UNIVERSITÉ DU BURUNDI
GRENIER DU SAVOIR DU BURUNDI
Dépôt institutionnel officiel
https://repository.ub.edu.bi

La procédure de passation des marchés publics

GATABAZI, Juvin; directeur: Dr. Michel MASABO

2010
UB, Faculté de Droit
https://repository.ub.edu.bi/handle/123456789/939

Document téléchargé depuis le **Grenier du Savoir du Burundi** — https://repository.ub.edu.bi

339.
13.
012
GAT

Rés.

UNIVERSITE DU BURUNDI

FACULTE DE DROIT

LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Par Juvin GATABAZI

Directeur : Dr. Michel MASABO

Mémoire présenté et défendu en vue de l'obtention du grade de Licencié en Droit.

Bujumbura, janvier 2010

DEDICACE

A notre père ;
A notre mère ;
A nos regrettés frères NKENGURUTSE Salvator et NSHIMIRIMANA Pierre-Claver, fauchés dans la jeunesse de l'âge;
A nos frères et sœurs ;
A nos oncles et tantes ;
A nos cousins et cousines ;
A nos neveux et nièces.

REMERCIEMENTS

Au moment où ce travail prend sa forme définitive, c'est pour nous l'occasion d'exprimer nos sincères remerciements à tous ceux qui ont concouru à sa réalisation.

Nos remerciements s'adressent à tous ceux qui nous ont enseigné depuis l'école primaire jusqu'à l'Université du Burundi. La formation qu'ils nous ont dispensée restera pour nous d'une utilité inestimable.

Notre profonde gratitude va particulièrement à l'endroit de Monsieur Michel MASABO, pour ses nombreux et pertinents conseils.

Notre profonde gratitude s'adresse également à Monsieur Pancrace NDABATINYE, Directeur du C.A.M.P. pour les renseignements qu'il a bien voulu nous fournir.

Que nos parents et amis dont les sacrifices ne sont pas matériellement évaluables trouvent dans ce travail le couronnement de leurs efforts. Nous pensons particulièrement aux familles CISHAHAYO Jean et NIRAGIRA Emmanuel, pour leur contribution pendant l'élaboration de ce mémoire.

Nos sentiments d'estime et de reconnaissance vont également à l'endroit de tous les amis avec qui nous avons partagé les joies et les peines des résidences universitaires.

A tous ceux qui, de quelque manière que ce soit, nous ont apporté leur soutien, nous disons merci.

SIGLES ET ABREVIATIONS

Al.	: alinéa
Art.	: article
B.O.B.	: Bulletin Officiel du Burundi
C.A.B.	: Cour Administrative de Bujumbura
C.A.M.P.	: Conseils et Assistance en Marchés Publics
C.C.	: Code Civil
C.C.A.G.	: Cahier des Clauses Administratives Générales
C.C.A.P.	: Cahier des Clauses Administratives Particulières
C.C.L.III.	: Code Civil Livre III
C.C.M.P.	: Commission Centrale des Marchés Publics
C.C.T.G.	: Cahier des Clauses Techniques Générales
C.C.T.P.	: Cahier des Clauses Techniques Particulières
C.E.E.	: Communauté Economique Européenne
D.G.M.P.	: Direction Générale des Marchés Publics
D.N.C.M.P.	: Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics
E.E.B.	: Etablissements Emile Bruylant
Ed.	: Edition
F.D.N.	: Force de Défense Nationale
G.J.D.	: Guide Juridique Dalloz
Idem	: même auteur, même ouvrage
Infra	: Développements ultérieurs
J.G.D.	: Jurisprudence Générale Dalloz
L.G.D.J.	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N.E.A.	: Nouvelles éditions africaines
n°	: numéro
O.M.	: Ordonnance Ministérielle
O.P.U.	: Office des Publications Universitaires
Op. cit.	: Opere citato (ouvrage déjà cité)
T.D.R.	: Termes de Références

INTRODUCTION GENERALE

Pour réaliser leur mission d'intérêt général, l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public empruntent plusieurs voies.

Ces personnes publiques peuvent agir en vertu de l'autorité que leur confèrent les lois et les règlements, en prenant des décisions exécutoires, en édictant des règlements et en décrétant des expropriations pour cause d'utilité publique ou des réquisitions des personnes ou de biens.[1]

Ces personnes publiques peuvent aussi emprunter le procédé contractuel. Ainsi, concurremment avec le procédé de l'acte unilatéral, les personnes publiques utilisent le procédé contractuel dans lequel une situation juridique est créée par un accord de volontés des intéressés, générateurs de droits et d'obligations.

Ces contrats se présentent sous diverses dénominations. On parlera tantôt de contrats de droit privé dont l'une des personnes contractantes est une personne publique, tantôt de contrats administratifs obéissant à des règles particulières et variées.

Les marchés publics font partie des contrats administratifs et constituent la principale catégorie ou branche de ces derniers. La place qu'ils occupent au sein des contrats administratifs est justifiée par la nécessité qu'éprouvent les personnes publiques d'acquérir des moyens matériels indispensables pour le fonctionnement des services publics et la satisfaction de l'intérêt général. De cette préoccupation est née la volonté des pouvoirs publics de consacrer une réglementation particulière aux marchés publics, qui sont un des moyens commodes pour les administrations d'acquérir des biens et services.

Le législateur burundais vient récemment de mettre en place une nouvelle réglementation sur les marchés publics à travers la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics. Il s'agit d'explorer la nouvelle législation surtout les innovations apportées par cette dernière sur les procédures de passation, sur les critères d'attribution, sur les modalités de participation aux commandes publiques et sur les nouvelles structures chargées de procéder à l'attribution des marchés. La législation prévoit une procédure de droit commun (appel d'offres ouvert) et trois procédures exceptionnelles (appel d'offres restreint, appel d'offres avec concours et le gré à gré). De plus, du jour au jour, l'actualité nous abreuve de nouvelles sur les réclamations des soumissionnaires

---

[1] C. CAMBIER, Droit administratif, Bruxelles, Maison Ferdinand-Larcier, 1968, p.208 ; A. MAST (+), Précis de droit administratif belge, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1989, p.110.

évincés et des dénonciations des associations de la société civile œuvrant dans le domaine de la bonne gouvernance, d'où la nécessité d'y apporter une étude critique, réalisée à la lumière d'un travail effectué sur terrain.

Etant déjà imprégné des dispositions légales nouvellement promulguées, nous nous sommes posé la question de savoir si les intervenants en matière de passation des marchés publics (les soumissionnaires, les organes de passation, les autorités qui nomment les organes de passation) se conforment scrupuleusement au prescrit de la loi en adoptant une attitude conséquente par rapport à cette dernière.

Comme méthodologie de travail, nous avons évidemment consulté la législation sur les marchés publics mais aussi assisté aux séances d'ouverture des offres et enfin, nous avons soumis un guide d'entretien à certains soumissionnaires, à certains membres du personnel de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics et aux privés groupés dans des officines assurant le counseling ou le courtage dans les marchés publics.

Pour bien mener l'étude, nous l'avons subdivisée en trois chapitres.

Le premier chapitre est consacré aux généralités sur les marchés publics. Après avoir défini la notion de marché public et dégagé ses caractères, nous distinguerons les marchés publics des autres contrats administratifs ; ce qui nous permettra de mettre en évidence les différentes catégories de marchés publics prévus par la législation burundaise. La question des compétences et des principes de base en matière de passation des marchés sera également abordée.

Le deuxième chapitre concerne les modes de conclusion des marchés publics. La loi organise un mode de droit commun (appel d'offres ouvert) et des modes exceptionnels (appel d'offres restreint, appel d'offres avec concours, le gré à gré). Le critère d'attribution du marché est l'offre conforme aux spécifications techniques et évaluée la moins-disante, à l'exception des marchés de prestations intellectuelles. Les offres établies conformément aux prescriptions du dossier d'appel d'offres et déposées dans les délais sont ouvertes et examinées et le marché est attribué au candidat qui aura présenté l'offre favorable pour l'autorité contractante.

Le troisième chapitre est axé sur les innovations (ouverture aux nouvelles technologies d'information et de communication, libéralisation de l'économie, instauration des préférences communautaires, ...) et à la pratique dans les marchés publics. A côté du prescrit de la loi, il a paru opportun de s'intéresser à la pratique dans la passation, l'attribution et l'exécution des marchés publics.

Une conclusion générale clôturera ce travail.

CHAPITRE I : GENERALITES SUR LES MARCHES PUBLICS

D'emblée, il sied de dessiner les contours de la notion de marché public afin d'éviter de trop fréquentes répétitions ou renvois qui risqueraient d'incommoder le lecteur.

Après avoir défini la notion de marché public et dégagé ses caractères, nous distinguerons les marchés publics des autres contrats administratifs et ferons ressortir les différentes catégories de marchés publics prévues par la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics.

Section 1 : Définition et caractères des marchés publics

En dehors de la modalité dite « en économie » ou en « régie », des cas de réquisition et d'expropriation pour cause d'utilité publique, les personnes publiques recourent, au procédé contractuel en vue de se procurer des biens et services nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général ; elles concluent alors des marchés publics notamment[1].

Mais que recouvre la notion de marché public ? Cette notion fait l'objet de controverses doctrinales et la jurisprudence n'a pas encore dissipé toutes les ambiguïtés existantes autour d'elle.

§1. Définition

R. ROMEUF définit un marché comme étant un contrat par lequel une personne privée s'engage envers une personne publique à réaliser pour le compte et sous la surveillance de celle-ci, un ouvrage public ou à lui fournir des objets ou un service utile au fonctionnement d'un service public moyennant un prix déterminé par la base prévue au contrat.[2]

Le législateur définit le marché public comme étant un contrat écrit, conclu à titre onéreux, passé conformément aux dispositions du Code des marchés publics, par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire des services s'engage envers l'une des personnes morales publiques ou privées, c'est-à-dire les personnes privées agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou celle bénéficiant d'un concours financier ou de la garantie de l'Etat ou de toute autre personne morale de droit public, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix.[3]

---

[1] J.P. HAINAUT et R. JOLIET, Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun, t1, Bruxelles, E.E.B., 1962, p.9.

[2] R. ROMEUF, La pratique des marchés publics, 2e éd., Paris, Delmas, 1978, p.108.

[3] Annexe I à la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, définition des principaux termes utilisés, p.327.

Les définitions données par la doctrine et le législateur déterminent clairement l'objet d'un marché public et la personne publique au compte de qui le marché est exécuté. Elles mentionnent également le cocontractant de la personne publique et la rémunération qui est la contrepartie de l'obligation qu'il assure envers la personne publique concernée.

Un marché public est un contrat administratif, conclu à titre onéreux, passé avec des personnes publiques ou privées et qui répond aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux.[1] Cette définition ne mentionne pas les marchés de prestations intellectuelles mais elle est très intéressante car elle prévoit la possibilité offerte aux personnes publiques de participer aux commandes publiques lancées par d'autres personnes morales de droit public.

Le législateur distingue plusieurs types de marchés publics : les marchés de travaux publics qui sont les plus nombreux, les marchés de fournitures, les marchés de services, les marchés de prestations intellectuelles, les marchés à commandes, les marchés de clientèle.[2]

§2. Les caractères d'un marché public

Les caractères d'un marché public découlent même de la définition donnée par le législateur. Les marchés publics se caractérisent et se différencient des autres contrats administratifs par leur objet et les parties contractantes.

A. L'objet du marché public

L'objet d'un contrat administratif ou d'un marché public est l'opération qu'il permet de réaliser (travaux, une vente, des services, des fournitures, une location, une embauche,...). Le marché public étant un contrat synallagmatique, c'est-à-dire celui qui engendre des obligations à la tête de chacune des parties ; le cocontractant de l'administration qui peut être un entrepreneur, un fournisseur ou prestataire de services, s'engage à fournir une prestation (travaux, fournitures, services, prestations intellectuelles). Quant à l'autorité contractante, elle s'engage à payer le prix, la rémunération du cocontractant.

---

[1] www.Wikipédia.org

[2] Art. 31, 32 et 33 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.295-296.

1. Une prestation

Les prestations dont le marché public fait l'objet peuvent être de natures diverses.[1] Le législateur distingue des marchés publics dont les prestations sont matériellement identifiables (marchés de travaux publics, marchés de fournitures, marchés de services) et d'autres non quantifiables physiquement tels que les marchés de prestations intellectuelles.

Il en découle que tout contrat, même administratif, pour lequel la réalisation des travaux publics, fournitures de biens, de services ou de prestations intellectuelles ne constitue pas l'objet, n'est pas un marché public selon la définition retenue.

Cependant, la question n'est pas du tout tranchée, car dans certains cas, la construction d'un ouvrage peut comporter la fourniture de matériaux.

L'important est que l'administration contractante reçoive quelque chose en contrepartie du prix qu'elle offre. Le marché peut aller loin et charger le cocontractant de l'administration, non seulement de livrer un bien à l'administration, mais également d'en assurer l'exploitation ; tel est le cas d'une entreprise de travaux publics dont le titulaire doit à la fin construire et exploiter l'ouvrage[2].

2. Le prix

Sans prix, il n'y a point de marché. Le cocontractant de l'administration n'a pas l'intention de faire une gratuité. Il faut qu'une fois les travaux publics exécutés, les fournitures données ou livrées, les services rendus, les prestations intellectuelles exécutées; le cocontractant de l'administration ait droit à une rémunération en contrepartie de la prestation fournie ou réalisée.

Le prix lui-même doit être exclusif de tout autre mode de rémunération. Le cocontractant de l'administration n'aura donc ni à percevoir des redevances ou à participer aux résultats d'exploitations ; en pareil cas, on ne serait pas en présence d'un marché public mais peut-être d'une concession de service public. La rémunération exclusive du cocontractant de l'administration pour un prix déterminé ou déterminable constitue une condition nécessaire et suffisante de la définition du marché public[3].

---

[1] Idem, p.3.
[2] A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, t1, Paris, L.G.D.J., 1983, p.251.
[3] P. C. KARABINJIYE, L'application des sanctions en cas d'inexécution fautive d'un marché public, Bujumbura, Mémoire, 1987, p.11.

B. Les parties au contrat

Les marchés publics sont des contrats synallagmatiques, c'est-à-dire des contrats générant des obligations conventionnelles à la tête de chacune des parties.

En matière de marchés publics, la personne publique intéressée est l'une des parties au contrat. Le cocontractant doit être un entrepreneur chargé d'exécuter des travaux dans le cadre des marchés de travaux publics, un fournisseur chargé de livrer des biens dans les marchés de fournitures, un prestataire de services ou de prestations intellectuelles ; le tout au profit de l'administration. Par exemple, la vente des biens de l'Etat n'est pas un marché public, le fournisseur n'étant pas le particulier mais l'Etat lui-même.

La vente des biens de l'Etat est soumis au prescrit de la loi n°1/11 du 11 juillet 2008 portant Procédures de vente des biens du domaine privé de l'Etat alors que les marchés publics sont soumis à la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics.

§3. La distinction entre marchés publics et les autres contrats administratifs

Habituellement, on distingue les contrats de droit privé conclus par l'administration en se présentant comme un simple particulier et les contrats administratifs, conclus suivant des procédures légales et réglementaires dont font partie les marchés publics.

Cependant, très peu d'auteurs font la distinction entre les contrats administratifs[1] et les marchés publics d'autant plus que ces derniers sont soumis à une réglementation autonome[2]. D'autres trouvent des critères de distinction dans l'importance des contrats ; les marchés publics sont considérés comme des contrats de grande importance dont le poids dans l'économie est considérable[3].

Malgré cette absence de distinction expresse entre les contrats administratifs et les marchés publics, il est possible de dégager des points de convergence entre ces deux catégories de contrat et les autres qui les séparent.

---

[1] J. RIVERO, Droit administratif, 12ème édition, Paris, Dalloz, 1987, p.117.
[2] La loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B., n°2 bis/2008, pp.278-327.
[3] A. MAHIOU, Cours d'institutions administratives, Alger, O.P.U., 1982, p.233 ; R. CHAPUS, Droit administratif général, t2, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1992, p.289.

A. Les points communs aux marchés publics et aux autres contrats administratifs

Les marchés publics et les autres contrats administratifs présentent certaines ressemblances. Les contrats administratifs et les marchés publics sont nommés ainsi par une loi. Parfois un texte qualifie expressément le contrat et le problème est résolu.

A défaut d'un texte, c'est finalement au juge administratif à qui il revient en cas de litige de déterminer la nature du contrat en cause. Pour cela, il utilise différents critères car beaucoup de contrats relèvent des catégories qui se voient appliquées des règles spécifiques[1]. Le juge prend en compte d'une part la qualité de la personne contractante et d'autre part l'objet ou l'exécution d'un service public et la présence des clauses exorbitantes du droit commun dans le contrat en cause.

1. La détermination légale ou réglementaire

Il existe certains critères qui permettent de qualifier tel contrat comme étant un contrat administratif (ou un marché public) ou non. Tel est le cas lorsque le législateur ou l'autorité réglementaire s'est prononcée sur la nature du contrat notamment en confiant le règlement des litiges nés de celui-ci à la juridiction administrative[2].

Lorsque le législateur consacre expressément ou tacitement par le renvoi du contrat en question à la compétence de la juridiction administrative la qualification de contrat administratif, il n'y a plus de choix. Dans ce cas, le choix de l'administration contractante ne dépassera pas les limites fixées par le législateur.

2. La détermination jurisprudentielle

En cas d'imprécision ou lacune de la loi, la jurisprudence a également élaboré des critères de distinction des marchés publics et des autres contrats administratifs. Ces critères de distinction se retrouvent aussi bien dans les marchés publics que dans les autres contrats administratifs. Le juge prend en compte la qualité des contractants, l'exécution d'un service public et enfin la présence des clauses exorbitantes du droit commun. Ces critères sont alternatifs.

---

[1] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, Droit administratif, 8e éd., Paris, Armand Colin, p.399.
[2] Art. 141de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.322.

a. La présence de la personne publique dans les contrats administratifs

La présence de la personne publique est une condition indispensable pour qu'il y ait marché public. En effet, un contrat entre simple particulier n'est pas en principe un contrat administratif encore moins un marché public.

Toutefois, un contrat entre deux personnes peut être administratif si l'une des parties agit comme un mandataire d'une personne publique ; en cas de mandat, c'est la personne représentée qui est véritablement partie au contrat[1].

Il faut en outre que le contrat administratif soit orienté dans l'accomplissement d'une mission de service public.

b. L'exécution d'un service public

L'exécution d'un service public constitue non un critère lui-même du contrat administratif mais une des conditions qui doit être remplie pour que le contrat puisse avoir cette nature. Que faut-il entendre par la notion de service public ?

A. BUTTGENBACH définit la notion de service public en se référant aux critères organique et matériel.[2]

Selon le critère organique, la notion de service public évoque l'administration en général ou une institution administrative déterminée tels le Ministère de la Justice ou le Ministère de l'Education Nationale et de la Recherche Scientifique. Selon ce critère, dès qu'il y a présence d'une institution administrative, il y a service public.

Selon le critère matériel, la notion de service public recouvre toute activité entreprise en vue de satisfaire l'intérêt général. En fin de compte, le service public-activité est assuré par le service public-institution ou encore on peut dire que toute activité d'intérêt général est prise en charge ou est assurée par l'administration ou une institution administrative déterminée. La justice, l'enseignement, la santé sont des services publics. Le service public est toujours animé et est justifié par la satisfaction de l'intérêt général.

---

[1] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, op. cit., p.400.

[2] A. BUTTGENBACH, Manuel de droit administratif, 3e éd., Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1966, p.102 ; A. DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, t2, 9e éd., Paris, L.G.D.J., 1969, p.192.

