

La loi type de la CNUDCI comme levier d'innovation et de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics

The Title in English: The UNCITRAL model law as a lever for innovation and modernization of Algerian public procurement regulations

AIT YUCEF SALEM, Doctorant en droit

¹ Université Panthéon-Assas Paris 2, Email, Salem.Ait-Youcef@etudiants.u-paris2.fr

² Université Alger 1, Email, as1978@hotmail.fr

Reçu le: .. /.. /2021

Accepté le:.. /.. /2021

Publié le : .. / 06 /2021

Résumé:

L'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics comporte une disposition importante actant l'ouverture de la réglementation algérienne des marchés publics aux sources internationales. Ceci est d'autant plus vrai que cet exposé précise que les nouvelles mesures insérées dans la nouvelles réglementation des marchés publics s'inspirent des standards internationaux (loi type de la CNUDCI) et des recommandations des institutions internationales. Cette ouverture est une source d'innovation et de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics en y intégrant notamment la dématérialisation des marchés publics, l'enchère électronique, etc.

Mots clés: Dématérialisation des marchés, Enchère électronique inversée, Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, Marchés publics, Sources internationales de la réglementation des marchés publics.

Abstract:

The explanatory memorandum to Presidential Decree No. 15-247 regulating public procurement includes an important provision stating the opening up of Algerian regulations on public procurement to international sources. This is all the more true since this presentation specifies that the new measures inserted in the new regulations of public contracts are inspired by international standards (model law of the UNCITRAL) and the recommendations of international institutions. This openness is a source of innovation and modernization of Algerian public procurement regulations by including in particular the dematerialization of public contracts, electronic auctions, etc.

Keywords: Dematerialization of Procurement, Electronic Reverse Auction, Public procurement, International Sources of Public Procurement Regulation, UNCITRAL Model Law on Public Procurement

1. Introduction:

L'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics comporte une disposition importante actant l'ouverture de la réglementation algérienne des marchés publics aux sources internationales. Ceci est d'autant plus vrai que cet exposé précise que les nouvelles mesures insérées dans la nouvelles réglementation des marchés publics s'inspirent des standards internationaux (loi type de la CNUDCI) et des recommandations des institutions internationales. Cette ouverture est une source d'innovation et de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics en y intégrant notamment la dématérialisation des marchés publics, l'enchère électronique, etc

Il est nécessaire donc de se mesurer le degré d'influence des standards internationaux, en général, et la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, en particulier, dans l'adoption, par le législateur algérien, des pratiques modernes en matière de passation des marchés publics, entre autres, la passation électronique des marchés publics.

Dans un contexte de mondialisation à la fois économique et juridique, la CNUDCI, investie d'une véritable fonction normative, donne non seulement une véritable impulsion dans la mise en exergue d'un cadre juridique en matière de droit commercial international mais contribue aussi à sa rénovation. En effet, par sa capacité à absorber les diverses sources du droit commercial international et à les faire interagir entre elles, la CNUDCI parvient à élaborer des instruments et des normes répondant pleinement aux besoins et aux intérêts du commerce mondial¹.

Les aspects d'innovation sont palpables à travers la métamorphose des législations de plusieurs pays, dont l'Algérie, qui ont fait le choix de s'inspirer du modèle proposé par la CNUDCI. Cette métamorphose paraît plus évidente en matière de la dématérialisation des marchés publics.

2. Titre : La dématérialisation des marchés publics.

Un aspect important du mandat de la CNUDCI consiste à promouvoir l'efficacité, l'uniformité et la cohérence de la modernisation du droit commercial international. Ceci-dit, la modernisation est au cœur des objectifs de la Commission des Nations unies et les aspects de modernisation sont palpables dans les lois type adoptées la CNUDCI en général et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en particulier.

D'après ce que l'on peut déduire de son exposé des motifs, parmi les objectifs assignés à la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics, l'on peut distinguer l'impératif de permettre aux services contractants de satisfaire leurs besoins dans la transparence, avec plus d'efficacité, dans le respect des conditions d'économie et de rationalisation de l'utilisation des deniers publics, et ce conformément aux standards internationaux. C'est justement sous cet angle que les dispositions phares de

¹ VIEILLARD Guillaume, *La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, thèse pour l'obtention du grade de Docteur, soutenue publiquement, le 14 mars 2012 Université de Bourgogne [en ligne], thèse doctorat, Dijon, 2014. P 247.*

la Loi type de la CNUDCI sont répercutées sur la réglementation algérienne des marchés publics.

Les dispositions inspirées des standards internationaux en général, et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en particulier, sont porteuses des aspects d'innovation et de modernisation à même d'assurer un saut qualitatif en matière de passation de marchés, à l'instar de la passation électronique des marchés publics (Section 1) et l'enchère électronique inversée (Section 2).

2.1 Section 1 : La passation électronique des marchés publics.

La dématérialisation des marchés publics désigne la mise en œuvre des technologies de l'information et de la communication, permettant, par voie électronique et sans support papier, aux candidats et aux soumissionnaires aux marchés publics de disposer des informations intervenant dans le cadre des procédures des marchés publics et de communiquer au service contractant leurs candidatures ou offres².

Selon les termes de l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247, le dispositif relatif à la passation électronique des marchés publics a été amendé pour améliorer les conditions de sa prise en charge et l'introduction de nouveaux outils utilisés dans l'achat publics, et ce en conformité avec les standards internationaux. Il conviendrait ainsi de mesurer le degré de l'intérêt accordé à la passation électronique des marchés par Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, avant d'étudier l'étendue de son influence sur la réglementation algérienne des marchés publics (Sous-Section I). Ensuite, il est utile de s'intéresser au traitement réservé à la question cruciale de la sécurisation des échanges d'informations par les deux textes (Sous-Section 2)

2.1.1 Sous-Section 1 : La passation électronique des marches dans la loi type de la CNUDCI et son implémentation dans la réglementation algérienne des marchés publics :

Le processus de dématérialisation des marchés publics s'impose, avec les temps qui courent, comme une étape inévitable dans le chemin vers la modernisation de la procédure de passation des marchés publics, afin d'y asseoir davantage de transparence et de rationalité dans la gestion des deniers publics.

² BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 239.

La préparation de la transformation numérique de la commande publique, prévue déjà dans le code des marchés publics algérien de 2010 puis reprise tambours battants par les textes postérieurs jusqu'à la nouvelle mouture publiée en 2015. Tout indique que la dématérialisation des marchés publics sera considérée comme le chantier des années futures, et elle est en même le défi le plus important. De ce fait, il est utile de traiter la consistance de la dématérialisation de la passation des marchés publics dans le cadre de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A), avant d'étudier la manière avec laquelle le législateur algérien a pu l'implémenter dans la réglementation algérienne des marchés publics (B).

A. De la dématérialisation des marchés publics dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

La dématérialisation désigne la transformation des supports d'informations matériels, de types documents papier, en traitement numérique, sous la forme de fichiers informatiques, permettant la gestion électronique des données et documents qui transitent au sein d'une structure ou dans le cadre d'échange avec des partenaires grâce aux technologies de l'information et de la communication (TIC)³. Elle présente un intérêt pour les acheteurs publics locaux et en particulier pour les collectivités territoriales puisqu'elle permet d'harmoniser les procédures, de réaliser des gains de temps ainsi que d'économiser les deniers publics. Ce dernier intérêt de la dématérialisation des marchés publics locaux est un élément très recherché dans le contexte de rationalisation des dépenses de fonctionnement et d'association à l'effort de redressement des comptes publics, auxquels sont confrontés les acheteurs publics locaux.

