

La dématérialisation des marchés publics : une alternative pour lutter contre la corruption

Salem AIT YOUCEF

*Doctorant en droit, université d'Alger 1 et à l'université
Panthéon -Assas Paris 2, France*

*Enseignant associé à l'école nationale d'administration, Alger
as1978@hotmail.fr*

RÉSUMÉ

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

Tout indique donc que la dématérialisation des marchés publics sera considérée comme le chantier des prochaines années, et elle en est même le défi le plus important. Elle 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 dématérialisation.

La mise en place d'un outil d'information adéquat est la condition sine-qua-non de tout processus de dématérialisation des marchés publics. Ceci est une vérité constante corroborée aussi bien dans les standards internationaux que dans la réglementation algérienne des marchés publics.

MOTS CLÉS

Dématérialisation des marchés publics, enchère électronique inversée, passation électronique des marchés publics, le portail électronique des marchés publics, Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

ABSTRACT

The process of dematerialization of public contracts is required, by these days, as an inevitable step in the path towards the modernization of the procedure for the award of public contracts and, above all, in order to establish more transparency and rationality. in the management of public funds. Everything therefore indicates that the dematerialization of public markets will be considered as the work of the next few years, and it is even the most important challenge.

It is therefore a safeguard, which makes it possible to strengthen respect for the general principles of public procurement, such as the fair treatment of candidates, and the transparency of procedures insofar as it ensures precise traceability of the actions carried out by the parties. economic operators on the dematerialization platform. The establishment of an adequate information tool is the sine-qua-none of any process of dematerialization of public contracts. This is a constant truth corroborated as well in the international standards as in the Algerian regulation of the public markets.

KEYWORDS

Dematerialization of public procurement, Electronic reverse auction, Electronic procurement of public procurement, the electronic portal of public procurement, UNCITRAL Model Law on Public Procurement.

Introduction

La complexification d'une matière, d'un système ou d'un ordre juridique, s'accompagne fréquemment de l'émergence de principes fondamentaux, dans un objectif de restructuration et d'unification des régimes applicables. Dans ce cadre, le recours à l'utilisation de principes bénéficie d'une double légitimité, tenant à la rationalisation et à la mise en cohérence de l'ordre juridique concerné. En droit de l'environnement, par exemple, c'est à la suite d'une accumulation de réglementations fragmentées que sont apparus les grands principes relatifs à cette matière, pour pallier l'émiettement et la déstructuration de cette branche du droit. C'est cette même logique qui a justifié la démultiplication des principes dans le droit des finances publiques, et à laquelle le droit de la commande publique n'y a pas échappé. En effet, l'apparition des principes contemporains de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, coïncide avec cet imbroglio latent des droits internes. Sont donc apparus, par un mouvement combiné des juges interne (notamment européens) et des pouvoirs normatifs, les principes fondamentaux de la commande publique. Cette consécration jurisprudentielle et normative s'analyse comme une «sacralisation» de règles anciennes, dans la mesure où la pratique a précédé la reconnaissance desdits principes¹.

La réglementation algérienne des marchés publics ne connaissait pas, ou du moins n'évoquait pas, les principes fondamentaux de la commande publique avant de se frotter aux standards internationaux et de s'ouvrir à l'influence de ces derniers. Ceci est d'autant plus vrai que ces principes sont évoqués, pour la première fois, à la faveur de la promulgation du Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics. A partir de là, ces principes fondamentaux de la commande publique sont devenus une constante qui occupe une place prépondérante dans la composante des codes des marchés publics successifs, et ce jusqu'à la parution du Décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public qui dispose dans son article 5, que : «En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures,,,».

1- Marie-Charlotte, Bontron. *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*. Thèse pour obtenir le grade de doctorat en droit public, soutenue le 7 Novembre 2015, université de Montpellier, p. 23

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

Il importe de souligner que la préparation de la transformation numérique de la commande publique est déjà prévue dans le code des marchés publics algérien de 2010 avant qu'elle ne soit reprise tambours battants par les textes postérieurs jusqu'à la nouvelle mouture publiée en 2015. Tout indique donc que la dématérialisation des marchés publics sera considérée comme le chantier des prochaines années, et elle en est même le défi le plus important. 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 dématérialisation.

