹ ».

En clair, le défaut de publicité dans l'avis d'appel public à la concurrence est incontestablement source de risque contentieux. Toutefois, l'on observe certaines faiblesses liées aux mécanismes de contrôle du juge administratif.

112 E. GEFFRAY et S. J. LIEBER, référé contractuel : une bouffée d'oxygène ? *AJDA*, 2008, p. 2161

113 J.M. PEYRICAL, C. SABATTIER, marchés publics : y'a-t-il une publicité inattaquable ? éd. Le moniteur, n°5470, 26 sept. 2008, p. 106.

114 L. RAPP et L. BATTOUE, marchés publics : trop de formalisme tue la procédure, éd. *Les Echos*, 23 juil. 2008, p. 9.

115 CS, 24 oct. 2013, Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP. in *Bulletin des arrêts de la Cour suprême du Sénégal 2013*

116 CE, 27 juil. 2001, compagnie générale des eaux, req. n°229566, BJCP, 20/2002, p. 21, Concl. M. Piveteau.

117 CE, 2 juin 2004, ville de Paris et Sté polyurbaine, *Revue de contrat et marchés publics*, 2004, comm. n°167, note G. Eckert.

118 M. RICHER, mention des voies de recours dans les avis d'appel public à la concurrence : une porte ouverte au contentieux, *AJDA*, 2008, p. 1106.

119 A. MENEMENIS, Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux, *AJDA*, 2006, p. 120.

B. DES FAIBLESSES LIÉES AUX MÉCANISMES DE CONTRÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF

Le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics met en évidence une configuration complexe du droit au regard de l'outillage technique dont dispose le juge administratif pour faire face aux mutations de la matière¹²⁰. L'on sent des difficultés rencontrées par ce dernier pour contrôler l'autorité publique. Le contrôle de l'ARMP a permis au juge de l'administration d'avoir une nouvelle approche des rapports entre l'administration et les administrés. Et de pouvoir arbitrer les conflits y relatifs. Car, il est amené à jouer un rôle au-delà de ses attributions classiques **(1)**. Mais, dans le cadre de la mise en œuvre de ces contrôles, nous nous sommes vite rendus compte que le juge africain de l'administration en général, et ivoirien et sénégalais en particulier, n'a pas reçu une formation poussée sur les paradigmes du contentieux des marchés publics. L'on comprend aisément la difficulté pour ces juges, d'intégrer dans leur jurisprudence, des règles nouvelles. C'est ce qui explique le balbutiement du contrôle dû aux pouvoirs limités de celui-ci **(2)**.

1. UN DÉPASSEMENT DES ATTRIBUTIONS CLASSIQUES DU JUGE

La modernisation du système de contrôle des procédures des marchés publics a été consolidée dans un passé récent par un contrôle juridictionnel, qui s'observe à des proportions variables en Côte d'Ivoire comme au Sénégal. En effet, le juge administratif ne peut plus s'enfermer dans une analyse abstraite et indifférente aux enjeux économiques et financiers des décisions qu'il contrôle. Il doit non seulement les comprendre, mais aussi déterminer *in concreto* leur place dans l'équilibre parfois subtil entre les différentes composantes de l'intérêt général protégées par la loi telles que : la concurrence, mais aussi la protection des consommateurs, la garantie d'un service universel accessible à tous, l'égalité d'accès aux services, et bien entendu, la protection des libertés fondamentales. Sous ces constats, on peut citer la décision de la Cour Suprême sénégalaise dans l'affaire « *Association sénégalaise des hémodialysés et insuffisants rénaux (ASHIR) contre l'ARMP* »¹²¹. Dans cet arrêt, l'intérêt général dégagé par le juge repose sur une considération essentiellement économique. Retenons dans cette affaire que, la Cour Suprême a estimé que l'intérêt général est une condition de légalité de l'acte administratif. Mais le plus important dans cette décision, c'est que le juge considère que l'attribution du marché à Carrefour Médical rendait plus accessible les médicaments à un moindre coût. Et que par conséquent, le but de l'intérêt général est ainsi réalisé. Cette situation amène le juge administratif sénégalais à conclure que le moyen développé par l'association en question, et tenant à la violation de la loi, n'était pas fondé.