D'après G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, même si un contrat n'a pas pour objet l'exécution même du service public, le juge peut le qualifier de contrat administratif ; pour cela, il faut que les rapports des contractants soient dérogatoires du droit privé ; ce qui peut résulter des clauses exorbitantes du droit commun[1].

c. La présence de clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs

Un contrat est administratif s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun. La présence de telles clauses est une manifestation évidente de la puissance publique et elle écarte l'application du droit privé. Tout en reconnaissant le principe de la liberté contractuelle, sont autrement dérogatoires les clauses excédant cette liberté et sont insusceptibles de figurer dans un contrat entre particuliers.[2] En quoi consistent ces clauses ?

La doctrine française définit les clauses exorbitantes du droit commun comme étant des stipulations ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consenties par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales.[3] Il y a pour les contractants une situation qui n'est pas celle qui, normalement serait résultée d'un accord conclu conformément au droit commun. Ces clauses expriment en général la présence ou les exigences de l'intérêt général dans la convention.

La plupart du temps, ces clauses attribuent certaines compétences à l'administration contractante notamment le pouvoir de contrôle sur l'exécution d'un contrat, le pouvoir de modification unilatérale du contrat si les besoins de service l'exigent et le pouvoir de résilier le contrat sous réserves des dommages-intérêts à octroyer au cocontractant[4]. D'où la présence des clauses exorbitantes de droit commun dans un contrat emporte la qualification de contrat administratif.

---

[1] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, op. cit., p.400.
[2] J. RIVERO et J. WALINE, Droit administratif, 18e éd., Paris, Dalloz, 2000, p.122.
[3] A. MAURIN, Droit administratif, 3e éd., Paris, Ed. Sirey, 2001, p.68-315.
[4] A. BUTTGENBACH, op. cit., p.192.

B. Les points de divergence entre les marchés publics et les autres contrats administratifs

Il n'est pas du tout aisé ou facile de relever les éléments caractéristiques des contrats administratifs que les marchés publics ne manifestent pas.

La distinction primordiale entre les marchés publics et les autres contrats administratifs tient surtout à leur objet bien précis. L'objet des marchés publics est celui de réaliser des travaux publics dans le cadre des marchés de travaux publics, de donner ou de livrer des fournitures dans les marchés de fournitures, de rendre des services dans les marchés de services ou des prestations intellectuelles dans le cadre des marchés de prestations intellectuelles contre versement ou paiement d'argent.

Une différence de taille existe néanmoins du fait que les marchés publics sont soumis à une réglementation commune en l'occurrence le Code des marchés publics alors que les autres contrats administratifs sont régis par les diverses lois et règlements[1].

Même les différentes sortes de marchés publics prévues par le Code des marchés publics sont marquées elles-mêmes par des différences liées à leur objet, d'où la distinction des marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, les marchés de services et les marchés de prestations intellectuelles[2].

§4. Les différents types de marchés publics

Le législateur burundais distingue plusieurs types de marchés publics : les marchés des travaux publics ; les plus nombreux, les marchés de fournitures, les marchés de services et les marchés de prestations intellectuelles. Cette distinction se base sur l'objet.

A. Les marchés de travaux publics

Les marchés de travaux publics constituent la principale catégorie de marchés publics que les différentes administrations concluent. On va successivement donner la notion et l'objet.

---

[1] Contrats de cession et de concessions des terres domaniales à l'al. 4 de l'art. 249 de la Loi n°1/008 du 1er septembre 1986 portant Code foncier du Burundi, B.O.B., n°7 à 9/1986, pp.1256-1262.

[2] Art. 33 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.327.

1. Définition

Le législateur définit le marché de travaux publics comme étant un marché ayant pour objet la réalisation au bénéfice d'une autorité contractante de tous travaux de bâtiment, de génie civil, génie rural ou de la réfection d'ouvrages de toute nature[1].

Cette définition mentionne l'objet du marché et l'une des parties au contrat en l'occurrence l'autorité contractante. Mais, elle n'évoque nulle part la personne du cocontractant et le prix qui est la contrepartie de sa prestation. De même, le marché de travaux publics n'a pas seulement pour objet tous travaux de bâtiment, de génie civil, génie rural ou de la réfection d'ouvrages de toute nature mais on peut ajouter d'autres objets comme la démolition d'un bâtiment en ruine appartenant à une personne publique[2].

A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE définissent le marché de travaux publics comme étant un marché ou un contrat par lequel une personne publique charge un entrepreneur d'exécuter un travail public moyennant le paiement d'un prix[3]. Cette définition mentionne les parties au contrat, l'objet du marché et le prix. Les deux derniers éléments font défaut dans la définition donnée par le législateur.

2. L'objet des marchés de travaux publics

La définition d'un marché de travaux publics fait ressortir des éléments caractéristiques de ce dernier. A côté du prix et des parties au contrat, il sied de préciser l'objet des marchés de travaux publics eu égard à la complexité de ceux-ci, surtout aux différentes interprétations qui peuvent en découler.

La notion de travail public a toujours été comprise dans un sens relativement large. Elle n'est jamais limitée par l'exigence d'une stricte relation avec le domaine public ou le service public, elle demeure liée à la présence de trois conditions traditionnelles[4] : l'objet immobilier du travail, son but d'utilité générale et sa réalisation pour le compte d'une personne publique.

---

[1] Idem, p. 3.
[2] C. DEBBASCH, J. BOURDON, J.M. PONTIER, J.-C. RICCI, Institutions et droit administratif, biens, expropriation, travaux publics, Paris, P.U.F., 1982, p.324.
[3] A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, op. cit., p.255.
[4] A. DE LAUBADERE, op. cit., p.391.

a. Le travail doit être réalisé sur un immeuble

A. de LAUBADERE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET donnent de la notion de travail public une interprétation extensive. La notion de travail public doit être comprise de façon large. Elle ne se limite pas aux opérations matérielles majeures modifiant la structure de l'immeuble (construction, réparation, transformation ou destruction) mais également les opérations matérielles de moindre importance qui peuvent intéresser l'immeuble. Cependant, le lavage des vitres ou balayage des bureaux ne sont pas de travaux publics car ils n'ont rien de commun avec le maintien en état des lieux et de leurs accessoires[1].

Seuls peuvent être considérés comme des travaux publics les travaux effectués sur des immeubles. La distinction des biens meubles et immeubles ne soulève pas de difficultés, on retient les critères civilistes. De manière générale, il ne peut y avoir de travail public que si le travail est effectué sur le sol ou quelque chose incorporé au sol[2]. Cependant, même les immeubles par destination peuvent être objet d'un travail public.

Les travaux exécutés sur des biens privés et au bénéfice des personnes privées constituent des travaux publics s'ils sont effectués « pour la réalisation d'une mission de service public »[3].

b. Le travail doit avoir une destination d'utilité publique

La notion d'utilité publique est une notion dont il n'est pas aisé de déterminer toutes les facettes. Cependant, il ne peut y avoir de travaux publics lorsque l'intérêt général n'est pas le but direct des travaux, lorsque les personnes publiques exécutent ou font exécuter des travaux pour des intérêts purement privés. L'utilité publique doit être déclarée si les travaux exécutés privent les personnes privées de leurs propriétés[4].

c. Le travail doit être effectué par ou pour le compte d'une personne publique

Cette condition est remplie dès lors que l'opération doit aboutir à la construction, à l'aménagement d'un immeuble qui reviendra à l'administration. Elle est également réalisée en cas d'entretien ou de démolition des immeubles dont la personne publique était déjà propriétaire au moment de l'exécution du travail.

---

[1] A. DE LAUBADERE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDMET, Traité de droit administratif, t1, 15e éd., Paris, L.G.D.J., 1984, p.395.

[2] Voir C.C.L II, art. 5, 6, 7 et 8 ; Code foncier, art. 4, 5, 6, et 7, B.O.B., n°7 à 9/86, p.128.

[3] A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, op. cit., p.250.

[4] C. DEBBASCH, J. BOURDON, J.-M. PONTIER et J.-C. RICCI, Droit administratif, 3e éd, Paris, P.U.F., 1993, p.314.

B. Les marchés de fournitures

1. Définition

Le législateur définit le marché de fournitures comme étant un marché qui a pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de biens de toute nature, y compris des matières premières, des produits, équipements immobiliers, terrains et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse ainsi que les services accessoires à la fourniture de ces biens au bénéfice d'une autorité contractante.[1]

La définition donnée par le législateur n'est pas exhaustive à l'égard des éléments sur lesquels peuvent porter les marchés de fournitures à faire passer. Elle ne mentionne pas la personne du cocontractant de l'administration et sa rémunération.

Dans le Dictionnaire des termes juridiques, le marché de fournitures est défini comme un contrat administratif ayant pour objet de procurer à l'Etat ou à une autre personne morale de droit public des matières, des denrées ou objets mobiliers moyennant une rémunération aux risques et périls du fournisseur[2].

La définition donnée dans le dictionnaire est aussi générale à l'égard des éléments sur lesquels peuvent porter les marchés de fournitures. Elle mentionne sa rémunération mais oublie de préciser le cocontractant de l'autorité contractante.

En analysant la définition donnée par le législateur et celle donnée par le dictionnaire des termes juridiques, on constate que la définition donnée par le législateur est plus complète. Cependant, elle sous-entend deux prestations : prestation principale et prestation accessoire.

2. Objet d'un marché de fournitures

Contre une rémunération pécuniaire versée par l'administration contractante, le fournisseur doit livrer à l'administration contractante des biens de toute nature y compris les matières premières, produits, équipements immobiliers, terrains et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse ainsi que les services accessoires à la fourniture de ces biens au bénéfice d'une autorité contractante[3].

---

[1] Idem, p.3.
[2] S. CORNIOT, Dictionnaire des termes juridiques, t2, 2e éd., Paris, 1966, p.117.
[3] Idem, p.3.

C. Les marchés de services

1. Définition

Le législateur définit le marché de services comme étant un marché qui a pour objet la prestation de services au bénéfice d'une autorité contractante[1]. L'analyse de cette définition ne permet pas la détermination du service. Le service est indéterminé. Il ne mentionne pas le prix qui est la contrepartie de la prestation du cocontractant de l'administration.

La définition donnée par le législateur aurait été complète si elle mettait en évidence la rémunération du cocontractant ; le prix étant indispensable dans tous les marchés publics. Le marché de services serait donc un contrat par lequel un particulier s'engage vis-à-vis de l'administration moyennant une rémunération pécuniaire à exécuter une prestation autre qu'une fourniture, un travail, ou de prestations intellectuelles.

2. L'objet d'un marché de services

En contrepartie d'une rémunération en argent promise par l'administration contractante, le cocontractant s'engage à livrer un service. Il s'agit d'une prestation incorporelle, prestation qui peut être déterminée ou déterminable sur base du contrat intervenu.

D. Les marchés de prestations intellectuelles

1. Définition

Les marchés de prestations intellectuelles sont des marchés qui ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable. Ils sont attribués, après mise en concurrence des candidats préqualifiés.

2. Objet

En contrepartie d'une rémunération en argent promis par l'administration contractante, le cocontractant s'engage à livrer un élément difficilement quantifiable. Ce sont les études, la maîtrise d'œuvre, les services d'assistance technique, informatique et maîtrise d'ouvrages délégués, les contrats de conduite d'opérations.

---

[1] Idem, p.3.

Après la description des caractères et la distinction des catégories de marchés publics, il importe de signaler une innovation de la nouvelle législation sur les marchés publics, à savoir la planification de ces derniers par les organes compétents.

Section 2 : La planification des marchés publics

Le nouveau Code des marchés publics prévoit la planification des marchés publics selon les besoins et les crédits disponibles.

§1. Elaboration d'un plan prévisionnel

Les autorités contractantes sont tenues d'élaborer des plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics sur base de leur programme d'activité. Ces plans dûment approuvés par les organes compétents doivent être cohérents avec les crédits qui leur sont alloués. Ils sont révisables. Ils doivent être également communiqués aux directions de contrôle des marchés publics qui sont associés à leur processus d'approbation. Les autorités contractantes en assurent la publicité. Les marchés passés par les autorités contractantes doivent avoir été préalablement inscrits dans ces plans prévisionnels ou révisés, à peine de nullité, sous réserve de l'appréciation de la Direction de contrôle des marchés publics compétente.[1]

Certainement que les autorités contractantes élaborent les plans annuels de passation au moment où on est en train de préparer le budget ; au moment où il est discuté avec les services du Ministère des Finances. Il est avantageux que la direction nationale de contrôle des marchés publics apprécie l'opportunité de faire passer des marchés qui n'étaient même pas prévus. Le contraire aurait préjudicié le service public demandeur de biens ou de service si par exemple, ils bénéficient d'un financement extérieur pour des activités urgentes.

Le lancement d'une procédure de passation d'un marché public doit se conformer aux réglementations en matière de finances publiques. L'autorité contractante est tenue de s'assurer de la mise en place et de la disponibilité du financement avant le lancement de la consultation conformément à son plan prévisionnel annuel de passation des marchés, et ce jusqu'à la notification du marché.[2]

---

[1] Art. 15 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.291.
[2] Art. 17 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.292.

Aucune dépense ne pouvant être engagée que si elle n'est imputable sur un crédit voté, tous les contrats administratifs conclus par les collectivités étatiques supposent l'existence des crédits budgétaires régulièrement ouverts et suffisants pour couvrir la dépense. Les crédits budgétaires sont indispensables pour l'exécution des contrats.[1]

§2. Détermination des besoins

La définition des besoins, de leur nature et de leur étendue est essentielle car elle guide le choix de la procédure à mettre en œuvre.

La nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées avec précision par les autorités contractantes avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe. La détermination de ces besoins doit s'appuyer sur des spécifications techniques définies avec neutralité, professionnalisme et de manière non discriminatoire au regard des biens à acquérir. Le marché public doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins.[2]

Sans la vigilance de l'autorité contractante, les services publics pourront gonfler les besoins pour bénéficier des crédits importants en vue d'en détourner une partie. Il faut que l'autorité contractante mette à contribution l'expertise de certains professionnels dans chaque domaine déterminé.

La planification étant faite sur base d'un plan prévisionnel des besoins et surtout des crédits disponibles, la passation obéira à des principes directeurs. Elle est assurée par des organes compétents et multiples.

---

[1] A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, op.cit. , p.474.
[2] Art. 19 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.292.

CHAPITRE II : LES MODES DE CONCLUSION DES MARCHES PUBLICS

Les marchés des personnes publiques sont soumis au respect des procédures de passation prévues par le Code des marchés publics. L'existence de plusieurs procédures renforce le particularisme desdits marchés puisqu'elle limite sensiblement la liberté de choix qui caractérise les rapports conventionnels entre les particuliers ; cela dans le but évident de satisfaire et de sauvegarder l'intérêt général[1].

Le législateur distingue le mode de droit commun (appel d'offres ouvert) et les modes dérogatoires au droit commun (appel d'offres restreint, appel d'offres avec concours et le gré à gré).

Section 1 : La passation de marchés publics

La passation des marchés publics est l'accomplissement et la réalisation des procédures en vue de la conclusion d'un marché public.[2] Cette opération est dominée par un certain nombre de principes.

§1. Les principes qui dominent la passation des marchés publics

Ces principes garantissent l'égalité du traitement, la libre participation et la libre concurrence des soumissionnaires, personnes physiques ou morales.

A. Le principe de publicité

Il ne suffit pas d'ouvrir juridiquement le concours aux entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, c'est-à-dire de proclamer le principe de la libre concurrence, mais encore faut-il être à même de mettre en œuvre efficacement ce principe. Pour que la concurrence puisse jouer normalement et efficacement, il est indispensable d'assurer une publicité suffisante, de manière à favoriser la compétition entre le plus grand nombre possible de candidats.

La publicité est une garantie d'une part de la réalité et de l'efficacité de la libre concurrence et d'autre part de la correction de la procédure.[3] L'absence de publicité ou une publicité qui ne répondrait pas aux prescriptions règlementaires,

---

[1] M.A. FLAMME, op. cit., p.781.
[2] G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8ème édition, Paris, P.U.F., 1987, p.622.
[3] M. A. FLAMME, Traité théorique et pratique des marchés publics, t1, Bruxelles, E.E.B., 1969, p.300.

rend l'attribution susceptible d'annulation du moins s'il s'agit d'une irrégularité substantielle, c'est-à-dire qui a pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, voire rompre l'égalité des soumissionnaires.

La publicité est une caractéristique fondamentale de l'appel d'offres ouvert. L'article 47 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics impose une obligation de publicité pour tous les marchés. L'absence de publication de l'avis est sanctionnée par une nullité de procédure.

B. Le principe de concurrence

Le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, le souci d'impartialité qui en est le corollaire naturel comme celui d'assurer la compétition la plus large possible dans l'intérêt financier même de l'administration commande que tous les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services aient égale vocation à participer aux commandes publiques.[1]

La concurrence n'est toutefois illimitée qu'en principe. L'intérêt général exige un contrôle préalable et sérieux de certaines qualités indispensables par l'administration pour lui garantir l'exécution correcte de l'ouvrage projeté.

Outre l'obligation réglementaire, la mise en concurrence permet de répondre à un objectif d'efficacité économique.

Le principe de la libre concurrence soufre de certaines réserves : l'article 55 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics prévoit les cas d'inéligibilités dans lesquels les personnes physiques ou morales ne peuvent postuler aux commandes publiques. Cependant, la libre concurrence demeure le trait dominant de la procédure d'appel d'offres ouvert.

C. Le principe d'égalité

La notion de libre concurrence que commande le régime de l'appel d'offres ouvert postule la règle d'égalité des concurrents. L'autorité contractante doit traiter les soumissionnaires sur un même pied d'égalité.

L'administration ne peut créer de discriminations juridiques ni de discriminations de fait susceptibles soit d'avantager certains concurrents, soit de les handicaper. Par exemple, elle ne peut dispenser à un concurrent du cautionnement exigé des autres.[2]

---

[1] M. A. FLAMME, op. cit., p.300.
[2] J.P. HAINAUT et R. JOLIET, t1, op. cit., p.235.

Des avantages de natures diverses ont été reconnus par la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics ; c'est notamment les dispositions qui favorisent l'accès des petites et moyennes entreprises et plus généralement du secteur privé à la commande publique, la protection des soumissionnaires privés vis-à-vis de leur concurrent public pouvant bénéficier de part son régime juridique d'avantages significatifs, la non discriminations dans la définition des capacités, critères d'évaluation en rapport avec l'objet du marché, la limitation ou même la suppression du montant des garanties de l'offre, dispositions visant à favoriser la sous-traitance. Toutes ces dispositions visent à garantir l'égalité des soumissionnaires[1].

Le législateur garantit ce principe à l'égard même des soumissionnaires ressortissant des ensembles politiques et économiques dont le Burundi fait partie sous réserves de réciprocité[2].

Après les principes qui gouvernent la passation des marchés publics, il convient de préciser les documents qui fixent les conditions générales de passation, d'exécution et de règlement des marchés.

§2. Les documents du marché

Les documents prévus par la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics sont :

- le dossier d'appel d'offres ;
- le règlement particulier d'appel d'offres.

A. Le dossier d'appel d'offres

Le dossier d'appel d'offres comprend notamment :

a) L'avis d'appel d'offres (A.A.O.) rédigé en français ;
b) Le cahier des clauses administratives générales (C.C.A.G.) ;
c) Le règlement particulier d'appel d'offres (R.P.A.O.) ;
d) Le cahier des clauses administratives particulières (C.C.A.P.) ;
e) Le cahier des clauses techniques générales (C.C.T.G.) ;
f) Le cahier des clauses techniques particulières (C.C.T.P.), les termes de référence (T.D.R.) ou le descriptif de la fourniture ;
g) Le cadre du bordereau des prix unitaires ;
h) Le cadre du détail estimatif comprenant les quantités à exécuter (D.Q.E.) ;
i) Le cadre du sous-détail des prix ;

[1] Art.52 de la loi n°1/01du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.301.
[2] Art. 65 de la loi n°1/01du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.305-306.

j) Les formulaires types relatifs notamment à la soumission et aux cautions ;
k) Le cas échéant, les documents techniques ou tout autre document jugé nécessaire par l'autorité contractante[1].