La dématérialisation des marchés publics est donc un garde-fou qui permet de renforcer le respect des principes généraux de la commande publique, tel que le traitement équitable des candidats et la transparence des procédures dans la mesure où elle assure une traçabilité précise des actions qui ont été menées par les opérateurs économiques sur la plate-forme de dématérialisation⁴.

³ BERKOVICIUS Christine, « La dématérialisation, prochain cap de la commande publique », sur *La Gazette des Communes* [en ligne], [consulté le 8 février 2020].

⁴ JULIEN PARENT, « La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, Mémoire pour l'obtention du diplôme de Master II en droit des interventions publiques, Sous la direction de Monsieur BOUJU Serge, université d'Angers. », 2017. PP 5 et 6.

Conscient de l'appréhension que peuvent ressentir les acheteurs publics locaux face à la dématérialisation des marchés publics et dans un souci de respect du principe de sécurité juridique qui a valeur de principe général du droit, le pouvoir réglementaire, dans plusieurs pays tel que l'Algérie, a souhaité dans un premier temps que l'emploi de la dématérialisation par les pouvoirs adjudicateurs et candidats aux marchés publics soit facultatif⁵.

Qu'il soit facultatif ou obligatoire, le processus de dématérialisation requiert nécessairement à la réunion de plusieurs conditions préalables afin d'assurer le déroulement de la passation électronique des marchés publics dans les conditions optimales d'accessibilité, de fiabilité, de confidentialité et, surtout, la sécurisation des flux d'information par voie électronique.

La mise en place d'un outil d'information adéquat est la condition sine-qua-none de tout processus de dématérialisation des marchés publics. Ceci est une vérité constante corroborée aussi bien dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics que dans la réglementation algérienne des marchés publics.

La loi type de la CNUDCI accorde un intérêt particulier et très appuyé à la passation des marchés en lignes. Ainsi, elle a prévu des dispositions spécifiques pour faciliter la dématérialisation graduelle des marchés publics, tout en en exergue les avantages qui découlent de la passation des marchés en ligne, notamment en matière de l'amélioration de la transparence. C'est ce qu'il ressort d'une manière limpide de son préambule qui dispose que :

« Considérant qu'à sa trente-septième session, en 2004, la Commission a estimé que la Loi type de 1994 gagnerait à être actualisée pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles qui découlent de l'utilisation de moyens de communication électronique dans la passation des marchés publics, »

Loi type de la CNUDCI étant focalisée essentiellement sur l'enchère électronique inversée, il avait fallu donc analyser les dispositions du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour mieux cerner le processus de dématérialisation des marchés publics préconisé par la CNUDCI. Selon ce guide, l'annonce des marchés à venir, ainsi que les procédures y afférentes, sur Internet permet une meilleure maîtrise des coûts avec la possibilité

⁵ *ibid.*

d'insérer davantage d'informations pertinentes que dans un environnement papier. La publication en ligne permet aussi à des fournisseurs ou entrepreneurs de demander à participer à la procédure, de fournir et recevoir des informations et de soumissionner en ligne, améliorant l'accès au marché, ainsi ouvert à des concurrents éloignés qui, autrement, pourraient ne pas participer. Toutes ces mesures améliorent donc la participation et la concurrence.

Un avantage potentiel à plus long terme, mais tout aussi important, est que l'utilisation des technologies de l'information permet une approche plus stratégique de la passation des marchés, grâce à l'exploitation des données qu'elle génère. La poursuite des objectifs et la recherche de la performance peuvent alors être guidées par des informations et des analyses et non par les seules procédures. Des avantages peuvent être obtenus en termes de transparence interne, d'appui à l'intégrité et de gains d'efficacité. La transparence et la traçabilité internes, améliorant la tenue des dossiers de chaque processus de passation de marchés, favorisent l'évaluation de la performance, en particulier si les systèmes de passation des marchés sont intégrés à ceux de planification, de budgétisation, d'administration des marchés et de paiement, qui eux-mêmes peuvent inclure la facturation et le paiement électroniques. Elles permettent de suivre, d'évaluer et d'améliorer non seulement les procédures individuelles, mais aussi le fonctionnement et l'évolution de l'ensemble du système⁶.

La CNUDCI plaide pour un système de passation des marchés en ligne pleinement intégré et relié à d'autres systèmes de gestion des finances publiques et des biens publics qui nécessite un long programme de réforme. Un système qui englobe la budgétisation et la planification, le processus de sélection ou d'attribution, les systèmes de gestion des marchés et de paiement, différentes considérations intervenant pour chaque phase du processus de passation et pour l'intégration avec d'autres parties de l'ensemble. Dans la pratique, de nombreux systèmes de passation des marchés en ligne mettent des années avant de produire tous les avantages escomptés, et la mise en œuvre la plus efficace se fait souvent de manière progressive, ce qui peut aussi contribuer à amortir les coûts d'investissement. Toutefois, des avantages importants en termes d'amélioration de la transparence et de la concurrence peuvent être obtenus

⁶ « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». P 28.

dès les premières phases de l'introduction de la passation des marchés en ligne, qui portent généralement sur la mise à disposition par Internet d'informations meilleures et plus nombreuses⁷.

Faciliter et d'encourager la passation des marchés en ligne est donc une préoccupation majeure de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, laquelle préconise l'usage du réseau internet pour la publication des informations ayant trait à la passation de marchés, l'utilisation d'outils informatiques pour la communication et l'échange d'informations tout au long du processus ainsi que la présentation de soumissions par voie électronique. Néanmoins, par soucis de neutralité technologique, la Loi type ne recommande aucune technologie particulière, mais décrit les fonctions des technologies disponibles. Elle n'ignore cependant pas que l'introduction de la passation des marchés en ligne requiert la capacité de chaque État à la mettre en œuvre et à l'utiliser efficacement. Ceci implique l'existence d'une infrastructure de commerce électronique et d'autres ressources nécessaires, notamment de mesures concernant la sécurité électronique, et de l'adéquation du droit applicable autorisant et régissant le commerce électronique. C'est l'environnement juridique général d'un État, plutôt que sa législation sur la passation des marchés, qui peut favoriser ou non la passation des marchés en ligne⁸.

En sus de la loi type sur la passation des marchés publics, la CNUDCI recommande aux États adoptants d'adopter également les autres textes qu'elle a précédemment publiés et dédiés au commerce électronique : la loi type sur le commerce électronique (1996), la Loi type sur les signatures électroniques (2001) et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005). Ces textes prévoient la reconnaissance générale du commerce électronique et des signatures électroniques : adoptés par un État, ils fournissent les conditions juridiques générales de l'utilisation de la passation des marchés en ligne. Ils reposent sur une "approche de l'équivalent fonctionnel" du commerce électronique, qui consiste à analyser les fonctions et objets des exigences imposées traditionnellement en ce qui concerne les documents et procédures papier et à y satisfaire au moyen des technologies de l'information. Cette approche a également été suivie dans la Loi type pour

⁷ *Ibid.* P 29.

⁸ *Ibid.* P 30.

les applications du commerce électronique propres à la passation des marchés⁹.

La Loi type de la CNUDCI précise que cette approche englobe la notion de neutralité technologique et tend à épargner aux marchés en ligne les normes contraignantes traditionnellement connues à la passation des marchés dans un environnement papier, au risque de décourager l'utilisation de la passation des marchés en ligne.

L'introduction de la passation des marchés en ligne requiert outre mesure l'élimination des obstacles à son utilisation, qu'ils soient d'ordre logistique ou technologique, afin de cerner les entraves qui risqueraient de freiner l'accès au marché dans certaines circonstances, et d'impacter la mise en œuvre de la passation des marchés en ligne. L'une des contraintes qui peuvent entraver la mise en place d'un système de passation des marchés en ligne est l'aspect financier et la structure de son financement. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pense lever cette contrainte à travers la mise en place de certains systèmes conçus pour s'autofinancer par la sous-traitance à un organisme tiers qui facture des frais d'utilisation aux fournisseurs ou entrepreneurs, une façon de procéder qui se répand à mesure que des systèmes de passation des marchés en ligne sont mis en place.