Par cette décision, le juge administratif sénégalais a cherché à concilier la protection de l'intérêt général et celle des intérêts économiques des particuliers¹²². Ainsi, depuis que le juge administratif est amené à jouer un rôle en matière économique, en veillant d'une part, au respect des droits et libertés économiques, et d'autre part, en assurant un contrôle direct sur l'action des autorités publiques en charge de la passation des marchés public, il est allé de soi que ses attributions originelles ont changé d'orientation. Initialement formé dans

120 Ch. DEBBASCH, *Déclin du contentieux administratif*, éd. Dalloz-Sirey, 1967, p. 89

121 CS, 12 avr. 2012, *Association sénégalaise des hémodialysés et insuffisants rénaux (ASHIR) contre l'ARMP* in *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* de 2012.

122 A. Morpion, *Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté de commerce et de l'industrie*, *AJDA* 2008, p. 323. Voir également, R. Savy, *La notion de droit économique en droit français*, *AJDA*, 1971, p. 132 et svt.

une logique pure de la science juridique traditionnelle, le juge administratif va désormais chercher à étendre sa sphère de compétence à un autre domaine, celui de l'économie.

Toutefois, cette extension de compétence ne s'est pas toujours révélée aisée du fait de la complexité de l'analyse économique à laquelle les juges administratifs ivoirien et sénégalais sont confrontés dans le contentieux des marchés publics. Dès lors, on comprend mieux les propos du doyen Georges VEDEL, lorsqu'il affirmait que l'économie « *intimidait ou ennuyait le juge* »¹²³.

Désormais, le risque contentieux dans la passation des marchés publics semble très éloigné du contentieux classique de la légalité, entendu au sens classique du terme. C'est un contentieux qui, de toute évidence, révèle le caractère purement économique du droit des marchés publics, et il n'est plus permis aux juges administratifs ivoirien et sénégalais de se contenter de dire simplement le droit. Autrement dit, dans cette rénovation juridique, le droit que doit dire le juge administratif, n'est pas le droit entendu au sens formel, mais un droit intégrant des considérations économiques et des politiques de régulation économique. Toutefois, il importe de souligner que l'application par le juge d'un droit influencé par l'économie soulève chez celui-ci, la crainte que l'économie ne porte atteinte à l'intégrité du droit¹²⁴. En effet, cette crainte peut paraître fondée dans la mesure où les droits administratifs ivoirien et sénégalais sont très sensibles aux normes communautaires, notamment dans le cadre des marchés publics¹²⁵.

Par ailleurs, il a été constaté que le risque contentieux de la passation des marchés publics est révélateur de l'extension du champ d'intervention du juge administratif. Cette extension porte sur le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En d'autres termes, le juge de l'administration ne censure que la seule erreur grossière, évidente et flagrante. C'est d'ailleurs le lieu d'évoquer que l'extension du pouvoir de contrôle du juge administratif ne date pas d'aujourd'hui, et garde toute sa pertinence dans le cadre du contentieux des marchés publics. En effet, elle est apparue en France par la jurisprudence de l'erreur manifeste d'appréciation avec « *l'arrêt Lagrange* », rendu en 1961 par le Conseil d'État¹²⁶ en vue de s'adapter aux nouvelles modalités de l'action administrative. Puis, elle a été développée par les juges administratifs des États membres de l'UEMOA, en particulier, les juges administratifs ivoirien et sénégalais dans les années 2010. C'est en ce sens que le Professeur B. PACTEAU précise que « face à cette administration nouvelle, l'erreur manifeste étant un moyen d'adapter son contrôle aux formes plus complexes de l'action administrative contemporaine (...). Si ces formes se prêtent en effet à un contrôle total de l'appréciation administrative, du moins l'erreur manifeste lui permet-elle d'en censurer les débordements les plus évidentes »¹²⁷.

123 G. VEDEL, Le droit économique existe-t-il ? in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, coll. Travaux et recherches 1981 de l'I.P.A.- I.A.E, t. 2, p. 767-783.

124 C. TAMIN, Economie et droit, in Dénys. Alland et J. Riels (dir), *Dictionnaire de la culture juridique PUF et Lamy*, 2003, p. 578-581

125 La transposition des Directives 04 et 05 de l'UEMOA par la Cote d'Ivoire et le Sénégal atteste de cette perméabilité de leur droit administratif.

