

BOULOGNE Gaëlle

LA NOTION DE QUALITE DANS LES MARCHES PUBLICS

Sous la direction de : Monsieur BONDUELLE Alexandre
Monsieur RASSAFI-GUIBAL Hicham



Master 2 droit des contrats publics
Promotion 2012-2013

LA NOTION DE QUALITE DANS LES MARCHES PUBLICS

Soutenu publiquement par Mlle BOULOGNE Gaëlle
Master 2 droit des contrats publics
Promotion 2012-2013

Sous la direction de : Monsieur BONDUELLE Alexandre
Monsieur RASSAFI-GUIBAL Hicham

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier vivement toutes les personnes qui m'ont accompagnées de près ou de loin dans ce parcours de formation et m'ont permis de mener, avec autant d'intérêt ce travail de recherche.

Mes remerciements s'adressent en particulier à ma maître de stage Mademoiselle Marie CAPLIEZ chargée de marchés expert au sein de la Direction de la commande publique du Conseil Général du Nord, pour sa confiance, son écoute et ses conseils qui m'ont aidés à progresser durant ces 7 mois de stage.

En effet je tiens à la remercier ainsi que Mesdames PREZ et PINOIT pour m'avoir réellement intégré dans leur équipe et considéré comme un membre à part entière au sein de celle-ci.

Mes remerciements se tournent également vers Madame Anne-Marie BROSS Directrice de la commande publique, pour m'avoir accueilli au sein de sa direction.

J'exprime également ma gratitude à Monsieur Hicham RASSAFI-GUIBAL doctorant en droit pour le suivi de mon mémoire, sa disponibilité, ses conseils et explications mais également pour son accompagnement tout au long de cette année de Master 2.

Mais également à Monsieur Alexandre BONDUELLE, Doyen de la faculté de droit d'économie et de gestion de Valenciennes, pour avoir accepté de diriger en parallèle de Mr RASSAFI-GUIBAL ce mémoire.

SOMMAIRE

Introduction

Chapitre 1 : La qualité une notion subjective tendant au développement de l'autonomie du pouvoir adjudicateur

Chapitre 2 : Une autonomie d'action freinée par la présence de contrôle

Conclusion

TABLE DES ABREVIATIONS

A

Aff : affaire

AJDA : actualités juridiques de droit administratif

C

c/ : contre

CAA : Cour administrative d'appel

CAO : Commission d'appel d'offres

CCAG : Cahier des clauses administratives générales

CCAG FCS : Cahier des clauses administratives générales fournitures courantes et services

CCAG MI : Cahier des clauses administratives générales marchés industriels

CCAG PI : Cahier des clauses administratives générales prestations intellectuelles

CCAG TIC : Cahier des clauses administratives générales techniques de l'information et de la communication

CCP : cahier des clauses particulières

CE : Conseil d'Etat

Cf : confère

CJCE : Cour de justice des communautés européennes.

Comm. : commentaire

CMP : code des marchés publics

D

D. : recueil Dalloz

I

Ibid : au même endroit

J

JCP A : la semaine juridique administration et collectivité territoriales

M

Min : ministérielle

P

p. : page

R

Rep: Réponse

Req : Requête

T

TA : Tribunal administratif

S

Sect, : Section

INTRODUCTION

« *On ne peut pas définir la qualité, on la reconnaît quand on la voit* »¹, cette affirmation ainsi posée met en lumière la difficulté existante quant à la définition de la qualité.

Le terme qualité connaît des difficultés de définition mais également quant à l'identification de sa nature, constitue-t-il une notion, un concept, un mécanisme ? La nature de la qualité va varier selon le domaine l'employant, tantôt considérée comme une notion c'est-à-dire comme une connaissance immédiate et intuitive tantôt comme un concept, c'est-à-dire une représentation mentale, une idée générale.

De plus en plus présente dans la société actuelle lorsqu'elle est associée à la norme, la recherche de la qualité dépasse l'exigence de la qualité répondant aux revendications de l'utilisateur, qui relevait de la conscience professionnelle à l'ère pré-industrielle.

Aujourd'hui cette recherche de qualité traduit une idée de garantie.

La recherche de la qualité ne concernait a priori que la sphère privée, mais dorénavant elle fait partie intégrante de la sphère publique soumettant ainsi l'Administration à sa recherche.

La qualité est alors prospectée dans les activités de service public qui se retrouvent confrontées à des exigences habituellement présentes dans la sphère privée. L'Administration cherche à satisfaire l'usager comme la personne privée cherche à satisfaire le consommateur à la différence que le consommateur en contrepartie de son exigence verse un prix.

La quête de la qualité est donc un poids supplémentaire pour la personne publique.

Pour répondre aux besoins des usagers, la personne publique va donc recourir aux différents contrats publics, le droit des contrats publics n'échappe donc pas à la qualité.

¹ Henry MINTZBERG

En matière de contrats publics, il est intéressant de s'interroger sur ce que contient cette notion de qualité, et plus particulièrement concernant les contrats de marché publics qui constituent le mode contractuel principal des personnes publiques en réponse à leurs besoins.

En effet, le terme qualité ayant plusieurs sens il serait pertinent de voir sous quel angle les marchés publics et les textes les régissant l'appréhendent.

D'autant plus que l'emploi de ce terme s'est banalisé alors que l'on ne sait pas forcément à quoi il est rattaché.

L'intérêt d'analyser ce que recouvre la qualité en droit des marchés publics est l'éventualité de pouvoir, au terme de cette analyse, poser une ou plusieurs définitions de celle-ci dans ce domaine.

Mais également de mettre en lumière des phases du marché, concernant la procédure de passation ou l'exécution du marché dans lesquelles la qualité serait implicitement présente. Il s'agira ici de s'intéresser uniquement à la qualité exprimée dans ces phases et non à la qualité de la procédure de passation à proprement parlé qui peut faire l'objet de certification.

Etant en matière contractuelle, la personne définissant et posant ces exigences relatives à la qualité est une des parties au contrat, en marché public il s'agit du pouvoir adjudicateur personne publique et de l'opérateur économique. Le second répondant aux besoins du premier, c'est donc la personne publique qui sera à l'origine de la qualité.

Les marchés publics ayant une dimension transfrontalière, la notion de qualité pourra varier également selon la nationalité du pouvoir adjudicateur et les réglementations en vigueur dans son pays, ne sera développée ici uniquement l'approche faite par pouvoir adjudicateur français.

Définissant la qualité seule, la personne publique est donc autonome ce qui expliquerait alors le peu de réglementations relatives au contenu de la qualité. Elle est autonome dans la définition de la qualité mais elle bénéficie également d'une liberté d'action dans les phases faisant implicitement référence à la qualité.

Dans ces dernières le pouvoir de définition de la qualité de la personne

publique n'apparaît pas de façon évidente, on constate plutôt la liberté d'action dont dispose celle-ci dans la phase concernée.

Cette autonomie traduit donc une absence de contrôle sur la définition de la qualité posée par la personne publique dans ses documents contractuels.

Cependant les phases dans lesquelles la qualité est présente, vont faire l'objet de contrôle du juge.

Concernant la phase relative à la procédure de passation celle-ci ne peut être contestée dans par le biais du référé précontractuel, son invocabilité étant limitée à la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence par le pouvoir adjudicateur. Il en est de même pour le référé contractuel qui sera opérationnel une fois le marché signé.

Les autres recours possible issus de la jurisprudence, qui sont des recours de pléines juridictions, vont eux nécessiter la présence d'un préjudice pour le requérant partie au contrat ou candidat évincé.

Au vue de tels motifs, la qualité ferait elle alors l'objet d'un contrôle par le juge ?

Si tel est le cas, le contrôle ne serait être un contrôle direct puisque aucun des motifs pouvant être invoqués à l'appui d'un recours en matière de contentieux de marchés publics ne fait référence à la qualité, que ce soit avant ou après la signature du marché.

De même, dans le cadre d'un contrôle de la qualité le juge compétent, c'est-à-dire le juge administratif dispose-t-il des mêmes pouvoirs de contrôle ?

Les recours possible en contentieux de marchés publics donnent de larges pouvoirs au juge, en est il de même lorsque celui-ci contrôle la qualité ? Peut-il disposer de larges pouvoirs pour procéder au contrôle d'une notion défini en vertu d'un pouvoir autonome ?

L'existence d'un contrôle du juge de la qualité porterait atteinte au pouvoir autonome de définition du pouvoir adjudicateur, il faut alors s'interroger dans quelles mesures la notion de qualité va affecter l'autonomie laissée à ce dernier dans les

marchés publics ?

Pour cela, il est primordial de comprendre ce que signifie le terme qualité et plus particulièrement en droit des marchés publics, pour pouvoir ensuite constater la présence de ces éventuels contrôles, contrôles qui porteraient atteinte à l'autonomie du pouvoir adjudicateur mais également à la liberté contractuelle. D'où la nécessité de s'intéresser au degré du contrôle qui sera réalisé par le juge administratif.

Toutefois une violation de la liberté contractuelle pourrait trouver justifications auprès des grands principes régissant la commande publique.

La compréhension de ce terme qualité permettrait ainsi de justifier certains contrôle du juge parfois obscurs, et pour le pouvoir adjudicateur de porter plus d'attention à la définition de la qualité dans ses documents contractuels pour limiter par la suite d'éventuels contentieux.

Chapitre 1 :

**La qualité une notion subjective tendant au
développement de l'autonomie du pouvoir
adjudicateur**

La qualité est un terme qui n'a pas vocation à s'appliquer à un domaine en particulier, et est fréquemment employé. Etant utilisé dans des domaines variés sa signification ne sera donc pas toujours la même.

La définition et l'analyse plus classique de ce terme apparaissent alors primordiales avant tout compréhension de celui-ci dans des domaines plus spécifiques comme le droit des marchés publics.

Section I - La qualité : une notion polysémique.

Le terme « qualité » est un terme généraliste qui a vocation à s'appliquer dans des domaines divers et variés. De part son utilisation multiple chaque domaine d'application en propose une définition. Avant toute analyse de cette notion, il apparaît nécessaire de comprendre ce qu'on entend par le terme qualité.

Il faut donc confronter les différentes visions de la qualité.

Paragraphe A : Les différentes approches de la qualité.

Le terme qualité suscite d'un point de vue philosophique, tout comme d'un point de vue plus général de nombreux développements, illustrant ainsi la polysémie du mot qualité.

1) L'approche classique.

La qualité développée par les dictionnaires ne nous présente pas une seule définition de la qualité, puisqu'elle peut être appréhendée sous plusieurs aspects. En générale, les ouvrages de définitions² en présentent cinq, donc cinq définitions différentes de la qualité

Tout d'abord celui relatif à « *l'aspect, à la manière d'être de quelque chose, l'ensemble des modalités sous lesquelles quelque chose se présente* ».

Est ainsi mis en évidence la qualité comme caractéristique d'une chose, ce qui fait une chose.

La définition suivante fait référence à l'ensemble des caractéristiques d'une chose qui vont avoir pour conséquence de préciser si celle-ci correspond bien à sa nature, à ce qui est attendu.

Cette deuxième approche est plus précise que la précédente, en effet il est toujours question de la qualité comme élément caractéristique d'une chose mais ici cette

²Dictionnaire Larousse, Dictionnaire Hachette

caractéristique doit correspondre à un critère défini au préalable. La définition du critère résultera de la volonté d'un individu ou il pourra s'agir d'un critère universel, on sera alors dans le cadre d'une qualité connue de tous et propre à la chose en question.

Une troisième définition fait état de la qualité comme une caractéristique rendant une chose supérieure à la moyenne.

La qualité ainsi définie implique une hiérarchisation de la chose, des prestations. Il ne s'agit plus ici de concevoir la qualité comme un moyen de description d'une chose, mais comme un moyen d'évaluation de la dite chose.

La qualité peut également se voir sous l'angle de la manière d'être d'une personne, que l'on juge positive. Il s'agit ici tout comme dans la définition précédente d'évaluer les caractéristiques, le caractère d'un individu qui pourra s'il est jugé positif être qualifié de qualité. On pourra alors opposer au terme qualité celui de défaut.

Enfin, ce terme peut également désigner les conditions sociales, civiles ou juridiques d'une personne. Cette dernière approche de la qualité ne nécessite plus d'évaluation des caractéristiques d'une personne, il s'agira tout simplement de situer la place de l'individu dans les différentes catégories de classement et selon les situations. A titre d'exemple, un homme pourra selon la catégorie à laquelle on peut le rattacher de part des actes, des diplômes, avoir la qualité d'époux, d'avocat...

Ces cinq définitions de la qualité traduisent bien cinq approches différentes de ce que peut être la qualité, ainsi certaines définitions se veulent plus poussées. Cependant on peut remarquer que l'application d'une seule de ces définitions peut donner un résultat différent, en effet une part conséquente est laissée à l'interprétation de chacun, les définitions traditionnelles données de la qualité sont donc majoritairement subjectives.

L'analyse du terme qualité ne peut être faite sans faire référence aux certifications et labels. Les organismes de certifications par leurs normes garantissent une certaine qualité, mais qu'entendent-ils par qualité.