Le dossier d'appel d'offres est, après publication de l'avis d'appel d'offres, mis à la disposition de chaque candidat qui en fait la demande contre paiement des frais y afférents dont le barème est fixé par l'autorité de régulation des marchés publics qui peut, à la demande de l'autorité contractante, autoriser sa délivrance à titre gratuit. La consultation est libre[2].

Les modifications du dossier d'appel d'offres doivent préalablement être soumises pour avis à la direction de contrôle des marchés publics compétente. Un procès-verbal de toutes modifications approuvées au dossier d'appel d'offres est dressé. Les modifications du dossier d'appel d'offres sont transmises à tous les candidats à moins de 10 jours ouvrables au minimum avant la date de remise qui peut, dans cette hypothèse, également, être prorogée par l'autorité contractante.[3]

Les dispositions du cahier général des charges (Décret-loi n°1/015 du 19 mai 1990 portant Dispositions organiques des marchés publics) sont fondues dans la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics. Le Code des marchés publics au même titre que le cahier général des charges a une nature hybride : contractuelle et réglementaire. Ils ont une nature contractuelle en ce sens que malgré l'unilatéralisme qui caractérise leur élaboration à l'égard des cocontractants, leurs clauses constituent la loi des parties une fois le contrat conclu. Ils ont une nature réglementaire car leurs dispositions sont parfois imposées par les autorités publiques habilitées, qui peuvent les modifier unilatéralement.

B. Le règlement particulier d'appels d'offres (R.P.A.O.)

Le règlement particulier d'appel d'offres doit préciser entre autres :
a) la présentation et la constitution des offres ;
b) les conditions de rejet des offres ;
c) les critères d'évaluation des offres ;
d) les modes d'attribution du marché ;
e) les critères et les règles de préqualification et de postqualification, le cas échéant.[4]

---

[1] Art. 43 de la loi n°1/01du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.298-299.
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.
[4] Art. 45 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.299.

Le règlement particulier d'appel d'offres, venant directement après le dossier d'appel d'offres dans les documents du marché, vient éclairer les soumissionnaires sur les points dont il faut tenir compte en vue de l'attribution du marché.

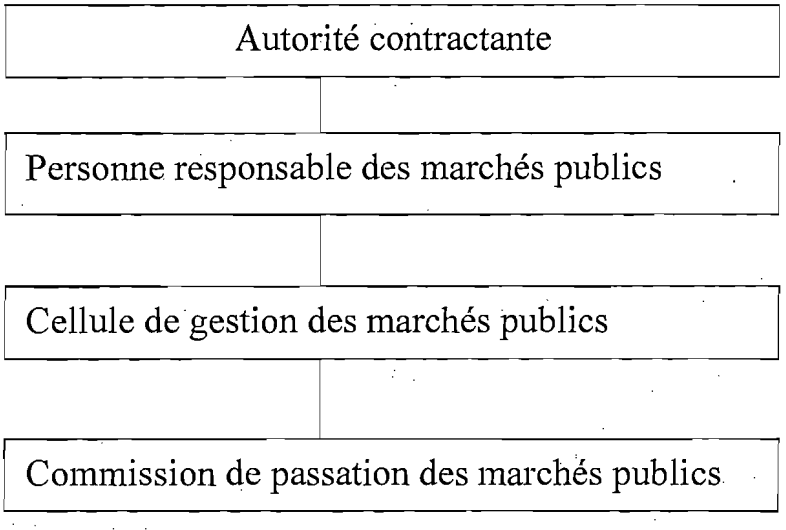
Après les documents du marché fixant les conditions de passation, abordons les organes habilités à faire passer les marchés publics.

§3. Les organes de passation des marchés publics

Les marchés publics exercent une telle influence par leurs incidences financières que le législateur prévoit la création des organes de passation. Il y en a trois :

- La personne responsable des marchés publics (P.R.M.P.) désignée par « l'autorité contractante » ;
- La Cellule de gestion des marchés publics (C.G.M.P.) placée auprès de la personne responsable des marchés publics par l'autorité contractante ;
- La Commission de passation des marchés (C.P.M.) qui est créée au sein de la Cellule de gestion des marchés publics par la personne responsable des marchés publics.[1]

Tous ces organes dépendent de l'autorité contractante.



Les attributions de ces différents organes de passation sont déterminées par la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics[2].

[1] Art. 6 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code de marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.287.
[2] Art. 8 et 9 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code de marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.287.

L'autorité contractante contrôle toute la procédure car la Personne responsable des marchés publics, la Cellule de gestion des marchés publics et la Commission de passation des marchés relèvent de son autorité.

L'existence de ces différents organes avec attributions spécialement déterminées est un gage d'objectivité dans l'analyse et l'attribution des marchés. Cependant, il ne faut pas qu'une personne qui a participé à la préparation des dossiers d'appel d'offres soit admise dans la Commission de passation des marchés. Elle est sujette à des sollicitations de la part de potentiels corrupteurs.

A. L'autorité contractante

L'autorité contractante peut être une personne morale de droit public, une personne morale de droit privé ou une personne morale bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.[1]

1. Personne morale de droit public

La loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics s'applique aux marchés passés par les personnes morales de droit public suivantes :

- l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées ;
- les établissements publics, les administrations personnalisées, les sociétés publiques, les agences ou offices créés par l'Etat ou collectivités territoriales décentralisées, dotés ou non de la personnalité morale.[2]

2. Personne morale de droit privé

La loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics s'applique aux marchés passés par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale décentralisée, d'une personne morale de droit public, d'un établissement public, d'une société de droit public et de toute société à participation financière publique majoritaire, ou d'une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public.[3]

---

[1] Art. 3 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.285.
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.

3. Personne morale bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs

La loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics s'applique aux marchés passés par une entité ayant été déléguée par l'autorité contractante en vue d'exercer une activité de service public.

B. La personne responsable des marchés publics

L'autorité contractante désigne une personne responsable du marché, chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés et délégations de service public. La personne responsable des marchés publics (P.R.M.P.) est la personne habilitée à signer le marché ou la délégation au nom de l'autorité contractante. Elle est chargée de conduire toute la procédure de passation du marché.

La personne responsable du marché peut se faire représenter dans l'exercice de ses fonctions sauf pour le choix de l'attributaire et la signature du marché ou de la délégation. La personne responsable du marché peut s'adjoindre les services d'une entité dénommée Cellule de gestion des marchés publics, chargée de la planification et de la préparation du dossier et de la procédure d'appel d'offres. Les marchés ou les délégations conclus par une personne non habilitée à cet effet sont nuls et de nullité absolue.[1]

En l'absence de délégation spécifique, la personne responsable des marchés publics est :

- pour l'Etat, le Ministre responsable du secteur concerné ;
- pour les communes, l'administrateur communal ;
- pour les établissements publics, les administrations personnalisées, les autres organismes, agences ou offices, les sociétés publiques, les sociétés mixtes, les sociétés privées bénéficiant de la garantie de l'Etat ou de son concours financier, le Directeur général.[2]

La mission confiée à la personne responsable des marchés publics pourrait préjudicier les services publics si du moins elle ne pouvait bénéficier de l'expérience de l'observateur indépendant désigné par l'autorité de régulation des marchés publics et de la collaboration de la cellule de gestion des marchés publics.

---

[1] Art. 7 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.287.
[2] Ibidem, Art. 8.

C. La Cellule de gestion de marchés publics (C.G.M.P.)

Une Cellule de gestion des marchés publics (C.G.M.P.), placé auprès de la personne responsable des marchés publics, est chargée de la planification, de la préparation des dossiers d'appel d'offres, de consultation et de la procédure de passation.[1]

Cependant, la personne responsable des marchés publics n'est pas obligée de mettre en place cette Cellule du moment que la loi lui accorde cette latitude.

La mise en place de la Cellule de gestion devrait être une obligation légale au lieu d'une simple possibilité, imposée à la personne responsable des marchés publics. Sa tâche est d'une grande importance dans la passation des marchés publics.

La composition, les attributions et les modalités de fonctionnement de la Cellule de gestion des marchés publics sont déterminées par Décret.[2]

D. La Commission de passation des marchés (C.P.M.)

Au sein de la Cellule de gestion des marchés publics, une Commission de passation de marchés (C.P.M.) est chargée de procéder à l'ouverture des plis, à l'examen des candidatures et à l'évaluation des offres ou propositions des candidats et des soumissionnaires. Au sein de cette même structure, une Commission de réception est chargée de procéder à la réception des travaux, fournitures et prestations de services.

La composition, les attributions et les modalités de fonctionnement de la Commission de la passation des marchés et de la Commission de réception sont déterminées par voix règlementaire.[3]

La Commission de passation des marchés publics a hérité de la mission qui était dévolue à la Sous-commission technique d'analyse des offres sauf qu'elle comprend en son sein la Commission de réception qui était autonome sous l'empire de l'ancienne législation sur les marchés publics.

Après avoir familiarisé le lecteur avec la terminologie des marchés publics, il sied d'aborder l'étude de la procédure de passation des marchés publics, pivot de ce travail.

---

[1] Al.1 de l'art. 9 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.287-288.

[2] Décret n°100/123 du 11 juillet 2008 portant Création, organisation et fonctionnement de la Cellule de gestion des marchés publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1265-1268.

[3] Al. 2 de l'Art. 9 de la loi précitée.

Section 2 : Le mode de droit commun : l'appel d'offres ouvert

Une fois l'avis d'appel d'offres rendu public, les soumissionnaires établissent et déposent leurs offres. Après analyse de ces offres, le marché sera attribué. Telle est la procédure suivie dans l'appel d'offre ouvert. Avant de décrire cette procédure, il convient de préciser la notion d'appel d'offres ouvert.

§1. Notion de l'appel d'offres ouvert

L'appel d'offres ouvert fait partie des marchés sur appel d'offres au même titre que l'appel d'offre restreint et l'appel d'offres avec concours. Les critères objectifs d'évaluation sont portés à la connaissance du public.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat (personne physique ou morale) non frappé par les interdictions peut soumettre son offre.

Ces interdictions touchent au non acquittement des droits, taxes, impôts, cotisations, contributions, redevances imposés par l'autorité publique. Il en est de même en cas de non souscription aux déclarations prévues par les lois et règlements en vigueur, ou des candidats soumissionnaires qui seraient en état de liquidation judiciaire ou en faillite. La même interdiction demeure de rigueur à l'égard des membres des organes de passation et de contrôle des marchés publics. Il y aura dans ce cas des conflits d'intérêts.[1]

On voit bien que la personne physique ou morale est amenée à réfléchir avant de déposer son offre pour éviter des conflits d'intérêts et le non respect de diverses législations.

Les candidats qui possèdent les capacités techniques et les capacités financières nécessaires à l'exécution d'un marché public peuvent participer aux procédures de passation. Même les petites et moyennes entreprises (PME) peuvent accéder aux commandes publiques si du moins la compétition s'exerce entre elles.

La personne physique ou morale, prétendue soumissionnaire, doit justifier de capacités techniques, économiques et financières requises. Les candidats ou soumissionnaires doivent fournir :

- des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités ou le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels ;

[1] Art. 55 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.302-303.

U.B.

- la présentation des bilans ou extraits de bilans dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le soumissionnaire est établi ;
- une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant objet du marché ou de la délégation, pour, au maximum, les trois derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.[1]

L'appel d'offres ouvert peut être précédé d'une préqualification dans le cas des travaux ou d'équipements importants ou complexes ou de services spécialisés.[2]

L'appel d'offres peut être fait en deux étapes lorsque l'autorité contractante fait son choix sur la base de critères de performances et non de spécifications techniques détaillées. Même dans ce cas, la préqualification n'est pas exclue. Dans la procédure d'appel d'offres en deux étapes, les candidats sont d'abord invités à remettre des propositions techniques sans indications de prix. A la suite de l'évaluation des offres techniques par l'autorité contractante, les soumissionnaires qui satisfont au minimum acceptable de critères de qualification et qui ont soumis une offre techniquement conforme sont invités à participer à la seconde étape au cours de laquelle ils présenteront des propositions techniques définitives assorties des prix.[3]

La procédure d'appel d'offres permet de prendre en compte tous les aspects de l'offre. Il est très utile au service public de payer plus chèr une offre techniquement supérieure ou mieux adaptée aux besoins.[4]

Les avis d'appel d'offres sont portés à la connaissance du public par voie de publicité. C'est une obligation légale prescrite à peine de nullité.

---

[1] Art. 54 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p302.
[2] Art. 23 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.293-294.
[3] Art. 26 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.294.
[4] A.S. MESCHERIAKOFF, Droit administratif ivoirien, Paris, Economica, 1975, p.175.

§2. La publicité

A. Principe

Pour provoquer une concurrence entre soumissionnaires qui éclairera l'autorité contractante sur la valeur réelle du futur cocontractant, le marché est porté à la connaissance du public. La publicité garantit l'accès à la commande publique et permet une véritable mise en concurrence.

Le principe de publicité veut que toutes les personnes physiques ou morales à même de soumissionner soient informées sur les points concernant le marché projeté dans leur entièreté. A cet effet, la publicité la plus large possible sera faite afin de permettre une concurrence très étendue.
La finalité de la publicité peut être double : soit elle conditionne la mise en concurrence et tend à assurer le respect du principe d'égalité, soit elle n'a qu'une fonction d'information de portée limitée[1].

L'idéal serait que tous les soumissionnaires à même de soumissionner soient informés du marché projeté et pouvoir participer. Cependant, la publicité est relative surtout à l'égard de potentiels soumissionnaires et non pas à l'égard de toute personne désintéressée.

B. Obligation de publicité

Les marchés publics par appel d'offres, dont le montant est supérieur ou égal à 10.000.000 FBU pour les marchés de travaux publics et 5.000.000 FBU pour les marchés de fournitures et de services doivent obligatoirement faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence.[2] Il est porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans le journal des marchés publics ou toute publication nationale et/ou internationale ainsi que sous mode électronique, selon un document modèle dont les mentions obligatoires seront fixées par voie réglementaire. Cette obligation concerne également les avis de qualification.

Le journal des marchés publics n'existe pas encore. On recourt à d'autres publications habilitées.

Les niveaux de seuils des marchés devant faire, selon leur nature, l'importance du coût provisionnel du marché, ou leur complexité, l'objet de

---

[1] D. BATSELE, M.A. FLAMME et P. QUERTAINMONT, Initiation aux marchés publics, 2e éd., Bruxelles, E.E.B., 2001, p.193.

[2] Art. 1er de l'O.M. n°540/1035 du 06 octobre 2008 portant Seuils de passation, de contrôle et de publication des marchés publics, B.O.B n°11/2008, pp.1856-1857.

publication à caractère strictement national ou international sont déterminés par voie réglementaire. L'absence de publication de l'avis est sanctionnée par la nullité de la procédure.[1]

Sans ce prescrit, certains marchés peuvent faire objet d'une publicité suffisante alors que d'autres le seront moins.

L'avis ne peut être confié à une publication que si la direction de cette publication s'est engagée au préalable à faire les insertions dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter du lendemain du dépôt de la demande ou transmission contre les récépissés.[2]

La création du journal des marchés publics facilitera l'information des soumissionnaires sur les marchés à passer. Une telle initiative est de nature à favoriser la transparence et l'égal traitement des soumissionnaires. La faculté accordée aux soumissionnaires de pouvoir soumissionner par voie électronique revient à économiser du temps et des moyens mais l'authenticité des offres et leur confidentialité peuvent être mises à mal par des fonctionnaires n'observant pas les consignes de la personne responsable des marchés publics.

C. Délai de publicité

Pour permettre aux éventuels soumissionnaires de connaître le marché projeté, un délai minimum de 30 jours est prévu à compter de la publication de l'avis pour les marchés supérieurs à 10.000.000 FBU pour les marchés de travaux publics et à 5.000.000 FBU pour les marchés de fournitures et de services[3].

Les moyens utilisés pour la publicité notamment la possibilité offerte aux candidats de soumissionner par voie électronique permettra de réduire les délais de dépôt des offres.

D. Contenu de la publicité

L'avis d'appel d'offres doit faire connaître au moins :

a. la référence de l'appel d'offres comprenant le numéro, l'identification de l'autorité contractante, l'objet du marché et la date de signature ;

---

[1] Art. 47 de la de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.300.
[2] Ibidem.
[3] Art. 1er de l'O.M. n°540/1035 du 06 octobre 2008 portant Seuils de passation, de contrôle et de publication des marchés publics, B.O.B n°11/2008, pp.1856-1857.

b. le financement ;
c. le type d'appel d'offres ;
d. le ou les lieux où l'on peut consulter le dossier d'appel d'offres ;
e. la qualification des candidats et les conditions d'acquisition du dossier d'appel d'offres ;
f. les critères d'évaluation des offres exprimés en termes monétaires ;
g. le lieu, la date et les heures limite de dépôt et d'ouverture des offres ;
h. le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres ;
i. les conditions auxquelles doivent répondre les offres, notamment la caution de soumission ;
j. le nombre maximum de lots dont un soumissionnaire peut être attributaire en cas d'allotissement. [1]

L'offre « la moins-disante » étant appréciée suivant des spécifications techniques connues des soumissionnaires, il est loisible que l'autorité contractante ait toute latitude pour faire figurer dans l'avis d'appel d'offres les autres considérations pouvant entrer en ligne de compte pour l'attribution du marché.

E. Publicité dans l'appel d'offres ouvert

L'appel d'offres dit ouvert comporte la publication d'un avis d'appel à la concurrence. L'avis d'appel d'offres est établi par l'autorité contractante et approuvé par la direction de contrôle des marchés publics.

On voit bien que les nouvelles technologies d'information et de communication ont pesé beaucoup dans la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics. A l'état actuel, plus question de distinguer si l'appel d'offres est national ou international. Certaines publications nationales sont sur papier bien sûr mais aussi en ligne sur Internet. Il appartient au soumissionnaire de recourir au moyen d'information dont il dispose. Les soumissionnaires useront des modalités de dépôt des offres indiquées.

Après la publication des avis d'appel à la concurrence, les candidats soumissionnaires déposent les offres dans les délais fixés par l'avis d'appel d'offres.

[1] Art. 44. de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.299.

§3. Etablissement, ouverture et analyse des offres

A. Etablissement des offres

Après l'appel public à la concurrence, les soumissionnaires déposent des offres, pour se voir attribuer le marché, qu'ils établissent conformément à ce qui leur a été demandé. Les soumissionnaires doivent être vigilants et étudier les dispositions pertinentes notamment celles précisant la manière d'établir une offre selon le mode de passation choisi d'une part et, d'autre part, les documents du marché pour être à mesure de déposer une offre régulière[1].

1. Présentation des offres

L'article 58 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics stipule que sous réserve des dispositions applicables aux marchés de prestations intellectuelles, les offres des soumissionnaires doivent être contenues dans une seule enveloppe comprenant les renseignements relatifs à la candidature, la garantie de l'offre requise, et, séparément l'offre technique et l'offre financière.

Les offres déposées par les soumissionnaires doivent être signées par eux ou par leurs mandataires dûment habilités sans que les mêmes mandataires ne puissent représenter plus d'un soumissionnaire dans la procédure relative au même marché. Les offres sont accompagnées d'un acte d'engagement du soumissionnaire qui doit être signé par ce dernier ou son représentant dûment habilité.