126 CE, Sect., 15 fév. 1961, Lagrange, *Rec.*, p. 121.

127 B. PACTEAU, Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol 30, n°3, 1978, p. 239

Ainsi, en appréciant les motifs de la décision rendue dans « l'arrêt *CICR* du 28 octobre 1993 par le Conseil d'État français¹²⁸, le juge administratif sénégalais s'est inspiré de son homologue pour annuler certaines décisions de l'ARMP. Il en est ainsi du sens de la décision rendue le 13 décembre 2012 par la Cour suprême du Sénégal dans « l'affaire *Al Firdaws Services contre ARMP*¹²⁹ ». Dans cet arrêt, le juge administratif estime que le marché similaire n'est pas, contrairement à ce qui est retenu par l'autorité en charge de la régulation, un marché identique. Cela veut dire concrètement que si dans le dossier d'appel d'offre, on prévoit par exemple qu'il faut nettoyer un immeuble de six étages, alors que l'on a nettoyé un immeuble de quatre étages, on peut se faire attribuer le marché. Cette interprétation des conditions d'attribution du marché montre la volonté du juge administratif de ne pas écarter de la compétition, les candidats qui sont intervenus dans le secteur d'activité concerné. Il s'agit là de faire comprendre à l'ARMP qu'elle a procédé à une interprétation assez rigoureuse des critères contenus dans le dossier d'appel d'offre. En d'autres termes, l'ARMP ne doit pas excéder certaines limites. Cette décision du juge de la Cour Suprême est révélatrice des limites qui s'imposent à l'administration dans la passation des marchés publics¹³⁰.

Cependant, il importe de souligner que le juge de l'administration n'est pas aussi outillé que le juge français. En effet, il ne dispose ni du pouvoir d'enjoindre à l'administration d'agir dans un sens ou dans un autre, ni de prononcer une astreinte. On assiste alors à un balbutiement du contrôle dû aux pouvoirs limités du juge administratif.

2. Un balbutiement du contrôle dû aux pouvoirs limités du juge

Ce balbutiement résulte des difficultés rencontrées par le juge administratif lors du contrôle des décisions de l'ARMP en dépit des efforts d'analyse et de construction juridique constatés chez ce dernier. Il s'agit en réalité des entorses à la législation relative aux contentieux des règles de formation des marchés publics en Côte d'Ivoire et au Sénégal. En effet, le risque contentieux de la passation des marchés publics peut, à un niveau donné, relever moins d'un manquement aux règles du droit administratif que d'une violation avérée des principes du droit pénal. À cet effet, le juge administratif ne se borne pas seulement à faire sanctionner le non-respect des obligations de publicité et de mise en concurrence par une décision d'injonction, de suspension ou d'annulation de l'attribution d'un marché. Des sanctions pénales peuvent être prises à l'encontre des auteurs des faits allégués, au regard de leur gravité, lorsque sont constatés des faits susceptibles d'une qualification pénale. À cet égard, on observera que la méconnaissance des règles de transparence, matérialisée par des pratiques frauduleuses relevant du droit pénal, fait passer le « maillet », des mains du juge de l'administration à celles du juge pénal. C'est dans ce contexte qu'on s'aperçoit par exemple, l'absence de dispositions pénales, propres à chacun de ces deux États, destinées à réprimer les irrégularités constatées dans les procédures de conception des marchés.

En règle générale, les pratiques irrégulières qui surviennent lors de la passation des marchés publics se déclinent autour d'une trilogie d'infractions que sont : le délit de favori-

128 CE, 27 octobre 1993, *CICR*. Dans cet arrêt, le juge n'a certes pas annulé la décision pour erreur manifeste d'appréciation, mais a tout de même défini l'erreur manifeste comme une erreur grossière, évidente pouvant être décelée par n'importe qui.

129 CS, 13 déc. 2012, *Al Firdaws Services c/ARMP in Bulletin des arrêts de la Cour suprême* de 2012.

130 P. DE BAECKE, *Comprendre simplement les marchés publics*, éd. Le Monteur, Paris, 2013, p. 09

tisme¹³¹, la corruption¹³² (active ou passive) et la prise illégale d'intérêt¹³³. Les faits qui entrent dans la définition de ces infractions apparaissent dans les dispositions des articles 152 du Code des Marchés Publics de la Côte d'Ivoire et 146 et 147 du Code des Marchés Publics du Sénégal. Ces infractions sont relatives aux sanctions applicables pour non-respect de la réglementation des marchés publics. Pour autant, l'on constate rapidement qu'il n'est nulle part mentionné dans les codes pénaux ivoiriens et sénégalais, un délit dit de « *favoritisme* » bien que l'expression soit récurrente dans les débats juridiques. Conformément au principe de légalité des délits et des peines¹³⁴, le juge pénal ne saurait condamner les présumés auteurs de tels actes pour le seul motif qu'ils ne sont pas encore pénalement qualifiés par chacun de ces droits positifs.