L'association française de normalisation définit la qualité de produit ou de service

comme étant « *l'aptitude de celui-ci à satisfaire les besoins exprimés ou potentiels des utilisateurs*³ ». La qualité est donc l'aptitude, c'est-à-dire la capacité du produit ou du service pour répondre au besoin.

On peut d'ailleurs souligner que le marché public sera un outil de réponse et d'application de cette définition de la qualité lorsque l'utilisateur est une personne publique, puisqu'il est un contrat par lequel un opérateur économique répond aux besoins d'une personne publique en matière de fournitures, service ou travaux.

Ces visions de la qualité mettent en avant l'omni présence de la qualité, celle-ci de part ces définitions diverses est en réalité plus présente qu'il n'y paraît. La qualité étant une notion au champ d'intervention vaste, il peut être intéressant de s'intéresser sur les origines de celle-ci et donc de s'intéresser aux visions philosophiques de la qualité.

2) L'approche philosophique.

Le terme qualité connaît une approche philosophique, qui ne se tient pas non plus à une seule définition, celle-ci variera selon le courant de pensée qui l'étudie.

Un premier courant développé par Aristote tend à considérer la notion de qualité comme une catégorie. Il faut ici revenir sur l'idée principale de ce courant qui va aboutir aux « *catégoriai de l'être* ».

Aristote dans son étude de la façon dont le verbe être peut être utilisé dans le langage, va dresser une liste de 10 catégories. Chaque catégorie est un mode d'accusation du verbe être, ce qui se justifie au regard de l'étymologie du mot catégorie qui vient du verbe grec *categoriai* qui signifie accuser.

Chaque catégorie forme alors une manière de signifier quelque chose à l'aide du verbe être. Chacune d'elle n'est composée que d'expression, qui sans liaison avec d'autres termes ne pourront ni affirmer ni nier quelque chose. Seules, elles n'ont donc aucun pouvoir qualificatif vis-à-vis d'un sujet ou d'un objet.

³Norme expérimentale AFNOR X 50-109

Les 10 catégories sont les suivantes; la substance, la qualité, la quantité, la relation, l'action, la passion, le temps, le lieu, la position et l'avoir.

Au sein de la catégorie qualité, il distingue 4 types de qualités :

- la qualité état et disposition
- la qualité liée à la capacité ou non, de faire ou de ne pas faire
- les qualités affectives et les affections
- les qualités liées à la forme et à la figure.

Au vue du raisonnement mené par Aristote, les mots relevant de la catégorie qualité sont donc qualificatifs puisqu'ils sont toujours associés au verbe être, et qu'ils permettent l'identification d'un objet ou d'un sujet.

A la différence des définitions classiques, Aristote ne donne pas une définition distincte de la qualité selon qu'est visé un objet ou un sujet.

Il conçoit la qualité comme une notion, c'est-à-dire comme une connaissance immédiate, une connaissance de base permettant de synthétiser les caractéristiques essentielles d'un objet.

La qualité en philosophie peut être également abordée sous la forme d'un concept. L'idée développée est que l'Homme ne peut avoir connaissance de quelque chose sans ce concept. C'est-à-dire qu'elle est un moyen permettant de prendre connaissance de quelque chose.

Ce courant est développé par Kant, qui va reprendre la logique des catégories et dresser « *la table des catégories* » dans laquelle la qualité, constitue une catégorie à part entière à côté de la quantité, de la relation et de la modalité. La qualité est pour lui un « concept pur de l'entendement »,

L'approche kantienne de la qualité ne s'applique que dans la relation qualité/objet.

D'autres courants de pensée vont développer les autres sens de la qualité et ainsi associer la notion à un rang ou d'une fonction sociale occupée.

Mais également à une valeur, à un signe de perfection, on retrouve ici l'idée d'évaluation du terme qualifié par l'expression appartenant à la catégorie « qualité ».

Enfin, le dernier sens donné à la notion de qualité est la perception de cette notion comme étant « *une propriété formelle du jugement consistant en ce qu'il est affirmatif ou négatif* »⁴

Cette approche est purement subjective, puisque le jugement en constitue la variable. Le terme qualité sera alors complété par les mots bon ou mauvais.

Ces approches philosophiques présentent des similitudes avec les approches développées dans les ouvrages généraux, la part laissée à l'interprétation étant toujours importante.

Un dernier domaine d'application de la qualité doit, pour permettre une vision plus globale, être abordé. Il s'agit ici de découvrir la définition juridique qu'il est fait de cette notion de qualité.

La qualité existe juridiquement, on va retrouver le terme qualité dans différentes branches du droit public ou privé. Cependant le sens donné à cette qualité juridique est-il toujours le même selon le droit auquel elle s'applique ? Il s'avère donc utile de voir les différents emplois et sens qui lui sont donnés.

3) L'approche juridique.

La signification du terme qualité dans un ouvrage de définition de terme juridique, nous oriente immédiatement sur la vision civiliste du terme qualité⁵.

La qualité peut être liée au droit des contrats privés, on parle alors de qualité substantielle.

La qualité substantielle vise « *les caractéristiques d'une chose objet d'un contrat, qui ont été prises en considération par les parties au contrat de telle sorte qu'en l'absence de ces éléments l'accord de volonté n'aurait pu se réaliser* »

Cette qualité juridique se rapproche des définitions précédentes, et évoque la qualité comme caractéristique d'une chose, d'où l'appellation substantielle, c'est-à-dire la

⁴Dr AKE Patrice Jean, « La qualité, notion philosophique et principe de management »

⁵ Lexique des termes juridiques, Dalloz 16ème édition, p535.

qualité liée à la chose, à son existence.

En droit des contrats, la qualité étant au centre de l'accord de volonté entre les parties toute erreur sur celle-ci entrainera la nullité du contrat⁶.

Par conséquent les caractéristiques (qualités) de la chose objets du contrat doivent être impérativement celles prévues à l'origine par les parties.

Le terme qualité est également employé non plus en référence aux caractéristiques d'une chose, mais pour désigner une personne.

Il s'agit ici de l'expression «*es qualités*», cette expression est utilisée en droit privé pour désigner dans une procédure ou un contrat la personne qui est reconnue comme le représentant légal d'une autre personne.

Cette mention permet ainsi de s'assurer que la personne visée, dispose bien des pouvoirs l'autorisant à contracter ou à prendre l'initiative d'une action judiciaire. La personne visée agit alors « en qualité de... »

Il s'agit ici de percevoir la qualité comme un moyen de positionner socialement un individu, et de vérifier ainsi sa compétence à agir. On ne s'intéresse pas aux caractéristiques de la personne mais aux fonctions qu'elle remplit, au rôle joué dans la procédure ou dans le contrat.

Cette vision juridique de la qualité peut également se rapprocher de la définition classique, définissant la qualité comme moyen de situation sociale d'un individu.

La Constitution de 1958 emploie dans son texte le terme qualité. Ce dernier est utilisé comme indicateur d'une fonction occupée, en l'occurrence celle du Président de la République.⁷

Sous cet aspect, la qualité est donc une fonction, une compétence.

Le droit administratif emploie le terme qualité de la même manière, et l'utilise pour souligner une fonction occupée⁸.

⁶ Article 1110 du Code Civil

⁷ Article 67 de la Constitution du 4 octobre 1958

⁸ Exemple : Art L122-2 du Code de procédure administrative

D'un point de vue législatif ou réglementaire, plusieurs textes ont dans leur intitulé le terme qualité. Ce terme est employé en amont d'un autre terme qui lui désigne une prestation, cela peut être la qualité de la prise en charge médicale, la qualité sanitaire de denrées alimentaire, la qualité de service dans les transports.... Dans ces textes, le terme qualité est utilisé comme un indicateur de performance, de valeur.

Bien que présente dans différents textes, la qualité ne fait pas l'objet d'une seule définition. En effet étant perçue comme un indicateur de performance d'une prestation ou d'un objet, elle va par conséquent varier selon celui-ci et les critères permettant d'affirmer la qualité d'une prestation donnée ne seraient être des critères universels.

Par conséquent, le terme qualité dans ces textes est employé mais nous ne pouvons avoir une connaissance de la signification de celui-ci sans lire le texte lui-même et les caractéristiques constituant cette qualité.

En matière juridique, l'on retrouvera également le mot qualité dans l'idée de qualité pour agir.

La qualité pour agir est une des conditions nécessaires pour pouvoir mener toute action en justice, cette notion est liée à l'intérêt à agir.

Elle va conditionner l'action en justice à la détention d'une qualification particulière.

Cette condition d'action en justice est développée aussi bien pour les recours devant les juridictions judiciaires qu'administratives⁹

A titre d'exemple, en cas de contentieux en matière de contrat de droit privé on va exiger du requérant qu'il ait un intérêt à agir c'est-à-dire qu'il se prévaut d'un préjudice, mais on va également exiger qu'il ait qualité pour agir, en l'occurrence qu'il soit parti au contrat.

La lecture de ces diverses définitions permet de constater les similitudes d'interprétation selon le domaine décrivant la qualité, en effet on peut constater la

⁹ Article 31 du code de procédure civile

présence de définitions principales qui font ensuite l'objet d'appropriation par chaque domaine.

Il serait donc possible pour pouvoir définir de manière globale la qualité et ainsi mieux l'appréhender de s'en tenir aux définitions principales.

Paragraphe B : Une classification des divers sens de la notion.

Quel que soit le domaine dans lequel la notion de qualité intervient, différentes significations sont données à la qualité. Cependant certaines approches présentent des similitudes d'un domaine à l'autre.

On peut ainsi mettre en avant trois sens différents, d'où la proposition d'une classification tripartite de la qualité.

1) La qualité comme caractéristique : la « qualité état ».

Un des sens de la qualité revenant de manière récurrente, est celui qui s'attache aux caractéristiques des choses ou des personnes. On parlera alors de qualité « état ».

La qualité « état », constitue la première catégorie de qualité, elle est la plus basique. C'est une qualité qui ne pourra être analysée que de manière objective, en effet elle ne laisse pas de place à l'interprétation. Il s'agit de faire un constat d'éléments caractérisant un individu ou un objet.

La qualité ici est descriptive, on peut toutefois distinguer selon qu'elle se rapporte à un objet ou un individu

Lorsque la qualité état s'applique à une personne, elle vient décrire les caractéristiques de celle-ci. Il va s'agir non pas d'évaluer les traits de caractère, mais de préciser leur présence.

Ainsi dans cette catégorie, on va retrouver toutes les définitions de la qualité appréhendée comme un moyen de situer socialement une personne, c'est-à-dire par sa condition civile, juridique ou sociale.

Y est également inclus la définition philosophique de la qualité tendant à la qualifier

comme étant un attribut de l'être, permettant de qualifier les attitudes de chacun.

La qualité « état » d'un objet, elle se traduira par l'ensemble des modalités sous lesquelles l'objet se présente. Il s'agit toujours d'une qualité descriptive.

Elle est alors perçue comme un mécanisme de compréhension, d'analyse de l'objet en question. Elle permet ainsi de savoir ce qu'est ou n'est pas l'objet, sans évaluation ou comparaison.

La qualité « état » d'un objet reprend donc les visions philosophiques de la qualité définie par Aristote et Kant. Puisque pour Kant celle-ci est un moyen pour l'homme de prendre connaissance de l'existence de quelque chose.

La qualité état est donc le premier type de qualité que nous pouvons déduire, les expressions mettant en avant les qualités d'une chose ou d'une personne mettent en réalité en avant les caractéristiques de ces dernières. Le terme qualité pourrait donc être remplacé par le terme caractéristique dans cette première catégorie. Une substitution de terme permettrait de conserver la qualification qualité pour les autres types de qualité et ainsi d'avoir un emploi plus adapté et évident du terme qualité.

2) La qualité comme élément de conformité : la « qualité adéquation ».

La qualité « adéquation » est le deuxième type de catégorie que l'on peut distinguer.

On peut considérer cette catégorie comme une version plus poussée de la qualité état, en effet tout comme cette dernière, on va s'intéresser à l'ensemble des caractères permettant d'identifier un objet ou un individu.

Mais cette fois ci, l'ensemble de ces éléments va devoir correspondre à un modèle donné, il faut qu'il y ait adéquation entre les éléments caractérisant l'objet en question et les éléments qui sont propres à cet objet en général.

Ainsi l'on va donc se référer à un modèle type, ce modèle sera soit défini par la personne qui procède à la vérification de l'adéquation, soit il sera préexistant on fait alors référence à la nature des choses.

Cette qualité adéquation a donc deux approches possibles, une objective et une subjective.

L'approche objective va consister à s'assurer de l'adéquation des caractéristiques (qualités) d'un objet avec les caractéristiques propres par nature à celui-ci.

Des qualités sont attendues au vue des éléments caractérisant habituellement l'objet, il n'y a pas de liberté laissée à la personne.