Le législateur renchérit en précisant que sans préjudice des dispositions de cette loi, notamment celles relatives aux obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires, et, conformément à la réglementation à laquelle est soumise l'autorité contractante, cette dernière ne divulgue pas les renseignements que les soumissionnaires lui ont communiqués à titre confidentiel ; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.[2]

Si l'autorité contractante n'était pas tenue au secret des renseignements lui communiqués à titre confidentiel, les soumissionnaires pourraient se garder de divulguer les secrets techniques ou commerciaux au moment du dépôt des offres et les communiqueront à l'ouverture des offres. Dans ce cas, le président de la Commission de passation invitera les soumissionnaires à déposer les renseignements avant l'ouverture des offres.

---

[1] D. BATSELE, M.A. FLAMME et P. QUERTAINMONT, op. cit., p.230.
[2] Art. 58 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.303.

2. Réception des offres

a. Délai de réception

Dans les procédures ouvertes et restreintes, le délai de réception des candidatures ou des offres ne peut être inférieur à trente (30) jours calendrier pour les marchés supérieurs à 10.000.000 FBU pour les marchés des travaux publics et à 5.000.000 FBU pour les marchés de fournitures et de services, à compter de la publication de l'avis[1].

Cependant, en cas d'urgence, l'autorité contractante pourra réduire ce délai et dans ce cas, se chargera de communiquer aux soumissionnaires le changement intervenu par des moyens appropriés.

b. Réception des offres

Les offres sont adressées sous pli fermé portant le numéro et l'objet de l'appel d'offres. Il ne doit être donné aucune indication sur l'identité du soumissionnaire sous peine de rejet.

La création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, la façon dont les documents d'appel d'offres ou de consultation peuvent être mis à la disposition des candidats par voie électronique, le caractère non discriminatoire des outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques ne sont pas soumis à ce mode de dépôt.[2]

Dans le cas des marchés des prestations intellectuelles, l'offre technique et l'offre financière doivent être placées dans deux enveloppes différentes et remises sous pli fermé dans les mêmes conditions que précédemment.[3]
Les plis contenant des offres doivent être reçus contre récépissé au lieu et jusqu'à la date limite de réception indiqués dans l'avis d'appel d'offres.
A leur réception, les plis sont revêtus d'un numéro d'ordre, de l'indication de la date, de leur remise et enregistrés dans l'ordre d'arrivée sur un registre spécial délivré par l'autorité de régulation des marchés publics. Ils doivent rester fermés jusqu'au moment de l'ouverture. Les offres parvenues postérieurement aux dates et heure limite de dépôt sont irrecevables.[4]

---

[1] Art. 1er de l'O.M. n°540/1035 du 06 octobre 2008 portant Seuils de passation, de contrôle et de publication des marchés publics, B.O.B n°11/2008, pp.1856-1857.
[2] Art. 49, 50 et 51 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.300-301.
[3] Voir supra, p.31.
[4] Art. 59 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.303-304.

Si le législateur permettait qu'on mentionne sur l'offre l'identité du soumissionnaire ; les membres de la commission de passation pourraient être tentés de privilégier certains soumissionnaires car sûrement qu'ils seront sollicités par certains candidats en vue de leur attribuer le marché.

Les offres déposées par les mandataires doivent indiquer le ou les mandants aux noms desquels ils agissent. Les mandataires joignent à l'offre l'acte authentique ou l'acte sous seing privé qui leur délègue les pouvoirs de représentation. Les signatures apposées sous l'acte sous seing privé doivent être légalisées par le notaire.[1]

B. L'ouverture des offres

Les offres déposées dans les délais et formes prévus par le dossier d'appel d'offres sont ouvertes par la Commission de passation des marchés publics compétente et selon une procédure prévue par le Code des marchés publics.

1. La publicité de l'ouverture des offres

L'ouverture des offres a lieu à l'heure et au jour fixés dans l'avis d'appel d'offres. A l'exception des marchés de prestations intellectuelles, la séance d'ouverture des plis est publique. L'ouverture de la séance de dépouillement doit être présidée par le représentant de la Commission de passation des marchés en présence des membres de cette Commission désignés pour procéder aux opérations d'ouverture par la personne responsable des marchés, des candidats ou de leurs représentants qui souhaitent être présents, au plus tard à la date et à l'heure fixées dans le dossier d'appel d'offres comme date limite de réception des offres, ainsi qu'en présence d'un observateur indépendant.[2] La présence de ce dernier est une garantie du respect de la procédure et de l'objectivité dans l'appréciation des offres déposées. Les concurrents sont donc admis à assister aux opérations de dépouillement et en contrôler la régularité.

La séance d'ouverture des offres n'est pas publique dans les marchés de prestations intellectuelles car étant un domaine de hautes compétences à chercher du côté des experts. Le commun des citoyens ne saisira pas les solutions proposées. Cependant, on ne voit pas pourquoi on refuserait l'accès à des personnes voulant entrer dans la salle d'ouverture des offres. Heureusement que l'observateur indépendant désigné par l'autorité de régulation des marchés publics, pour ses compétences, fait connaître ses observations par un avis séparé.[3]

---

[1] Art. 55 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.302-303.
[2] Art. 60 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.304.
[3] Art. 58 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.303.

2. Procédure d'ouverture des offres

Le président de la séance dresse la liste des soumissionnaires en leur présence, examine les pièces justificatives produites et rejette les offres des candidats qui ne sont pas recevables pour être parvenues hors délais ou qui ne sont pas accompagnées des pièces à caractère éliminatoire mentionnées au dossier d'appel d'offres. Le nom de chaque candidat, le montant de chaque offre et de chaque variante et le cas échéant, le montant des rabais proposés, le délai de réalisation sont lus à haute voix, la présence ou l'absence de garantie d'offres est également mentionnée[1].

Ces renseignements ainsi que la relation des éventuels incidents survenus lors de l'ouverture des plis ou les éventuelles protestations ou observations des soumissionnaires sont consignés dans le procès-verbal de la séance d'ouverture, auquel est jointe la liste signée des personnes présentes. Le procès-verbal est contresigné par les membres de la Commission de passation des marchés et l'observateur indépendant, qui y rejoint ses observations. Le procès-verbal est publié par la personne responsable des marchés et remis sans délai à tous les soumissionnaires qui en font la demande.[2]

3. Valeur juridique de l'ouverture des offres

La séance d'ouverture des offres a simplement pour but de permettre à l'administration de prendre connaissance des offres qui lui sont faites, de révéler aux soumissionnaires les prix proposés par leurs concurrents et de leur donner possibilité de contrôler le régularité des opérations de dépouillement.

Dès la séance d'ouverture des soumissions, tous les soumissionnaires sont tenus par les offres proposées. La période pendant laquelle ils sont tenus par ces offres prendra fin avec l'attribution du marché ou au moment où on leur notifie que leurs offres ont été rejetées par la personne publique compétente pour passer le marché.

---

[1] Art. 60 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.304.
[2] Ibidem.

C. Analyse des offres

Les offres reconnues conformes aux dispositions pertinentes du Code des marchés publics vont être examinées par la Sous-commission d'analyse désignée par le président de la Commission de passation des marchés compétente. En effet, le choix de l'attributaire peut difficilement se concevoir sans l'examen préalable des offres.

1. Critères d'analyse des offres

L'article 63 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics indique que sous réserve des dispositions applicables aux marchés de prestations intellectuelles, l'évaluation des offres se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques mentionnés dans le dossier d'appel d'offres, afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins disante.

Ces critères d'évaluation sont notamment :

- le coût d'utilisation ;
- le prix, la rentabilité ;
- la qualité, la valeur technique et fonctionnelle notamment les conditions d'exploitation et d'entretien ainsi que la durée de vie potentielle des ouvrages produits ou des fournitures et services concernés ;
- le service après-vente et l'assistance technique ;
- le délai d'exécution, le calendrier de paiement.[1]

Le critère de l'offre conforme la moins-disante vient remplacer le critère de l'offre la plus avantageuse prévu pour les marchés sur appel d'offres et de l'offre la plus basse prévu pour les marchés sur adjudication. Les intérêts sous-tendus par ces deux derniers critères se retrouvent dans le nouveau critère : intérêt administratif et intérêt financier. Selon l'ancienne législation, dans les marchés sur appel d'offres, le marché doit être exécuté par le plus apte et que l'autorité contractante ait une liberté de choix. C'est l'intérêt administratif qui est pris en compte. Dans les marchés sur adjudication, le marché est exécuté par celui qui offre le prix plus bas ; c'est l'intérêt financier qui est pris en compte.

[1] Art. 63 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.305.

2. Procédures d'évaluation des offres

Les copies des offres reçues sont confiées à la Sous-commission d'analyse désignée par le président de la Commission de passation des marchés compétente, pour l'évaluation et le classement. La Sous-commission d'analyse établit un rapport d'analyse dans le délai prescrit par le président de la Commission de la passation des marchés compétente et rendu public lors de la séance d'ouverture des plis. Dans ce délai, compatible avec le délai de validité des offres et qui ne peut en aucun cas excéder trente (30) jours ouvrables, il doit être procédé à la vérification des pièces administratives, à l'évaluation des offres techniques et financières et à leur classement, suivant des critères édictés par le dossier d'appel d'offres.[1]

La Sous-commission d'analyse vérifie si le dossier fourni par le candidat est complet et contient toutes les pièces demandées. Après, elle vérifie si le candidat ne se trouve pas dans des situations qui lui interdisent de se porter candidat aux commandes publiques. Enfin, elle analyse les capacités techniques, professionnelles et financières du candidat.[2]

Le rapport d'analyse fait l'objet d'un document unique, paraphé et signé par tous les membres de la Sous-commission qui peuvent y mentionner leurs réserves. Le président de la Commission de passation du marché, peut, sur proposition de la Sous-commission d'analyse, demander aux soumissionnaires des éclaircissements sur leurs offres. Les éclaircissements demandés et fournis par écrit ne peuvent, en aucune façon, avoir pour effet de modifier les éléments de l'offre en vue de la rendre plus conforme ou plus compétitive.

Le soumissionnaire dispose d'un délai de sept (7) jours calendrier pour fournir les éclaircissements demandés. Les éclaircissements des soumissionnaires font l'objet d'un rapport de synthèse paraphé et signé par tous les membres de la Sous-Commission d'analyse. Les rapports d'analyse et de synthèse sont soumis à la Commission de passation des marchés compétente. Au terme de sa séance d'analyse, à laquelle assiste, sans voie délibérative, le ou les observateurs, cette dernière émet des propositions d'attribution. En cas de divergence, les membres non signataires du rapport d'analyse et du rapport de synthèse sont tenus d'exprimer leur opinion par note écrite adressée à la personne responsable du marché.[3]

---

[1] Art. 62 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.304-305
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.

Le fait pour l'observateur indépendant d'émettre des propositions d'attribution est une garantie pour toutes les parties que ce soit les soumissionnaires ou la Commission de passation des marchés publics compétente.

La loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics offre plus de liberté aux membres de la Sous-commission d'analyse qui, tout en s'alignant sur la décision prise par la majorité, peuvent exprimer leur opinion par une note adressée à la personne responsable des marchés publics compétente.

3. L'évaluation des variantes

Les variantes sont les offres que les soumissionnaires peuvent remettre en plus de l'offre de base dans certaines circonstances déterminées par l'autorité contractante. Le dossier d'appel d'offres doit préciser de manière claire, la façon dont les variantes doivent être prises en considération pour l'évaluation des offres.

Les variantes sont évaluées suivant leurs mérites propres, sans que ne soient pour autant remis en cause les principes de choix de l'offre, notamment le choix de l'offre, évaluée la moins-disante et dont le soumissionnaire satisfait aux critères d'évaluation.[1]

Les soumissionnaires proposeront des variantes lorsque la Commission de passation des marchés n'a pas toute la lumière sur les offres à analyser ou lorsque les offres reçues sont égales et qu'il faut un élément pour les départager. Elles seront également proposées lorsque les matériaux, matières ou fournitures à commander à l'étranger ou ailleurs sont chers ou indisponibles pour le cas d'espèce.

4. Le rejet des offres anormalement basses

La Commission de passation des marchés peut proposer à l'autorité contractante, le rejet des offres anormalement basses, sous réserve que le candidat ait été invité à présenter des justifications par écrit et que ces justifications ne soient pas jugées acceptables. Les soumissionnaires disposent d'un délai de sept (7) jours calendaires pour fournir les éclaircissements demandés.[2]

---

[1] Art. 64 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.305.
[2] Art. 70 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.307.

Il est équitable que l'offre soit rejetée après que le soumissionnaire ait présenté ses justifications et qu'elles aient été jugées insuffisantes.

5. L'annulation des offres

Si l'autorité contractante décide que la procédure d'appel d'offres soit annulée, elle en fait la demande motivée à la Direction de contrôle des marchés publics compétente. Les désaccords éventuels seront tranchés conformément aux dispositions du Code des marchés publics. L'autorité contractante communique la décision d'annulation et ses motifs aux soumissionnaires.[1]

Comme les critères d'évaluation sont portés à la connaissance des soumissionnaires, il faut que même les motifs susceptibles de faire annuler l'offre soient connus des soumissionnaires.

6. L'infructuosité de l'appel d'offres

Tant que la notification de l'approbation n'est pas intervenue, l'autorité contractante a la faculté de ne pas mener la procédure à son terme

Un appel d'offres est déclaré infructué après avis de la Commission de passation des marchés compétente en l'absence d'offres ou lorsque l'autorité contractante n'a pas obtenu de propositions qui lui paraissent conformes au dossier d'appel d'offres. La décision déclarant l'appel d'offres infructué est publiée par l'autorité contractante par insertion dans le journal des marchés publics ou dans toute autre publication habilitée ; dans ce cas, il est alors procédé, soit par un nouvel appel d'offres, soit par consultation d'au moins trois entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et dans ce dernier cas après autorisation de la Direction de contrôle des marchés.

Le lancement d'un nouvel appel d'offres, doit être précédé d'une évaluation du D.A.O. ou T.D.R. pour s'assurer qu'il n'y a pas de modification ou clarification à apporter ou encore dans le but de redéfinir les besoins de l'autorité contractante.[2]

Lorsque l'administration décide de recommencer la procédure, elle n'est nullement obligée de recourir au même mode de passation que le mode initialement utilisé. Le droit d'abandonner la procédure et de ne pas attribuer le marché s'il est discrétionnaire dans le chef de la personne publique, ne peut cependant se fonder que sur des motifs légitimes et ne pourrait sans être entaché

[1] Art. 69 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code de marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.307.
[2] Art.61 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.304.

d'un détournement de procédure, être inspiré par le motif exclusif d'avantager un ou plusieurs soumissionnaires.[1]

§4. L'attribution du marché public

Après avoir analysé les offres, la personne publique intéressée attribue le marché en présence à un soumissionnaire qui a présenté l'offre conforme aux spécifications techniques, et évaluée la moins-disante qui, à l'exception des marchés de prestations intellectuelles, sera retenue.

A. Attribution

1. Critère

Le choix de l'attributaire est fonction du mode de passation choisi par la personne publique intéressée et selon ses critères d'attribution. Le critère d'attribution dans les marchés sur appel d'offres est l'offre conforme aux spécifications techniques, et évaluée la moins-disante sauf pour les marchés de prestations intellectuelles, sera retenue.

La personne publique ne doit pas se fonder uniquement sur le critère prix pour son choix, mais préférer le mieux-disant au moins-disant. Il faut préférer un soumissionnaire proposant un prix élevé avec des garanties techniques, économiques et financières à un soumissionnaire avançant un prix irréaliste sans garantie suffisante. Pour autant, le prix reste un critère important. Cependant, ce critère ne sera possible que sur les prestations simples ne requérant pas la mise en œuvre des techniques particulières.[2]

Les critères pour attribution de l'offre la plus avantageuse en appel d'offres ouvert doivent concerner le produit et non le fournisseur, la quantité et la qualité des prestations de l'entrepreneur. Dans le respect des clauses du cahier spécial des charges, l'autorité adjudicatrice conserve le pouvoir d'appréciation et peut retenir telle ou telle variante libre à condition de motiver sa décision au regard des critères d'attribution.[3]

---

[1] D. BASTELE, M.A. FLAMME et P.QUERTAINMONT, op. cit., p.239.
[2] www.Wikipédia.org.
[3] A. BRABANT, Les marchés publics et privés dans la CEE et outre-mer, t1, Bruxelles, E.E.B., 1992, p.485.

2. L'attribution du marché public

En ce qui concerne l'attribution du marché public, l'administration est en effet entièrement libre de traiter avec le concurrent de son choix dans les marchés sur appel d'offres. Les propositions d'attribution émanant de la Commission de passation des marchés font l'objet d'un procès-verbal, dénommé procès-verbal d'attribution provisoire et qui mentionne :

- le ou les soumissionnaires retenus ;
- les noms des soumissionnaires exclus et les motifs de leur rejet et, le cas échéant, les motifs de rejet des offres jugées anormalement basses ;
- les principales dispositions permettant l'établissement du ou des marchés et, en particulier, son objet, son prix, les détails, la part du marché que le soumissionnaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le cas échéant, les variantes prises en compte ;
- le nom de l'attributaire et le montant évalué de son offre ;
- et en ce qui concerne les procédures par appel d'offres restreint et par entente directe, l'indication des circonstances qui justifient le recours à ces procédures ;
- et le cas échéant, les raisons pour lesquelles l'autorité contractante a renoncé à passer le marché.

Ce procès-verbal est établi selon un document modèle et fait l'objet d'une publication, après validation par la Direction de contrôle des marchés publics. L'autorité contractante attribue le marché dans le délai de validité des offres défini par le dossier d'appel d'offres au soumissionnaire dont l'offre satisfait aux conditions définies par le Code des marchés publics.[1]

Le fait que le procès-verbal est publié va accroître la transparence dans l'attribution des marchés publics. L'attribution doit intervenir pendant le délai de validité des offres car après, les soumissionnaires ne seront plus liés par leurs offres. Il est à se demander si l'autorité contractante doit motiver sa décision si elle ne suit pas la proposition faite par la Commission de passation des marchés publics.

Cette publicité de l'avis d'attribution fait courir le délai de recours en plein contentieux pour toutes les entreprises évincées ou ayant intérêt à agir. A défaut, ce délai n'a jamais commencé à courir.[2]

---

[1] Art. 67 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.306-307.
[2] www.Wikipédia.org

3. La communication de la décision

L'attribution est notifiée au soumissionnaire retenu. L'autorité contractante doit communiquer par écrit à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, le montant du marché attribué, et le nom de l'attributaire. Tout soumissionnaire écarté peut demander les copies du procès-verbal d'attribution et toute autre information pertinente qui lui seront remises, dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la réception de sa demande écrite.

Les autorités contractantes observent un délai minimum de quinze (15) jours calendaires après la publication visée à l'alinéa précédent, avant de procéder à la signature du marché et de le soumettre à l'approbation des autorités compétentes.

A compter de la publication du procès-verbal d'attribution, le soumissionnaire qui a un intérêt légitime à contester la décision de l'autorité contractante doit, sous peine de forclusion, exercer dans le délai prescrit les recours tel que prévus par les articles 132 et 133 du Code des marchés publics.[1]

Il faut, parallèlement à la notification du marché au soumissionnaire retenu, informer les autres soumissionnaires du rejet de leurs offres sans oublier les motifs. Il faut également ouvrir un délai pour les éventuels recours avant de soumettre le marché à l'approbation de l'autorité compétente.