Or, si nous prenons par exemple le droit positif français, les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics¹³⁵ ont été instituées comme un délit depuis la loi du 3 janvier 1981. Et sont réprimées par l'article 432-14 du code pénal français¹³⁶. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de Cassation en date du 14 février 2007¹³⁷, la cour a confirmé les condamnations prononcées par une Cour d'appel à la suite de l'attribution d'un marché de 5 850 € (soit 3 832 000 FCFA). La méconnaissance des principes qui s'appliquent à tous les marchés publics quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal, qui sanctionne les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics. Dans un autre arrêt de la Cour de Cassation du 22 janvier 2014¹³⁸, le juge français a confirmé également la condamnation à 2 000 € (soit

131 Le favoritisme s'assimile au non-respect des conditions d'attribution des marchés publics ; voir K.N. DOUGBLO, La transparence dans les marchés publics au Sénégal et au Togo, *opt. cit.* p. 36.

132 Dans le cadre de la corruption passive, le corrompu sollicite ou accepte un avantage pour lui-même ou un proche que son interlocuteur reste libre de ne pas verser.

133 La jurisprudence a reconnu depuis longtemps que le délit de prise illégale d'intérêt est constitué par l'intérêt personnel, patrimonial pris par une personne exerçant des fonctions publiques dans une affaire sur laquelle elle exerce l'une des formes de contrôle prévu par la loi. Mais aujourd'hui, on admet de plus en plus que l'intérêt visé puisse être moral.

134 Selon ce principe, on ne peut être pénalement condamné qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair au sens de la formule latine « *nullum crimen, nulla poena sine lege* ».

135 L'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès aux marchés publics consiste à procurer à une personne physique ou morale, un avantage anormal au moyen d'une entorse à la législation sur les marchés publics indépendamment de savoir si l'autorité a sollicité ou accepté un tel avantage.

136 Art. 432 al. 14 code pénal français « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euro, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, de collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public* ».

137 Cour de cassation, 14 février 2007, n° 06-81924. Un Extrait des attendus de l'arrêt de la C.Cass. «...les dispositions figurant à l'article 1er-I du code des marchés publics, alors applicables, qui édictent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, concernent tous les marchés publics sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalités préalables et ceux qui sont soumis à un tel formalisme ; que les juges ajoutent qu'Elisabeth X... a reconnu avoir pris sa décision d'attribuer le marché à la société AC Consultants Sud-Ouest non pas en fonction de critères objectifs de choix découlant des propositions faites par les candidats mais pour "faire plaisir" à un tiers avec lequel elle entretenait des relations d'amitié et qu'en procédant ainsi, elle a porté atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats et procuré un avantage injustifié à la société AC Consultants Sud-Ouest ». Arrêt disponible sur le http://www.intendance03.fr/Favo_MAP_A_juris.pdf.

138 Cour de Cassation, 22 janvier 2014, n° 13-80759, disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idT exte=JURITEXT0 00028513203&fastReqId=1745828293&fastPos=1>

1310 000 FCFA) d'amende pour délit de favoritisme à l'égard d'un maire qui avait privilégié une entreprise locale pour l'attribution d'un marché public. Dans les faits, il s'agissait d'un marché public pour l'impression en noir et blanc du bulletin communal. Le seul critère pour l'attribution de ce marché était celui du prix de la prestation sollicitée. Une entreprise locale dont l'offre était la moins onéreuse pour l'impression en noir et blanc a été retenue ; mais une fois le marché attribué, le pouvoir adjudicateur a décidé de recourir à une impression en couleur. Or, pour ce type d'impression, une autre entreprise était moins-disante pour cette option ; l'entreprise locale avait donc bénéficié d'un avantage injustifié.