La dématérialisation peut donc s'avérer comme un outil efficace pour rendre les procédures de passation des marchés publics plus transparente et passant endiguer le phénomène de la corruption qui a longtemps gangrené le domaine des marchés publics. Quels sont donc les mécanismes prévus dans la réglementation algérienne des marchés publics pour s'orienter vers la dématérialisation des marchés ?

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 .

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, a souhaité dans un premier temps que l'emploi de la dématérialisation par les pouvoirs adjudicateurs et candidats

2- BOULIFA, Brahim. *Marchés publics « Manuel méthodologique »*. Paris : Berti Editions, 2016, p. 239.

aux marchés publics soit facultatif. Il va sans dire que le législateur algérien s'est inscrit de prime abord dans cette logique.

Au demeurant, qu'il soit facultatif ou obligatoire, le processus de dématérialisation requiert nécessairement 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, de sécuriser les 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 par la réglementation algérienne des marchés publics.

A l'aune de cette approche, il conviendrait donc de mesurer le degré de l'intérêt accordé à la passation électronique des marchés par la réglementation algérienne des marchés publics et comment elle y a été implémentée (Sous-titre I). Ensuite, il serait utile de s'intéresser au traitement réservé à la question cruciale de la sécurisation des échanges d'informations (Sous-titre 2)

1.1. L'implémentation de la passation électronique des marchés dans la réglementation algérienne des marchés publics

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 public, 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. Ainsi, les premières mesures annoncées par la nouvelle réglementation des marchés publics sont porteuses 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.

Néanmoins, force est de reconnaître que le législateur algérien a entamé le processus de dématérialisation des marchés publics à travers 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.

1.1.1. Le portail électronique des marchés publics

Le processus de la dématérialisation engagé par le législateur algérien consiste à remplacer le support papier par un support informatique (support physique électronique) incarné par le portail électronique³. Faudrait-il préciser que ce portail est institué par l'article 213 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 ”.

A vrai dire, le portail électronique fut institué pour la première fois par l'article 137 du décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics⁴, ce qui justifie que l'arrêté du ministre chargé des finances soit publié avant le décret présidentiel n° 15-247. Ledit arrêté a renvoyé, dans ses vises, 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 informations relatifs aux marchés publics ainsi que la passation des marchés publics par voie électronique. Le portail assure, en vertu de l'article 3 de l'arrêté sus-indiqué, la publication des informations et des documents suivants :

- 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 ;

3- BOULIFA, Brahim. *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*. Paris : Berti Editions, 2016, p. 239

4 - J.O, n° 58, 7 octobre 2010.

- les programmes prévisionnels des projets des services contractants, les listes des marchés conclus au cours de l'exercice budgétaire précédent ainsi que les noms des entreprises ou groupements d'entreprises attributaires ;
- les rapports des services contractants relatifs à l'exécution des marchés publics ;
- la liste des entreprises dont le certificat de classification et de qualification leur a été retiré ;
- les indices des prix ;
- tout autre document ou information ayant un rapport avec l'objet du portail.

Quant aux fonctionnalités dédiées au portail électronique des marchés publics, elles sont détaillées dans l'article 4 de l'arrêté du ministre chargé des finances, comme suit :

- l'inscription en ligne des services contractants ;
- l'inscription en ligne des opérateurs économiques ;
- la recherche multicritère ;
- les alertes des nouveautés ;
- le téléchargement des documents ;
- la soumission en ligne ;
- la gestion des échanges d'informations entre les services contractants et les opérateurs économiques ;
- l'encryptions des documents ;
- l'horodatage des documents ;
- l'apprentissage à la soumission électronique ;
- la signature électronique des documents ;
- le journal des événements ;
- des guides interactifs pour les utilisateurs du portail ;
- toute autre fonctionnalité nécessaire au bon fonctionnement du portail.

Le portail électronique des marchés publics, sur la base des informations collectées, aiderait ainsi à mieux constituer une base de données relative aux ⁵ :

- Services contractants ;

5- « 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, 9 avril 2014 ». Article 4.

- Opérateurs économiques et leurs dossiers administratifs;
- Marchés publics ;
- Fiches de recensement économique de la commande publique ;
 - Documents et informations échangés entre les services contractants et les opérateurs économiques, et ;
 - Publications du portail.

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 passation électronique 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.