B. Approbation, signature, notification, entrée en vigueur

1. La signature du marché

Le législateur burundais interdit formellement les négociations qui puissent avoir lieu entre le soumissionnaire et l'autorité contractante. La négociation est tolérée dans les procédures par entente directe et en matière de marchés de prestations intellectuelles. Pour les autres marchés, aucune négociation n'est autorisée. L'autorité contractante peut cependant vérifier si l'attributaire provisoire détient les qualifications requises.

La Direction de contrôle des marchés publics a pour responsabilité de s'assurer de la conformité de la procédure appliquée vis-à-vis de la réglementation. Lorsque la passation d'un marché a été soumise à l'obligation d'une autorisation préalable et que cette obligation n'a pas été respectée, le marché est nul. Une fois la procédure de sélection jugée conforme par la Direction de contrôle des marchés publics compétente, le marché est signé par le représentant de l'autorité contractante et l'attributaire.

---

[1] Art. 68 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.307.

La personne responsable du marché dispose d'un délai de sept (7) jours calendrier pour la signature du marché à compter de la réception du projet de marché adopté par la Commission de passation des marchés et signé par l'attributaire.[1]

Il faut imposer un délai pour signature à la personne responsable du marché pour que le soumissionnaire ne soit tenu indéfiniment par son offre alors que l'autorité contractante ne veut pas signer le contrat.

Avant la signature de tout marché, les services compétents des autorités contractantes doivent fournir la preuve à leurs cocontractants que le crédit est disponible et a été réservé.[2]

2. L'approbation

Le contrat conclu entre l'autorité contractante et son cocontractant doit bénéficier de l'approbation de l'autorité supérieure pour atteindre sa perfection. C'est l'autorité supérieure qui est habilitée pour engager l'Etat ou toute personne morale de droit public.

Avant l'approbation, le contrat n'existe qu'à l'état de projet. Seul l'approbation intervenue réalise l'engagement de l'autorité contractante ; l'autorité contractante ne peut plus se désister. L'attributaire est lié définitivement et contractuellement non plus seulement par un engagement unilatéral. Le contrat prend date à partir de l'approbation[3].

Les marchés publics selon la qualité de l'autorité contractante sont transmis par la Direction de contrôle des marchés publics compétente, au ministre ayant les Finances dans ses attributions pour approbation, ou à tout contrôleur financier qui aura reçu délégation à cet effet de l'autorité de contrôle budgétaire, de l'autorité contractante, et en dessous d'un seuil fixé par voie réglementaire.[4]

L'approbation doit intervenir dans le délai de validité des offres. L'approbation du marché ne pourra être refusée que par une décision motivée rendue dans les quinze jours (15) calendrier de la transmission du dossier d'approbation et est susceptible d'un recours devant l'Autorité de régulation des marchés publics par toute partie au contrat. Le refus de visa ou d'approbation ne peut toutefois intervenir qu'en cas d'absence ou d'insuffisance de crédits. Les marchés qui n'ont pas été approuvés sont nuls et de nul effet.[5]

---

[1] Art.73 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code de marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.307.
[2] Art. 76 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.308.
[3] A.BOCKEL, Droit administratif, Paris, N.E.A., 1978, p.195.
[4] Art.74 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code de marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.308.
[5] Ibidem.

L'autorité contractante ne peut refuser l'approbation que par une décision motivée en cas d'absence ou d'insuffisance de crédits. Le service public demandeur en souffrirait certes, notamment si les prestations attendues étaient urgentes. Si la partie lésée qui avait introduit un recours avait gain de cause, l'autorité contractante serait condamnée à faire des débours importants au titre des dommages-intérêts à allouer à celui qui aura gagné le procès.

3. La notification définitive

Si rigoureuses que soient les formes entourant le mode de passation du marché choisi et si minutieux qu'ait été le respect royal de la procédure de passation choisie, il s'impose à l'administration d'aviser le soumissionnaire choisi pour exécuter le marché.[1]

Avant la notification de la désignation, tous les soumissionnaires demeurent engagés par leurs offres et ne pourraient se prévaloir des vices dont elles sont entachées. Le lien contractuel en appel d'offres s'établit antérieurement par la notification au soumissionnaire choisi de l'approbation de son offre. Cette notification ne peut être affectée d'aucune réserve notamment l'accord d'une autorité de contrôle ou de tutelle.[2]

Les marchés, après l'accomplissement des formalités d'enregistrement doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution. La notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire, dans les trois (3) jours calendrier suivant la date d'approbation, par tout moyen permettant de donner date certaine ; la date de notification est la date de réception du marché par le titulaire. Les autres soumissionnaires sont dans le même temps informés du rejet de leur offre, et leur caution est restituée.[3]

4. L'entrée en vigueur

Le législateur prévoit que le marché entre en vigueur dès sa notification ou à une date ultérieure si le marché le prévoit. L'entrée en vigueur du marché marque, sauf dispositions contraires du marché, le début des délais de réalisation. Dans les quinze jours calendrier de l'entrée en vigueur du marché, un avis d'attribution définitive est publié dans le journal officiel des marchés publics ou tout autre journal habilité.[4]

---

[1] J.P. HAINAUT et R. JOLIET, t2, op. cit., p.208.
[2] D. BATSELE, M.A. FLAMME et P. QUERTAINMONT, op. cit., p.248.
[3] Art. 75 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.308.
[4] Art. 76 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.308.

Qu'en est-il du soumissionnaire qui commencerait à exécuter le marché avant son approbation ? Sûrement que c'est à ses risques et périls qu'il honore les engagements pris vis-à-vis de l'autorité contractante avant la notification de l'attribution du marché.

Après le mode de droit commun, passons aux modes exceptionnels.

Section 3 : Les modes dérogatoires au droit commun

A côté de l'appel d'offre ouvert qui est le mode de droit commun de passation des marchés publics consacré par la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, il existe trois modes exceptionnels de passation des marchés publics dont deux sont des variantes de l'appel d'offres et le gré à gré. Elles sont exceptionnelles en ce sens qu'on y recourt dans certaines conditions prévues par la législation en vigueur. C'est souvent l'urgence sentie par les services publics ou la technicité des prestations attendues qui motivent le choix de ces modes exceptionnels.

§1. L'appel d'offres restreint

A. Notion

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres, les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter. Cette décision doit faire l'objet d'une publication. Le nombre de candidats admis à soumissionner doit assurer une concurrence réelle. Il est ensuite procédé comme en matière d'appel d'offres ouvert.

Il ne peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint que lorsque les biens, les travaux ou les services de par leur nature spécialisée, ne sont pas disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, d'entrepreneurs et de prestataires de services. Dans ce cas, tous les candidats potentiels doivent être invités.[1]

Avec la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, le recours à l'appel d'offres restreint est motivé par la carence des soumissionnaires pouvant fournir les prestations souhaitées. Il reste à savoir si tous les soumissionnaires présentant des capacités seront touchés car des abus ne sont pas à écarter.

---

[1] Art. 27 de la loi n°1/01 du 04 février 2007 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.294-295.

Selon A. MAHIOU, cette procédure qui permet un choix présente un danger si les autorités administratives ne respectent pas les règles du jeu. L'appel doit effectivement mettre en compétition les parties intéressées et ne pas servir à couvrir un choix déjà fait par l'administration contractante pour des raisons manifestement subjectives.[1]

B. La publicité dans l'appel d'offres restreint

Dans l'appel d'offres restreint, cette procédure est caractérisée par l'absence totale de publicité touchant l'avis d'appel d'offres. Cet avis est adressé individuellement aux candidats que l'autorité contractante décide de consulter. Le nouveau Code des marchés publics stipule que le nombre de candidats admis à soumissionner doit assurer une concurrence réelle. On voit bien que l'appel d'offres restreint porte atteinte au principe de publicité rencontré dans la procédure de droit commun qui est l'appel d'offres ouvert.

Dire que les soumissionnaires admis à soumissionner doivent assurer une concurrence réelle est vague ; il faudra préciser les critères militant pour le choix de ce mode de conclusion.

C. Etablissement, ouverture, analyse des offres

L'établissement, l'ouverture et l'analyse des offres obéissent aux mêmes règles que la procédure d'appel d'offres ouvert. Ne perdons pas de vue que la procédure d'appel d'offres restreint est une procédure exceptionnelle par rapport à la procédure de droit commun : l'appel d'offres ouvert. On ne saurait revenir aux arguments déjà développés tout le long de la première section. On recourt à la procédure d'appel d'offres restreint pour éviter des délais de publicité très longs préjudiciables au fonctionnement des services publics et pour parer aux propositions d'aventuriers soumissionnaires.

L'attribution obéit également aux mêmes règles que l'appel d'offres ouvert.

---

[1] A. MAHIOU, op. cit., p.238.

§2. L'appel d'offres avec concours

A. Notion

La réglementation sur les marchés publics en vigueur au Burundi prévoit qu'il est fait appel au concours lorsque des motifs d'ordre technique et esthétique justifient des recherches particulières. L'appel d'offres avec concours est recommandé dans les cas suivants :

- lorsque l'administration n'est pas en mesure de définir les grandes lignes de la conception de l'ouvrage ;
- lorsque les ouvrages comportent des dispositions qui sont fonction de procédés techniques spéciaux ;
- lorsque les ouvrages sont d'une haute technicité ou d'une grande importance.

Le concours a lieu sur base d'un programme établi par l'autorité contractante qui fournit les données nécessaires notamment les besoins à satisfaire, les contraintes fonctionnelles et techniques ainsi que les exigences à respecter, et fixe le cas échéant le maximum de la dépense prévue pour l'exécution du budget. L'appel d'offres avec concours s'effectue selon la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint.[1]

Selon l'information recueillie, parmi les marchés ayant été passés par voie d'appel d'offres avec concours figurent l'édification du monument de l'Unité Nationale, fait de 17 fagots de bois représentant les 17 provinces composant la République du Burundi et la construction de l'Aéroport International de Bujumbura avec sa forme architecturale rappelant les maisons traditionnelles burundaises.[2]

1. Intérêt de la procédure d'appel d'offres avec concours

La nouveauté dans cette procédure réside dans le fait que l'administration, au lieu de faire établir par ses propres agents (architectes, ingénieurs) des plans, des devis des prestations souhaitées et d'inviter ensuite les soumissionnaires à remettre les prix pour l'exécution du marché ou s'il estime que les prestations attendues excèdent la compétence de ses agents, fixe les objectifs à atteindre, laissant aux soumissionnaires le soin de résoudre le problème posé et de remettre le prix sous lequel il consentirait à l'exécuter.

---

[1] Art. 28 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.295.
[2] Information recueillie auprès du C.A.M.P.

La procédure de concours présente l'avantage de permettre à l'initiative privée de collaborer à la réalisation d'ouvrages publics particulièrement importants. Cette collaboration va faire naître des conceptions nouvelles et des idées hardies[1]. La responsabilité est engagée chez l'entrepreneur en cas de mauvaise exécution de l'ouvrage et remplace la responsabilité morale des agents de l'administration.

2. Le jury et l'indemnisation des soumissionnaires

Le choix des projets répondant aux caractéristiques du dossier d'appel d'offres est confié à un jury dont les membres sont désignés par l'autorité qui lance le concours et qui doivent être indépendants des participants au concours. Au moins un tiers des membres du jury est composé de personnalités ayant des compétences dans la matière qui fait l'objet du concours. La liste des membres du jury est soumise pour avis à la Direction de contrôle du marché public compétente. Cet avis doit être donné dans les sept jours ouvrables dans la saisine de la direction.[2]

En émettant leur avis sur le mérite des projets présentés par les soumissionnaires, le jury opère un classement qui sera la base d'un octroi de primes, récompenses ou autres avantages. Le règlement particulier de l'appel d'offres avec concours doit prévoir des primes, des récompenses et autres avantages à allouer aux soumissionnaires les mieux classés. Il prévoit également les conditions dans lesquelles les hommes de l'art, auteurs des projets sont appelés à coopérer à l'exécution de leur projet primé. Les primes, les récompenses ou autres avantages ne peuvent être accordés en tout ou en partie que si les projets reçus ne sont pas jugés satisfaisants.[3]
Le règlement particulier d'appel d'offres doit prévoir que les projets primés deviennent en tout ou partie propriété de l'autorité contractante.

D'autres trouveront des critères pour ne pas les indemniser car les soumissionnaires n'ont pas des moyens pour risquer des sommes importantes.

Les résultats de chaque concours sont consignés dans un procès-verbal par le jury qui formule un avis motivé relatant toutes les circonstances de l'opération. Les projets des concurrents non retenus sont restitués à leur auteur. [4]

---

[1] J.P. HAINAUT et R. JOLIET, t1, op. cit., p.120.
[2] Art. 30, Alinéa 4 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.295.
[3] Ibidem, Al. 1, 2 et 3.
[4] Ibidem, Al. 5.

Même si les projets présentés par les soumissionnaires ne sont pas jugés satisfaisants, il faut leur accorder des primes ou récompenses pour compenser leurs débours lors de la participation à ces commandes. Même si le projet est jugé satisfaisant, il faut prévoir la part qui revient à l'autorité contractante et au soumissionnaire. Il faut qu'il perçoive des droits d'auteur sur les projets retenus.

B. La publicité dans le marché d'appel d'offres avec concours

L'appel d'offres avec concours étant justifié lorsque des motifs d'ordre technique et esthétique nécessitent des recherches particulières pour un marché déterminé ; il est souhaitable qu'un tel marché soit porté à la connaissance de toutes les personnes physiques ou morales à même de soumissionner. L'appel d'offres avec concours n'échappe pas au principe de publicité qui est exigé pour tous les marchés, quelle que soit l'étendue de la consultation.

L'appel d'offres avec concours peut être ouvert ou restreint. Si l'appel d'offres avec concours est ouvert, toutes les personnes physiques ou morales remplissant les capacités juridiques, techniques et financières requises, remettront une offre conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges. Si l'appel d'offres avec concours est restreint, l'avis d'appel d'offres sera adressé individuellement aux candidats que l'autorité habilitée aura décidé de consulter[1].

C. Etablissement, ouverture, analyse des offres

Les soumissionnaires établissent des offres en tenant compte du programme établi par l'autorité contractante, qui fournit les données nécessaires notamment les besoins à satisfaire, les contraintes fonctionnelles et techniques et le cas échéant, le maximum de la dépense prévue pour l'exécution.

D. Attribution

En théorie, ce n'est pas par la comparaison des offres au concours qui détermine seule et de façon automatique le choix de l'attributaire. Dans les marchés sur appel d'offres avec concours, l'autorité adjudicatrice apprécie les projets présentés par les concurrents au double point de vue technique et économique, les garanties de bonne exécution et la compétence présentée par les entreprises en concours. Toutes les offres qui ne répondent pas aux conditions spécifiées par l'administration dans le programme qu'elle établit et à la dépense maximale qu'elle autorise sont éliminées. On apprécie et on juge les solutions

[1] J.P. HAINAUT et R. JOLIET, t1, op. cit., p.116.

proposées par les concurrents aux problèmes techniques, esthétiques ou financiers des ouvrages en vue d'attribuer le marché.[1]

Aucune disposition ne précise le critère qui doit présider à l'attribution du marché. On ne doit pas s'en étonner puisque le marché a pour but de faire naître des solutions nouvelles pour des problèmes techniques, esthétiques ou financiers. Les critères d'attribution sont donc infiniment variables en raison du problème déterminé que suscite tel marché.

§3. La procédure de gré à gré

A. Notion

A l'article 39 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, le législateur définit le marché de gré à gré ou par « entente directe » comme celui qui est passé sans appel d'offres, après l'autorisation spéciale de la direction de contrôle des marchés publics compétente confirmant que les conditions légales sont réunies. La demande d'autorisation de recours à cette procédure doit décrire les motifs la justifiant.

Selon A. MAHIOU, la procédure de gré à gré est une procédure plus souple puisqu'elle laisse une entière liberté à l'administration dans le choix de son collaborateur. L'administration agit comme un simple particulier.[2]

La compétence de l'autorité contractante est liée en ce sens que ladite procédure n'est autorisée que dans des cas exceptionnels limitativement énumérés par la loi et qui sont d'interprétation restrictive.[3]

B. Conditions

La procédure de gré à gré étant un mode dérogatoire du droit commun, il est naturel que les textes juridiques précisent les conditions qui doivent être réunies pour y recourir.[4] Le recours à cette procédure est subordonné à l'autorisation accordée après que l'autorité habilitée ait jugé de la pertinence des motifs.[5]

---

[1] J.P. HAINAUT et R. JOLIET, t1, op. cit., p.117.
[2] A. MAHIOU, op. cit., p.238.
[3] A. BRABANT, op. cit., p.219.
[4] La loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008 ; Le décret n°100/119 du 07/7/2008 portant Création, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics, B.O.B. n°7/2008 ; décret n°100/120 du 08/7/2008 portant création, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, B.O.B. n°7/2008 ; Ordonnance ministérielle n°540/1035 du 06 octobre 2008 portant Seuils de passation, de contrôle et de publication des marchés publics, B.O.B. n°11/2008.
[5] Art. 42 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.298.

L'autorité contractante doit respecter les règles communes aux diverses formes de marchés ; mais en plus de ces dernières, se montrera respectueuse des conditions exigées pour qu'un marché soit passé de gré à gré.

Les conditions s'articulent autour des prestations nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul soumissionnaire ; prestations réalisées à titre de recherche, d'essai ou de perfectionnement ; prestations complémentaires à un marché déjà exécuté sous certaines exigences.

Ces conditions seront également exigées en cas d'extrême urgence des prestations ou en cas de circonstances imprévisibles ou de cas de force majeure ne permettant pas de respecter les délais. L'on doit également recourir au gré à gré si les prestations attendues présentent un caractère secret incompatible avec toute forme de concurrence ou de publicité ou lorsque la protection des intérêts fondamentaux de la sécurité nationale requiert ce secret.[1]

Les marchés de gré à gré appellent une surveillance étroite car la collaboration avec le monde des affaires se réalise parfois au détriment de l'intérêt général.[2] L'hypothèse est aussi valable pour le cas du Burundi car les autorités qui conduisent les discussions peuvent être tentées par la corruption.

C. Garanties

Le recours à la procédure de gré à gré est subordonné à certaines conditions et à certaines autorisations, qui en somme, sont les garde-fous prévus par le législateur. La loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics impose l'autorisation spéciale de la Direction de contrôle des marchés publics compétente confirmant que les conditions légales sont réunies.[3]

Malgré l'autorisation spéciale de la Direction de contrôle des marchés publics, il faut prévoir des montants à ne pas dépasser selon le type d'autorité contractante (personne morale de droit public, personne morale de droit privé agissant pour le compte ou bénéficiant de la garantie de l'Etat, les personnes morales bénéficiant de droits spéciaux).

Après avoir fait le tour d'horizon des modes de passation, y aurait-il des innovations apportées par la nouvelle législation par rapport à la précédente réglementation ?

---

[1] Art. 40 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.297-298.
[2] A. MAHIOU, op. cit., p.241.
[3] Art. 42 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code de marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.298.

CHAPITRE III : LES INNOVATIONS ET LA PRATIQUE DANS LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS

La nouvelle législation sur les marchés publics apporte des innovations de nature diverse venant renforcer la transparence et la libéralisation de l'économie nationale. Ces innovations se remarquent sur le critère d'attribution et les procédures, sur les organes chargés de la passation et de la gestion des marchés publics, sur l'ouverture aux nouvelles technologies d'information et de communication et sur l'instauration des préférences communautaires au profit des soumissionnaires de la région et de la sous-région.

La loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics indique les procédures de passation que droit respecter toute autorité contractante.

La procédure de passation des marchés publics telle que définie par la loi N° 1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics constitue en soi une description des dispositions légales auxquelles toute autorité contractante, quel que soit son statut (personne morale de droit public, personne morale de droit privé agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou bénéficiant du concours financier ou encore de la garantie de cette dernière, de la personne morale bénéficiant des droits exclusifs) doit se conformer.