La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a le mérite d'être un propulseur de la dynamique de dématérialisation de la passation des marchés publics, de par, notamment, les mécanismes qu'elle a mis en place pour vulgariser le recours à la passation électronique des marchés dans les États adoptants. L'Algérie est d'ailleurs l'exemple le plus édifiant parmi ces États qui ont fait le choix de transposer le dispositif de la loi type de la CNUDCI en matière de dématérialisation des marchés, en l'introduisant dans la nouvelle réglementation des marchés publics de 2015 un chapitre dédié à la communication et l'échange des informations par voie électronique (B). Cette introduction salutaire est venue pour concrétiser, un tant soit peu, l'objectif de mettre, la réglementation algérienne des marchés publics, au diapason des nouvelles tendances technologiques en matière de passation de marchés publics.

B. La transposition du dispositif de la loi type de la CNUDCI en matière de dématérialisation dans la réglementation algérienne.

⁹ *Ibid.* P 32.

L'on peut noter, dans l'exposé des motifs du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics, que le dispositif relatif à la passation électronique des marchés publics a été amendé pour améliorer les conditions de sa prise en charge et l'introduction de nouveaux outils utilisés dans l'achat publics, en conformité avec les standards internationaux, sauf que ce texte rajoute que la dématérialisation est mise en œuvre selon un échéancier fixé par arrêté du ministre des finances. On peut donc déduire que la dématérialisation devrait se faire d'une manière graduelle selon un processus qui devrait être précisé par des textes d'application. Il est à déduire ainsi que les premières mesures annoncées par la nouvelle réglementation des marchés publics sont annonciatrices d'autres dispositions qui viendraient renforcer crescendo le processus de dématérialisation en vue de mettre en place un processus de passation électronique des marchés publics.

Si besoin est de le rappeler, la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics recommande deux mesures majeures pour l'intégration de la passation électronique des marchés, à savoir : i) La mise en place d'un système pleinement intégré sous l'égide d'un organisme, neutre de surcroît, doté des infrastructures nécessaires à la bonne marche du processus de la dématérialisation et, ii) Faciliter et encourager la passation des marchés en ligne à travers la mise en place d'un système de passation des marchés en ligne pleinement intégré et relié à d'autres systèmes de gestion des finances publiques, en vue de garantir une meilleure efficacité en termes de transparence interne, d'appui à l'intégrité et de gains d'efficacité.

Pour s'y conformer scrupuleusement, le législateur algérien a entamé le processus de dématérialisation des marchés publics par la mise en place de deux mesures phares, à savoir ; les mécanismes de i) la communication par voie électronique (portail électronique des marchés publics) et de ii) l'échange des informations par voie électronique.

✓ **Le portail électronique des marchés publics :**

Si l'on se réfère à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il est primordial de mettre en place un système intégré de passation de marchés, sous l'égide d'un organisme neutre qui doit garantir l'efficacité des marchés passés électroniquement. Sauf en ce qui concerne la neutralité, cette recommandation de la CNUDCI a visiblement guidé le processus de la dématérialisation engagé par le législateur algérien, laquelle consiste à

remplacer le support papier par un support informatique (support physique électronique) incarné par le portail électronique¹⁰. Faudrait-il préciser que ce portail est institué par l'article 2013 du décret présidentiel du 16 septembre 2015, qui dispose que :

" Il est institué un portail électronique des marchés publics, dont la gestion est assurée, par le ministère chargé des finances et le ministère chargé des technologies de l'information et de la communication, chacun en ce qui le concerne. Les attributions en la matière, de chaque département ministériel, sont fixées par un arrêté conjoint du ministre chargé des finances et du ministre chargé des technologies de l'information et de la communication.

Le contenu et les modalités de gestion du portail sont fixés par arrêté du ministre chargé des finances ".

Ça paraît surprenant, de première vue, de constater que l'arrêté du ministre chargé des finances qui devrait fixer le contenu et les modalités de gestion du portail électronique est publié avant la parution du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics. En effet, le journal officiel n° 21 du 9 avril 2014 a porté en son sein l'arrêté du ministre des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique.

A vrai dire, cette situation qui paraît surprenante de prime abord trouve son explication dans le fait que le portail électronique soit institué pour la première fois par l'article 137 du décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics¹¹, ce qui justifie que l'arrêté du ministre chargé des finances soit publié avant le décret présidentiel n° 15-247. Faudrait-il souligner d'ailleurs que ledit arrêté a renvoyé, dans ses visas, au décret présidentiel n° 10-236.

Au sens de l'article 2, l'arrêté du ministre des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique, le portail électronique des marchés publics a pour objet de permettre la diffusion et l'échange des documents et des

¹⁰ BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 239

¹¹ JO n° 58 du 7 octobre 2010.

informations relatifs aux marchés publics ainsi que la passation des marchés publics par voie électronique. Par ailleurs, le portail assure, en vertu de l'article 3 de l'arrêté sus-indiqué, la publication des informations et de plusieurs documents dont les textes législatifs et réglementaires relatifs aux marchés publics, les avis juridiques relatifs aux marchés publics, la liste des opérateurs économiques interdits de participer aux marchés publics, la liste des opérateurs économiques exclus de la participation aux marchés publics, les programmes prévisionnels des projets des services contractants, les indices des prix et tout autre document ou information ayant un rapport avec l'objet du portail, etc.

La principale vocation du portail électronique des marchés publics est d'encadrer les échanges d'informations par voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économiques. Il va sans dire que cette disposition s'inscrit au diapason de l'une des principales vocations de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, à savoir : faciliter et encourager la passation des marchés en ligne en vue de garantir une meilleure efficacité en termes de transparence interne, d'appui à l'intégrité et de gains d'efficacité.

✓ **Les échanges d'informations par voie électronique :**

A la lumière de l'analyse des fonctionnalités du portail électronique des marchés publics, il est facile de déduire que le législateur algérien compte en faire le canal exclusif à travers lequel s'effectuent les échanges des informations par voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économiques¹².

Pour les services contractant, lesdits échanges peuvent concerner notamment¹³ : les cahiers des charges ; les modèles de déclaration à souscrire, de lettre de soumission, de déclaration de probité et de l'engagement d'investir, le cas échéant ; les documents et renseignements complémentaires, le cas échéant ; les avis d'appels d'offres et d'appels à présélection, et lettres de consultations ; les offres en retour, le cas échéant ; les demandes de complément ou de précision des offres, le cas échéant ; les attributions provisoires de marchés publics ; les infructuosités des

¹² « Arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique. JORADP n° 21 du 9 avril 2014 ». Article 8.

¹³ *Ibid.* Article 9.

procédures ; les annulations de procédures ou annulations d'attributions provisoires de marchés publics ; les réponses aux demandes de clarification des dispositions des cahiers des charges ainsi que les réponses aux demandes des résultats des évaluations des offres et aux recours.

En ce qui concerne, les opérateurs économiques ces déclarations peuvent s'atteler notamment aux échanges de : déclaration à souscrire, lettre de soumission, déclaration de probité, l'engagement d'investir (le cas échéant), les demandes de renseignements complémentaires ainsi que les demandes de clarification des dispositions du cahier des charges (le cas échéant), les retraits des cahiers des charges et des documents complémentaires (le cas échéant), les candidatures, dans les procédures comportant une phase de présélection, les offres techniques et financières, les offres modifiées (le cas échéant) et les demandes de résultats des évaluations des offres et les recours¹⁴.