1.1.2. 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 devraient s'effectuer les échanges des informations par voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économiques ⁶ . Pour les services contractants, lesdits échanges peuvent concerner notamment ⁷ :

- 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, ainsi que les 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 procédures ;

6 - Ibid. Article 8.

7- Ibid. Article 9.

- les annulations de procédures ou annulations d'attributions provisoires de marchés publics ;
- les réponses aux demandes de clarification des dispositions des cahiers des charges ;
- 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 recours ⁸ .

Force est de constater que l'accès des services contractants et des opérateurs économiques aux fonctionnalités qui leur sont réservées est conditionné 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 portail⁹ . 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 documents ¹⁰ .

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 concernés ¹¹ . La date à prendre en considération pour la détermination de la durée de préparation des offres, étant celle applicable pour les procédures sur support en papier ¹² .

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

8- Ibid. Article 9.

9- Ibid. Article 9.

10- Ibid. Article 10.

11- Ibid. Article 15

12- Ibid. Article 16..

permettraient 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 dépendent essentiellement de la résolution de la question cruciale liée à la sécurisation des échanges d'informations par la voie électronique (Sous-Titre 2)

1.2. La sécurisation des échanges d'informations par voie électronique

Conséquence des développements technologiques récents, 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'efficacé, 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, avant d'analyser comment elle a été traitée par la réglementation algérienne des marchés publics.

1.2.1. 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, bénéfique pour les acheteurs publics et les entreprises, le développement de cette démarche semble tarder.

Il est vrai que la dématérialisation est synonyme de gains de temps et de diminution des coûts mais elle implique également pour les acheteurs publics et les 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 de sensibilisation des personnels, qui doivent être prises, par les personnes publiques et les entreprises, pour que la sécurité des procédures dématérialisées ne soit pas inférieure à celle des

procédures existantes auparavant.

D'aucuns parmi les spécialistes ne peuvent 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 notamment ¹³ :

- 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) ;
- 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 mission 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 ;

13- « Guide-technique-sécurité-dématérialisation-mp.pdf », [consulté le 8 février 2020].p 5.

- 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 petite ¹⁴.

En fait, la dématérialisation des marchés publics est l'une des déclinaisons de l'e-administration et elle induit nécessairement à une certaine 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 ;
- Prévoir des mesures préventives afin de traiter les fichiers infectés par un virus ;
- Le service contractant doit assurer une disponibilité de niveau « fort », au moins aux périodes de remise des candidatures et des offres ;
- Le service contractant doit disposer de raccordements à internet de débit suffisant face au volume des fichiers qu'elle recevra et émettra.

Les perspectives qu'offre la dématérialisation sont nombreuses tant pour la commande publique que pour toute gestion digitalisée.

14- DELELIS Philippe. La dématérialisation des marchés publics : principaux aspects juridiques et organisationnels ». *LEGICOM*, n° 31, 2004, p. 53.

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 et transposée dans la réglementation algérienne des marchés publics.

1.2.2. 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

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 recommandé par les standards internationaux 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 ferait en sorte 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. Ce faisant, 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 à l'exigence de contrôler si les informations sont transmises ou rendues disponibles ainsi que les auteurs et les dates de leurs publications.

Au demeurant, 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».

Tous les aspects de gestion confiés au portail électronique convergent, bien évidemment, vers l'impératif d'assurer la sécurisation des données, notamment en matière d'accessibilité, d'évolutions techniques et la prévention 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 comme suit :

- L'intégrité des documents échangés par voie électronique : Cette exigence consiste en ce que :

- √ Les formats de numérisation des documents écrits doivent garantir leur intangibilité;

- √ Les documents sont signés avec une signature électronique sécurisée, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

- √ Les opérateurs économiques sont identifiés et authentifiés ;

- La confidentialité des documents échangés par voie électronique : Les documents échangés par voie électronique sont protégés par un système d'encryptions ;

- La traçabilité des événements : Elle consiste en :

- √ La création d'un journal des événements retraçant l'échange des informations par voie électronique ;

√ L'horodatage des documents échangés par voie électronique: délivrance, pour toute offre transmise par voie électronique ou sur support physique électronique, d'un accusé de réception indiquant la date et l'heure de réception de l'offre ;

- L'interopérabilité des systèmes d'information : Adoption de standards et référentiels permettant à des systèmes informatiques différents de communiquer pour échanger des données ;
- L'archivage électronique sécurisé des documents numérisés.