Pour en savoir plus sur la pratique réelle, nous avons approché ceux qui sont habitués à participer aux commandes publiques, aux agents de la Direction nationale de contrôle des marchés publics (D.N.C.M.P.) et les privés groupés dans des officines assurant le counseling ou le courtage dans la passation des marchés publics.

Section 1 : Innovations apportées par la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics.

Le législateur à travers la nouvelle réglementation des marchés publics apporte une série d'innovations sur les organes de passation, sur les modes d'information aux soumissionnaires, sur les procédures de passation et le critère d'attribution, sur la certification des entreprises éligibles aux commandes publiques sans oublier la libéralisation de l'économie nationale.

§1. Procédures de passation et critère d'attribution des marchés publics

A. Procédures de passation des marchés publics

Le mode de droit commun de passation des marchés publics est l'appel d'offres ouvert. Ce mode garantit les principes de publicité, de concurrence et d'égalité qui militent pour l'égal traitement de tous les candidats aux commandes publiques.[1] Il existe trois procédures exceptionnelles à la procédure de droit commun (appel d'offres restreint, appel d'offres avec concours et le gré à gré).

La procédure de passation par voie d'adjudication publique ouverte et restreinte où seulement le prix proposé était un élément déterminant pour se voir attribuer le marché a été abandonnée.

B. Le critère d'attribution des marchés publics.

Le législateur a bien précisé le critère d'attribution des marchés publics : l'offre conforme aux spécifications techniques et évaluée la moins-disante est retenue à l'exception des marchés de prestations intellectuelles.

Cette disposition sonne le glas de l'offre la plus basse ou du prix le plus bas, acceptée par la grande majorité du monde des affaires. Ce critère d'attribution peut causer des dommages importants car le soumissionnaire, une fois s'il est informé que le prix est déterminant pour l'attribution du marché, proposera un prix plus bas et va se rattraper sur la qualité d'exécution des prestations convenues. Les soumissionnaires proposeront des prix plus bas soit pour durer et attendre des jours meilleurs, spéculer sur la défaillance du service de contrôle, la modification de l'ouvrage ou sur le succès des réclamations plus ou moins fondées qu'ils adresseront à l'administration.[2]

---

[1] Art. 22 de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code de marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.292.
[2] M.A. FLAMME, op. cit., p.185.

Le critère de l'offre la plus avantageuse a été abandonné. L'offre avantageuse peut être supérieure ou inférieure à un certain palier déjà fixé à l'avance par l'autorité contractante. Les autorités contractantes confondaient souvent l'offre la plus basse et l'offre avantageuse.

L'offre la plus basse et l'offre avantageuse sous-tendent deux intérêts : l'intérêt financier et l'intérêt administratif. L'intérêt financier milite pour l'exécution du marché par le moins offrant tandis que l'intérêt administratif milite pour l'exécution du marché par le plus apte et que l'autorité contractante doit avoir une possibilité de choix entre plusieurs soumissionnaires.

Nous n'avons pas de doute que ce nouveau critère concilie l'intérêt administratif et l'intérêt financier d'autant plus que les critères d'évaluation sont fixés cas par cas et non de façon générale.

§2. Mise en place des organes chargés de la passation, de la gestion, du contrôle et de la régulation des marchés publics

Le législateur a mis fin à la concentration dans la fonction de passation, de gestion, de contrôle des marchés publics au sein d'une même structure. Finies les structures centralisées de la Commission centrale des marchés publics (C.C.M.P.), de la Commission des litiges (C.L.), de la Direction Générale des Marchés Publics (D.G.M.P.) qui assurait le secrétariat de la Commission centrale des marchés publics et qui revêtait une double casquette : celle de juge et partie si un conflit éclatait avant qu'il soit confié à la Commission des litiges et à la juridiction compétente.

« L'autorité contractante désigne une personne responsable des marchés publics (P.R.M.P.), chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés et des délégations de service public ».[1]

« Une Cellule de gestion des marchés publics (C.G.M.P.) est placée auprès de la personne responsable des marchés publics. Au sein de la Cellule de gestion des marchés publics est créée une Commission de passation des marchés (C.P.M.) »[2].

Le législateur a également mis en place la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (D.N.C.M.P.) chargée de contrôler la procédure et d'assurer des mission de suivi de l'exécution des marchés publics[3] ; l'Autorité

[1] Art. 7 de la loi n° 1/01/ du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.287
[2] Ibidem, Al.1 et 2 de l'Art.9.
[3] Décret n°100/120 du 08 juillet 2008 portant création, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1250-1256.

de Régulation des Marchés Publics (A.R.M.P.) chargée de trancher les litiges et de statuer sur les violations de la réglementation des marchés publics.[1]

Cependant, en séparant ces différents organes, le législateur crée une charge, il faut un personnel nombreux et cela au sein de toutes les personnes morales de droit public du moment que toutes les structures doivent être présentes à l'exception de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics et de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics qui occupent un rang national.

Il faut également un salaire pour rétribuer les services qu'il rend. Il faut assurer une formation conséquente au profit de ce personnel ; ce qui nécessite des moyens financiers et techniques sans oublier les besoins logistiques à prévoir à cet effet.

Sans un personnel impliqué dans la gestion saine de la chose publique, la corruption et d'autres mauvaises pratiques vont continuer à gangréner les services publics car les corrupteurs de tout acabit pourraient profiter de l'ignorance de ce personnel non formé et mal payé pour décrocher des contrats juteux grâce à leurs pratiques à la limite de l'acceptable.

§3. Ouverture aux nouvelles technologies de communication et d'information

Avant, le marché projeté était porté à la connaissance du public au moyen de publications nationales ou étrangères, habilités à recevoir les annonces légales.

« L'avis d'appel d'offres est porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes dans le journal des marchés public ou toute publication nationale et/ou internationale ainsi que sous mode électronique, selon un document modèle dont les mentions obligatoires sont fixées par voie réglementaire ».[2]

Désormais, les soumissionnaires auront la tâche facile. Avec la création du journal des marchés publics, les soumissionnaires n'auront qu'à se reporter à ce journal pour être au courant des marchés prévus à passer annuellement.

---

[1] Décret n°100/119 du 07 juillet 2008 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1240-1250.

[2] Art. 47 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.300.

« Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques ainsi que leurs caractéristiques techniques doivent avoir un caractère non discriminatoire, être couramment à la disposition du public et compatible avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées ».[1]

L'ouverture aux nouvelles technologies d'information et de communication doit être entourée de beaucoup de garanties notamment pour s'assurer de l'authenticité des soumissions, de leur confidentialité, de la provenance et l'intégrité des offres des soumissionnaires, l'horaire d'arrivée des offres et la protection des stocks de données des systèmes informatiques contre le piratage informatique.

§4. Mécanismes de certification des entreprises.

Le législateur à travers la loi n° 1/01 du 4 février 2008 innove en ce sens qu'il fait référence à un mécanisme de certification des entreprises susceptibles de favoriser l'émergence d'un tissu d'entreprises locales de qualité.

« L'autorité contractante peut demander aux entreprises candidates de produire un certificat de qualification. Ce certificat est délivré selon des critères objectifs et transparents, par l'organisme officiel responsable de la certification des entreprises. Cet organisme comprend des représentants de l'Etat et des représentants des entreprises en nombre égal. La liste des entrepreneurs est soumis au contrôle régulier de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ».[2]

Cette sélection permet à l'autorité contractante d'éliminer à l'avance tous les candidats peu scrupuleux, malhonnêtes ainsi que tous ceux qui n'offrent pas de garanties désirables de compétence professionnelle et de capacité financière. La fiche signalétique qu'on remplissait à la Direction Générale des Marchés Publics pour être éligible aux commandes publiques a été supprimée. La note de service n° 549/666/D.G.M.P. du 8/10/2007 a suspendu l'exigence de cette fiche pour garantir la transparence et l'accès d'un grand nombre de participants aux marchés publics.

Il faut en outre la spécialisation des candidats soumissionnaires. Il faut qu'on sache que tel soumissionnaire est compétent pour telles prestations. Il arrive souvent qu'un même soumissionnaire fournisse aujourd'hui de l'huile et du haricot, demain des voitures et le lendemain des moellons et du gravier.

---

[1] Art.51 de la loi n° 1/01/ du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.301.
[2] Art.53. de la loi n° 1/01/ du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.301.

§5. La libéralisation de l'économie et l'instauration des préférences communautaires

La nouvelle loi veut libéraliser l'économie nationale sans oublier l'instauration des préférences communautaires au profit des soumissionnaires ressortissant des ensembles régionaux.

La loi libéralise l'économie nationale en ce sens qu'elle enjoint à l'autorité contractante de s'assurer que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation des marchés publics ne cause de distorsion de concurrence vis-à-vis des soumissionnaires privés. Les petites et moyennes entreprises ont accès aux procédures concurrentielles d'accès à la commande publique si la compétition ne s'exerce qu'entre elles.

A. Libéralisation de l'économie

La transparence et la bonne utilisation des ressources de l'Etat sont les objectifs fondamentaux de la nouvelle loi. Les investissements générés par les achats publics doivent contribuer à la croissance économique.

« Tout candidat qui possède les capacités techniques et les capacités financières nécessaires à l'exécution du marché doit pouvoir participer aux procédures de passation des marchés publics ».[1]

Il est clair que le législateur vise la non discrimination dans la définition des capacités, des critères d'évaluation en rapport avec l'objet du marché, la limitation ou même la suppression du montant des garanties d'offres favorisant la sous-traitance des entreprises nationales.

La protection est de rigueur vis-à-vis des soumissionnaires privés à l'égard de leur concurrent public pouvant bénéficier de par son régime juridique d'avantages significatifs. Les petites et moyennes entreprises ont accès aux commandes publiques dans l'hypothèse où la compétition s'exerce entre elles. C'est une reconnaissance de leur rôle dans le développement de l'économie nationale.

[1] Art.52 de la loi n° 1/01/ du 4 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.301.

B. L'instauration des préférences communautaires.

Le législateur prévoit l'instauration des préférences communautaires au profit des soumissionnaires ressortissant des ensembles économiques ou politiques dont le Burundi est membre ou fera partie dans l'avenir.

« Est assimilé au soumissionnaire national, tout soumissionnaire domicilié et résident fiscal dans l'un des Etats membres de toute organisation régionale à la quelle la République du Burundi est partie sous réserve :

- de l'application du principe de la réciprocité aux soumissionnaires burundais dans les pays dont sont ressortissant les bénéficiaires de cette préférence ;
- de la définition par les conventions régionales applicables du seuil d'application de cette préférence ».[1]

Même si le Burundi agit sous les instructions des institutions financières internationales militant pour la libéralisation de l'économie et l'intégration dans les ensembles économiques, douaniers régionaux et sous-régionaux, cette brèche ouverte dans la législation nationale risque de coûter cher aux entreprises nationales, inexpérimentées, moins outillées techniquement et financièrement face aux grands groupes, avec expérience confirmée, de la sous-région. Il faudra restructurer les entreprises nationales pour qu'elles puissent lutter à armes égales avec les sociétés de la sous-région.

[1] Art. 65 de la loi n° 1/01/ du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.305-306.

Section 2 : La pratique dans la passation des marchés publics

La personne responsable des marchés publics désignée par l'autorité contractante, prépare et lance les avis d'appels d'offres. Elle est aidée dans cette tâche par la Cellule de gestion des marchés publics et la Commission de passation des marchés publics.

§1. Préparation et lancement des appels d'offres

A. Préparation des appels d'offres

1. Avis des utilisateurs et choix des modes de passation

Les autorités contractantes qu'elles soient des personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou bien encore les personnes morales bénéficiant des droits exclusifs[1] ne tiennent pas compte toujours de l'avis des utilisateurs des biens, services ou fournitures acquis à travers des voies contractuelles.

Elles se comportent comme des têtes – penseurs alors qu'elles devraient se plier aux informations recueillies auprès des services demandeurs. Eux qui sont confrontés au jour le jour à des défis ; leur argument devrait faire autorité sur l'avis de l'autorité habilitée à engager la personne publique concernée.

Les autorités contractantes à qui on confie le pouvoir de choisir le mode de passation des marchés publics peuvent abuser de ce pouvoir en opérant le choix ne reflétant pas l'intérêt du service. Il arrive qu'ils passent outre les dispositions légales militant pour le choix de chaque mode de conclusion notamment les seuils réglementaires à ne pas méconnaître par l'autorité contractante. On pourrait penser que les autorités contractantes ont des participations dans le capital de certaines personnes morales candidates ou qu'elles ont été intéressées par ces dernières.[2]

Il peut arriver qu'un marché qui, eu égard à son importance, devrait être passé par voie d'appel d'offres ouvert soit passé par voie de gré à gré ou par voie d'appel d'offres avec concours ou encore par voie d'appel d'offres restreint portant ainsi atteinte à la procédure de droit commun. Même entre les procédures exceptionnelles, de tels manquements se font remarquer. L'appel d'offres restreint avec des candidats choisis dans des conditions obscures, sans objectivité ou le gré à gré peuvent être préférés à l'appel d'offres avec concours.[3]

---

[1] Art.3 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.285.
[2] Information recueillie auprès des soumissionnaires, du C.A.M.P.
[3] Information recueillie auprès du C.A.M.P.

2. Instructions, critères et spécifications techniques.

Les autorités contractantes peuvent donner des instructions sciemment mal rédigées pour que ces lacunes profitent à certains soumissionnaires avisés car ayant été approchés au cours de la préparation des dossiers d'appel d'offres.

Les autorités contractantes peuvent insérer des critères discriminatoires pour certains soumissionnaires. Un tel traitement de faveur à l'égard de certains soumissionnaires va provoquer des distorsions entre les candidats aux commandes publiques.

Dans l'avis d'appel d'offres, il arrive que soient insérées des spécifications techniques biaisées. Prenons l'exemple d'un avis d'appel d'offres qui obligerait le candidat soumissionnaire de fournir des pneus Goodyear fabriqués en telle année ; on pourrait penser que celui qui lance l'avis d'appel d'offres sait bien que de tels pneus sont disponibles auprès d'un seul soumissionnaire avec qui il aurait pris contact avant le lancement de l'avis de l'appel d'offres.[1]

3. Exercice de l'influence par les soumissionnaires

Dans la préparation des dossiers d'appel d'offres, une influence est exercée sur les autorités contractantes qui lancent l'appel d'offres par des soumissionnaires voire même des autorités étatiques. Elles sont obligées de procéder à la manipulation la rédaction du dossier d'appel d'offres. La manipulation du dossier d'appel d'offres a pour objet d'insérer l'un ou l'autre élément disponible chez un soumissionnaire, qui sera déterminant dans l'attribution du marché.

Les soumissionnaires qui exercent cette influence souhaitent une situation qui leur est favorable sur la caution, la nature des biens, des services, des fournitures désirés par la personne publique concernée, sur les quantités des prestations à fournir eu égard à leur capacité technique, sur le délai dans lequel l'autorité contractante aura les biens, services, fournitures souhaités.

Ces influences ne s'arrêtent pas là ; ils vont jusqu'au choix des modes de conclusion, que ce soit l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres avec concours, le gré à gré au mépris des dispositions pertinentes militant pour le choix de l'un ou l'autre mode.

[1] Information recueillie auprès du C.A.M.P.

Les soumissionnaires s'adonnent aussi à des ententes surtout si le marché comporte des lots à attribuer séparément. Un des soumissionnaires consent à présenter une offre financière élevée ici alors que l'autre fait le contraire pour un autre marché. Pour chaque marché gagné, les soumissionnaires ligués exécuteront le marché ensemble du moins dans le secret car étant liés par l'entente intervenue entre eux.[1]

B. Le lancement du dossier d'appel d'offres

Les organes de passation qui lancent l'appel d'offres subissent un double chantage : l'un de la part des soumissionnaires, l'autre de certaines autorités. Une influence est également exercée au responsable de la publication retenue.

1. Manœuvres des soumissionnaires

Les soumissionnaires reprochent aux organes de passation de ne pas avoir tenu compte des promesses faites au cas où elles inséraient certaines instructions qui leur rendraient la tâche facile et les menacent de régler leur affaire par des personnes tierces pouvant être des personnes haut placées ou d'autres pouvant exercer une influence quelconque. Ces personnes peuvent être de la famille, du service ou de la formation politique à laquelle elles appartiennent.[2]

Les organes de passation reçoivent des réclamations sans fondement émanant des soumissionnaires dans le seul but de les déstabiliser. Ces agissements visent à obtenir un probable changement dans les critères d'évaluation figurant dans l'avis d'appel d'offres. Elles sont menacées de destitution à laquelle peuvent œuvrer les soumissionnaires ou ces derniers peuvent révéler à la face du public, les agissements antérieurs des personnes contractantes dans d'autres marchés déjà attribués et exécutés.

« Le législateur souligne que le président de la Commission de passation des marchés peut, sur proposition de la Sous-commission d'analyse, demander aux soumissionnaires des éclaircissements sur leurs offres. Ils ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments de l'offre en vue de la rendre plus conforme ou plus compétitive ».[3]

Certains soumissionnaires ne se plient pas au prescrit de cet article. Ils refusent de répondre aux demandes d'éclaircissements leur adressées par l'autorité contractante. Peut-être que pour eux, c'est un présage de mauvaise

---

[1] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[2] Information recueillie auprès de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[3] Art.62. de la loi n° 1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.304-305.

augure ; que peut-être ils ne pourront satisfaire à ces demandes eu égard à leur contenu ou peut être encore qu'ils jugent que c'est de la peine perdue.[1]

Il arrive que les soumissionnaires confectionnent des offres savamment calculées. Comme ils sont professionnels, ils peuvent mettre dans leurs offres des dispositions qui peuvent être des pièges pour les autorités contractantes mal avisées. Ils avancent des expériences dans des commandes similaires déjà exécutées, des références techniques et financières cela pour la simple raison qu'elles ont été demandées alors qu'elles ne sont pas conformes à la réalité.[2]

2. Manœuvres des autorités contractantes

Les autorités contractantes accusent les organes de passation de ne pas se plier aux injonctions données. Ils sont sur la sellette car susceptibles d'être limogés à n'importe quel moment. Si le limogeage se concrétise, les organes de passation nouvellement nommés se montreront plein de fidélité, de dévouement aux personnes qui les ont nommés plutôt qu'à l'intérêt du service public auquel elles sont attachées. D'autres chantages proviennent des partis politiques auxquels les autorités contractantes sont affiliées.[3]

Les autorités contractantes sont souvent flexibles face aux puissants soumissionnaires en accédant à des demandes fantaisistes notamment sur les demandes de changement des spécifications de l'avis d'appel d'offres, sur les demandes de report des dates initialement prévues pour les diverses activités de toute procédure.

Les autorités contractantes jouent l'ignorant en ne respectant pas les dispositions pertinentes de l'avis d'appel d'offres et la législation en la matière[4].

3. Manœuvres des responsables des publications

« L'avis ne peut être confié à une publication que si la direction de cette publication s'est engagée au préalable à faire les insertions dans un délai de 5 jours ouvrables à compter du lendemain du dépôt de la demande ou transmission contre récépissé.[5]

---

[1] Information recueillie auprès de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics.
[2] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[3] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[4] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[5] Art.47. de la loi n° 1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.300.

Ce délai prescrit n'est pas respecté. Souvent la parution est tardive pour des motifs inconnus. On peut penser que des autorités contractantes voire même des soumissionnaires auraient exercé une certaine influence sur le responsable des publications retenu pour différer la date de parution de l'avis d'appel d'offres. Pour eux, il faut que peu de soumissionnaires soient au courant de l'avis d'appel d'offres et qu'ils n'aient pas de temps suffisant pour présenter leurs offres et fournir tous les renseignements exigés.[1]

§2. Etablissement, ouverture et analyse des offres

Les soumissionnaires établissent les offres conformément aux instructions de l'Avis d'appel d'offres. Les offres seront ouvertes et analysées par la Commission de passation des marchés publics.