Force est de constater que l'accès des services contractants et des opérateurs économiques aux fonctionnalités qui leur sont réservées est conditionnée par leur inscription au portail électronique des marchés publics, après le renseignement, la signature et la transmission du formulaire dont le modèle est annexé à l'arrêté du ministre chargé des finances, par messagerie électronique, au gestionnaire du portail¹⁵. Lorsque les services contractants mettent les documents de l'appel à la concurrence à disposition des soumissionnaires ou candidats aux marchés publics par voie électronique, ils sont tenus de préciser dans l'avis de presse, l'adresse de téléchargement des documents¹⁶.

Quant à la publication des avis d'appel d'offres, appel à présélection ou lettres de consultation sur le portail, il y a lieu de préciser qu'elle intervient simultanément avec la transmission des avis pour publication dans les journaux, le bulletin officiel des marchés de l'opérateur public (Bomop) ou l'envoi des lettres de consultation aux opérateurs économiques concernés¹⁷. La date à prendre en considération pour la détermination de la

¹⁴ *Ibid.* Article 9.

¹⁵ *Ibid.* Article 11.

¹⁶ *Ibid.* Article 10.

¹⁷ *Ibid.* Article 15.

durée de préparation des offres, étant celle applicable pour les procédures sur support en papier¹⁸.

De par le dispositif qu'il a mis en place, le législateur algérien a essayé tant bien que mal de cerner toutes les questions qui permettraient, ne serait-ce un tant soit peu, l'effectivité d'une passation électronique des marchés publics, dans un processus entièrement dématérialisé. Néanmoins, il ne faudrait en aucun cas ignorer que la réussite et la généralisation future de la passation électronique des marchés dépend essentiellement de la résolution de la question cruciale liée à la sécurisation des échanges d'informations par la voie électronique (Sous-Section 2).

2.1.2 Sous-Section 2 : La sécurisation des échanges d'informations par voie électronique.

Les développements technologiques récents ont fait que la passation des marchés par voie électronique se présente aujourd'hui comme un élément clé qui, par ces systèmes et processus dématérialisés, permet d'améliorer l'efficacité, l'efficacité, la transparence et la concurrence dans l'exécution des opérations de passation des marchés publics.

Cependant, force est d'admettre que les initiatives en matière de dématérialisation de la commande publique se heurtent souvent à la contrainte liée à la sécurisation des échanges d'informations par voie électronique. Il conviendrait alors d'étudier d'abord l'étendue de cette contrainte (A), avant d'analyser comment elle a été traitée par la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics (B).

A. La contrainte de sécurisation des échanges d'information par la voie électronique.

La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics engage un processus de modernisation de la commande publique et d'amélioration de son efficacité. Si la dématérialisation est, à terme, bénéfiques pour les acheteurs publics et les entreprises, le développement de cette démarche semble s'accroître tardivement.

Il est vrai que la dématérialisation est synonyme de gains de temps et d'une diminution des coûts mais elle implique également aux acheteurs publics et

¹⁸ *Ibid.* Article 16.

aux entreprises de s'approprier ces nouveaux modes de communication via une réorganisation du mode de fonctionnement du département marchés publics mais également d'autres départements ainsi que via un investissement matériel. Mieux encore, il est primordial d'observer un minimum de précautions, techniques, d'organisation, de formation et sensibilisation des personnels, doivent être prises, par les personnes publiques aussi bien que par les entreprises, pour que la sécurité des procédures dématérialisées ne soit pas inférieure à celle des procédures existantes auparavant.

D'aucun parmi les spécialistes ne peut prétendre avoir une solution à même d'assurer une sécurité absolue. Il est donc demandé au législateur de cerner les problèmes techniques liés à la passation des marchés publics afin d'y proposer les mesures de sécurité les plus appropriées à même d'assurer un niveau de sécurité globalement du même ordre que celui requis pour les procédures manuelles.

La mission interministérielle française pour l'économie numérique a estimé, dans son rapport du 20 avril 2005, que les besoins de sécurité doivent s'étendre à plusieurs aspects de la passation électronique des marchés notamment¹⁹:

- ✓ La confidentialité : qualité d'une information ou d'un processus de n'être connue que par les personnes ayant besoin de la connaître ;
- ✓ L'intégrité : qualité d'une information ou d'un processus de ne pas être altérée, détruite ou perdue par accident ou malveillance ;
- ✓ La disponibilité : qualité d'une information ou d'un processus d'être, à la demande, utilisable par une personne ou un système ;
- ✓ L'opposabilité : qualité d'une information ou d'un processus d'être produit comme preuve de la réalité d'une action (non-répudiabilité d'une action) ;

¹⁹ « Guide-technique-securite-dematerialisation-mp.pdf », [consulté le 8 février 2020]. P 5.

- ✓ La traçabilité : qualité d'une information ou d'un processus d'être reconnu comme inséré dans une chaîne séquentielle d'événements.

Dans ce rapport, les membres de la commission soutiennent que la sévérité des attaques dont il faut se protéger est très variable. Tout au plus peut-on penser que les précautions doivent être d'autant plus soignées que les enjeux du système à protéger sont plus importants. Ce faisant, ils ont préconisé certaines mesures, réparties par leur nature, qui aideraient à optimiser la sécurisation du processus de dématérialisation :

- ✓ Techniques : mise en place de dispositifs informatiques de protection (antivirus, pare-feu etc.) ;
- ✓ Physiques : accès contrôlés aux locaux sensibles, protection contre les accidents, etc. ;
- ✓ Relatives à l'organisation du système : procédures, consignes claires aux personnels, attribution des responsabilités ;
- ✓ Juridiques : dispositions contractuelles spécifiques avec les prestataires et fournisseurs de progiciels ;
- ✓ Relatives aux personnels : sensibilisation à la sécurité, formation aux procédures et à la mise en œuvre des outils informatiques, mais aussi engagements de confidentialité, en particulier de la part de prestataires extérieurs.

Les services contractants ont, au demeurant, le choix d'internaliser ou externaliser la solution de dématérialisation. La dématérialisation est un vecteur de mutualisation des coûts. Si les administrations centrales et les grandes collectivités locales peuvent décider de mettre en œuvre leur processus de dématérialisation à leur seul niveau – dans la mesure où elles ont elles-mêmes matière à en absorber les coûts (des marchés d'un montant significatif) – tel n'est pas le cas des collectivités de taille plus petite²⁰. En fait, la dématérialisation des marchés publics est l'une des déclinaisons de l'e-administration et elle induit nécessairement à une certaine

²⁰ DELELIS Philippe, « La dématérialisation des marchés publics : principaux aspects juridiques et organisationnels », *LEGICOM*, 31, 2004. P 53 .

réorganisation des structures et des modes de fonctionnement de l'administration. Elle organise de façon pratique et logique les échanges d'information et pose quelques règles normatives de première importance qu'il convient de relever à titre non exhaustif : L'exigibilité d'une signature électronique pour les offres remises sous forme électronique, donner aux candidats la faculté de pouvoir choisir entre la transmission électronique ou papier de leurs offres, la responsabilité du service contractant d'assurer la sécurité du réseau informatique qu'elle met à disposition des candidats (pare-feu, système de détection d'intrusion, exploitation des fichiers journaux de ces dispositifs, anti-virus...) ainsi que la confidentialité des documents qui y sont déposés.

Les perspectives qu'offre la dématérialisation sont nombreuses tant pour la commande publique que pour toute gestion digitalisée. Il reste néanmoins évident que le gage de sa réussite est suspendu au degré de sécurisation de toutes les étapes de la passation électronique des marchés publics, notamment les échanges électroniques d'information.