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 annonceurs 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 des standards internationaux et des recommandations des institutions internationales, le processus de la dématérialisation des marchés publics a eu 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 » (Titre 2).

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 il 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, leTMs 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 obligeant 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 Etats tels la Pennsylvanie se sont dotés, quant à eux, de leurs propres serveurs d'enchère électronique inversée ¹⁵.

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-titre 1), sous l'influence évidente de plusieurs institutions internationales dont la CNUDCI (Sous-titre 2).

2.1. 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 ;

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.

15- BRISSET, Karine ; MARECHAL, François ; MORAND, Pierre-Henri. La commande publique par enchère électronique inversée ». *Économie PubliquePublic Econ.*, 2003, p. 102.

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 du décret présidentiel n° 15-247 portant la 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 et de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE).

2.1.1. L'influence de l'Union Européenne

Dans la mesure où l'exposé des motifs de la réglementation algérienne des marchés publics de 2015 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 raisonnable 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 national¹⁶. 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 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

16 - Ibid. P 102.

des technologies de l'information.

À court terme, ces nouvelles technologies devraient permettre d'introduire des procédures électroniques pour la notification des avis de marché et la diffusion de l'information aux fournisseurs. À plus long terme, les télécommunications et les systèmes informatisés devraient permettre de révolutionner la manière dont les marchés publics sont attribués. Ainsi, l'on envisage de développer un «marché électronique» sur lequel les fournisseurs pourraient afficher la gamme et les prix des produits qu'ils proposent dans des catalogues électroniques, ce qui permettrait aux organismes acheteurs de comparer les prix et les conditions avant de commander les articles recherchés aux prix les plus intéressants. En fin de compte, tout le monde bénéficiera de cette diffusion de l'électronique dans le secteur des marchés publics : par rapport au système actuel sur support papier, les procédures seront plus transparentes, plus ouvertes au dialogue avec les fournisseurs et beaucoup plus efficaces.

Afin de rattraper son retard dans ce domaine, notamment vis-à-vis des pays anglo-saxons, la commission européenne a émis, dans le rapport du groupe présidé par M. Bangemann ¹⁷, des recommandations au Conseil européen, aux termes desquels les marchés publics devraient figurer au nombre des applications prioritaires des technologies de l'information dans le secteur public. Le rapport proposait comme objectif qu'au moins 10% de tous les pouvoirs adjudicateurs se dotent de procédures électroniques de passation des marchés dans un délai de deux à trois années. Deux ans plus tard, il apparaît clairement que des efforts soutenus sont encore nécessaires à tous les niveaux pour atteindre cet objectif.

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 d'emblée souligné, à juste titre, dans les considérants, que certaines nouvelles

17-Commission économique, monétaire et de la politique industrielle - A4-0244/1996, « Rapport sur L' Europe

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 transparence¹⁸.

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 partie¹⁹.

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 transparence²⁰.

Il semblerait par ailleurs que ces recommandations contenues dans les considérants de cette directive aient été l'élément 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 inversées²¹.

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.

18 - Voir paragraphe 12 des considérants.

19- Voir paragraphe 13 des considérants.

20- Voir paragraphe 14 des considérants.

21- Voir l'article 54 - 1.

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 c'est cette dernière qui 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 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.

2.1.2. L'influence de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (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. Déjà en 2012, une recommandation sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics²² mérite un intérêt particulier dans la mesure où elle renvoie l'efficacité 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 les principales sont les suivantes :

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

- L'obligation de soumettre les offres en personne, offre la possibilité aux entreprises de communiquer et de traiter entre elles à la dernière minute, ce que l'on peut empêcher, par exemple, en recourant à une procédure électronique.
- Lorsqu'on peut craindre une collusion en raison des caractéristiques du marché ou du produit, utiliser si possible des enchères au premier prix sous pli scellé plutôt que 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 2015²³, 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 représentent les dépenses liées aux marchés publics, la bonne gestion de ces derniers peut et doit contribuer de manière essentielle au renforcement de l'efficacité 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 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'efficacité».

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

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

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 mesure ²⁴. De 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.