A. Etablissement des offres

1. Langue et monnaie de l'offre

Le soumissionnaire doit présenter son offre dans la ou les langue(s) officielles du pays mais également la libeller dans la monnaie indiquée dans l'avis d'appel d'offres. Il est judicieux que l'offre soit présentée dans une langue officielle du pays et au cas où un soumissionnaire étranger usera de sa langue maternelle, il doit accompagner son offre d'une traduction certifiée d'une personne autorisée.

« Cette procédure se conclut sans négociation sur la base de critères objectifs d'évaluation préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossiers d'appel d'offres et exprimés en termes monétaires ».[2]

La monnaie de l'offre est d'une importance capitale car une fois qu'un soumissionnaire propose des monnaies pas facilement échangeables ici au Burundi ; le service public pourrait souffrir du retard enregistré avant l'exécution du marché.

Sur ce sujet, au cours de l'an 2000, une requête a été introduite auprès de la Cour administrative de Bujumbura et inscrite au rôle 1578. La partie demanderesse était la société APRO-SERVICES et la partie défenderesse était l'Etat Burundais. L'objet de la contestation portait sur la demande d'annulation de la lettre de commande et procès-verbal d'attribution du marché de 2.300

[1] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et du personnel de la D.N.C.M.P.
[2] Art.21 de la loi n° 1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.293.

tonnes d'engrais. Le marché avait été attribué par le Ministère de l'Agriculture et de l'Elevage à la société CHIMUSA E. NYANKIYE.

La société CHIMUSA E. NYANKIYE avait libellé son offre en monnaie nationale pour une somme de 765.757.500 Fbu et la société APRO-SERVICES avait libellé son offre en devises sans indiquer la parité utilisée par rapport au Fbu et avait présenté l'autorisation de son fabricant uniquement pour un seul produit au lieu de trois produits exigés. L'offre de la société APRO-SERVICES était de l'ordre de 960.034 dollars américains, soit 743.187.520 Fbu d'après le taux de change pratiqué par la Banque de la République du Burundi à l'époque.

Se basant sur l'article 45 du décret-loi n°1/015 du 19 mai 1990 portant dispositions organiques des marchés publics qui stipulait : « Pour la comparaison des offres, les prix présentés en monnaie étrangère autre que monnaie burundaise sont convertis sur base des taux de change publiés par la Banque de la République du Burundi le dernier jour du mois qui précède le mois dans lequel se situe la date fixée pour la remise des offres », en vigueur à l'époque ; la Cour administrative de Bujumbura a estimé que le Ministère de l'Agriculture et de l'Elevage et la Direction Générale des Marchés Publics ne pouvaient ignorer le contenu de cet article et à donné raison à la société APRO-SERVICES en décidant l'annulation de la lettre de commande et du procès – verbal d'attribution du marché de 2.300 tonnes d'engrais chimiques à la société CHIMUSA E. NYANKIYE[1].

Le juge de la Cour administrative de Bujumbura ne pouvait, certes, que donner raison à la société APRO-SERVICES compte tenu du prescrit de la loi mais il aurait dû aussi exploiter le fait que cette dernière à présenté une seule autorisation au lieu de trois exigés par l'avis d'appel d'offres ; cela aurait abouti peut être à certains dommages-intérêts prononcés au profit du Trésor ou l'exigence de ces autorisations restantes sous peine d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire.

B. Ouvertures des offres

1. Changement de salle et non respect de l'heure

Il arrive que les autorités contractantes changent de salle prévue pour la séance d'ouverture des offres ; ne respectent pas l'heure indiquée dans l'avis d'appel d'offres. Changer de salle habituelle pour la séance d'ouverture des offres revient à désorienter les soumissionnaires et le public qui voudrait y assister. Cela montre quelque part que la Commission de passation des marchés

[1] C.A.B. APRO-SERVICES Vs Etat du Burundi, demande d'annulation de la lettre de commande et du procès-verbal d'attribution, R.C.A. N°1578.

aurait quelque chose à cacher. On pourrait même penser à un favoritisme de certains soumissionnaires aux dépens des autres.[1]

Ne pas respecter l'heure indiquée dans l'avis d'appel d'offres suppose jouer sur les nerfs des soumissionnaires. Eu égard à certains rendez-vous déjà pris, certains soumissionnaires abandonneront la séance en y laissant leurs mandataires peut-être moins éclairés qu'eux. Il y aura un sentiment de frustration une fois qu'ils se verront évincés pour des motifs peu convaincants. Après l'heure fixée, les soumissionnaires ne montreront pas la même combativité car déjà fatigués par le retard pris.[2]

Même s'il s'excuse dans certains cas, en cas de changement de salle ou d'heure fixée pour l'ouverture, le président de la Commission de passation des marchés devrait informer le public et les soumissionnaires de cette déconvenue et présenter ses excuses. Cela prouverait sa bonne foi à ceux qui participent à la séance qu'il dirige.

2. Attitude des membres de la Commission de passation

« Le président de la séance dresse la liste des soumissionnaires en leur présence, examine les pièces justificatives produites et rejette les offres qui ne sont pas accompagnées de pièces exigées. Le nom de chaque soumissionnaire, le montant de chaque offre et chaque variante et le cas échéant, le montant des rabais proposés, les délais de réalisation sont lus à haute voix. La présence ou l'absence de garantie d'offre est également mentionné ».[3]

En dressant la liste des candidats, il arrive que le président de la Commission de passation affiche un certain ton soutenu sur les offres de certains soumissionnaires que sur celle des autres. Les offres de certains soumissionnaires sont lues à haute et intelligible voix tandis que celles des autres sont lues avec presque des murmures. Il s'agit ici d'un traitement de faveur de ces soumissionnaires privilégiés, peut-être qu'il s'agit d'une préparation psychologique de l'assistance au cas où leur offre serait retenue.

Il arrive que la personne chargée de présider la Commission de passation des marchés admette de nouvelles pièces comme l'absence de garantie de l'offre (les cautions) alors qu'il y a eu une date butoir pour la réception des offres stipulée dans l'avis d'appel d'offres.

---

[1] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[2] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[3] Art.60 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Codes des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.304.

La personne chargée de présider la Commission de passation des marchés peut falsifier les offres en lisant le contraire de ce qui a été écrit par le soumissionnaire ou son mandataire. Cette démarche risque de porter préjudice aux soumissionnaires dont les mentions des offres n'auront pas été lues dans leur intégralité.[1]

Il arrive que le président de la Commission de passation des marchés s'adonne à des lectures incomplètes des offres de certains soumissionnaires qu'il ne veut pas voir gagner le marché. Il peut ne pas signaler dans son exposé les pièces justificatives produites, le délai de réalisation, montant des rabais proposés, la caution, etc. Sûrement que cela préjudicie certains soumissionnaires qui vont perdre le marché alors qu'ils étaient en droit, voire mieux placés pour se voir attribuer le marché.

3. Attitude des soumissionnaires

« Les renseignements ainsi que la relation des éventuels incidents survenus lors de l'ouverture des plis ou les éventuelles protestations ou observations des soumissionnaires sont consignés dans le procès-verbal de la séance d'ouverture, auquel est jointe la liste signée par toutes les personnes présentes y compris les observations de l'observateur indépendant désigné à cet effet».[2]

Les soumissionnaires présents à la séance d'ouverture perturbent cette dernière en entretenant un bruit assourdissant, un brouhaha rendant inaudible les paroles du président de la Commission de passation des marchés. Ce spectacle désolant est souvent de l'initiative de certains soumissionnaires dont les offres ont été lues et que par hasard, ils voient qu'ils ne vont rien y récolter à voir les propositions des autres soumissionnaires. Cela va contribuer à entretenir une certaine tension dans la salle et pénaliser les soumissionnaires dont les offres n'ont pas encore été lues.[3]

Les soumissionnaires profèrent des menaces à peine voilées à l'endroit de la Commission sur des recours éventuels auprès des autorités hiérarchiques de la personne publique intéressée qui ne vont manquer de casser la décision ou la proposition émanant de la Commission de passation ou à la rigueur vont les démettre d'autant plus que c'est eux-mêmes qui les ont nommés.

---

[1] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[2] Art.60 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Codes des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.304.
[3] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et du personnel de la D.N.C.M.P.

Les soumissionnaires proposent des rabais fantaisistes auxquels même un enfant capable de discernement ne croirait. En avançant ces rabais fantaisistes, les soumissionnaires ont dans leur tête qu'une fois le marché attribué, ils vont se rattraper sur la qualité d'exécution des prestations convenues. Les commandes publiques doivent être prises en charge par des candidats capables ou reconnus aptes à les exécuter. Ces rabais doivent être purement et simplement rejetés au vu de leur caractère irréel.[1]

§3. Analyse des offres

« Les copies des offres reçues sont confiées à la Sous-commission d'analyse désignée par le président de la Commission de passation des marchés, compétente, pour évaluation des offres techniques et financières et procéder à leur classement suivant des critères édictés dans le dossier d'appel d'offres »[2].

Certains membres de la Sous-commission d'analyse entrent en contact avec les soumissionnaires. Lesdits contacts n'augurent rien de transparent car il y a risque de corruption par des promesses émanant des candidats pour se voir attribuer le marché.[3]

Ils manquent au devoir de confidentialité qui doit caractériser toute personne investie d'une telle mission. La divulgation du secret du délibéré de l'analyse des offres auquel on a participé va nuire au principe d'égalité dont doit se prévaloir tout soumissionnaire.

C'est ainsi qu'ils acceptent des compléments d'offres alors que le délai de réception des offres et des compléments est déjà expiré ou manipulent les offres déjà reçues pour les rendre plus conformes et plus compétitives. Ce sont eux qui doivent rédiger le rapport d'analyse et le rapport de synthèse adressés à la personne responsable des marchés publics désignée par l'autorité contractante.

Ils subissent toujours du chantage de la part de certains soumissionnaires bénéficiant de l'appui. Ils sont manipulés par les soumissionnaires qui leur envoient des avis ou points de vue reflétant leurs convictions ; lesquelles doivent s'imposer à la Sous-commission surtout qu'ils argumentent que cela fait longtemps qu'ils soumissionnent à des commandes publiques. Certains n'hésitent pas à faire des promesses qui seraient tenues une fois qu'on accède à leurs demandes ou à leurs aspirations.[4]

---

[1] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et du personnel de la D.N.C.M.P.
[2] Art.62 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Codes des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.304-305.
[3] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[4] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et de la D.N.C.M.P.

Si toutes ces démarches ne produisent pas les effets escomptés en vue de l'attribution du marché, les soumissionnaires recourent à l'influence par des personnes tierces. Tous les moyens sont bons pourvu qu'on leur attribue le marché. La fin justifiant les moyens, toute personne supposée avoir la moindre influence est sollicitée par ces soumissionnaires.

En procédant à l'analyse de l'offre technique, l'administration veille à la bonne exécution des travaux et des fournitures en cherchant l'offre qui lui est avantageuse car les difficultés d'exécution ne manqueront pas d'entraîner le dysfonctionnement des services publics et l'intérêt général va en souffrir[1]

§4. Attribution du marché

A. Attribution

Le rapport d'analyse et le rapport de synthèse sont transmis par la Sous-commission d'analyse des offres à la personne responsable des marchés publics désignée par l'autorité contractante en vue d'attribuer le marché.

« Les propositions d'attribution émanant de la Commission de passation font l'objet d'un procès-verbal dénommé procès-verbal d'attribution provisoire et qui mentionne le ou les soumissionnaires retenu(s), les soumissionnaires exclus et les motifs, le nom de l'attributaire et le montant évalué de son offre ».[2]

L'organe chargé de proposer l'attribution entre en contact avec les soumissionnaires en vue de se faire promettre quelque chose une fois le marché attribué. Il arrive que cet organe modifie les critères de sélection servant à le guider en vue de proposer l'attribution à tel ou tel soumissionnaire. Il rend un mauvais service en proposant une décision arbitraire, rendue au mépris du ou des critères d'attribution du marché.[3]

« L'autorité contractante attribue le marché dans le délai de validité des offres défini dans le dossier d'appel d'offres, au soumissionnaire dont l'offre satisfait aux conditions définies par la législation en la matière ».[4]

Souvent, la proposition d'attribution est si ambiguë que l'autorité contractante n'a pas suffisamment de lumière ou de conviction pour attribuer le marché ; pire encore, il arrive que la décision soit rendue tardivement hors délai de validité des offres contrairement au prescrit de la loi.[5]

---

[1] HAINAUT et JOLLET, t2, op. cit., p.150.
[2] Art.67 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Codes des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.306-307.
[3] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.
[4] Art.67 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Codes des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.306-307.
[5] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et de la D.N.C.M.P.

Même à cette étape, l'autorité contractante n'est pas à l'abri de menaces, chantages ou influences. Le fait d'être approchés les expose à la corruption ou à toute autre collusion.

L'autorité contractante pourra refuser la proposition faite par la Commission de passation des marchés publics en cas d'absence ou d'insuffisance des crédits.

B. La rédaction et la négociation du contrat

Au cours de la rédaction et la négociation du contrat, toutes les parties que ce soit l'autorité contractante ou l'attributaire du marché ferment les yeux sur certaines dispositions devant figurer dans le contrat. Ce sont notamment les quantités des prestations attendues, les conditions d'obtention des avances et acomptes et sur les révisions des prix.

Ces dispositions sont d'une importance capitale et une telle convergence de vue prouve à suffisance que ce silence respectif des parties sur des clauses essentielles reflète une entente illicite.

C'est ainsi que certaines clauses du cahier des clauses administratives particulières sont modifiées au vu et au su des parties jouant l'ignorant. Le contenu de l'offre, les rabais, les délais, les formules de révision des prix ne sont pas en reste pour être modifiés[1].

C. Exécution du contrat

L'attributaire se rend coupable de plusieurs manquements avec l'œil complice de la personne chargée de la surveillance de l'exécution du contrat. Il s'adonne souvent à des changements de quantité de prestations promises sans oublier leur qualité.

Les quantités de prestations sont présumées alors que la personne chargée de surveiller l'exécution du marché n'a d'autres missions désignées que de vérifier l'exécution des engagements pris par l'attributaire. Il fait avancer des travaux supplémentaires non prévus au contrat signé ; donc exigeant des marchés accessoires à négocier.[2]

---

[1] Information recueillie auprès du C.A.M.P.
[2] Information recueillie auprès du C.A.M.P., de la D.N.C.M.P. et des soumissionnaires.

Il remplace les matériaux à fournir stipulés au contrat par des variantes non permises par la personne chargée de surveiller l'exécution du marché. Il change souvent le pays ou la région de provenance des matériaux alors que le contrat est suffisamment précis.

L'attributaire introduit souvent des demandes de prolongation des délais, arrête les travaux en vue d'obtenir la révision du prix suite à l'inflation observée sur les prix des matériaux, refuse les pénalités imposées par l'autorité contractante à travers la personne responsable des marchés publics[1].

L'attributaire refuse souvent de répondre ou transmet ses réponses tardivement avec ou sans solution appropriée. Il arrive que la personne chargée de surveiller la bonne exécution des obligations de l'attributaire n'accomplisse pas correctement sa mission en relâchant son attention sur la qualité des prestations. L'attributaire est souvent payé tardivement en ce qui concerne les avances et les acomptes autorisés par la législation en la matière.[2]

L'autorité contractante et l'attributaire se conviennent souvent sur des avenants servant à modifier le contrat principal par des éléments ou circonstances inexistants au moment de la signature du contrat ; ce qui ouvre à l'attributaire des indemnités servant à réparer le préjudice subi même si souvent il n'est pas établi.

[1] Information recueillie auprès du C.A.M.P.
[2] Information recueillie auprès du C.A.M.P. et des soumissionnaires.

CONCLUSION GENERALE

En entreprenant cette étude, notre objectif était de présenter la procédure suivie dans la passation des marchés publics. Au cours de cette étude, nous avons pu remarquer que la procédure de passation des marchés publics tel que prévu et organisé par le nouveau Code des marchés publics ; même si ce dernier consacre une révolution dans la réglementation destinée à tenir compte des changements économiques et technologiques, des lois de l'intégration régionale et sous-régionale, reste marquée par certaines insuffisances.

Le critère d'attribution retenu dans la procédure de passation des marchés publics est l'offre, à l'exception des marchés de prestations intellectuelles, conforme aux spécifications techniques et évaluée la moins-disante. Ce critère est commun au mode de conclusion de droit commun (appel d'offres ouvert) et aux modes dérogatoires au droit commun (appel d'offres restreint, appel d'offres avec concours et le gré à gré). Cependant, il peut arriver que les autorités contractantes passent outre les dispositions qui guident le choix de l'un ou l'autre mode de conclusion. Il faut des garanties particulières notamment les guides d'évaluation des offres et la présence des observateurs indépendants pour renforcer la transparence dans la passation des marchés publics.

Dans les procédures exceptionnelles, il faut effectivement mettre en compétition les parties intéressées et ne pas servir à couvrir un choix déjà fait pour des raisons subjectives. Il faudra préciser les motivations pour le choix du mode de conclusion et les montants à ne pas dépasser pour chaque marché à attribuer. Il faut un organe centralisé pour apprécier l'opportunité de recourir aux modes exceptionnels.

La commande publique étant un outil essentiel de développement, le bon usage des deniers publics nécessite que l'ensemble des marchés soit soumis à des règles de concurrence. La planification des commandes publiques et leur publicité doivent résulter d'une claire détermination des besoins. Les autorités contractantes doivent s'assurer à tout moment de la disponibilité des crédits nécessaires à l'exécution du marché. On applique le principe selon lequel aucune dépense ne peut être engagée que si elle n'est imputable à un crédit déjà voté.

La procédure de passation est gouvernée par le principe de publicité des plans annuels, des avis d'appel d'offres, de la séance d'ouverture des offres, des résultats de l'évaluation. Les critères d'évaluation sont précisés et sont définis par rapport à l'objet du marché. Notre constat a été que la publicité touche souvent les avis et la séance d'ouverture des offres.

La loi sur les marchés publics rend la tâche facile aux soumissionnaires. Avec la création du journal des marchés publics attaché au Ministère des Finances, les soumissionnaires n'auront qu'à se rapporter à ce journal pour être au courant des marchés prévus à passer annuellement.

La procédure de passation des marchés publics durant tout son déroulement est émaillée de plusieurs incidents que ce soit au niveau de l'ouverture, de l'analyse ou de l'attribution.

Les autorités contractantes doivent requérir l'avis des utilisateurs et observer les principes qui guident le choix des modes de conclusion des marchés publics. Les organes de la passation manquent à leurs responsabilités en prenant fait et cause pour certains soumissionnaires. Les actes qu'ils posent dérogent au principe d'égalité qui milite pour l'égal traitement de tous les candidats aux commandes publiques. Ils se soustraient au principe de confidentialité qui doit caractériser leur mission.

Il faut réserver aux fonctionnaires une rémunération motivante les mettant à l'abri de la corruption et leur assurer une formation de renforcement des capacités dans la passation des marchés publics. Cela nécessitera beaucoup de moyens financiers car les organes de passation sont présents au sein des autorités contractantes tel que définis par l'art.3 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics.