La sécurisation de la passation électronique des marchés publics est donc la clé de voûte de la réussite de la dématérialisation des marchés. Il est nécessaire d'étudier ainsi de quelle manière cette question cruciale a été traitée par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, et comment elle est transposée sur la réglementation algérienne des marchés publics (B).

B. La sécurisation des échanges électroniques d'informations dans le cadre de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics :

La CNUDCI a bien mesuré l'étendue de cette problématique et le degré de son influence sur l'adoption par Etats de processus de la dématérialisation des marchés publics. C'est ainsi que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a prévu des mesures pour mettre en exergue la sécurisation des flux d'informations par la voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économique.

Par le truchement de son guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, la Commission des nations unis estime que la confiance du public en la sécurité du système de communication est nécessaire dans fonctionnement des systèmes de passation des marchés en ligne, si les fournisseurs et entrepreneurs sont disposés à l'utiliser. Cette confiance nécessite néanmoins

la réunion de certains préalables, notamment : une authentification adéquate des fournisseurs ou entrepreneurs, une technologie suffisamment fiable des systèmes préservant les offres ou autres soumissions et un niveau de sécurité suffisant pour que les informations confidentielles provenant des fournisseurs ou entrepreneurs le restent, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et ne puissent être utilisées de manière inappropriée.

Dans le mécanisme préconisé par la CNUDCI, il est particulièrement important que ces caractéristiques soient visibles lorsque des tiers exploitent le système concerné. De ce fait, il est recommandé de contrôler si les informations sont transmises ou rendues disponibles ainsi que les auteurs et les dates de leurs publications.

Le système mis en place doit fournir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le fonctionnement normal du processus de passation des marchés publics. La première garantie consiste à assurer l'authentification des communications, c'est-à-dire à faire en sorte que l'on puisse remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui les a soumises, ce qui se fait généralement au moyen d'une signature électronique et de systèmes de gestion des obligations et responsabilités en matière d'authentification.

De plus, le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, préconise d'appliquer les principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique mentionnés plus haut aux exigences de la passation des marchés en ligne. Le concept de neutralité technologique signifie en pratique que les systèmes de passation des marchés ne devraient pas se limiter automatiquement à une seule technique d'authentification. Certains systèmes de ce type se fondent sur une obligation de certification locale. Par conséquent, pour que le système de passation des marchés en ligne ne puisse être utilisé pour restreindre l'accès à la passation, il doit garantir la reconnaissance des certificats étrangers et des exigences d'authentification et de sécurité qui y sont liées, indépendamment de leur lieu d'origine. À cet égard, les États adoptants devront déterminer quelles communications, telles qu'offres ou autres soumissions, nécessitent une authentification intégrale, et quelles communications pourraient se prêter à d'autres mécanismes destinés à instaurer la confiance entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

La loi type de la CNUDCI mis en exergue une autre exigence qui concerne l'intégrité. Elle consiste à protéger les informations de toute modification, ajout ou manipulation, ou au moins de pouvoir déceler toute modification,

ajout ou manipulation et en déterminer l'origine. Cette exigence va de pair avec celle de sécurité, en ce sens que les documents pour lesquels les délais sont importants, tels que les offres, ne doivent pas être accessibles avant la date d'ouverture prévue.

Le dispositif de sécurisation mis en place par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a visiblement enthousiasmé le législateur algérien pour s'y inspirer et de prévoir un mécanisme qui prend en charge cette problématique. Cependant, quand bien même la réglementation algérienne s'est inspirée, dans une large mesure, des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour sécuriser les échanges dans les cadres des marchés électroniques, il faut bien admettre que le dispositif prévu par le législateur algérien n'est pas aussi complet que celui qui est préconisé par la CNUDCI !

Il faudrait préciser, de prime abord, que le décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics, n'a pas prévu un dispositif spécial permettant de prendre en charge l'aspect de sécurisation des échanges d'informations par voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économique. Fort heureusement, cette lacune est palliée par l'arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique, lequel prévoit quelques dispositions qui prennent en charge certains aspects de la sécurisation des flux d'informations par voie électronique. Cependant, ces dispositions mériteraient d'être renforcées afin de prendre en charge tous les aspects de la sécurisation des données, tel qu'il est préconisé par la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

Conscient de l'enjeu déterminant de la sécurisation des données pour s'orienter crescendo vers la dématérialisation des marchés publics, le législateur algérien n'a pas manqué de mettre en exergue la garantie de la sécurisation et protection des données qui transitent par le portail électronique des marchés publics. C'est ce qu'il ressort d'ailleurs de l'article 8, du fameux arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013, qui dispose que :

"L'échange des informations par voie électronique s'effectue via le portail électronique des marchés publics, lequel est doté d'un système adéquat pour assurer la sécurité et la protection des données".

Cette mesure aiderait à se conformer, peu ou prou, aux dispositions de la loi type de la CNUDCI qui, si c'est nécessaire de le rappeler, recommande à ce que le système mis en place fournisse une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le fonctionnement normal du processus de passation des marchés publics. Pour s'y conformer davantage, le législateur algérien a fait le choix de centraliser tous les aspects de cette tâche ardue de sécurisation des échanges des données au niveau du portail électronique des marchés publics. Ceci aiderait mieux à répondre aux exigences de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de contrôler si les informations sont transmises ou rendues disponibles ainsi que les auteurs et les dates de leurs publications.

Dans ce cadre, l'article 6 de l'arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013, dispose clairement que :

"La gestion du portail comporte, outre l'hébergement de l'infrastructure informatique :

La gestion des systèmes, réseaux et base de données ;

La gestion de l'accès au portail ;

Le maintien en condition du portail avec notamment un niveau de sécurité approprié contre la cyber-menace ;

La disponibilité, continuité et l'accessibilité des services offerts par le portail ;

La gestion des évolutions techniques par la mise en œuvre de nouvelles fonctions".

Bien évidemment, tous les aspects de gestion confiés au portail électronique convergent vers l'impératif d'assurer la sécurisation des données, notamment en matière d'accessibilité, d'évolutions techniques et la prémunition contre la cybercriminalité. De plus, le ministre chargé des finances a fixé les exigences qui doivent être scrupuleusement respectées dans la conception du système d'information des marchés publics prévu dans la réglementation des marchés publics, lesquelles se déclinent notamment, à travers : l'intégrité des documents échangés par voie électronique, la confidentialité des documents échangés par voie électronique, la traçabilité des événements, l'interopérabilité des systèmes d'information.

Ces exigences ne sont, en réalité, qu'une réplique intégrale des fameux préalables de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui exigent notamment : une technologie suffisamment fiable des systèmes préservant les offres ou autres soumissions, et ; un niveau de sécurité suffisant pour que les informations confidentielles provenant des fournisseurs ou entrepreneurs le restent, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et ne puissent être utilisées de manière inappropriée. De plus, elles ne manquent pas de répondre, dans une large mesure, aux exigences de la loi type de la CNUDCI de : fournir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le fonctionnement normal du processus de passation des marchés publics, assurer l'authentification des communications, à appliquer des principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique ainsi que d'assurer l'intégrité tant espérée.

Il importe par ailleurs de souligner que le système d'information annoncé tambours battants par le Décret présidentiel portant réglementation des marchés publics et l'arrêté du ministre chargé des finances, est resté lettre morte et n'a jamais été publié à ce jour. Une source de satisfaction mérite néanmoins d'être signalée lorsqu'on constate que les textes annonciateurs ont paré à cette carence en traçant, d'ores et déjà, les contours d'une dématérialisation imminente des marchés publics.

En outre, sous l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, le processus de la dématérialisation des marchés publics a le mérite d'être à l'origine de l'intégration, dans la réglementation algérienne des marchés publics, d'un mode de passation inouïe : "l'enchère électronique inversée " (Section 2).