Selon le rapport de l'OCDE, publié en novembre 2019, la recommandation de promouvoir l'enchère électronique inversée en Algérie est principalement justifiée par la nécessité de se mettre au diapason de la majorité des pays de l'OCDE, lesquels ont mis en place des systèmes électroniques des marchés publics avec des fonctionnalités couvrant les phases de préparation des procédures (plans d'achat, avis de pré-information, avis et documents d'appels d'offres, de soumission [soumission électronique et enchères électroniques], etc.) et de gestion contractuelle (catalogues électroniques, commandes en ligne et communication avec les fournisseurs, etc.) allant jusqu'à la fin du contrat.

L'OCDE souligne par ailleurs dans ledit rapport que les outils électroniques peuvent jouer un rôle clé dans l'amélioration de l'efficacité du système, que ce soit au niveau de gain achat (en termes de prix payé) ou en termes administratifs et les catalogues électroniques et les enchères inversées font partie de ces outils. Ces derniers présentent de nombreux avantages, notamment en matière de renforcement de l'accessibilité et de la transparence du marché, la réduction des coûts administratifs, ou encore, la rationalisation et la révision des procédures d'achat. L'OCDE soutient d'ailleurs, avec une ferme conviction, que les enchères électroniques inversées

24- « 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].

sont un instrument pertinent pour les procédures portant sur la fourniture de biens standardisés.

Dans son fameux rapport pour la revue du système de passation des marchés publics algérien, l'OCDE estime que, de par leur contribution à l'amélioration de l'efficacité du système de passation des marchés publics, les catalogues électroniques et les enchères électroniques inversées sont utilisés dans un grand nombre de pays. Par exemple, dans plus de la moitié (53 %) des pays de l'OCDE, certains pouvoirs adjudicateurs ont intégré ces instruments à leur portail électronique de marchés publics. Dans plus d'un tiers des pays de l'OCDE (36 %), le portail électronique des marchés publics du gouvernement central comprend un module dédié aux enchères électroniques inversées et 33 % des pays de l'OCDE ont également la possibilité d'intégrer des catalogues électroniques à leur portail.

Pour conclure le chapitre dédié à la promotion de l'enchère électronique inversée, l'OCDE 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. De 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.

Le développement d'un système de passation électronique des marchés publics incluant l'enchère électronique inversée, comme élément clé pour améliorer l'efficacité du système, est une recommandation nettement mise en exergue dans le rapport de l'OCDE dans la mesure où il représente un changement majeur pour les entités publiques et le secteur privé. Cependant, le défi principal n'est pas d'introduire des technologies numériques dans l'administration publique, mais plutôt de s'assurer de l'intégration de leur utilisation dans les efforts de modernisation du secteur public, tel qu'il est souligné dans la recommandation de l'OCDE sur les stratégies numériques gouvernementales²⁵.

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.

25- « Recommendation-digital-government-strategies.pdf », [consulté le 8 février 2020].

2.2. 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 pour 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, tel qu'il a été démontré dans la première partie de cette étude, 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 être précisées 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 au traitement réservé à l'enchère électronique inversée au cœur de la loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics, et les mécanismes préconisés par cette dernière pour l'incorporer dans les droits internes des États adoptants.

2.2.1. L'enchère électronique inversée dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Si l'on devrait analyser tous les textes et les institutions qui ont traité de la thématique de «l'enchère électronique inversée», l'on se rendrait compte d'emblée qu'il n'y a que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui est parvenue à lui réserver un traitement approfondi, en s'attelant à toutes les étapes de cette procédure ainsi que les conditions d'y recourir.

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. L'invitation doit comporter les renseignements suivants :

- Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice ;
- Une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question ;
- Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties ;
- Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications ;
- Les critères et la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché ;

- Les critères et la procédure d'évaluation des offres, ainsi que toute formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère ;
- La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, ainsi qu'une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables ;
- La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé ;
- Le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu, ce nombre devant être suffisant pour assurer une concurrence effective;
- Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère est limité, le nombre maximum fixé ;
- Les modalités d'accès à l'enchère, ainsi que les informations nécessaires pour s'y connecter ;
- Les délais et les formalités d'inscription à l'enchère ;
- La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère ;
- Les critères de clôture de l'enchère ;
- D'autres règles pour la conduite de l'enchère, notamment les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle elles seront disponibles et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir ;
- Des références aux règlements en matière de passation des marchés et aux autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et le lieu où ces lois et règlements peuvent être consultés ;
- Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur les informations concernant la procédure de passation de marché;
- Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère, sans l'intervention d'un intermédiaire ;
- Une mention indiquant qu'il est conféré aux fournisseurs ou entrepreneurs un droit de contestation ou d'appel contre les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la Loi, ainsi que des informations sur la durée du

délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application ;

- Les formalités qui devront être accomplies après l'enchère pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la vérification des qualifications ou de la conformité et la signature d'un contrat écrit ;
- Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant la procédure de passation de marché.