L'approche subjective, à l'inverse laisse l'entière possibilité à la personne de déterminer les caractéristiques (qualités) qu'elle souhaite retrouver dans l'objet, et ainsi celle-ci ne procède plus à une simple comparaison entre les qualités de l'objet type et celles de l'objet qui lui est présenté.

La personne a donc une idée de ce qu'elle attend, et va donc comparer selon cette idée.

3) La qualité comme garantie de performance et de valeur : la « qualité appréciation ».

Troisième et dernière catégorie selon laquelle on peut définir la qualité, il s'agit de la qualité appréciation.

Cette catégorie va mettre en avant la qualité comme instrument de jugement, d'évaluation. Elle est la catégorie de qualité la plus subjective.

Elle va avoir pour objectif de déterminer si une chose, une attitude doit être considérée comme positive.

Elle va s'exercer en lien étroit avec les deux autres catégories de qualité, puisque pour qualifier un objet comme étant de qualité ou, une attitude constituant une qualité, il faut baser son jugement sur des critères.

Ces critères de jugements sont ceux posés par la qualité appréciation, c'est-à-dire soit ceux sont les éléments qui font qu'une chose, un objet correspond bien à sa nature, soit ceux sont les éléments qui font que cet objet, cette chose correspond bien à ce que l'on attend.

On parlera de qualité adéquation uniquement lorsque le résultat du jugement est positif, en effet cette catégorie de qualité ne s'applique que lorsque l'on juge que les critères sont conformes. Si ce n'est pas le cas, on ne pourra qualifier les éléments caractérisant la chose ou l'objet comme étant des qualités.

On peut poser comme contraire de la qualité vue sous l'angle de la qualité appréciation le terme défaut. De même, cette qualité fait également référence à la qualité comme une garantie de valeur et de performance.

Cette troisième catégorie de qualité est donc l'aboutissement des deux autres catégories, pour l'obtenir on a précédemment utilisé la qualité état et la qualité adéquation.

Ces trois visions de la qualité sont applicables quelque soit le domaine et permettent de distinguer plus clairement ce que l'on attend par l'emploi du mot qualité. Qu'en est-il de la qualité dans le domaine des contrats publics et plus particulièrement celui des marchés publics ?

Le droit des marchés publics applique-t-il une seule ou plusieurs catégories de la qualité vue selon cette classification?

La polysémie du terme qualité ne fait aucun doute, de plus c'est une notion fortement subjective ce qui rend parfois sa compréhension difficile. La qualité peut renvoyer à d'autres expressions qui la sous-entendent. Il faut alors s'intéresser de plus près aux textes pour ainsi constater la forte présence de la qualité sous tous ses sens. Pour faciliter sa compréhension et comprendre également le degré de subjectivité l'application d'une classification tripartite de la qualité peut s'avérer intéressante, notamment en droit des marchés publics.

Section II : La polysémie de la qualité appliquée aux marchés publics.

La qualité n'étant pas ou très peu abordée de manière explicite en droit des marchés publics, il est intéressant de se pencher sur ces définitions de bases de la qualité pour ainsi s'assurer que la qualité ne serait pas implicitement évoquée dans les marchés.

Étant peu développée dans les textes régissant la commande publique et plus particulièrement les marchés publics, cela sous entendrait donc qu'une grande place est laissée à la liberté du pouvoir adjudicateur quant à la définition de cette notion.

Paragraphe A : L'évocation explicite de la qualité dans les textes régissant les marchés publics.

Les textes régissant les marchés publics n'évoquent que rarement le terme « qualité ». La qualité apparaît donc comme délaissée par ce pant du droit. Cependant il est possible de la retrouver dans certains textes.

1) Le Code des marchés publics et la qualité.

Le code des marchés publics emploie quatorze fois le terme « qualité », afin d'éviter un listing de ces 14 emplois, un groupement utilisation similaire du terme est possible.

Il utilise à plusieurs reprises le terme qualité comme moyen de situer, de positionner une personne. Cela se traduit majoritairement par l'expression « en qualité de... » ou « ayant la qualité de... »¹⁰.

Cette utilisation du terme qualité fait référence à « la qualité état » quand celle-ci s'applique à une personne.

On peut également noter l'emploi du terme qualité au sens valeur et performance d'un objet¹¹, il s'agit alors de la qualité appréciation.

¹⁰Cf articles 8, 12, 51, 109, 187, 191, 218, 231 du CMP

¹¹Cf articles 17, 45, 73, 219, 220 du CMP

On dénombre encore un emploi du terme qualité, mais cette fois ci son utilisation renvoi à une compréhension des plus vastes. Il s'agit du terme qualité employé au sein de l'article 53. Il apparait au demeurant difficile de comprendre ce que le code veut signifier ici : « *Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° soit sur une pluralité de critères non discriminatoire et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché.(...)*»

A la lecture de l'article, il semble que la qualité soit un critère d'attribution du marché mais il n'est pas donné plus de précision quant à ce qu'elle englobe. On peut cependant déduire tout ce que n'est pas la qualité, il semblerait que la qualité ne concerne pas le prix, la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, les performances en matière de protection de l'environnement....

La qualité comme critère institué par le code, c'est-à-dire comme critère réglementaire n'existe que depuis 2006.

La liste des critères posés par le code a vu sa taille augmenter au fil des années. Ainsi avant 2001, les seuls critères référencés étaient le prix, la valeur technique, le coût d'utilisation et le délai d'exécution, à ces derniers le pouvoir adjudicateur pouvait substituer ou ajouter d'autres critères qui lui apparaissaient comme les plus adaptés.

Le code des marchés publics de 2001, vient agrandir la liste en y ajoutant entre autre le critère de qualités esthétiques. On peut ici substituer le terme qualité par le terme caractéristique, il s'agit lorsque ce critère est utilisé de prendre en considération les caractéristiques esthétiques d'un objet. Le terme qualité employé désigne donc la qualité état de la prestation.

Ce n'est qu'en 2006 que le terme qualité seul, fera son apparition dans le code des marchés publics. On peut d'ailleurs remarquer que ce critère est le premier critère cité dans la liste des critères non discriminatoires du code. De plus, on ne parle plus de qualité esthétiques mais de caractères esthétiques et fonctionnels. Les caractères esthétiques et fonctionnels d'un objet, pourtant significatif de la qualité état de celui-ci, devraient donc être distingués de la qualité de la prestation.

On peut donc en déduire que la qualité comme critère d'attribution d'une offre ne fait pas référence à la qualité état de celle-ci.

De plus la qualité est également à distinguer de la valeur technique, puisqu'ils constituent tous deux des critères distincts. On peut penser qu'auparavant la distinction n'étant pas faite, la valeur technique comprenait la notion de qualité de la prestation et que par conséquent, il fallait voir la qualité comme la valeur, la performance de prestation.

Mais aujourd'hui quelle définition, quel sens doit-on donner à cette notion de qualité prise comme critère ? En la distinguant entre autre des qualités esthétiques et fonctionnelles d'un objet, mais également de la valeur technique, le champ d'action de la qualité est plus que réduit mais surtout abstrait.

Ce terme ne fait l'objet d'aucune définition, il est donc laissé à l'appréciation entière du pouvoir adjudicateur qui ne peut se contenter que de ce que n'est pas le critère de la qualité. Une définition si imprécise de la signification du critère qualité, tend vers le risque de faire de ce critère, un critère que l'on peut qualifier de « fourre-tout ».

Des précisions sur ce critère de la qualité sont également absentes des textes communautaires.

Les directives¹² applicables en matière de commande publique donnent cette même

¹²Directive 2004/17/ CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

possibilité d'utilisation d'une pluralité de critères¹³ avec entre autre la qualité, qui cette fois ci n'est plus le premier critère cité. Cependant aucune précision n'est donnée sur le contenu de ce critère qualité.

Réapparaît alors le problème présent en droit interne, où l'on ne peut comprendre le contenu du critère qu'à la lumière de ce qu'il ne contient pas. Une fois encore la qualité est distinguée de la valeur technique, ce critère de qualité est donc un critère général qui ne concerne pas d'éventuelles spécificités de la prestation ou de l'objet, qui seront mises en avant à l'appui d'autres critères.

La qualité évoquée par ces textes peut être rapprochée de la qualité adéquation, en effet considérée comme un critère, la qualité ici équivaut à l'ensemble des aspects que le pouvoir adjudicateur s'attend à retrouver dans les offres. Il n'est pas question de jugement à ce stade, mais plutôt de déterminer ce qui fondera ce jugement.

Il n'y a donc pas en droit interne ni même en droit communautaire d'indication quant à ce critère de qualité, la qualité évoquée au stade des critères d'attribution d'une offre reste par conséquent sans définition. Ce qui signifie que le pouvoir adjudicateur détermine librement sa qualité adéquation.

Les candidatures n'échappent pas non plus à la notion de qualité, en effet dans certains cas le pouvoir adjudicateur va pouvoir exiger des candidats qu'ils produisent des certificats de qualité¹⁴.

Ces certificats vont être établis par des tiers indépendants qui jugeront des capacités du candidat en référence des normes européennes en vigueur. Ces certificats qualitatifs attestent notamment de la capacité du candidat à réaliser sa mission, de la conformité technique de son matériel.

Il s'agit plus d'un certificat de capacité qu'un certificat de qualité. Cette approche de la qualité traduit logiquement celle qui est faite de la qualité par l'association française de normalisation, estimant que la qualité est liée à l'aptitude, la capacité à répondre à un besoin.

¹³Article 55 directive 2004-17

2) Les cahiers des clauses administratives générales et la qualité.

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) vont eux aussi évoquer la qualité, ils constituent des documents types fixant les dispositions applicables à une catégorie de marchés. Ils sont au nombre de cinq.

Quatre d'entre eux emploient de la même manière le terme qualité à plusieurs reprises, il s'agit des CCAG fournitures courantes et services (FCS), marchés industriels (MI), technique de l'information et de la communication (TIC) et prestations intellectuelles (PI).

Ces quatre textes évoquent le terme qualité pour faire référence à « *la qualité des emballages* »¹⁵ lors de la livraison de prestation. Il s'agit ici de la qualité au sens de la qualité état, c'est-à-dire les caractéristiques de l'emballage transportant l'objet.

La qualité évoquée ainsi n'a pas d'intérêt à être développée, elle porte sur les caractéristiques de la livraison, propre au titulaire du marché procédant à l'opération de livraison.

Ils vont également aborder « *la mauvaise qualité ou la défectuosité des fournitures ou matériels remis par le pouvoir adjudicateur* » (note). On comprend que la mauvaise qualité et la défectuosité sont deux notions différentes au sens des CCAG, la qualité présent ici ne concerne pas directement la qualité des prestations remise par le titulaire du marché, donc cela ne vise pas la qualité préalablement définie par le pouvoir adjudicateur.

Le CCAG TIC va aborder à un moment la qualité liée aux prestations. Il s'agit du cas particulier de l'infogérance qui consiste pour le pouvoir adjudicateur à externaliser des prestations de gestion ou d'exploitation de tout ou partie de son système informatique. Dans ce cas de figure, les documents du marché prévoient des niveaux de services, qui sont en réalité des indicateurs de qualité que le titulaire du marché s'engage à atteindre. Les niveaux de services regroupent deux visions de la qualité, tout d'abord la qualité adéquation puisqu'ils viennent déterminer le niveau de qualité que le pouvoir adjudicateur souhaite trouver, mais également la qualité appréciation constituant pour le titulaire le fait de satisfaire aux exigences du niveau ayant pour conséquence un jugement positif de sa prestation. Les niveaux de services

¹⁴ Article 45 du CMP.

¹⁵ Cf. art. 21 du CCAG-PI, art. 19.1 du CCAG-TIC, art. 19.1 du CCAG-FCS et art.26 du CCAG-MI

étant définis dans les documents particuliers du marché, ils sont donc librement définis par le pouvoir adjudicateurs par conséquent la qualité adéquation et appréciation aussi.

Le CCAG travaux est le plus explicite quant à la notion de qualité, elle fait d'ailleurs l'objet d'articles particuliers.

Tout comme les autres il emploie le terme qualité en référence aux compétences d'un individu, mais il va surtout employer le terme qualité au sens valeur d'une prestation, d'un objet.

Concernant la qualité des matériaux et fournitures qui vont être utilisés dans le cadre de marché de travaux, la définition de leur qualité est étroitement liée aux normes.

Ces derniers doivent respecter les exigences des stipulations des documents du marché ainsi que les normes applicables en l'espèce. Le titulaire du marché se doit de respecter la qualité ainsi définie des matériaux, et ne peut utiliser des matériaux d'une qualité différente.

La qualité des matériaux fait donc renvoi à la qualité adéquation de la prestation définie par le pouvoir adjudicateur et à la qualité état qui elle sera définie par les normes. Les normes établissant les caractéristiques de la prestation.

Le CCAG travaux aborde le respect de la qualité comme une preuve de conformité. Il va d'ailleurs prévoir la possibilité de mettre en place des plans d'assurance qualité contenant toutes les dispositions relatives à la gestion de la qualité, la qualité requise de l'ouvrage.

Il s'agit donc de plans, visant à s'assurer du respect de la qualité adéquation qui à terme tendront à la qualité appréciation de celui-ci.