Les soumissionnaires doivent s'abstenir d'exercer des chantages, des menaces ou recourir à l'influence des personnes tierces à l'égard des fonctionnaires chargés d'attribuer le marché. Il faut décourager les ententes auxquelles ils s'adonnent surtout si le marché comporte des lots à attribuer séparément. Il faut accorder une chance à tout soumissionnaire de corriger les ratures et surcharges mais également de retirer, de compléter ou de modifier quelque chose dans leur offre pourvu que ce soit dans les délais et formes prévus pour le dépôt des offres.

Le juge administratif doit jouer un rôle actif au cours de l'instruction des affaires dont il est saisi. Il faut qu'il exige la production de tous les documents servant à la manifestation de la vérité à toutes les parties sans oublier l'autorité chargée de l'attribution du marché. Les soumissionnaires doivent faire diligence et poursuivre les affaires introduites auprès du juge administratif d'autant plus que le demandeur allègue des droits qui sont méconnus.

Les procédures de passation étant dématérialisées par la possibilité accordée aux soumissionnaires de soumissionner par voie électronique ; adapter les nouvelles technologies aux procédures de passation exige des garanties

permettant de s'assurer de l'authenticité et de la confidentialité des offres sans oublier de sécuriser les systèmes informatiques de l'autorité contractante.

L'agrément des entreprises nationales par le mécanisme de certification va aider l'autorité contractante à éliminer les candidats ne réunissant les capacités techniques, économiques et financières requises. Des entreprises nationales vont se restructurer et se spécialiser pour une catégorie déterminée de prestations.

Les soumissionnaires ressortissant des ensembles politiques et économiques dont le Burundi est membre auxquels on reconnaît les mêmes droits que les Burundais peuvent handicaper sérieusement la participation des entreprises nationales. On risque d'hypothéquer le développement des sociétés burundaises qui ne sont pas prêtes à rivaliser avec les sociétés de la sous-région. L'Etat et ses partenaires devront les aider pour surmonter ces défis. Il faut les convaincre de mettre fin à leurs hostilités dans la participation aux commandes publiques en se regroupant par secteur d'activité. Cette concentration leur sera bénéfique car il y aura accroissement du capital et du savoir-faire. Les sociétés burundaises doivent chercher à avoir des participations dans le capital des sociétés régionales et sous régionales. Enfin, l'Etat et ses partenaires devront organiser des séminaires de renforcement des capacités au profit des dirigeants des sociétés en matière de passation du marché sur le plan régional et sous-régionale.

Comme les différentes autorités vont mener elles-mêmes le processus de passation des marchés, il est souhaitable que les différents organes qui vont s'occuper de la passation des marchés aient des délais maximaux de traitement des dossiers ; le tout concourant au bon fonctionnement du service public. La présence des experts réduira le nombre de litiges et cela contribuera à la sauvegarde de l'intérêt général.

Nous ne prétendons pas avoir épuisé ce sujet. Nous osons cependant espérer que ce modeste travail constitue un pas vers la recherche et pourra aider ceux qui voudront s'y investir davantage.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

I. Codes, textes législatifs et réglementaires

1. BELLON, R. et DELFOSSE, P., Codes et lois du Burundi, Ministère de la Justice, Bruxelles, Larcier, 1970, 1092 p.
2. Code administratif français, Paris, Dalloz, 1992, 1215 p.
3. Les Codes Larcier, IV, Droit public et administratif, Bruxelles, Larcier, 1995, 1375 p.
4. Décret-loi n°1/015 du 19 mai 1990 portant Dispositions organiques des marchés publics.
5. Décret n°100/119 du 07 juillet 2008 portant Création, missions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1240-1250.
6. Décret n°100/120 du 08 juillet 2008 portant Création, missions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1250-1256.
7. Décret n°100/123 du 07 juillet 2008 portant Création, missions, organisation et fonctionnement de la Cellule de gestion des marchés publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1265-1268.
8. Loi n°1/008 du 1e septembre 1986 portant Code foncier B.O.B. n°7 à 9/86, pp.1256-1262.
9. La loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics B.O.B. n°2 bis/2008, pp.278-327.
10. La loi n°1/11 du 11 juillet 2008 portant Procédures de vente des biens du domaine privé de l'Etat, B.O.B. n°7/2008, pp.1259-1265.
11. Ordonnance ministérielle n°540/1035 du 06 octobre 2008 portant Seuils de passation, de contrôle et de publication des marchés publics, B.O.B. n°10/2008, pp.1856-1857.

II. Les ouvrages cités et/ou consultés

A. Les ouvrages généraux

1. AUBY J.-M., BON, P., Droit administratif des biens, 3e éd., Paris, Dalloz, 1955, 537p.
2. AUBY J.-M., DUCOS-ADER, Droit administratif, La fonction publique, les biens publics, les travaux publics, 7e éd., Paris, J.G.D., 1986, 685p.
3. BURLET, J., Précis de droit administratif congolais, Principes généraux, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1969, 278p.
4. BOCKEL, A., Droit administratif, Dakar-Abidjan, N.E.A., 1978, 541p.

5. BOURJOL, M., Droit administratif, l'action administrative, Paris, Masson et Cie, 1972, 329p.
6. BUTTGENBACH, A., Manuel de droit administratif, 3e éd., Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1966, 311p.
7. CAMBIER, C., Droit administratif, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1968, 621 p.
8. CHAPUS, R., Droit administratif général, t2, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1962, 646 p.
9. CHAPUS, R., Droit administratif général, t1, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, 1427p.
10. DEBBASCH, C., BOURDON, J., PONTIER, J.-M., RICCI, J.-C., Institutions et droit administratif, Biens, expropriation, travaux publics, Paris, P.U.F., 1982, 406p.
11. DE MICHEL, A., Le droit administratif, Essai de réflexion théorique, Paris, L.G.D.J., 1978, 220p.
12. DE LAUBADERE, A., Traité de droit administratif, 6e éd., Paris, L.G.D.J., 1975, 534 p. ;
Traité de droit administratif, 8e éd., Paris, L.G.D.J., 1980, 783 p. ;
Traité de droit administratif, 10e éd., Paris, L.G.D.J., 1984, 698 p.
13. DE LAUBADERE, A. VENEZIA, J.-C. et GAUDEMET, Y., Traité de droit administratif, t1, 15e éd., Paris, L.G.D.J., 1984, 1107p.
14. DE LAUBADERE, A. VENEZIA, J.-C. et GAUDEMET, Y., Traité de droit administratif, t2, 9e éd., Paris, L.G.D.J., 1991, 679p.
15. DEPUIS, G. et GUEDON, M.-J., Droit administratif, 3e éd., Paris, Armand Colin, 1991, 537p.
16. DEPUIS, G., GUEDON, M.-J. et CHRETIEN, P., Droit administratif, 8e éd., Paris, Armand Colin, 2002, 657p.
17. RIVERO, J. et WALINE, J., Droit administratif, 18e éd., Paris, Dalloz, 2000, 540 p.
18. WIGNY, P., Droit administratif, Principes généraux, 4e éd., revue et augmentée, Bruxelles, E.E.B., 1962, 445p.
19. WALINE, M., Précis de droit administratif, Paris, Montchrestien, 1970, 367 p.

B. Les ouvrages spéciaux

1. ALLARD, R., Le droit administratif de l'expropriation et des marchés de travaux publics, 3e éd., Paris, Eyrolles, 1974, 246p.
2. BATSELE, D., M.A. FLAMME et P. QUERTAINMONT, Initiation aux marchés publics, Bruxelles, E.E.B., 2001, 421p.

3. BADAOUI, S., Le fait de prince dans les contrats administratifs en droit français et égyptien, Paris, L.G.D.J., 1955, 239p.
4. BRABANT, A., Les marchés publics et privés dans les C.E.E. et outre-mer, t1, Bruxelles, E.E.B., 1992, 705 p. ;
Les marchés publics et privés dans l'U.E et outre-mer, t2, Bruxelles, E.E.B., 1996, 1063p.
5. DE LAUBADERE, A., GAUDEMET, Y. et VENEZIA J.-C., Traité des contrats administratifs, t1, 2e éd., 1983.
6. FLAMME, M.-A., Traité théorique et pratique des marchés publics, t1, Bruxelles, E.E.B., 1969, 823 p.
Traité théorique des marchés publics, t2, Bruxelles, E.E.B., 1969, 1101 p.
7. HAINAUT, J.-P. et JOLIET, R., Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun, t1, Bruxelles, E.E.B., 1962, 284 p.
8. HAINAUT, J.-P. et JOLIET, R., Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun, t2, Bruxelles, E.E.B., 1963, 310p.
9. KOBTAN, M., Les marchés de l'opérateur public ou la réforme du droit des marchés publics, Alger, O.P.U., 1982, 152p.
10. MAEGELEN, F., MOUGEOT, M., Les marchés publics, Règles, Stratégies, Paris, Politiques, Economica, 1993, 230p.
11. MODERNE, F., La sous-traitance dans les marchés publics, Paris, Dalloz, 1995, 283p.
12. NIHOUL, P., La nouvelle loi sur les marchés publics, Bruxelles, Kluwer Editions Juridiques, 1993, 121p.
13. JOSSE, P.-L., Travaux publics et expropriation, Paris, Sirey, 1958, 449p.

III. Mémoires consultés

1. KANDEKE, J.-B., Le règlement de l'état d'imprévision survenant à l'occasion de l'exécution d'un marché public au nom de l'Etat dans la pratique administrative burundaise, Mémoire, U.B., F.D., Bujumbura, 1979, 103 p.
2. KARABINJIYE, P.-C., L'application des sanctions en cas d'inexécution fautive d'un marché public, Mémoire, Bujumbura, U.B., F.D., 1994, 144p.
3. MIDONZI, T., La procédure de passation des marchés publics par voie d'adjudication en droit administratif burundais, Mémoire, U.B., F.D., Bujumbura, 1979, 98p.

4. NGENDAMBIZI, V., Applicabilité de la réglementation des adjudications aux marchés publics passés par les établissements publics, Mémoire, U.B., F.D., Bujumbura, 1987, 84 p.

IV. Encyclopédies, répertoires

1. Guide juridique Dalloz, t1à t4, 1992, Paris
2. Dalloz, Nouveau répertoire de droit, 2ème éd, JGD, Paris, 1962.
3. ODENT, R. et J. WALINE, Répertoire de droit public et administratif, t2, J.G.D., Paris.
4. Pandectes belges, Encyclopédie de législation, doctrine et jurisprudence belge, t69, Ferdinand Larcier, 1899, 981p.

TABLE DES MATIERES

DEDICACE i
REMERCIEMENTS ii
SIGLES ET ABREVIATIONS iii

INTRODUCTION GENERALE 1

CHAPITRE I : GENERALITES SUR LES MARCHES PUBLICS 3
Section 1 : Définition et caractères des marchés publics 3
§1. Définition 3
§2. Les caractères d'un marché public 4
A. L'objet du marché public 4
1. Une prestation 5
2. Le prix 5
B. Les parties au contrat 6
§3. La distinction entre marchés publics et les autres contrats administratifs 6
A. Les points communs aux marchés publics et aux autres contrats administratifs 7
1. La détermination légale ou réglementaire 7
2. La détermination jurisprudentielle 7
B. Les points de divergence entre les marchés publics et les autres contrats administratifs 10
§4. Les différents types de marchés publics 10
A. Les marchés de travaux publics 10
1. Définition 11
2. L'objet des marchés de travaux publics 11
B. Les marchés de fournitures 13
1. Définition 13
2. Objet d'un marché de fournitures 13
C. Les marchés de services 14
1. Définition 14
2. L'objet d'un marché de services 14
D. Les marchés de prestations intellectuelles 14
1. Définition 14
2. Objet 14
Section 2 : La planification des marchés publics 15
§1. Elaboration d'un plan prévisionnel 15
§2. Détermination des besoins 16

CHAPITRE II : LES MODES DE CONCLUSION DES MARCHES PUBLICS 17

Section 1 : La passation de marchés publics 17
§1. Les principes qui dominent la passation des marchés publics 17
A. Le principe de publicité 17
B. Le principe de concurrence 18
C. Le principe d'égalité 18
§2. Les documents du marché 19
A. Le dossier d'appel d'offres 19
B. Le règlement particulier d'appels d'offres (R.P.A.O.) 20
§3. Les organes de passation des marchés publics 21
A. L'autorité contractante 22
1. Personne morale de droit public 22
2. Personne morale de droit privé 22
3. Personne morale bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs 23
B. La personne responsable des marchés publics 23
C. La Cellule de gestion de marchés publics (C.G.M.P.) 24
D. La Commission de passation des marchés (C.P.M.) 24
Section 2 : Le mode de droit commun : l'appel d'offres ouvert 25
§1. Notion de l'appel d'offres ouvert 25
§2. La publicité 27
A. Principe 27
B. Obligation de publicité 27
C. Délai de publicité 28
D. Contenu de la publicité 28
E. Publicité dans l'appel d'offres ouvert 29
§3. Etablissement, ouverture et analyse des offres 30
A. Etablissement des offres 30
1. Présentation des offres 30
2. Réception des offres 31
B. L'ouverture des offres 32
1. La publicité de l'ouverture des offres 32
2. Procédure d'ouverture des offres 33
3. Valeur juridique de l'ouverture des offres 33
C. Analyse des offres 34
1. Critères d'analyse des offres 34
2. Procédures d'évaluation des offres 35
3. L'évaluation des variantes 36
4. Le rejet des offres anormalement basses 36
5. L'annulation des offres 37
6. L'infructuosité de l'appel d'offres 37
§4. L'attribution du marché public 38

A. Attribution 38
1. Critère 38
2. L'attribution du marché public 39
3. La communication de la décision 40
B. Approbation, signature, notification, entrée en vigueur 40
1. La signature du marché 40
2. L'approbation 41
3. La notification définitive 42
4. L'entrée en vigueur 42
Section 3 : Les modes dérogatoires au droit commun 43
§1. L'appel d'offres restreint 43
A. Notion 43
B. La publicité dans l'appel d'offres restreint 44
C. Etablissement, ouverture, analyse des offres 44
§2. L'appel d'offres avec concours 45
A. Notion 45
1. Intérêt de la procédure d'appel d'offres avec concours 45
2. Le jury et l'indemnisation des soumissionnaires 46
B. La publicité dans le marché d'appel d'offres avec concours 47
C. Etablissement, ouverture, analyse des offres 47
D. Attribution 47
§3. La procédure de gré à gré 48
A. Notion 48
B. Conditions 48
C. Garanties 49

CHAPITRE III : LES INNOVATIONS ET LA PRATIQUE DANS LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS 50

Section 1 : Innovations apportées par la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics. 51
§1. Procédures de passation et critère d'attribution des marchés publics 51
A. Procédures de passation des marchés publics 51
B. Le critère d'attribution des marchés publics. 51
§2. Mise en place des organes chargés de la passation, de la gestion, du contrôle et de la régulation des marchés publics 52
§3. Ouverture aux nouvelles technologies de communication et d'information 53
§4. Mécanismes de certification des entreprises 54
§5. La libéralisation de l'économie et l'instauration des préférences communautaires 55
A. Libéralisation de l'économie 55

B. L'instauration des préférences communautaires. 56
Section 2 : La pratique dans la passation des marchés publics 57
§1. Préparation et lancement des appels d'offres 57
A. Préparation des appels d'offres 57
1. Avis des utilisateurs et choix des modes de passation 57
2. Instructions, critères et spécifications techniques. 58
3. Exercice de l'influence par les soumissionnaires 58
B. Le lancement du dossier d'appel d'offres 59
1. Manœuvres des soumissionnaires 59
2. Manœuvres des autorités contractantes 60
3. Manœuvres des responsables des publications 60
§2. Etablissement, ouverture et analyse des offres 61
A. Etablissement des offres 61
B. Ouvertures des offres 62
1. Changement de salle et non respect de l'heure 62
2. Attitude des membres de la Commission de passation 63
3. Attitude des soumissionnaires 64
§3. Analyse des offres 65
§4. Attribution du marché 66
A. Attribution 66
B. La rédaction et la négociation du contrat 67
C. Exécution du contrat 67

CONCLUSION GENERALE 69

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE 72

ANNEXES

GATABAZI Juvin
UNIVERSITE DU BURUNDI
FACULTE DE DROIT

GUIDE D'ENTRETIEN

I. Consignes

Cher Madame, cher Monsieur,

Le questionnaire que nous vous adressons n'a d'autre but que d'enrichir notre travail sur la procédure de passation des marchés publics.

Nous nous intéressons principalement aux points de vue des soumissionnaires, aux agents de la Direction Nationale de contrôle des marchés publics et des privés groupés dans des officines assurant le counseling ou le courtage dans la passation des marchés publics.

Nous sommes convaincus que vous êtes les mieux indiqués pour nous fournir des informations fiables en répondant avec franchise à nos questions. Aucune réponse n'est fausse, la meilleure est celle que vous donnez.

Quant à nous, nous vous garantissons l'anonymat des réponses que vous allez nous donner.

Comptant sur votre bonne collaboration, nous vous exprimons anticipativement nos sincères remerciements.

GATABAZI Juvin

II. Identification

Veuillez nous fournir les indications suivantes :

Etat :

- Soumissionnaire ☐
- Privé assurant le courtage ☐
- Agent de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics ☐

N.B. : Mettez une croix dans la case correspondant à votre réponse er donnez des justifications si elles sont demandées.

Question 1 : Les autorités contractantes tiennent-ils compte de l'avis des utilisateurs des biens, fournitures ou services ?

Oui ☐ Non ☐ Quelquefois ☐ Jamais ☐

Question 2 : Les autorités contractantes respectent-ils les principes qui guident le choix de chaque mode de conclusion ?

Oui ☐ Non ☐ Ne sait pas ☐ Souvent ☐

Question 3 : Les autorités contractantes peuvent émettre des avis d'appel d'offres, des instructions, des critères discriminatoires ou des spécifications techniques mal rédigées.

Oui ☐ Non ☐ Souvent ☐ Quelquefois ☐

Question 4 : a) Les soumissionnaires exercent-ils une influence sur les autorités contractantes ?

Oui ☐ Non ☐ Souvent ☐

b) Quel est le résultat de ces influences ?

- La modification du mode de passation ☐
- Des collisions ou des ententes entre soumissionnaires ☐
- Le limogeage des membres des organes de passation ☐

Justifier votre réponse .....

Question 5 : Le responsable de la publication choisie respecte-il le délai de parution du dossier d'appel d'offres ?

Oui ☐ Non ☐ Quelquefois ☐ Souvent ☐

Question 6 : 1) La commission de passation respecte-t-il l'heure prévue pour l'ouverture des offres ?

Oui ☐ Non ☐ Souvent ☐

2) Il arrive qu'il change le lieu prévu pour l'ouverture des offres ?
Oui ☐ Non ☐

3) Le président de la commission de passation s'excuse-t-il pour une telle déconvenue ?
Oui ☐ Non ☐ Jamais ☐

Question 7 : Les membres de la commission de passation affichent-ils un côté penchant pour certains soumissionnaires ?
Oui ☐ Non ☐
Justifier votre réponse
.....
.....

Question 8 : Les soumissionnaires peuvent-ils perturber la séance d'ouverture des offres ?
Oui ☐ Non ☐ Jamais ☐ Souvent ☐

Justifier votre réponse
.....
.....

Question 9 : La sous-commission d'analyse technique des offres entre-t-elle en contact avec les soumissionnaires lors de l'analyse des offres ?
Oui ☐ Non ☐ Jamais ☐

Justifier votre réponse .....
.....

Question 10 : Est-ce que la décision attribuant provisoirement le marché est rendue pendant le délai de validité des offres ?
Oui ☐ Non ☐

Justifier votre réponse
.....
.....

Question 11 : Est-ce que la personne responsable des marchés publics se montre complice lors de la rédaction, la négociation et l'exécution du contrat ?
Oui ☐ Non ☐ Jamais ☐

Justifier votre réponse
.....
.....