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.

L'inscription à l'enchère électronique inversée est l'élément déclencheur de cette procédure dans laquelle il est exigé, ce qui suit:

- Une confirmation de l'inscription doit être donnée promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui s'inscrit à l'enchère ;
- Le délai entre l'envoi de l'invitation à l'enchère électronique inversée et l'enchère elle-même doit être suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à cette dernière, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

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 avantageuse 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 précisé les méthodes de son incorporation dans la législation interne des États adoptants.

2.2.2. L'incorporation de l'enchère électronique inversée dans la législation interne des États adoptants

Le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics n'a pas manqué de mettre en évidence les nombreux avantages qui peuvent découler du recours aux enchères électroniques inversées :

- Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité/prix par une mise en concurrence successive des enchérisseurs dans un processus dynamique se déroulant en temps réel. L'utilisation d'Internet pour tenir l'enchère peut aussi favoriser une plus large participation et donc accroître la concurrence.
- Deuxièmement, les enchères électroniques inversées peuvent réduire le temps et les frais administratifs nécessaires à la passation de marchés portant sur des biens simples et disponibles dans le commerce ou des services normalisés.
- Troisièmement, elles peuvent améliorer la traçabilité interne du processus de passation des marchés, puisque les informations concernant les résultats successifs de l'évaluation des offres à chaque étape et le résultat final sont consignées ; toutes ces informations sont instantanément accessibles à l'entité adjudicatrice. En outre, elles peuvent renforcer la transparence puisque chaque enchérisseur connaît instantanément sa position relative ; l'évolution et le résultat de l'enchère sont communiqués instantanément et simultanément à tous les enchérisseurs.
- Quatrièmement, la transparence accrue et le processus d'évaluation entièrement automatisé limitant l'intervention humaine peuvent contribuer à prévenir les abus et la corruption.

Toutefois, mesure faite de tous ces avantages potentiels, et conformément à sa façon d'envisager toutes les méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type, la CNUDCI considère que ces enchères peuvent être utilisées pour tous les marchés, qu'il s'agisse de biens,

de travaux ou de services. En plus d'être couramment utilisées pour l'acquisition de biens tels que des fournitures de bureau, les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées également dans la pratique pour des services simples, tels que des prestations horaires de techniciens agréés dans un domaine donné.

L'approche de la CNUDCI est de prévoir des enchères électroniques inversées pour la sélection de l'adjudicataire en exigeant qu'elle soit la phase finale de la procédure de passation de marché et donc celle qui aboutit à la sélection de l'adjudicataire. Cette approche tient compte de l'interdiction générale, dans l'ensemble de la Loi type, de négocier après la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur, et ce, par souci d'asseoir le plus grand degré de transparence avec le moins de risque d'abus.

Dans le cadre de l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI, les États adoptants doivent mesurer tout d'abord le contexte de politique générale, avant de traiter quelques aspects techniques. La CNUDCI, juge d'ailleurs que les considérations de politique générale sont particulièrement importantes pour la bonne introduction et la bonne utilisation des enchères électroniques inversées dans la mesure où elles peuvent inspirer les règlements en matière de passation des marchés, les règles et orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou de toute autre autorité.