En matière de maîtrise d'ouvrage la Commission centrale des Marchés publics à d'ailleurs formulé 3 recommandations¹⁶ à destinations des maitres d'ouvrages publics en matière de démarche qualité liée à la construction de bâtiment. Ces recommandations vont venir préciser le rôle et les actions de chaque intervenant. Actuellement l'application de cette démarche qualité dès le début de l'opération permet l'obtention de résultats positifs et évite les aléas tels que les retards de chantier,

¹⁶ Recommandations T 1-87 et T 1-89 relatives à la gestion et l'assurance de la qualité lors de la passation et l'exécution des marchés de travaux.
Recommandation T 2-99 relative à la maîtrise de la qualité pour la programmation et la conception d'une opération de bâtiment. **Annexe 1**

les augmentations de coûts

La qualité n'est pas totalement absente du droit des marchés publics, plusieurs textes y font références. Cependant la compréhension du terme est parfois difficile, et l'on se retrouve alors confronté au problème de la polysémie du terme qualité. Le peu de précisions relatives au contenu du terme qualité en droit des marchés publics va avoir pour conséquence de donner une grande liberté au pouvoir adjudicateur quant à la définition de ce terme, sans que celle-ci soit pour autant absolue.

Cependant, il semblerait que plusieurs aspects de la qualité ne soient pas évoqués par les textes, du moins de manière explicite. La phase de procédure de passation du marché en contient plusieurs.

Paragraphe B : L'utilisation implicite de la qualité en droit des marchés publics.

La qualité est en réalité plus présente qu'il n'y paraît en droit des marchés publics. En effet, en se tenant aux différentes définitions qui peuvent lui être données, il apparaît que certaines phases de la procédure de passation font en fait appel à la qualité.

La référence à la notion de qualité ne paraît pas toujours évidente puisque le terme qualité sera dans certains cas remplacé par un autre terme ou rattaché à d'autres notions.

Ceci pourrait d'ailleurs, se justifier par une volonté de faciliter la compréhension en employant une expression plus détaillée plutôt que la simple référence au terme qualité.

1) La qualité dans la phase de définition des besoins.

La première phase où le code n'évoque pas le terme qualité mais où celle-ci va pourtant être présente est celle relative à la définition de la nature et de l'étendue des besoins¹⁷.

En effet, la définition des besoins est réalisée par le pouvoir adjudicateur avant tout lancement de procédure. Quand celui-ci procède à la définition de ses besoins, il va en

¹⁷ Article 5 du CMP

dresser les caractéristiques, il définit donc l'ensemble des modalités sous lesquelles son besoin se présente. Or établir la liste des caractéristiques de son besoin revient à définir « la qualité état » de ce besoin.

Donc quand le pouvoir adjudicateur définit la nature et l'étendue de son besoin, il en définit les caractéristiques, donc les qualités du besoin.

La définition de la « qualité état » de son besoin est établie de manière totalement autonome et subjective par le pouvoir adjudicateur.

A ce stade, il empiète d'ailleurs également dans le domaine de la qualité adéquation puisqu'en définissant les qualités de son besoin, il dresse les caractéristiques du besoin qui feront que celui-ci correspond au mieux à ce qu'il attend. Il va en effet déterminer le niveau auquel les solutions à son besoin seront évaluées.

Cette définition de la qualité état et de la qualité adéquation apparaît à première vue ne dépendre que du pouvoir adjudicateur. Son pouvoir de définition de la qualité serait-il totalement libre?

Les textes apportent quelques limites à son autonomie, le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement des caractéristiques de son besoin va devoir prendre en compte plusieurs éléments.

Il doit tenir compte tout d'abord de l'intérêt général, il s'agit de contrat public passé non pas pour des fins personnelles mais pour répondre à un besoin de la structure.

Le pouvoir adjudicateur devra également prendre en compte des objectifs de développement durable, par développement durable il faut comprendre efficacité économique, équité sociale et développement écologiquement durable. Le pouvoir adjudicateur doit essayer de mettre en œuvre ces objectifs de développement durable. Toutefois, il peut estimer que la nature de son besoin soit incompatible avec de tels objectifs et ainsi ne pas en tenir compte mais il doit être en mesure de justifier cette impossibilité¹⁸.

¹⁸Rep. Min. M.B Piras, n°25167: JO Sénat Q, 9 novembre 2006, p. 2793; *Contrats et marchés publics* avril 2007, p.3, n°127

La qualité état est donc liée au développement durable mais non subordonnée à celui-ci.

Autre exigence, le besoin défini ne doit pas être trop précis, c'est-à-dire que celui-ci ne doit pas avoir pour objectif de restreindre le nombre de candidats pouvant soumettre une offre, pour finalement ne concerner qu'un opérateur économique en particulier.

Le pouvoir adjudicateur est donc seul pour déterminer ses besoins, cependant parfois la définition de ses besoins s'avère complexe, il pourra alors avoir recours à des marchés de définitions qui lui porteront une assistance.

Dans le cas de marché complexe, le pouvoir adjudicateur pourra également avoir recours à la procédure de dialogue compétitif¹⁹. Un dialogue s'installera alors entre le pouvoir adjudicateur et plusieurs candidats afin de définir ou de développer une ou plusieurs solutions pour répondre à son besoin.

Dans une telle procédure le pouvoir adjudicateur n'a qu'une vague idée de la solution de son besoin, de par le dialogue qu'il va mener avec les candidats celle-ci va s'affiner, le dialogue compétitif a pour but « *d'améliorer la définition des besoins* »²⁰. Les candidats influencent donc la définition de la qualité état de son besoin.

Par le recours à de telles procédures, le pouvoir adjudicateur n'est plus le seul à pouvoir définir le besoin dans les moindres détails. Cependant son autonomie reste large, les limites posées ont plus fonction d'encadrement que de contrainte de la définition de la qualité.

Pour préciser les qualités état de son besoin, le pouvoir adjudicateur va devoir recourir à des spécifications techniques²¹. Les spécifications techniques vont indiquer les caractères et propriétés attendus par le pouvoir adjudicateur qui permettront d'affirmer si une offre correspond bien à la prestation demandée.

¹⁹ Article 36 code des marchés publics

²⁰ Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

²¹ Article 6 CMP

Les spécifications techniques sont donc des moyens permettant de définir la qualité adéquate de la prestation, elles viennent affiner les qualités édictées par le pouvoir adjudicateur au stade de la définition de son besoin.

Ces spécifications techniques peuvent être invoquées en référence à des normes ou documents équivalents, et ou, à des performances ou exigences fonctionnelles.

Ces divers documents vont venir définir la valeur, la qualité de la prestation

Les spécifications techniques en droit communautaire sont considérées comme étant « *une spécification qui figure dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit, telles que les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions...* »²²

En droit interne, elles concernent dans le cadre d'un marché public de travaux « *l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers des charges et définissant les caractéristiques d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture (...)* »²³.

Pour les marchés de fournitures ou de services, cela concernera « *les prescriptions définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service.* »²⁴

A la lecture des définitions posées en droit interne, on peut constater que dans le cas de marché de travaux seront considérées comme spécifications techniques les prescriptions présentes dans les cahiers des charges, or le pouvoir adjudicateur détermine librement son cahier des charges. Il pourra donc définir librement ses spécifications techniques.

Concernant les marchés de fournitures et de services, la définition n'est pas précise et renvoie à toute prescription qui pourrait être requise. Il faut ici, lier la définition à l'obligation posée par le code d'utiliser des spécifications techniques. Les prescriptions

²² Article 1er de la directive n°98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques

²³ Article 1er arrêté du 28 août 2006 modifié relatif aux spécifications techniques des marchés et accord cadres.

²⁴ *Ibid*, note 23

techniques seront donc des normes ou documents équivalents, des performances ou exigences fonctionnelles. La liberté de définition du pouvoir adjudicateur est donc moins grande dans les marchés de fournitures et de services.

La notion de spécifications techniques fait appel à la notion de normes. Avant 2006 le recours aux normes n'était obligatoire que pour les marchés soumis aux procédures formalisées.

La notion de spécifications techniques n'est reprise par le code des marchés publics qu'en 2006, celui-ci appréhende conformément à l'article 23 de la directive 2004-18/CE du 31 mars 2004 les normes comme des modes de définitions des spécifications techniques.

La présence de ces spécifications assorties donc les offres d'une présomption de qualité minimale.

Le terme qualité est ici abordé selon le sens « valeur ». Il s'agit donc ici de la qualité appréciation puisque l'on estimera qu'une offre qui répondra à ces exigences est une offre que l'on appréciera positivement.

La norme définissant un niveau de qualité, de performance de la prestation le plus bas, le plus acceptable.

L'auteur de ces normes n'étant pas le pouvoir adjudicateur, celui-ci ne détermine pas réellement librement les spécificités techniques de sa prestation.

Ainsi même s'il détermine librement la qualité état de son besoin, la qualité appréciation de celui-ci va en partie lui échapper.

2) La qualité au stade de l'analyse des offres.

Au stade de l'attribution de l'offre il faut s'interroger sur le critère du prix. Un marché est attribué au candidat qui effectue l'offre la plus économiquement avantageuse. On attend donc d'une offre qu'elle le soit. Etre économiquement avantageuse est une caractéristique que le pouvoir adjudicateur souhaite retrouver, cette caractéristique correspond donc à une qualité adéquation d'une offre.

Cette qualité ne sous-entend pas uniquement le prix, mais va induire un certain rapport « qualité/prix ». Dans le cadre de ce rapport qualité prix, il faut appréhender le terme

qualité sous l'angle de la qualité adéquation. En effet, les caractéristiques du produit doivent être en adéquation avec ce qui a été défini dans les documents de consultation et que le prix soit par contre en adéquation avec la valeur de la prestation.

C'est-à-dire que le prix correspond à la qualité appréciation, il sera jugé « positif » selon qu'il traduit ou non la valeur attendue de la prestation objet de l'offre.

Un tel rapport combine deux qualités : la qualité liée au prix va être définie et appréhendée librement par le pouvoir adjudicateur qui jugera de lui-même si le prix correspond ou non à qualité présentée par la prestation.

De même la qualification d'une offre comme étant anormalement basse résulte d'une analyse de la qualité de celle-ci, le pouvoir adjudicateur estime que la qualité de l'offre est supérieure au prix proposé. Il s'agit ici de la qualité appréciation, il juge la prestation ou l'objet positivement mais pas le prix.

La qualité s'immisce tout au long de la procédure de passation d'un marché mais également avant et pendant l'exécution de celui-ci. Elle inonde les marchés publics même si cela n'apparaît pas à première vue. Toutefois cette qualité n'est pas la même selon la phase de procédure dans laquelle on se trouve.

On peut constater que ces qualités s'inscrivent dans une logique d'autonomie du pouvoir adjudicateur quant à leurs définitions. L'autonomie ainsi donnée au pouvoir adjudicateur sous-entend de ce fait une grande liberté d'action de celui-ci.

La qualité se trouvant dans toutes les phases de vie d'un marché échapperait ainsi à des contrôles extérieurs du fait de l'autonomie du pouvoir adjudicateur. Or ces mêmes phases dans lesquelles la qualité est présente font elles l'objet de contrôle.

Chapitre 2 :

**Une autonomie d'action freinée par la présence de contrôle
de la notion.**

Il a été démontré que la qualité a plusieurs sens, et que celle-ci inonde le droit des marchés publics. Distinguer les différents emplois de la qualité, permet de différencier les différentes qualités présentes explicitement et implicitement au sein des marchés publics.

Selon la phase du marché concerné, le type de qualité varie.

Cette qualité librement définie par le pouvoir adjudicateur va en toute logique être contrôlée par lui-même, ce qui s'inscrit dans la continuité de son pouvoir autonome de définition de cette notion mais également dans le cadre des pouvoirs incombant à toute personne publique.

Cependant, on va pouvoir constater que la qualité va faire l'objet de contrôle juridictionnel.

Les marchés publics étant des contrats de droits administratifs le juge administratif va être compétent même s'il s'avérera possible de rencontrer le juge judiciaire notamment dans les litiges entre le titulaire d'un marché et son sous-traitant, ce qui n'est pas traité ici.

Ces contrôles réalisés par le juge, apparaissent étonnant du fait qu'il ne sont aucunement prévus par les textes régissant la matière.

En effet le contentieux des marchés, comprend différents recours que l'on peut notamment distinguer selon que l'on ait procédé ou non à la signature du contrat.

Avant toute conclusion du contrat, les directives recours de 1989 et 1992 modifiées par la directive de 2007 ont introduit le référé précontractuel²⁵ visant ainsi à suspendre la signature du marché en raison de la violation des obligations de publicité ou de mise en concurrence.

Le recours pour excès de pouvoir (REP) même s'il ne peut, par nature, être exercé

²⁵ Issu des lois de transposition du 4 janvier 1992 et 29 décembre 1993, codifié à l'article L551-1 Code de justice administrative

contre un contrat²⁶, va pouvoir être exercé contre les actes détachables de ce dernier à conditions qu'ils constituent des actes décisifs.