En ce qui concerne la Côte d'Ivoire et le Sénégal, même si la violation des conditions d'attribution des marchés est abordée par les codes ivoiriens et sénégalais des marchés publics comme indiqué plus haut, il ne reste pas moins vrai que leurs codes pénaux gardent le silence quant à leur qualification pénale. La pénalisation des marchés publics en Côte d'Ivoire et au Sénégal reste en effet, du moins au plan textuel, un domaine peu exploré à la fois par le législateur que par les tenants de la doctrine. Ne disposant pas de l'outillage juridique nécessaire, le juge pénal se contente jusqu'ici d'un pis-aller pour sanctionner les irrégularités qui lui sont signalées dans les procédures de passation.

L'imprécision des dispositions pénales en ce domaine, et le nombre peu connu des décisions de justice non publiées ou encore l'absence d'une formation spécifique des magistrats révèlent que, l'émergence d'un droit pénal¹³⁹ directement applicable aux marchés publics, n'a jusque-là pas encore été concrétisée. Aujourd'hui, si on se réfère à la lente formation d'un véritable contentieux pénal de la commande publique et ses hésitations à suivre l'évolution actuelle des mutations propres aux marchés publics, on peut facilement remarquer qu'il est urgent et impératif de créer un cadre juridique autonome adapté au volet pénal de la passation des marchés publics dans l'espace UEMOA.

Mais au-delà de ces considérations théoriques et pratiques, l'on est encore préoccupé par la question de l'absence des dispositions réglant de manière satisfaisante, le problème des procédures d'urgence relativement au contentieux de la passation des marchés publics. En effet, l'augmentation des risques contentieux des marchés publics dans l'action administrative ne pouvait, selon P. TERNEYRE, « *se satisfaire d'un droit du contentieux des contrats administratifs obsolète, inadapté et paradoxal. Il faut nécessairement des recours contentieux modernisés, rapides, efficaces et ouverts*¹⁴⁰. Or, l'efficacité des recours juridictionnels est le plus souvent compromise par la durée incompressible du procès et la lenteur particulière des juges administratifs. C'est pourquoi, pour être vraiment efficace, le recours devrait être préventif et l'intervention du juge rapide¹⁴¹. Il est même indiscutablement devenu comme le souligne B. POUJADE, « *une procédure-clé dans le contentieux contractuel*¹⁴² ». Plus grave encore, on a pu remarquer que l'efficacité du contrôle juridictionnel en contestation des décisions de l'autorité de régulation est gravement affectée par l'interdiction que se fait à lui-même, le juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration. On ne peut lui trouver aucune justification théorique véritablement satisfaisante. Puisque, ordonner à l'administration de faire ce que le droit lui impose, ne constitue pas en soit, une méconnaissance

139 C. PREBISSY-SCHNALL, La pénalisation du droit des marchés publics, *L.G.D.J, Paris*, 2002, p. 87 et svt.

140 P. TERNEYRE, Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? *in Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Rapport public, Conseil d'État, éd. Paris, documentation française, 2008, p. 383.

141 P. CASSIA, Pratique des référés précontractuels, éd. Paris, Litec, 2008, p. 2.

142 B. POUJADE, Le référé précontractuel, *RFDA*, 2002, p. 279

sance de la séparation des pouvoirs ou des fonctions¹⁴³ ! Et qu'elle n'est posée par aucun texte. D'ailleurs, cette attitude du juge africain de l'administration, et particulièrement ivoirien et sénégalais, peut être perçue par les justiciables comme un déni de justice. En réalité, l'inexistence de cette règle de référé précontractuel en droit ivoirien et sénégalais constitue un obstacle insurmontable à la modernisation de la juridiction administrative.

C'est pourquoi, Mamadou DIALLO préconise une réforme en la matière pour les États membres de l'UEMOA, lorsqu'il affirme que « *la réforme du droit des marchés publics impulsée par le droit communautaire devrait induire de nouvelles méthodes de gestion du contentieux y relatif*¹⁴⁴ ». En d'autres termes, l'auteur plaide pour l'institution d'un référé précontractuel à l'image de celui de la France¹⁴⁵. Le référé précontractuel permet au juge administratif de statuer en urgence, c'est-à-dire en moins de vingt jours sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence¹⁴⁶. Les autorités chargées de la régulation des marchés publics des États africains de l'UEMOA, doivent se prévaloir de cette voie de droit préventive, dont le principe est simple : corriger au plutôt, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, la méconnaissance des procédures auxquelles sont soumises ces contrats et prévenir l'apparition d'autres illégalités¹⁴⁷.