Le guide de l'incorporation des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, recommande une utilisation appropriée des enchères électroniques inversées. Pour ce faire, elle suggère de prendre en considération les points suivants :

- Les enchères électroniques inversées autonomes conviennent le mieux à des biens et services d'usage courant, supposant généralement un marché large et très concurrentiel, si l'entité adjudicatrice peut donner une description détaillée ou renvoyant à des normes sectorielles, et si les offres des enchérisseurs présentent les mêmes caractéristiques qualitatives et techniques ;
- Il est probable que ce type de passation se fasse sur un marché où les participants sont nombreux, ce qui garantit l'anonymat et favorise la concurrence ;
- Les types de passation de marchés où les facteurs non quantifiables l'emportent sur les considérations de prix et de quantité ;
- Pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement et donne lieu à des prix bas mais réalistes, il importe que les enchérisseurs connaissent bien leurs structures de coûts ;

- Plus il y a de critères à évaluer lors de l'enchère électronique inversée, plus il est difficile pour l'entité adjudicatrice et pour les fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre comment la modification d'un élément influera sur le classement d'ensemble. Les enchères électroniques inversées conviendront donc moins s'il y a de nombreuses variables. Il n'y aura pas non plus de concurrence réelle si l'enchère n'est plus effectivement fondée sur une description commune de l'objet du marché. Ce risque est plus élevé si de nombreuses variables interviennent dans les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché ;

- Les règlements en matière de passation des marchés, les règles et orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient donc guider l'entité adjudicatrice étudiant le marché concerné avant d'engager une procédure de passation de marché, de sorte qu'elle puisse déterminer les avantages et inconvénients relatifs d'une enchère électronique inversée. Il convient de déterminer s'il y a davantage de risques que la collusion l'emporte sur la concurrence avec une enchère électronique inversée qu'avec une autre méthode de passation de marchés avant de décider quelle méthode et quelle technique utiliser. Les autorités chargées de la concurrence dans l'État adoptant pourront peut-être fournir des informations sur les risques relatifs, tels que le risque de dumping sur le marché concerné.

La CNUDCI recommande également aux États adoptants sans expérience, d'introduire d'une manière progressive l'utilisation des enchères électroniques inversées et ce, à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique. Ainsi, elle suggère de commencer d'abord par les enchères fondées uniquement sur le prix, et ensuite, le cas échéant, appliquer des enchères plus complexes, où des critères d'attribution, autres que le prix, interviennent également.

L'incorporation de l'enchère électronique inversée requiert en outre le renforcement des capacités des États adoptants. Ainsi, pour tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées et encourager la participation, les entités adjudicatrices ainsi que les fournisseurs et entrepreneurs doivent avoir confiance en ce processus et en ses résultats, et pouvoir les utiliser efficacement. À cette fin, les États devraient être prêts à investir d'emblée suffisamment de ressources dans des programmes de sensibilisation et de formation et à prévoir les fonds nécessaires pour former les fournisseurs ou entrepreneurs en vue de leur participation aux enchères électroniques inversées. Pour l'entité adjudicatrice, la formation devrait porter sur des questions techniques telles que la manière de quantifier objectivement des critères autres que les prix et de les exprimer de manière à pouvoir les intégrer dans la formule

mathématique ou l'algorithme automatisé, et sur les informations à donner aux fournisseurs et entrepreneurs, en particulier aux petites et moyennes entreprises.

Pour les fournisseurs et entrepreneurs, la formation devrait porter sur le système et son fonctionnement, les changements que cela suppose de traiter avec le gouvernement au moyen d'enchères électroniques inversées et l'incidence de ces changements sur leurs opportunités commerciales. Faute d'une telle formation, un marché où les achats publics se déroulaient bien risque d'être délaissé, les prix risquent d'être plus élevés qu'avant l'introduction des enchères électroniques inversées et l'investissement des pouvoirs publics dans le système risque de ne pas porter ses fruits. Ce renforcement des capacités suppose également pour chaque passation de marché un surcoût par rapport aux méthodes traditionnelles, tout au moins au début de l'utilisation des enchères électroniques inversées.

La transparence des procédures et celle de la planification font également partie des prérequis recommandés par la loi type de la CNUDCI pour espérer incorporer l'enchère électronique inversée dans la réglementation nationale des marchés publics. Une description claire de l'objet du marché et des autres conditions de la passation de marché doit être rédigée et portée à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs au début de la passation de marché, de même que la formule servant à sélectionner l'adjudicataire et toutes les informations concernant les modalités de l'enchère électronique inversée, en particulier le moment de son ouverture et les critères régissant sa clôture. Cela peut nécessiter une planification plus détaillée que dans d'autres méthodes de passation des marchés et il faudrait en faire prendre conscience aux entités adjudicatrices;