Ainsi on ne pourra donc pas avoir de REP contre un avis d'appel public à la concurrence. A l'inverse il sera possible contre la décision d'attribution d'une CAO.

Une fois le contrat signé, la saisine du juge sera possible dans le cadre du référé contractuel²⁷ qui tout comme le référé précontractuel n'est à destination que des contrats faisant l'obligation d'une publicité et violant les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Enfin la jurisprudence a reconnu deux autres recours de plein contentieux permettant la saisine du juge après signature du contrat et lié à des litiges relatifs à l'exécution et fin du marché.

Un premier recours en contestation de la validité du contrat ou des clauses à destination des candidats évincés issu de l'arrêt *Tropic*²⁸, confiant ainsi au juge de larges pouvoirs d'appréciation lui permettant de résilier, modifier ou ordonner la poursuite d'un contrat.

Le deuxième recours est à destination des parties cette fois ci, issu de l'arrêt *Commune de Béziers*²⁹, confiant lui aussi d'importants pouvoirs au juge.

Dans ces recours les vices de procédure de passation ne pourront être invoqués.

En matière de contentieux de marchés publics la saisine du juge n'est possible qu'à travers ces recours, recours confiant au juge des pouvoirs étendus. Toutefois aucun de ces recours n'invoque un motif de saisie en lien avec la qualité.

Cela signifie que pour pouvoir faire l'objet de contrôle la qualité doit soit être mise en lien avec les obligations de publicité et de concurrence pour faire l'objet d'un recours en référé ou être constitutive d'une faute dans les recours plein contentieux.

²⁶ CE 14 mars 1997, Cie Aménagement des coteaux de Gascogne, RFDA 1997, p349, note DELVOLVE

²⁷ issu ordonnance du 7 mai 2009 transposant directive du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation de marché publics.

²⁸ CE16 juillet 2007, n° 291545, Société Tropic Travaux Signalisation,

Section I -Le contrôle naturel de la qualité par le pouvoir adjudicateur.

Toutes les qualités n'étant pas évoquées clairement que ce soit dans les pièces du marchés ou dans les textes règlementant la commande publique, le pouvoir adjudicateur va inconsciemment dans certaines étapes de la procédure procéder à des contrôles qui en réalité aboutissent à un contrôle de la qualité.

Ces contrôles implicites viendront se joindre aux contrôles prévus par les textes régissant la commande publique, lorsque la qualité est invoquée clairement.

Paragraphe A : Le contrôle de la qualité réalisé implicitement.

Le contrôle de la qualité effectué par la personne publique fait référence en premier lieu à l'usage par celle-ci de son pouvoir classique de contrôle dont chaque personne publique est titulaire.

Toute personne publique est dotée de prérogatives de puissances publiques parmi celles-ci on retrouve le pouvoir de contrôle, qui est souvent associé au pouvoir de direction.

En vertu de ce pouvoir la personne publique dispose donc d'un droit de regard, de contrôle sur son cocontractant.

Par conséquent, dans le cadre de la commande publique le pouvoir adjudicateur personne publique contractante va pouvoir contrôler l'activité confiée, les services, travaux ou fournitures commandés à son cocontractant. Il peut exercer ce pouvoir de plein droit, celui-ci n'a en effet nul besoin d'être prévu contractuellement pour être exercé, même si son exercice est souvent prévu dans les clauses du marché³⁰.

Ce pouvoir exorbitant de droit commun va s'appliquer quelque soit la phase du marché, même s'il sera plus présent lors des phases d'exécution et de fin du marché.

En effet, il ne faut pas penser uniquement lorsque l'on évoque le contrôle de la qualité

²⁹CE, 21 mars 2011, Reqn° 304806, Commune de Béziers 2

³⁰ CE 22/02/1952 Société pour l'exploitation des procédés Ingrand (Recueil Lebon p°130)

fait par le pouvoir adjudicateur à un contrôle qui n'aurait lieu que lors de l'exécution et la fin du marché. La qualité étant présente directement ou indirectement dans toute la procédure de passation mais également dans la vie du marché, celle-ci est par conséquent contrôlée durant ces différentes phases. Le contrôle effectué pourra donc être tout comme la qualité explicite ou implicite.

Ce contrôle de la qualité adéquate, le pouvoir adjudicateur l'effectue dès l'analyse des candidatures et des offres.

La personne publique contractante, lorsqu'elle engage une procédure de marchés publics, dresse dans ses documents contractuels les caractéristiques de son besoin, caractéristiques qu'elle estime essentielles et qu'elle souhaite retrouver dans les offres présentées par les candidats.

De même, elle pourra exiger des cocontractants des compétences, des certifications particulières. On va donc avoir dans les documents contractuels des caractéristiques liées à l'objet du marché ou au candidat, que l'on devra retrouver dans leurs offres ou candidatures, il s'agit ici de qualité état.

Lors de l'analyse des candidatures et des offres, le pouvoir adjudicateur s'assure qu'il retrouve dans celles-ci les caractéristiques qu'il avait demandées. Il va donc effectuer un contrôle de celles-ci visant à s'assurer de la concordance, il contrôle donc la qualité adéquate.

Le contrôle des caractéristiques exigées au stade de la candidature, concerne les certificats demandés du fait de la spécificité du marché³¹ mais également les caractéristiques exigées quelque soit le marché comme les attestations sociales et fiscales des candidats, avec la vérification que celles-ci datent de moins de 6 mois pour les attestations sociales et d'un 1 an pour les attestations fiscales.

Le contrôle de la qualité adéquate à ce stade, est fait selon les volontés du pouvoir adjudicateur il est le seul à en déterminer les critères de contrôle, cependant il peut être influencé par le code des marchés publics notamment concernant ces attestations³². De plus, certains critères servant au contrôle des candidatures peuvent être imposés par

³¹Article 45 du Code des marchés publics

³²Article 46 du Code des marchés publics

d'autres textes du fait notamment de la spécificité de l'objet du marché. Il sera alors exigé des candidats qu'ils disposent de certifications spécifiques. C'est le cas notamment dans les marchés de prestations intellectuelles visant à la désignation d'un coordonnateur sécurité et protection de santé³³, il sera attendu que celui-ci dispose d'un niveau en adéquation avec le type de chantier.

Le contrôle de ces certifications est donc laissé à la liberté du pouvoir adjudicateur qui en vérifie la validité et la correspondance avec l'objet du marché. Dans ce contrôle de la qualité adéquate au stade des candidatures, le pouvoir adjudicateur est complètement autonome. En effet, concernant les attestations sociales et fiscales, le juge du référé précontractuel n'a pas à contrôler leur présence³⁴. La seule obligation incombant au pouvoir adjudicateur étant de respecter les critères qu'il a défini dans ses documents de consultation relatifs à la candidature.

Le contrôle de la qualité adéquate au stade des offres présentées par les candidats, est un contrôle tout comme celui effectué au stade des candidatures, explicite.

En effet le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de consultation ses critères et sous critères d'analyse des offres. Son cahier des charges précise d'ailleurs les caractéristiques que devra revêtir l'objet ou la prestation, pour lequel l'offre est présentée.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur lorsqu'il analyse l'offre d'un candidat, va veiller à ce que les caractéristiques de l'objet ou de la prestation du candidat correspondent aux caractéristiques exigées dans le cahier des charges. Il contrôle donc la qualité de l'offre présentée, et plus particulièrement la qualité adéquate.

Ici encore les modalités de contrôle sont définies librement, puisque la personne publique pose elle-même ses critères. De plus, le pouvoir adjudicateur n'a aucune obligation de communiquer sa méthode de notation³⁵. Ainsi il effectue, en toute liberté son analyse des offres donc l'analyse de la qualité de celles-ci.

³³ Article L4744-4 du code du travail

³⁴ TA Lyon 12 décembre 2008, SOPAC et SNEF

³⁵ CE 2 août 2011 Req n°348711, Syndicat mixte de la Vallée d'Orge Aval

Lorsque l'on évoque l'analyse des candidatures et des offres, donc le contrôle de la qualité des candidatures et des offres, un acteur va avoir un rôle primordial dans le cadre de certaines procédures, il s'agit de la commission d'appel d'offres (CAO).

La commission va procéder à l'attribution du marché, en désignant le candidat attributaire sur la base d'une proposition de classement des offres faite par le pouvoir adjudicateur.

La commission d'appel d'offres choisit tout à fait librement l'attributaire, en effet le juge du référé ne pourra contrôler que le bien fondé des motifs qu'elle expose pour rejeter ou accepter une offre, mais en aucun cas il ne pourra contrôler l'erreur manifeste d'appréciation³⁶. En effet même si la commission d'appel d'offres commet une erreur d'appréciation dans l'analyse d'une offre et que le juge la relève, il ne pourra pas pour autant substituer son appréciation à celle de la commission. Il ne devra s'en tenir à la simple vérification que les motifs invoqués pour rejeter l'offre soient fondés.

La commission d'appel d'offres contrôle donc la qualité des offres sur le fondement des critères présents dans les cahiers des charges, mais celle-ci peut toutefois les interpréter librement pour estimer qu'une offre soit exclue ou non. Cette liberté de contrôle se limite tout de même au respect de la hiérarchie des critères posés dans le règlement de consultation³⁷

Le contrôle de la qualité concernant la phase exécution du marché correspond cette fois à un contrôle de la qualité appréciation. En effet il s'agit ici de juger les prestations, travaux ou fournitures livrés et non plus de s'assurer de leur simple concordance avec le besoin défini dans les documents contractuels. Il faut garantir la qualité des prestations, c'est-à-dire constater ce qu'elles valent, et les juger positivement.

Toutefois la qualité évoquée n'est pas complètement détachée de la qualité adéquation. En contrôlant ce qui constitue l'objet du marché public, le pouvoir adjudicateur va venir s'assurer que les prestations ou objets livrés par son cocontractant correspondent en tout point avec ceux qu'il a décrit en tout début de procédure.

³⁶ CE 28 avril 2006, Req n°286443, Société Abraham bâtiment TP,

³⁷ TA Lyon 11 juillet 2001 n°0202689, Jean David DREYFUS « Le respect de la hiérarchie des critères de choix sous le contrôle du juge des référés » *AJDA*, p.923

Il va donc s'assurer de la correspondance des caractéristiques composant la prestation ou l'objet livré avec celles de son besoin.

Le contrôle qu'il effectue ici correspond donc à un contrôle combinant deux qualités d'abord la qualité adéquation, si ce contrôle s'avère concluant celui-ci entrainera un contrôle de la qualité appréciation.

La qualité abordée à ce stade du marché, c'est-à-dire comme « valeur » des prestations est le sens qui est expressément reconnu dans les textes. Par conséquent ces derniers en prévoient les modalités de contrôle.

Paragraphe B : Les contrôles de la qualité institués par les textes.

La reconnaissance de contrôle de la qualité dans les textes régissant la commande publique induit qu'en amont on reconnaisse la notion de qualité dans le marché public. La qualité est alors appréhendée dans le sens de la qualité valeur d'une chose.

Les modalités de contrôle de cette qualité peuvent être librement déterminées dans les clauses du contrat, à défaut les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d'appliquer les clauses prévues dans les différents cahiers des clauses administratives générales (CCAG). Ces clauses ne sont pas obligatoire, du fait de la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'y déroger. D'ailleurs, l'application d'un CCAG à un marché ne se fait que si celui-ci en fait expressément référence.

On répertorie 5 CCAG types ; le CCAG marchés de fournitures courantes et services, le CCAG marchés publics de travaux, le CCAG marchés publics de prestations intellectuelles, le CCAG marchés publics industriels et le CCAG marchés publics de techniques de l'information et de la communication.

Chaque CCAG prévoit des clauses relatives au contrôle de la qualité des prestations.

Concernant les marchés publics de techniques de l'information et de la communication, le contrôle de la qualité des prestations³⁸ va avoir pour objectif de s'assurer que le cocontractant a mis en œuvre les moyens définis dans le marchés et

³⁸Article 26 CCAG-TIC approuvé par arrêté du 16 septembre 2009

qu'il réalise les prestations conformément aux dispositions contractuelles. Il s'agit donc de s'assurer de la correspondance entre ce qui est réalisé par le titulaire du marché et ce qui a été demandé par le pouvoir adjudicateur. Le contrôle de la qualité ici effectué concerne la qualité adéquate. Le CCAG précise les différentes étapes du contrôle, qui sont au nombre de deux : une vérification d'aptitude puis une vérification de service régulier.

Dans le cadre de la vérification d'aptitude le CCAG-TIC en son article 26.2.1 précise : « Elle a pour objet de constater que les prestations, livrées ou exécutées, présentent les caractéristiques techniques qui les rendent aptes à remplir les fonctions précisées dans les documents particuliers du marché. ». Il s'agit ici d'un constat, on est donc bien en présence d'un contrôle de la qualité adéquate il ne s'agit pas de juger de la valeur de la prestation.