2.2 Section 2 : l'enchère électronique inversée

Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique donnant la possibilité aux candidats participants de remettre leur offre en ligne sur une plate-forme électronique et de visualiser leur classement par rapport aux autres fournisseurs participants et réajuster leur offre en temps réel pour améliorer leur positionnement.

Les enchères électroniques ont pris une place importante dans les relations commerciales. Ainsi a-t-on vu apparaître, dès la fin des années 90, des outils très diversifiés d'approvisionnement et de sous-traitance électroniques. Mais très rapidement également, des services d'enchère électronique ont vu le jour. Il existe désormais une très grande diversité des

produits "enchère" disponibles. Néanmoins, le format de l'enchère inversée apparaît comme le plus largement utilisé, même si elle se présente sous de multiples variantes.

L'enchère inversée n'est en fait tout simplement que la transposition à l'achat au moins offrant de la procédure traditionnelle de vente au plus offrant sous forme d'enchère orale ascendante (ou enchère anglaise). Ici, les prix sont donc revus à la baisse, jusqu'à épuisement de la concurrence. Si les marchés privés ont les premiers expérimenté l'enchère électronique inversée, ces nouveaux outils de transaction sont également apparus dans la commande publique. Ainsi, dès 1994, une loi américaine oblige les administrations à profiter des opportunités offertes par le commerce électronique. Plus récemment, des plateformes d'achat centralisées au niveau fédéral ont vu le jour. Le Département de la Défense et certains états tels la Pennsylvanie se sont dotés, quant à eux, de leurs propres serveurs d'enchère électronique inversée²¹.

Très développée dans les pays anglo-saxons, la pratique des enchères électroniques inversées peine à faire son nid dans plusieurs pays. Cette pratique novatrice commence néanmoins à prendre de plus en plus d'ampleur et, à l'instar de beaucoup d'autres nations, l'Algérie a décidé d'adopter cette nouvelle technique d'achat permettant de sélectionner des offres par voie électronique (Sous-Section 1), sous l'influence évidente de plusieurs institutions internationales dont la CNUDCI (Sous-Section 2).

2.2.1 Sous-Section 1: L'incorporation de l'enchère électronique inversée dans la législation algérienne.

Soucieuse d'être au diapason des nouvelles pratiques admises en matière de passation des marchés publics, l'Algérie a adopté la procédure de l'enchère électronique inversée par le truchement du décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et délégation de services, lequel dispose, dans son article 2016, que :

"Le service contractant peut recourir, dans le cas de l'acquisition de fournitures et des prestations de services courants, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse:

À la procédure des enchères électroniques inversées, en permettant aux soumissionnaires de réviser leur prix à la baisse ou d'autres éléments quantifiables de leur offre,

²¹ BRISSET Karine, MARECHAL François et MORAND Pierre-Henri, « La commande publique par enchère électronique inversée », *Économie PubliquePublic Econ.*, 2003. P 102.

Aux catalogues électroniques des soumissionnaires, dans le cadre d'un système d'acquisition permanent, en exécution d'un contrat programme ou d'un marché à commandes.

Les modalités d'application des dispositions du présent article sont précisées par arrêté du ministre chargé des finances".

À la défaveur du développement et la vulgarisation de cette technique révolutionnaire, l'arrêté du ministre chargé des finances qui devrait porter les modalités d'application des dispositions citées en dessus tarde malheureusement à voir le jour. Ainsi, l'enchère électronique inversé se trouve actuellement (mal) encadrée par une évocation furtive dans un article de la nouvelle réglementation des marchés publics.

Par ailleurs, force est d'admettre que l'introduction de l'enchère électronique inversée est dictée par, outre la nécessité de suivre les développements en la matière, l'influence de certaines institutions internationales, à l'instar de l'Union Européenne (A) et l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) (B).

A- L'influence de l'Union Européenne.

Dans la mesure où l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics déclare sans la moindre ambiguïté que ce nouveau texte s'inspire principalement des standards internationaux et des recommandations institutions internationales, notamment l'Union Européenne et la Banque Mondiale, il est évident de croire que l'adoption de l'enchère électronique inversée est dictée par l'influence par de ces institutions. L'Union-européenne plus particulièrement !

Au niveau européen, la volonté de dématérialiser la commande publique et de recourir à des procédures électroniques a été précisée à de nombreuses reprises (dans le livre vert "Avenir des marchés publics" notamment) et les États membres sont tenus à l'horizon 2005 d'avoir transposé ces directives dans leur propre droit national²². L'on peut retenir du livre vert de la commission européenne sur les marchés publics dans l'union Européenne préconisant des pistes et des réflexions sur l'avenir que les procédures actuelles de passation des marchés publics sont fondées sur le recours à des pratiques administratives et à des moyens de communication traditionnels : il s'agit essentiellement d'un système de notification/diffusion des avis et de présentation des offres sur support papier. Or, grâce aux progrès de l'informatique et des télécommunications, il n'est plus nécessaire de

²² *Ibid.* P 102.

procéder comme par le passé : il est temps d'orienter la politique communautaire des marchés publics vers le futur et de la faire bénéficier de toutes les possibilités offertes par les progrès des technologies de l'information.

En 1995, lors de la conférence du "G7" sur la société de l'information, les participants ont appelé le secteur privé à prendre des initiatives dans ce domaine et se sont engagés à soutenir ses efforts pour développer des réseaux d'information et pour fournir de nouveaux services liés à l'information. Tous ces efforts ont abouti finalement à la mise en place de "l'enchère électronique inversée", suivie d'un grand accompagnement en vue de la vulgarisation de cette pratique aussi bien dans l'espace communautaire que dans les pays qui ont signé des accords de partenariat avec l'union européenne.

L'orientation vers l'enchère électronique inversée est mise en évidence, notamment dans la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative aux procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, laquelle a tout d'abord souligné, à juste titre, dans les considérants, que certaines nouvelles techniques d'achat électroniques sont en développement constant. Ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et les économies que l'utilisation de telles techniques comporte. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des techniques d'achat électroniques, pour autant que leur utilisation soit faite dans le respect des règles établies par la présente directive et des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence²³.

Compte tenu de l'expansion rapide des systèmes d'achat électroniques, cette directive recommande de prévoir, d'ores et déjà, des règles adéquates pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de tirer pleinement profit des possibilités offertes par lesdits systèmes. Dans cette perspective, il convient de définir un système d'acquisition dynamique entièrement électronique pour des achats d'usage courant, et de fixer des règles spécifiques pour la mise en place et le fonctionnement d'un tel système afin de garantir le traitement équitable de tout opérateur économique qui souhaite en faire partie²⁴.

²³ Voir paragraphe 12 des considérants.

²⁴ Voir paragraphe 13 des considérants.

Prenant la mesure du développement potentiel de la technique de l'enchère électronique inversée, ladite directive affiche une nette volonté de lui donner une définition communautaire pour l'encadrer notamment par des règles spécifiques, et ce afin d'assurer qu'elle se déroule dans le plein respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence²⁵.

Il semblerait par ailleurs que ces recommandations contenues dans les considérants de cette directive étaient l'éléments déclencheur des autres recommandations qui traitent de la technique de l'enchère publique dans le cadre de cette directive qui invite les États membres de prévoir la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, d'appliquer des enchères électroniques inversées²⁶.

L'Algérie étant un partenaire stratégique et privilégié de l'Union Européenne, lequel partenariat qui a abouti à la signature de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre la république algérienne démocratique et populaire et la communauté européenne et ses États membres. Cette relation stratégiquement privilégiée, permet de croire que l'intégration de la technique de "l'enchère électronique inversée" dans le bloc réglementaire de l'Algérie est aussi l'apanage de l'influence exercée par l'Union européenne.