De plus, la CNUDCI recommande bien évidemment la rédaction des critères d'évaluation pour s'assurer d'une meilleure incorporation de l'enchère électronique inversée. Les dispositions permettent en théorie d'appliquer à l'enchère électronique inversée tout critère d'évaluation, pour autant qu'il puisse être intégré dans une formule ou un algorithme permettant d'évaluer et de réévaluer automatiquement les offres au cours de l'enchère et d'identifier à chaque étape successive l'offre la mieux classée. Pendant l'enchère, chaque offre révisée donne lieu à un classement ou à un reclassement des offres au moyen de ces techniques automatisées. Puisque l'exigence d'une évaluation automatique impose que les critères d'évaluation puissent être exprimés en termes monétaires, plus ces critères s'éloignent du prix et d'autres critères similaires (tels que les délais de livraison et garanties exprimées en pourcentage de prix), moins leur expression en termes monétaires sera objective. Les enchérisseurs peuvent alors être moins enclins à participer et le résultat risque d'être moins concluant. Les critères, autres que

le prix, peuvent être des critères simples, tels que les conditions de livraison et de garantie, ou plus complexes, tels que les niveaux d'émissions d'automobiles.

La CNUDCI recommande par ailleurs que l'organisme chargé de la passation des marchés publics, ou autre autorité, et les autorités chargées du droit de la concurrence dans l'État adoptant contrôlent la concurrence sur les marchés où sont utilisées des techniques telles que les enchères électroniques inversées. Le système de passation des marchés publics devrait exiger que l'entité adjudicatrice soit bien renseignée sur les opérations similaires antérieures, le marché concerné et la structure de celui-ci.

Les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées reposent sur l'idée que ces enchères visent principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en objets normalisés, simples et généralement disponibles. Ainsi, l'exigence d'une description précise de l'objet du marché empêchera l'utilisation de cette technique de passation de marchés pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très simples et véritablement quantifiables. En formulant ces conditions et les autres conditions de la passation de marchés, les entités adjudicatrices devront énoncer clairement les caractéristiques techniques et qualitatives précises de l'objet de marché afin que les enchérisseurs fassent leurs offres sur une base commune. À cet égard, la comparaison automatique des offres fait que des spécifications techniques sont généralement plus efficaces que des spécifications fonctionnelles. Il est donc souhaitable d'utiliser un vocabulaire commun des marchés publics pour désigner l'objet du marché par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

En somme, le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adopté par la Commission des Nations Unies, a remarquablement encadré toutes les étapes de l'enchère électronique inversée, et ce, en déterminant notamment les exigences à respecter durant et après l'enclenchement de cette procédure ²⁶. Il ne reste aux États adoptant, tel que l'Algérie, que de les incorporer et les adapter à leurs législations internes.

Foce est malheureusement de constater que, faute de la publication des textes réglementaires qui devraient préciser les modalités d'application de la disposition portant sur l'adoption de l'enchère électronique inversée, l'Algérie passe étrangement à côté des nombreux avantages que cette technique révolutionnaire peut

26 - Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, p. 56-57.

offrir aux organismes adjudicateurs, aussi bien dans l'amélioration substantielle des conditions de rentabilité des marchés que dans l'assurance d'une mise en concurrence saine et transparente.

Conclusion

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 système.

Un long programme de réforme est plus que jamais nécessaire pour mettre en place 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. 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 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 nombreuses.

Faciliter et encourager la passation des marchés en ligne est donc une nécessité absolue. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que l'introduction de la passation des marchés en ligne requiert la

capacité de l'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 ligne.

Références bibliographies

Sources :

- « 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 ».

- Commission économique monétaire et de la politique industrielle-A4-0244/1996, « Rapport sur l'Europe et la société de l'information planétaire - Vers la société de l'information en Europe : un plan d'action » , [consulté le 8 février 2020]

- « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». p. 56- 57.

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

- Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics .

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

- « 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].

-«Recommandation-digital-government-strategies.pdf», [consulté le 8 février 2020].

Article de périodique

- BRISSET, Karine; MARECHAL François; MORAND, Pierre-Henri. La commande publique par enchère électronique inversée . *Économie PubliquePublic Econ.*, 2003.

Livres, chapitres, rapports, publications gouvernementales

- BOULIFA, Brahim. *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*
Berti. Editions, 2016.