La vérification de service régulier quant à elle « a pour objet de constater que les prestations fournies sont capables d'assurer un service régulier dans les conditions normales d'exploitation prévues dans les documents particuliers du marché. »³⁹

Il faut ici évaluer la performance des prestations donc évaluer la qualité de la prestation, on entre alors dans le cadre de la qualité appréciation.

Donc dans le cas des marchés de techniques d'information et de communication la qualité contrôlée varie au stade de l'exécution et fin du marché. En effet il va d'abord s'agir d'un contrôle de la qualité adéquate qui se déroulera sous la forme d'un simple constat pour ensuite donner lieu à une interprétation et évaluation de la prestation signe d'une qualité appréciation.

Dans le cas des marchés de prestations intellectuelles, le CCAG-PI prévoit lui aussi des clauses relatives aux opérations de vérification quantitatives et qualitatives des prestations⁴⁰. Il s'agit ici également de s'assurer de la concordance des prestations avec ce qui a été préalablement établis dans les documents du marché, c'est-à-dire de contrôler la qualité appréciation des prestations.

À la différence du CCAG-TIC qui précise les étapes de la vérification des prestations dans de tels marchés, le CCAG-PI lui ne donne pas de précision quant à la teneur des

³⁹Article 26.2.2 du CCAG-TIC

⁴⁰Article 26 du CCAG-PI approuvé par arrêté du 16 septembre 2009

contrôles de la qualité des prestations. Celle-ci est laissée à la liberté du pouvoir adjudicateur. Le contrôle est donc supposé fait en référence aux seules stipulations du marché.

Dans le cas des marchés de fournitures courantes et services, il est également prévu des opérations de vérifications quantitatives et qualitatives⁴¹. Une latitude est alors laissée au pouvoir adjudicateur, celui-ci peut effectuer ce contrôle soit selon les stipulations du marché soit en application des opérations de vérification d'usage selon l'objet ou la prestation en cause.

Il n'est donné que très peu d'information quant aux modalités pratiques de ce contrôle. En effet, le CCAG-FCS précise qu'au moment de la livraison, le pouvoir adjudicateur va réaliser un premier contrôle aussi bien quantitatif que qualitatif mais ce contrôle ne constituera qu'un examen sommaire.

On peut donc penser que le pouvoir adjudicateur à ce stade ne procède qu'à un contrôle de la qualité état des prestations puisqu'il ne va se contenter que d'analyser les caractéristiques visibles de l'objet. Cela peut s'illustrer par le constat que la fourniture livrée est de la bonne couleur, de la bonne dimension...

Des opérations de vérifications plus poussées pourront avoir lieu par la suite, mais le CCAG-FCS ne fait qu'en évoquer la possibilité, il ne donne aucune indication sur celles-ci. Les opérations de contrôle de la qualité adéquation et appréciation des prestations sont donc laissées à la liberté du pouvoir adjudicateur.

Les opérations de contrôle de la qualité dans les marchés de travaux sont présentes, mais ne font pas intervenir le même acteur. En effet dans les autres CCAG, c'est le pouvoir adjudicateur lui-même qui procède à ces opérations ici vont intervenir le maître d'œuvre et le titulaire du marché.

De plus, le contrôle se fera en référence aux stipulations du marché mais également en référence aux normes applicables en l'espèce⁴². Le CCAG travaux précise les modalités permettant de contrôler la qualité des prestations, celle-ci sera avérée par la présentation d'une attestation délivrée par un organisme d'accréditation ou par le biais

⁴¹Article 22 du CCAG-FCS approuvé par arrêté du 19 janvier 2009

⁴²Article 23 du CCAG-Travaux approuvé par arrêté le 8 septembre 2009

d'épreuves ou essais prévus au marché⁴³. C'est le maître d'œuvre qui se chargera des opérations de contrôle et donc décidera de la conformité ou non et selon sa décision annoncera ou non la réception au maître d'ouvrage.

Le CCAG travaux est le plus explicite quant à la notion de qualité. En effet ce dernier prévoit un article relatif à la gestion de la qualité.

Le CCAG donne des indications aux titulaires du marché lui permettant de tendre vers la qualité exigée par le maître d'ouvrage. Il lui est donc proposé de mettre en place des plans de qualité, qui viendront décrire des étapes clés où des vérifications s'imposent. À ces étapes clés, le contrôle de la qualité sera exercé par le titulaire lui-même en interne. Il contrôle à ce stade la qualité adéquation de l'ouvrage s'assurant ainsi que le chantier respecte bien les plans prévus. Ces contrôles internes seront par la suite adressés au maître d'œuvre. Ils pourront faire partie d'un registre de chantier laissé à la disposition du maître d'œuvre, et qui sera remis au maître d'ouvrage dans le cadre des opérations préalables à la réception de l'ouvrage. Ce registre servira donc de base au maître d'ouvrage pour décider de la réception ou non de l'ouvrage. Lors de la prise d'une telle décision le maître d'ouvrage va indirectement contrôler la qualité appréciation de l'ouvrage, puisqu'il va juger si celui-ci est conforme ou non.

Dans le cas particulier des marchés de travaux, on peut constater que la qualité de l'ouvrage sera contrôlée de manière différente par 3 acteurs différents. Le titulaire du marché va contrôler la qualité état, le maître d'œuvre la qualité adéquation et le maître d'ouvrage la qualité appréciation.

Enfin le CCAG marchés industriels (CCAG-MI), prévoit comme les autres les opérations de vérifications mais ce dernier est très peu développé sur ce point. Il reconnaît la présence d'opération de vérifications mais n'en définit pas les modalités, il fait simplement un renvoi aux prescriptions du marché. Le pouvoir adjudicateur à l'issue de son contrôle doit prendre une décision de réception des prestations, il va donc contrôler la qualité appréciation puisque celle-ci vise à juger positivement les caractéristiques d'une chose, ici il s'agit bien de reconnaître conforme la prestation.

Le pouvoir adjudicateur dans le cadre du contrôle de la qualité dispose d'un

⁴³Article 24 du CCAG-Travaux

très large pouvoir, la seule limite pouvant être constatée étant en effet le respect des dispositions contractuelles du marché qui le lie au titulaire. Il faut d'ailleurs remarquer que le pouvoir adjudicateur est à l'origine de la totalité des clauses contractuelles régissant le marché.

On ne peut voir dans les CCAG une limite à ce pouvoir, du fait que ces derniers ne sont pas obligatoires et que le pouvoir adjudicateur peut y déroger par une simple mention dans ses documents contractuels. Cette limite est d'autant plus faible que les CCAG ne décrivent que très succinctement les opérations de contrôle de la qualité et font généralement un renvoi aux dispositions des documents contractuels.

On peut donc s'interroger sur le cas de contrôle de la qualité réalisé en référence aux documents contractuels, documents contractuels qui seraient peu développés, laissant ainsi une marge de manœuvre et de contrôle très large au pouvoir adjudicateur.

De même, ni le code des marchés publics ni le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics⁴⁴ ne prévoient le contrôle de la qualité par le pouvoir adjudicateur, ce qui peut s'expliquer notamment du fait que ce qui lie le titulaire d'un marché et une personne publique, c'est un contrat. Par conséquent la liberté contractuelle prévaut, et donc le contrôle de la qualité est librement déterminé. Toutefois, dans un contrat il ne doit pas y avoir de déséquilibre entre les parties, or ici les conditions de contrôles de la qualité des prestations sont unilatéralement déterminées par le pouvoir adjudicateur, et ce dès le début de la procédure du marché. On peut justifier cela par la nature d'une des parties au contrat, c'est-à-dire la personne publique disposant de prérogative de puissances publiques.

Il semblerait donc que la qualité en matière de marchés publics soit librement définie par le pouvoir adjudicateur et qu'elle soit également librement contrôlée par celui-ci. Cependant toute la qualité n'échappe pas au contrôle du juge en effet celui-ci va lui aussi procéder à des contrôles de la qualité, même si ces derniers ne sont pas a priori prévus.

⁴⁴ Circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Section II -Le détournement des contrôles juridictionnels permettant le contrôle de la qualité.

La qualité au sens général du terme va également être contrôlée par le juge, mais uniquement de manière implicite et il s'agit ici d'un contrôle limité. En effet, la qualité quelque soit le sens sous lequel on la conçoit, fait partie du contrat liant la personne publique et le titulaire du marché. Par conséquent le juge ne pourra contrôler la qualité que lorsqu'il sera saisi d'un litige au contrat dans lequel elle serait éventuellement présente.

De plus, il a été démontré précédemment que la qualité n'est pas toujours évoquée clairement dans le contrat mais plutôt fortement sous entendu dans les différentes phases. Ainsi le contrôle que le juge sera amené à effectuer sera plutôt un contrôle indirect de la qualité. Il procédera de diverses manières au contrôle de la qualité.

Paragraphe A : Le contrôle indirect de la qualité mené par le juge.

Il est intéressant de distinguer le contrôle que le juge pourra faire de la qualité selon la phase du marché où l'on se trouve mais également selon le sens sous lequel on l'appréhende.

1) La phase de détermination des besoins et des critères.

Avant tout lancement de procédure, le pouvoir adjudicateur doit déterminer ses besoins, il a été démontré précédemment que lorsque celui-ci s'attache à définir son besoin, il va indirectement déterminer « la qualité état » de ce qu'il attend. En effet il liste les caractéristiques de son besoin.

Les caractéristiques d'un besoin variant d'une personne publique à une autre il apparaît difficile de concevoir une liste de caractéristiques précises qui devraient obligatoirement être présentes lors de la description d'un besoin.

La définition du besoin, la définition de « la qualité état » du besoin est donc libre.

Toutefois, dans certains cas le juge va venir contrôler la définition de ce besoin, et donc de façon détournée il va procéder à un contrôle de la « qualité état » à ce stade

de la procédure.

Il va en effet devenir compétent pour contrôler la « qualité état » du besoin, lorsqu'il est saisi d'un litige dans lequel serait contestée une définition trop précise d'un besoin. Cette définition trop précise ayant pour conséquence d'attribuer le marché à un opérateur en particulier. On va parler de délit d'octroi d'avantage injustifié.

Le juge pénal sera alors compétent, il va donc pour constater le délit contrôler la description du besoin qui a été faite par le pouvoir adjudicateur. Il observe ainsi la qualité état de ce besoin

.

Dans ce cas, il contrôle bien plus que la licéité de l'objet qu'il contrôle traditionnellement, puisqu'ici il va pousser son contrôle dans les détails qui font l'objet. Cependant, il ne se substituera pas au pouvoir adjudicateur.

De même, toute description du besoin qui s'avérerait inversement incomplète ou insuffisante, notamment dans l'avis d'appel public à la concurrence, fera également l'objet d'un contrôle du juge⁴⁵. Le contrôle ainsi réalisé par le juge est un contrôle que l'on pourrait qualifier de minimal. Il ne s'attache pas en tant que tel à la description du besoin, à ce qu'invoque le pouvoir adjudicateur pour définir son besoin, il s'assure simplement que la définition donnée est suffisante.

La détermination des besoins prévue dans le code des marchés publics précise que le pouvoir adjudicateur doit déterminer la nature mais également l'étendue du besoin. Cependant, parfois il arrive que celui-ci laisse une marge d'appréciation aux candidats quant à l'étendue du besoin, il s'agit du cas des variantes.

La variante, va en effet donner la possibilité au candidat de faire une proposition de réponse au besoin du pouvoir adjudicateur qui va différer des conditions pourtant exigées dans les documents de consultation. Dans les procédures formalisées lorsque le pouvoir adjudicateur autorise la variante, celui-ci aura obligation de donner des exigences minimales que l'offre issue de la variante devra contenir. Le juge va d'ailleurs s'autoriser à sanctionner toute procédure qui laisserait une trop grande liberté au candidat dans le cadre des variantes, il reproche donc au pouvoir

⁴⁵ CE 29 décembre 1997, Req n°159693, Département de Paris

adjudicateur en pareille situation de ne pas avoir cadré suffisamment les « qualités état » de son besoin⁴⁶.

Le contrôle réalisé par le juge aux prémices de la procédure est donc un contrôle minimal tenant à l'erreur manifeste d'appréciation. Pourtant la « qualité état » correspondant en réalité aux caractéristiques des besoins, pourrait nous orienter sur un contrôle plus poussé nécessitant de s'intéresser de plus près aux caractéristiques du besoin. D'autant plus que c'est à partir de la définition du besoin que vont être déterminés les critères de sélection des candidatures et des offres. Or à ce moment de la procédure, le juge ne s'assure seulement du fait que le besoin soit suffisamment défini.

2) La phase de sélection des candidatures et des offres.

La phase de procédure de passation d'un marché relative à l'analyse des candidatures et des offres est une phase où la qualité est fortement présente, une fois encore implicitement. Ainsi tout comme dans la phase de description des besoins le juge lorsqu'il sera saisi d'un litige pourtant en lien avec ces phases, va procéder à son insu à un contrôle de la qualité.

Au stade de l'analyse des candidatures, nous sommes face à de la qualité adéquation. En effet les caractéristiques des candidats doivent correspondre, être en adéquation avec les caractéristiques que le pouvoir adjudicateur souhaite retrouver chez eux.