Même s'il est peu probable que le principe consacré l'arrêt Costa du 5 juillet 1964 actant la primauté du droit communautaire sur l'ordre juridique national, soit élargi aux États signataires d'accords d'association avec l'Union européenne, il n'est pas à écarter que cette dernière ait exigé d'intégrer l'enchère électronique inversée dans les pratiques commerciales algérienne, et ce en vue d'y assurer une meilleure maîtrise en attendant la mise en œuvre effective et complète de l'accord d'association Algérie-Union européenne, signé en 2002.

Dans le cadre de cet Accord d'association, la délégation de l'Union européenne en Algérie a mis en place, en 2015, une mission d'identification et de formulation du programme d'appui de l'UE à la réforme de la gestion des finances publiques en Algérie. Cette dernière a estimé, dans son premier rapport, que la gestion des finances publiques a besoin de se moderniser. Sur cette base, l'Algérie a sollicité l'aide de l'Organisation de coopération et

²⁵ Voir paragraphe 14 des considérants.

²⁶ Voir l'article 54 - 1

de développement économiques (OCDE) en vue de mettre en place un système efficient, ouvert et inclusif, ce rapport n'a aucunement ignoré, à juste titre, la question de l'enchère électronique inversée (B).

B- L'influence de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE).

L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) aide les pays à améliorer leurs systèmes de passation des marchés publics en se basant sur la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics de 2015 et d'autres standards internationaux.

Les recommandations de l'OCDE, ayant trait aux marchés publics, méritent un intérêt particulier dans la mesure où elles ne cessent de mettre en exergue la nécessité de dématérialisation des marchés publics et, passant, l'intégration de l'enchère électronique inversée. La recommandation de 2012, sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics²⁷ mérite un intérêt particulier dans la mesure où elle renvoie l'efficience de la passation des marchés, non seulement du type d'appel à la concurrence qui aura été choisi, mais aussi de sa conception et de son exécution. Cette recommandation plaide à juste titre que la transparence est la condition indispensable d'une saine procédure de passation des marchés. C'est ainsi qu'elle recommande certaines mesures dont l'utilisation des enchères inversées.

Le recours aux enchères inversées est donc une règle constante qu'il n'est pas permis d'ignorer, sauf en cas où l'on craint une collusion en raison des caractéristiques du marché ou du produit, dans lequel cas il est conseillé de recourir plutôt aux enchères sous pli scellé. Les enchères sont ainsi recommandées en tout état de cause.

Dans sa recommandation de 2015²⁸, l'OCDE estime que les marchés publics constituent un pilier fondamental de la gouvernance stratégique et des prestations de services pour les pouvoirs publics. Compte tenu du volume important que représente les dépenses liées aux marchés publics, la bonne gestion de ces derniers peut et doit contribuer de manière essentielle au renforcement de l'efficience du secteur public et à l'établissement de la confiance des citoyens. Ainsi, elle recommande de :

"Concevoir et utiliser des outils visant à améliorer les procédures de passation de marchés, à réduire les doublons et à optimiser les ressources, y

²⁷ Adoptée par le Conseil le 17 juillet 2012 [C(2012)115 - C(2012)115/CORR1 - C/M(2012)9]

²⁸ « Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf », [consulté le 8 février 2020].

compris la centralisation des achats, les accords-cadres, les catalogues électroniques, les dispositifs d'achat dynamiques, les enchères électroniques, les achats groupés et les contrats assortis d'options. L'application de tels outils à l'échelon infranational, le cas échéant et dans la mesure du possible, pourrait être une source de nouveaux gains d'efficience".

Cette recommandation implique l'obligation faite aux adhérents d'améliorer leur système de passation de marchés publics en s'appuyant sur les technologies numériques pour, dans la mesure où c'est pertinent, innover en matière de passation électronique de marchés publics à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics. À cet effet, les Adhérents devraient recourir à des technologies numériques récentes qui permettent d'appliquer des solutions intégrées de passation électronique de marchés publics couvrant tout le cycle de passation de ces marchés.

L'influence des recommandations de l'OCDE dans l'intégration de la procédure de "l'enchère électronique inversée" dans le bloc réglementaire algérien est d'autant plus évidente que le gouvernement algérien représenté par le ministère des Finances a demandé en 2017 le soutien de l'OCDE afin d'apporter un diagnostic complet du système de passation des marchés publics.

Ce diagnostic a pour but d'aider les autorités algériennes à concevoir et mettre en place des politiques stratégiques basées sur des bonnes pratiques internationales tout en prenant en considération le contexte du pays. Ce rapport, intitulé : "Revue du système de passation des marchés publics en Algérie- Vers un système efficient, ouvert et inclusif, identifie les forces et les faiblesses du système algérien et propose des recommandations sur mesure²⁹. En toute évidence, en vue de mettre en place un système efficient, ouvert et inclusif, ce rapport de L'OCDE recommande, de prime abord, l'instauration d'un système électronique de passation des marchés publics.

Sans omettre de se référer explicitement à la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics de 2015 (OCDE, 2015), évoquée précédemment, ce rapport consacre un chapitre entier à la nécessité de promouvoir l'utilisation des enchères électroniques inversées, dans lequel

²⁹ « OCDE (2019), Revue du système de passation des marchés publics en Algérie : Vers un système efficient, ouvert et inclusif, Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/49802cd0-fr>. », [consulté le 8 février 2020].

elle recommande, d'une manière aussi explicite que solennelle, mieux que de promouvoir l'utilisation de l'enchère électronique inversée, de s'assurer que le module d'enchères électroniques inversées soit prévu lors du développement du portail électronique institué par la nouvelle réglementation des marchés publics. En toute évidence, cette recommandation corrobore au plus haut degré l'influence de l'OCDE dans l'intégration de l'enchère électronique inversée dans la réglementation algérienne des marchés publics.

Par ailleurs, les sources qui ont potentiellement influencé le législateur algérien pour l'introduction de cette technique inédite et révolutionnaire de passation de marchés publics, dite "enchère électronique inversée" peuvent être multiples. Mais, la source dont l'empreinte semble plus évidente et potentiellement plus influente trouve son origine dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Sous-Section 2).

2.2.2 Sous-Section 2 : L'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics.

La CNUDCI œuvre, sans relâche et sans répit, pour démocratiser l'acte de passation de marchés publics à travers notamment la vulgarisation de leur dématérialisation. Nombreuses d'ailleurs sont les recommandations de cette commission visant à favoriser le recours à l'enchère électronique inversée en tant que procédure autonome qui permet que les qualifications du fournisseur retenu soient dûment vérifiées par rapport aux critères applicables après l'enchère. Nul ne peut donc contester que la technique de l'enchère électronique inversée n'ait jamais été mieux mise en évidence, ni mieux expliquée et détaillée, que dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

La CNUDCI plaide en outre à ce que les règlements en matière de passation des marchés puissent expliquer les principales caractéristiques des enchères électroniques inversées et souligner en quoi elles diffèrent des enchères traditionnelles, notamment qu'elles se déroulent en ligne, avec une évaluation automatique permettant de protéger l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer la confidentialité et la traçabilité de la procédure, et qu'elles doivent toujours intervenir en phase finale de la procédure de passation, avant l'attribution du marché. De plus, les questions d'authenticité, d'intégrité des données, de sécurité et autres questions touchant la passation de marchés en ligne sont, selon la CNUDCI, particulièrement pertinentes dans le contexte des enchères électroniques inversées, qui se déroulent par défaut en ligne en vertu de la Loi type. Les

règlements en matière de passation des marchés devraient donc traiter de questions techniques telles que l'existence d'une infrastructure adéquate, l'accès aux sites Internet pertinents avec une bande passante suffisante, et les mesures de sécurité propres à éviter le risque accru d'accès non autorisé d'enchérisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents.