Dans ce cas, on assistera à une étendue des pouvoirs conférés au juge des référés précontractuels. Il pourra alors, ordonner à l'administration, auteur du manquement, de se conformer à ses obligations¹⁴⁸. C'est-à-dire, contraindre l'administration à retirer un critère illégal du règlement de la consultation¹⁴⁹. Ce qui lui permettrait, après avoir annulé une décision d'attribution d'un marché public en raison de la violation du code des marchés publics, d'exiger de l'administration de reprendre la procédure le plus rapidement possible en lui indiquant les orientations qu'il estime appropriées¹⁵⁰. Comme l'observent C. BERGEAL et F. LENICA, « alors que l'ordonnance de référé classique est un jugement provisoire sur un acte définitif, l'ordonnance de référé précontractuel est un jugement définitif sur un acte préparatoire¹⁵¹ ».

CONCLUSION

En guise de conclusion, il faut souligner que ces dix dernières années auront porté pour la Côte d'Ivoire et le Sénégal, l'empreinte d'une décennie caractérisée par un combat commun, celui de mettre fin aux pratiques sombres qui depuis longtemps sévissent dans les marchés publics. Le risque contentieux dans la passation des marchés publics des États de l'UEMOA s'est développé de façon exponentielle du fait, non seulement de la complexité des règles applicables et l'ouverture de plusieurs secteurs d'activité publique à la concurrence, mais aussi de la création et du fonctionnement des autorités de régulation.

143 Ch. DEBBASCH, Déclin du contentieux administratif, *opt.cit.*, p. 97

144 M.Y. DIALLO, *op.cit.*, p. 31

145 Le référé précontractuel a été introduit en France par la loi n°92-10 du 4 janv. 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et travaux, *J.O.R.F* n°5, 7 janv. 1992, p. 327 et codifié à l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

146 A. MENEMENIS, Les pouvoirs du juge du référé précontractuel, Droit administratif, éd. *Paris Dalloz*, 2019, p. 21.

147 J.D. DREYFUS, Référé précontractuel et référé contractuel : l'ignorance prémunit contre l'irrecevabilité », note sous CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, in *AJDA*, 2011, p. 51.

148 L. PREUD'HOMME, L'articulation des voies de recours dans le contentieux de la commande à l'initiative des tiers au contrat, *Thèse, Université Paris, Panthéon Sorbonne*, 2013, p. 45.

149 CE, 25 juil. 2001, Commune de Gravelines, Rec. p. 391, *AJDA*, 2002, p. 46, lire concl. D. PIVETEAU

150 M.Y. DIALLO, *Op. cit.*, p. 34.

151 C. BERGEAL et F. LENICA, Le contentieux des marchés publics, éd. Paris, Imprimerie nationale, 2004, p. 87.

L'on ne peut dénier que les efforts entrepris, ont apporté des changements significatifs à divers niveaux. En effet la nouvelle réglementation née de ces apports a su asseoir un climat d'évolution, de constance et de relative confiance dans l'assainissement des pratiques de passation, de même que dans les mécanismes de contrôle.

Mais malgré les efforts consentis ici et là, les incohérences dans les pratiques n'ont pas disparu pour autant. De ce fait, comme nous l'avons relevé, les entorses sont toujours légions. Elles semblent à certains égards considérablement éprouver les efforts si durement consentis, du moins au plan textuel et occultent ainsi les retombées positives que l'on pouvait escompter du respect des règles de transparence. Nous avons compris qu'une prise de conscience était nécessaire, mais elle ne saurait garantir à elle seule l'intégrité tout au long du processus de passation et de contrôle des marchés.

Ainsi, le professionnalisme du personnel impliqué est-il essentiel pour garantir la bonne gestion et la prévention de ces risques contentieux. Cette nouvelle configuration du paysage administratif donne l'occasion au juge d'intervenir, soit pour rappeler les règles du jeu économique, auquel cas le juge témoigne de son rôle d'arbitre et de régulateur du système économique, en particulier la passation des marchés publics. Mais, il prend en considération le fait que l'évolution ainsi que la diversification des champs d'action de l'administration doivent l'amener à concevoir son office autrement s'il ne veut être un juge dépassé par les événements. Ses outils doivent être adaptés à la résolution des litiges, en particulier, les contentieux de la passation des marchés publics soumis à son appréciation.