Le contrôle de cette qualité adéquation par le juge est peu fréquent.

Concernant les pièces exigées des candidats en référence à la réglementation en matière de marchés publics⁴⁷, le juge du référé précontractuel n'aura pas à contrôler leur présence. Cependant si le pouvoir adjudicateur omet de les demander le juge du référé deviendrait alors compétent, et le candidat retenu à l'issue de cette procédure viciée ne pourrait être maintenu⁴⁸.

⁴⁶ TA Montpellier 4 avril 2012, Société Blue Tango Architectures.

⁴⁷ Article 46 du code des marchés publics de 2006

⁴⁸ TA Lille du 3 décembre 2010 Société SG2S

Il n'y a pas, à ce stade, de contrôle de fond de la qualité adéquate.

Concernant l'intervention du juge sur des litiges mettant en cause la phase du marché relative à l'analyse des offres le contrôle de la qualité va une fois encore être un contrôle indirect.

La méthode de notation et d'évaluation des offres, appliquée par la Commission d'appel d'offres ne pourra faire l'objet d'un contrôle du juge du référé précontractuel⁴⁹. La méthode de notation est utilisée par le pouvoir adjudicateur lorsqu'il procède au contrôle de la qualité appréciation. En effet en fonction de la note obtenue le contrôle de la prestation s'avérera positif ou non.

Le juge ne pouvant la contrôler, il n'y a donc aucun contrôle du juge sur la qualité appréciation.

Cependant le juge va veiller que lorsque la Commission d'appel d'offres apprécie les mérites d'un candidat, celle-ci respecte bien la hiérarchie des critères qui a été établie dans les documents de consultation⁵⁰.

La méthode de notation, la qualité appréciation échapperait donc à tout contrôle du juge ?

Dans le cas d'un recours à une procédure de dialogue compétitif le juge ne procédera qu'au contrôle relatif à la légalité du recours à cette procédure, il ne contrôlera pas la méthode de notation qui a été envisagée par le pouvoir adjudicateur. De même qu'en pareil cas, lorsque le juge de cassation est saisi, celui-ci ne portera son contrôle que sur la qualification juridique opérée par le juge du référé mais en aucun cas sur la méthode de notation⁵¹.

Si la méthode de notation permettant de mettre en évidence la qualité appréciation d'une prestation ne semble pas faire l'objet de contrôle du juge il en est différemment des critères utilisés par celle-ci.

⁴⁹ CE 11 mars 2003, Req n° 364551, Association des chambres françaises du commerce et de l'industrie

⁵⁰ TA Lyon n°0202689 du 11 juillet 2002

⁵¹ CE 11 mars 2003, Req n° 364551, Association des chambres françaises du commerce et de l'industrie

Les critères d'analyse des offres posés par le pouvoir adjudicateur, servant à définir la qualité adéquate de la prestation objet du contrat, ne pourront faire l'objet d'un contrôle par le juge que si ces derniers lèsent ou sont susceptibles de léser un candidat⁵². Il faudra donc mettre en évidence que les critères définis, correspondant à la qualité adéquate de la prestation, entraînent une illégalité entre les candidats⁵³ pour que le juge contrôle ces derniers, pour qu'il contrôle la qualité adéquate de la prestation.

Lors de son contrôle du critère, le juge va s'assurer de la présence d'un lien entre le critère et l'objet du marché⁵⁴. Le contrôle effectué est ici subjectif et va varier selon la personne qui le réalise.

Les critères, correspondent aux caractéristiques que le pouvoir adjudicateur souhaite retrouver dans les offres qui vont lui être présentées. Or cela va principalement dépendre de son besoin et de l'utilisation de celui-ci. Pour un même besoin les critères posés pour l'évaluer pourront être différents ainsi le contrôle du juge va s'adapter à chaque situation.

Même s'il ne peut poser des modalités de contrôle qu'il pourrait appliquer automatiquement selon la nature de l'objet du marché, son contrôle reste limité à chaque fois à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁵⁵.

S'il s'en tient à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, il a pu être constaté que le juge s'accorde quelques libertés dans le contrôle des sous-critères. Ces derniers correspondent eux aussi à la qualité adéquate de la prestation. Le juge va lors de leurs contrôles s'autoriser s'il le faut à requalifier un sous-critère en critère⁵⁶ lorsque celui-ci s'avère être « *plus qu'une simple aide complémentaire et marginale à la décision* ».

Cependant, une limite supplémentaire apparaît dans le contrôle du juge à ce stade, en

⁵² CE 3 octobre 2008 SMIRGEOMES

⁵³ CE 7 mars 2005, Req n°274286, Communauté Urbaine de Lyon.

⁵⁴ TA Cergy Pontoise n°1208269 du 30 octobre 2012

⁵⁵ CE 20 février 2013, req n°363244, American Express voyages,

⁵⁶ CAA Bordeaux, 12 octobre 2007, n° 07BX01819, Région de la Réunion c/ Préfet de la Réunion, *Contrat et marché publics* n°4 avril 2009 étude 4 «Le juge au service de l'effet utile du CMP : son office en matière d'allotissement et de sous-critère »

effet si le juge de 1^{er} ressort souhaite sanctionner de manière automatique le manque de description des sous critères, le juge de cassation n'est pas de cet avis estimant qu'un sous-critère qui ne fait pas l'objet d'une notation ne lésera pas les candidats lors de son utilisation. Il n'y a alors pas d'intérêt à le contrôler. Il ne s'intéressera donc pas au contenu proprement dit du sous-critère, à la qualité état du sous-critère.

Cette position souligne une fois encore le contrôle léger voir absent que le juge peut opérer sur la qualité état.

Concernant toujours le stade de l'évaluation des offres, celle-ci peut se faire en fonction d'une pluralité de critères ou sur la base du critère unique du prix. Le critère prix constitue une caractéristique de l'offre sur laquelle elle va être jugée, le prix correspond donc à une qualité appréciation. En effet il ne s'agit pas de savoir si le prix correspond à ce que le pouvoir adjudicateur attend, il s'agira pour le pouvoir adjudicateur de décider s'il juge « correct » (positif) le prix proposé. Il s'agit donc de juger la qualité financière du prix qui est une qualité appréciation.

Le pouvoir de contrôle du juge ici est le même que celui concernant les autres critères, le juge devra se contenter du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Ainsi le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire concernant la qualification d'une offre comme étant anormalement basse, le juge ne veillera qu'à constater qu'il n'y ait pas d'erreur grossière dans la décision de qualifier ou non une offre comme étant anormalement basse⁵⁷.

Cependant malgré ce contrôle limité, le juge de cassation est venu préciser que le contrôle opéré dans pareil cas par le juge ne doit pas se cantonner uniquement « *sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente* »⁵⁸. Le juge du référé doit vérifier si le prix est manifestement sous-évalué, tout en restant dans le cadre de l'erreur manifeste d'appréciation.

⁵⁷ CE 1er mars 2012, req n°354159, Département de Corse-du-Sud,

⁵⁸ CE 29 mai 2013, req n°366606, Société Artéis, AJDA 2013 p.1134 « *Appréciation du caractère anormalement bas d'une offre dans un marché public* » Rémi GRAND

Le contrôle de la qualité appréciation présente à ce stade, est également un contrôle faible de la part du juge.

3) La phase d'exécution et de fin du marché.

La question du contrôle de la qualité dans cette phase du marché a été abordée par les textes réglementant les marchés publics, confiant en toute logique ce pouvoir de contrôle à une des parties au contrat c'est-à-dire la personne publique pouvoir adjudicateur.

Ce contrôle direct de la qualité de la prestation objet du contrat par le pouvoir adjudicateur, n'aboutit pas toujours à un résultat positif. Ce qui pourra donner lieu à du contentieux. C'est à ce moment-là que le juge va jouer un rôle dans le contrôle de la qualité.

On se situe ici après le contrôle réalisé par le pouvoir adjudicateur avant que celui valide officiellement l'objet, l'ouvrage ou la prestation.

On parle de réception de l'objet, celle-ci se déroule différemment selon le type de marché conclu. Ces procédures de réception étant définies dans les différents CCAG.

De manière générale, la réception est toujours précédée d'une opération de vérification contradictoire entre le maître d'œuvre et le titulaire du marché pour les marchés de travaux ou entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire du marché pour les autres marchés.

La réception est la conséquence d'un contrôle de la qualité appréciation positif. En effet lors du contrôle de la qualité de la prestation le pouvoir adjudicateur a plusieurs possibilités. Il peut accepter sans réserve, accepter avec réserve ou rejeter la prestation.

Il est à noter que lorsque le contrôle souligne la non-conformité de la prestation, le pouvoir adjudicateur va inviter l'attributaire à procéder à des modifications visant à la conformité totale de la prestation.

C'est lorsque l'attributaire va refuser de procéder à ses modifications, et que donc le pouvoir adjudicateur va décider de rejeter la prestation, que le contentieux va naître et

que le juge interviendra.

Le juge du contrat saisi d'un tel contentieux, doit en réalité confirmer ou non le rejet des prestations effectuées par le pouvoir adjudicateur. Il doit donc venir contrôler, le contrôle de la qualité appréciation, qui s'est avéré négatif, effectué par le pouvoir adjudicateur.

Le juge reconnaît que dans le cas des marchés de fournitures, lorsque le matériel livré s'avère être partiellement ou totalement non conforme le titulaire ne pourra se prévaloir d'un droit à paiement en totalité des prestations en cause⁵⁹.

Le juge estime donc que lorsqu'à l'issue d'un contrôle de la qualité adéquation des prestations, il est conclu que les prestations ne sont pas conformes, il ne pourra avoir entier paiement pour le titulaire du marché.

Pour reconnaître ce non droit à l'entier paiement, et donc pour confirmer le résultat négatif de la qualité adéquation de la prestation, le juge ne va pas reprocher à un contrôle aussi détaillé qu'aurait pu être celui réalisé par le pouvoir adjudicateur.

En effet celui-ci va juste constater la non-conformité des prestations, sans pour autant pousser son contrôle et analyser si malgré des différences le matériel fourni ne pourrait être admis avec ou sans réserve.

Il va simplement s'assurer qu'il n'y ait pas d'erreur grossière dans le contrôle réalisé par la personne publique. Cela limite donc le contrôle du juge à ce stade, à celui de l'erreur manifeste d'appréciation. On peut donc assimiler ce contrôle à un contrôle restreint.

De plus, quand le contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur s'avère négatif et qu'il souligne donc une faute du cocontractant la résiliation est alors possible.

Cependant il va falloir mettre en avant la présence d'une faute, il faut alors s'interroger sur la possibilité qu'une prestation s'avérant à l'issue du contrôle de mauvaise qualité constitue une faute.

Un arrêt reprochait au titulaire d'un marché la non-conformité du matériel fourni, en l'occurrence une motopompe livrée sur remorque alors que le cahier des conditions

⁵⁹ CAA Bordeaux 30 octobre 2007 n°05BX02396, SARL Borotra Frères

particulières (CCP) précisait que celle-ci devait être livrée sur châssis. Le pouvoir adjudicateur a dans un premier temps à l'issue des vérifications, demandé au titulaire de procéder à des changements, or celui-ci ne les a pas réalisés entraînant une décision de rejet des prestations et de résiliation du marché. Le titulaire du marché a donc saisi le juge qui s'est contenté de constater que la demande du pouvoir adjudicateur n'avait pas été respectée. Le juge ne s'est pas interrogé si, le matériel pourtant en partie conforme aurait pu être toutefois accepté par le pouvoir adjudicateur. Le juge a alors confirmé la décision de rejet de celui-ci mais également celle de résiliation du marché estimant que le titulaire avait commis une faute.

On peut constater que le juge de cassation s'inscrit dans la même logique en se limitant à l'exigence d'une concordance entre le matériel fourni et celui décrit dans le cahier des charges.

Il faut préciser tout de même que dans l'espèce en cause⁶⁰ la résiliation du marché n'était pas faite uniquement en raison des prestations non conformes mais en raison de l'intérêt général car la non-conformité des prestations faisait courir un risque aux usagers de l'hôpital. Ici la reconnaissance en tant que faute d'une prestation de mauvaise qualité est mise à l'écart du fait de la primauté de l'intérêt général.

Il faut d'ailleurs souligner que pour résilier le marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas en obligation de prouver une faute de son cocontractant. De part ses prérogatives de puissances publique celui-ci peut résilier de manière unilatérale.

Le contrôle de la qualité effectué à ce stade de vie du marché par le juge, est un contrôle que l'on peut qualifier d'indirect et des plus substantiels. En effet il se contente de s'assurer de la concordance des prestations sans rechercher si le contrôle de la qualité de la prestation effectué par le pouvoir adjudicateur n'est pas vicié. Il ne substitue en aucun cas son appréciation de la qualité de la chose ou prestations objet du contrat à celle du pouvoir adjudicateur. Il s'en tient d'ailleurs pour effectuer ce contrôle aux prescriptions et caractéristiques posées dans les documents du marché.