Toute mesure faite de ses avantages innombrables, la CNUDCI n'a pas hésité à faire la promotion de l'enchère électronique inversée auprès des États membres et des États adoptants. L'Algérie étant un État membre de la CNUDCI durant trois mandats distincts, et aussi État adoptant par excellence, il est potentiellement admis de croire que l'intégration de l'enchère électronique inversée dans la réglementation est substantiellement une pure inspiration de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, d'autant plus que l'Algérie ait largement contribué à l'élaboration et la modernisation de la nouvelle mouture de ladite loi type, en vigueur depuis 2011.

Si l'on se réfère aux dispositions de l'article 206 du décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics, les modalités d'application de l'enchère électronique inversée ainsi que le catalogue électronique des soumissionnaires devraient précises par arrêté du ministre chargé des finances. Etant donné que cet arrêté n'a pas encore vu le jour, il est attendu à ce que les mécanismes et les modalités d'application de cette technique inédite soient une réplique intégrale des dispositions préconisées par ladite Loi type. De ce fait, il est nécessaire de s'intéresser tout d'abord à l'acceptation de cette technique (A) avant de découvrir ses mécanismes à la lumière des dispositions prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (B).

A- L'acceptation de l'enchère électronique inversée.

Les moyens de passation de contrats entre les services publics et les opérateurs économiques ont connu de profondes métamorphoses avec l'avènement des nouvelles technologies de communication, plus particulièrement l'Internet. Parmi les plus percutantes se trouvent les enchères électroniques inversées.

Il n'est pas d'une vaine utilité de rappeler que le décret présidentiel n° 15-247, qui a introduit l'enchère électronique inversée comme l'un des modes de passation de marchés publics en Algérie, s'est limité à une évocation furtive de cette technique importée sans pour autant prendre le soin d'y

prévoir la moindre définition, aussi brève soit-elle. Il faudrait donc chercher cette acception dans les textes de la CNUDCI.

La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a défini "l'enchère électronique inversée" comme étant un vocable qui recouvre toutes les caractéristiques principales d'une enchère inversée, en particulier le fait qu'elle se déroule en ligne. Cette définition large vise à souligner que la Loi type ne régit pas d'autres types d'enchères pouvant être utilisés pour la passation de marchés publics dans certains pays.

Sur le plan pratique, le procédé des enchères électroniques inversées permet aux acheteurs de biens ou de services de mettre en concurrence directe plusieurs offreurs dans le cadre d'une place de marché virtuel, soit à travers d'un site Internet qui sert d'interface entre les protagonistes. Concrètement, l'acheteur présente ses besoins par le biais d'un cahier des charges et convie ses potentiels clients à une séance d'enchères en lignes. La date et l'heure étant préalablement communiquées et un prix maximum devrait être fixé par l'acheteur³⁰.

Contrairement aux enchères traditionnelles, les offreurs vont, à partir de ce prix de départ, enchérir à la baisse. L'opération prend fin soit parce que les acheteurs refusent de descendre en dessous d'un certain prix, soit parce que les enchères ont atteint le prix minimum qu'ils avaient fixé au tout début de l'enchère, et en dessous duquel ils n'ont pas le droit d'enchérir. Si l'acheteur ne fixe pas de prix de départ, les enchères commencent au prix que souhaite le premier enchérisseur.

Les progrès récents du commerce électronique justifient donc ce passage innovant d'une procédure fermée à une procédure ouverte dans la commande publique. La Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (CNUDCI) a bien mesuré l'importance de ce nouveau procédé en préconisant les mécanismes de ce procédé.

B- Les mécanismes de l'enchère électronique inversée à la lumière des dispositions prévues dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a, de prime abord, qualifié l'enchère électronique inversée de mode de passation de marché autonome qui permet à l'entité adjudicatrice de solliciter des offres en faisant publier une invitation à participer à l'enchère électronique inversée.

³⁰ « Découvrez les enchères électroniques inversées en pratique », [consulté le 8 février 2020].

En vertu de l'article 53, alinéa 2, de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, l'entité adjudicatrice ne peut limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs autorisés à s'inscrire à l'enchère électronique inversée que dans la mesure où des limites de capacité de son système de communication l'exigent et elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs pouvant s'inscrire de manière non discriminatoire. En outre, l'entité adjudicatrice peut décider, au regard des circonstances de la passation concernée, de faire précéder l'enchère électronique inversée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales.

La Loi type de la CNUDCI prévoit également la possibilité d'une enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché ; dans lequel cas, l'entité adjudicatrice doit informer les fournisseurs et entrepreneurs de la tenue d'une enchère lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à la procédure de passation de marché, et leur communiquer les renseignements y afférents, notamment la formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation au cours de l'enchère, ainsi que les modalités d'accès à l'enchère, ainsi que les informations nécessaires pour s'y connecter. Il va sans dire que, préalablement à l'étape où l'enchère électronique inversée devrait avoir lieu, l'entité adjudicatrice doit adresser à tous les fournisseurs ou entrepreneurs restant en compétition une invitation à participer à l'enchère. En ce qui concerne le choix des offres à retenir, le principe est identique entre l'enchère électronique inversée et la procédure classique de passation de marchés publics dans la mesure où c'est l'offre la plus basse ou, le cas échéant, la plus avantageuses qui doit être retenue.

Il y a lieu de souligner par ailleurs que la Loi type de la CNUDCI ne s'est pas limitée à décrire le contexte et le mécanisme de l'enchère électronique inversée mais elle a également les méthodes de son incorporation dans la législation interne des Etats adoptants.

3. Conclusion:

Dans sa quête de la modernité, le droit algérien avait le choix de se reposer sur les recommandations des institutions internationales et des standards internationaux qui sont ainsi devenus, de manière aussi inattendue, de nouvelles sources de la réglementation algérienne des marchés publics. La loi type de la CNUDCI est ainsi devenue une référence absolue en matière de modernisation de cette dernière

Sous l'emprise de l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, le législateur algérien a œuvré dans le sens de mettre en conformité, la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics pour qu'elle soit au diapason des exigences des standards internationaux, aussi en ce qui concerne les principes fondamentaux de la commande publique que sur tous les aspects de la passation des marchés publics.

4. Liste Bibliographique:

- **BOULIFA Brahim**, Marchés Publics « Manuel méthodologique », vol. 1, Deuxième édition., Alger, Berti Editions, 2016, 428 p.
- **BRISSET Karine, MARECHAL François et MORAND Pierre-Henri**, « La commande publique par enchère électronique inversée », *Économie publique/Public economics*, 2003.
- **DELELIS Philippe**, « La dématérialisation des marchés publics : principaux aspects juridiques et organisationnels », *LEGICOM*, 31, 2004, no 2, p. 53-63.
- **JULIEN PARENT**, « La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, Mémoire pour l'obtention du diplôme de Master II en droit des interventions publiques, Sous la direction de Monsieur BOUJU Serge, université d'Angers. », septembre 2017, p. 69.
- **VIEILLARD Guillaume**, La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, thèse pour l'obtention du grade de Docteur, soutenue publiquement, le 14 mars 2012 Université de Bourgogne, Dijon, 2014, 615 p.
- « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics », p. 449.
- « OCDE (2019), Revue du système de passation des marchés publics en Algérie : Vers un système efficient, ouvert et inclusif, Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique,

*La loi type de la CNUDCI comme levier d'innovation et de modernisation
de la réglementation algérienne des marchés publics*

Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/49802cd0-fr>. », [consulté le 8 février 2020].

<https://www.oecd.org/fr/pays/algerie/revue-du-systeme-de-passation-des-marches-publics-en-algerie-49802cd0-fr.htm>