En définitive, le contrôle de la qualité effectué par le juge est quelque soit la

⁶⁰ CE 9 novembre 2007, Req n°264422 SARL GTF c/ Centre Hospitalier intercommunal Elbeuf-Louviers-Val de Reuil, *recueil Lebon*

phase de procédure ou de vie du marché, un contrôle indirect, celui-ci contrôlant avant tout la phase concernée et ses éléments et non la qualité qui pourrait y être présente.

Bien qu'il ne contrôle pas le même type de qualité tout au long de la durée du marché, il va dans tous les cas procéder au même contrôle, un contrôle que l'on peut assimiler à un contrôle restreint.

Ce contrôle de la qualité présentant les caractéristiques d'un contrôle restreint s'exerce dans le cadre de recours offrant pourtant au juge de très larges pouvoirs.

La faible importance du contrôle de la qualité réalisé par le juge peut s'expliquer du fait que la qualité est une notion pour laquelle le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire tant au niveau de sa définition que de son contrôle.

Paragraphe B : Le contrôle d'une notion pourtant librement définie.

Un marché public est un contrat conclu entre une personne publique et un opérateur économique en vue de satisfaire les besoins de celle-ci.

Étant en matière contractuelle, les règles régissant les rapports entre les parties contractantes sont définies librement par les parties et ce en raison de la liberté contractuelle. Les clauses du contrat servant ainsi de lois aux parties.

Il a été démontré que la définition de la qualité traduisait une certaine autonomie du pouvoir adjudicateur, se justifiant par la liberté contractuelle.

Le contrôle de cette qualité qu'il a établie va être fait par le pouvoir adjudicateur en application des clauses contractuelles ou de manière plus implicite. Il est donc le pendant logique à son autonomie de définition de la qualité.

Mais il ne va pas être le seul à procéder au contrôle de la qualité, puisque de manière indirecte le juge va également le faire.

La définition de la notion de qualité ne serait donc pas une action que le pouvoir adjudicateur réaliserait de façon totalement autonome.

1) La contradiction entre autonomie et contrôle.

La notion de qualité étant peu présente clairement dans le marché et les documents le régissant, elle ne peut toujours faire l'objet d'un contrôle direct.

Etant une notion subjective, variant selon les besoins et les attentes de chaque personne publique elle pose le problème du contrôle d'une telle notion.

Le juge va procéder indirectement au contrôle de cette notion qui est presque entièrement déterminée librement par le pouvoir adjudicateur.

Le contrôle du juge de cette notion apparaît donc comme paradoxal. Comment une notion s'inscrivant dans une logique de définition autonome pourrait elle être contrôlée ? D'autant plus lorsqu'elle n'est pas évoquée clairement ?

Le juge communautaire n'évoque pas directement la question de ce contrôle de la qualité en matière de commande publique. Cependant son raisonnement amène à la déduction que la qualité ne peut être contrôlée par le juge dans toutes les phases d'une procédure. Il existe donc des phases où l'autonomie du pouvoir adjudicateur prime sur le contrôle du juge.

En effet dans l'affaire Stadt Hall⁶¹, les conclusions de l'avocat général viennent préciser que l'évaluation des besoins ne peut faire l'objet d'un recours.

Au regard de la directive 89/665/CEE dite « directive recours », seules les décisions du pouvoir adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours. Par décisions, il faut également prendre en considération celles prises avant l'engagement de la procédure. Cependant « *la directive 89/665 ne concerne pas plus les réflexions purement internes que l'évaluation des besoins, l'élaboration du cahier des charges ou la simple étude du marché* »

Ainsi, échappe donc à la directive, la qualité état qui est présente au stade de la définition des besoins, tout comme la qualité adéquation lorsque l'on se trouve au stade de la mise en place des critères d'évaluation de la prestation.

⁶¹ CJCE, 11 janvier 2005 aff C-26/03 Stadt Halle

Pour le juge communautaire, ces deux phases réalisées en amont du lancement d'une procédure de marché n'étant pas concernées par la directive recours, il n'y alors pas lieu d'y avoir un contrôle du juge.

Par conséquent il n'y a donc pas de contrôle au sens communautaire de la qualité présente à ces étapes, la qualité adéquation et la qualité état figurant à ces stades échappent donc au juge.

Cela ne vaut pas exclusion d'un contrôle du juge de la notion de qualité pour toute la procédure, puisque la qualité présente dans les décisions du pouvoir adjudicateur qui ne constituent pas de simples réflexions internes pourra être contrôlée.

On ne peut donc pas réellement parler d'une totale autonomie du pouvoir adjudicateur dans la définition de la qualité, puisque finalement le contrôle du juge même s'il est limité, touche toutes les phases du marché.

En droit, interne on peut constater que le contrôle du juge de la qualité va être subtil et non direct. Affirmant bien le fait que l'idée qu'il contrôle ouvertement la qualité n'est pas admise. En effet celui-ci induit un contrôle par le juge des clauses contractuelles, ce qui pose problème

Le juge pourtant va dans certains cas pouvoir contrôler ces clauses et les interpréter.

Concernant les actes détachables des contrats contre lesquels les recours en excès de pouvoirs sont possible, le Conseil d'Etat est naturellement compétent pour interpréter les contrats à l'occasion des REP formés contre les actes détachables et ce en vertu de sa qualité de juge de la légalité des actes administratifs⁶². Cependant on trouve une limite dans la possibilité de faire un REP, il faut que l'acte détachable soit décisive. Il pourra donc y avoir contrôle par le juge d'une décision d'une CAO, et donc la qualité adéquation pourra être contrôlée.

⁶² CCI Sur CE sect, 10 avril 1992, SNCF contre ville de Paris, Didier TABUTEAU « Contrôle de cassation en matière contractuelle », *RFDA* 1993 p.79

Autres pièces contractuelles qui pourraient également être soumises à ce contrôle alors que le pouvoir adjudicateur est libre ou non de l'utiliser : les CCAG. L'interprétation des clauses contractuelles des CCAG est laissée au juge du fond, cependant la haute juridiction se reconnaît compétente pour contrôler l'interprétation qui en est faite, et ce en raison que ces cahiers des charges sont des pièces contractuelles types qui ont vocation à s'appliquer sur tout le territoire. Il s'estime investi d'un pouvoir de contrôle de l'interprétation des clauses contractuelles en référence à sa mission d'assurer l'application uniforme de la règle de droit sur le territoire. De plus c'est également le fait que les CCAG émanent de l'Administration et ont une portée et une application proche de l'acte réglementaire, il ne peut donc y avoir d'interprétation divergente⁶³.

En effet les contrats « classiques » c'est-à-dire à portée individuelle le juge de cassation n'a pas à garantir la bonne application de ces derniers. Il s'en tient alors à l'interprétation que les juges du fond auront établie au préalable.

Une autre question peut également se poser ; comment le juge peut-il être amené à contrôler la qualité alors qu'elle n'est que très rarement identifiable clairement ? En effet, comment peut-on reconnaître au juge un pouvoir de contrôle d'une notion sous-entendue ? Dans les différents recours ouverts aux parties ou aux tiers au contrat, aucun d'entre eux ne mentionne clairement la qualité comme motifs pouvant justifier un recours.

Les référés précontractuel et contractuel ne sont possibles qu'en vertu de violations des obligations de publicité et de mise en concurrence, il ne s'agit donc pas a priori de recours permettant de remettre en cause la qualité définie par le pouvoir adjudicateur.

Le nombre de recours relativement limité en matière de commande publique, pourrait être vu comme une garantie à l'autonomie du pouvoir adjudicateur et à la liberté contractuelle. Tout comme le fait que la qualité n'est rarement présente explicitement dans le marché.

Cependant, force est de constater que le contrôle de la qualité est plus étendu qu'il n'y

⁶³ CE sect, 27 mars 1998, Société d'assurances La Nantaise et L'Angevaine réunies, Antoine BOURREL. « Le contrôle, par le juge de cassation, de l'interprétation des cahiers-types des contrats administratifs », *RFDA* 1998, p.742

parait. Contrôle qui va trouver justification aux noms de grands principes régissant la commande publique, la commande publique et ses principes devenant ainsi la clé de compréhension du contrôle du juge sur cette notion de qualité.

2) Un contrôle trouvant justification à la lumière de grands principes.

Le contrôle du juge n'intervient en toute logique que lorsque celui-ci est saisi de litige. En matière de commande publique, on distinguera selon que la saisine ait lieu avant ou après signature du marché. La notion de qualité étant présente dans ces deux périodes.

Cependant aucun recours ne fait mention de la qualité comme étant un motif pouvant être invoqué à l'appui d'un recours.

Dans le cas du référé précontractuel tout comme le référé contractuel, ne sont concernés que les contrats soumis à une obligation de publicité. Ces derniers pourront faire l'objet de tels recours, si est constaté par les parties la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence imposées au pouvoir adjudicateur. La violation de ces obligations étant le seul motif rendant possible les recours. Le juge est ici saisi de litige lié à la procédure de passation.

La qualité ne pourrait donc pas faire a priori l'objet de contrôle, pourtant elle l'est.

Nous avons pu constater qu'au stade de la procédure de passation du marché la qualité sous ses différentes formes était fortement présente, et que le juge procédait à son contrôle. Le juge contrôlait la qualité dans le cadre de référé contractuel ou précontractuel. Il procédait donc au contrôle de la qualité en vertu de violation des obligations de publicité et de mise en concurrence.

La qualité est intégrée dans ces obligations.

En effet, le juge pour pouvoir procéder au contrôle de la qualité va essayer de la rattacher aux obligations de publicité et de mise en concurrence, action essentielle s'il veut pouvoir la contrôler, puisque toute autre violation n'est pas invocables dans le cadre de ces référés.

La conception du juge du référé des obligations de publicité et de mise en concurrence est extrêmement large pour permettre ainsi un champ de contrôle beaucoup plus

étendu.

Ainsi quelque soit le stade de la procédure pendant lequel le juge contrôle la prétendue violation, elle sera qualifiée de violation aux règles de publicité et de mise en concurrence et le juge sanctionnera au nom de celles-ci.

Ces obligations de publicité et mise en concurrence, illustrent un des principes fondamentaux de la commande publique qu'est le principe de transparence des procédures.

C'est pour ainsi garantir ce principe qu'est effectué ce contrôle.

C'est d'ailleurs pour cela, que le juge va chercher à rattacher de manière systématique les violations faites par le pouvoir adjudicateur avant signature du contrat à ce principe. Ainsi il peut contrôler et sanctionner ces violations.

Le contrôle de la qualité pourtant non prévu dans les textes, va donc pouvoir se faire pour garantir la transparence de la procédure.

Les pouvoirs dont dispose le juge des référés sont très étendus il va pouvoir aller au-delà de ce qu'il lui est demandé, il statue *ultra petita*. Le juge dispose ici de pouvoirs d'injonction, d'annulation des décisions litigieuses mais il peut également supprimer les clauses ou prescriptions devant figurer dans le contrat qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Toutefois, concernant le contrôle proprement dit de la qualité, il s'agira d'un contrôle qui se limite à l'erreur manifeste d'appréciation.

Ainsi concernant le contrôle d'un système d'évaluation, le juge ne pourra en déduire un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence que s'il constate une erreur manifeste d'appréciation dans le choix des critères et leurs modalités de mise en œuvre⁶⁴.

Le choix des critères d'évaluation est lié à la qualité adéquation puisqu'il s'agit de déterminer les caractéristiques que l'on attend retrouver dans l'offre, les modalités de mises en œuvres quant à elles font référence à la qualité appréciation puisqu'il s'agit de déterminer la manière dont on jugera positive une offre.

⁶⁴ CE 20/02/2013, n°363244, Société American Express Voyage

Ainsi le contrôle du système d'évaluation induit un contrôle des qualités adéquation et appréciation.

La qualité peut donc être rattachée aux obligations de publicité et de mise en concurrence, et ainsi rendre possible le contrôle du juge.

De même s'agissant de la définition des besoins, c'est-à-dire de la qualité état. Le juge va pouvoir procéder à son contrôle en liant celle-ci aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Une fois le lien trouvé le contrôle est alors possible.

Il estimera qu'une définition trop précise d'un besoin nuit à la mise en concurrence, surtout lorsque celle-ci n'est destinée de par ses précisions qu'à un opérateur économique en particulier.

Cette technique visant à relier des actions du pouvoir adjudicateur au stade de la procédure aux obligations de publicité et de mise en concurrence se retrouve tout au long de la procédure. En effet c'est également le cas concernant la vérification des attestations de l'article 45 du CMP, que les candidats doivent présenter pour être admis à présenter une offre. Normalement le juge n'a pas compétence pour contrôler leur présence cependant si le pouvoir adjudicateur omet de les réclamer, il devient compétent pour annuler la procédure du fait d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence⁶⁵. Il devient alors compétent pour veiller au respect de la qualité adéquation décrite dans les documents de consultation.

Il en est de même lorsque l'on reproche au pouvoir adjudicateur le non respect de l'article 53 du CMP relatif aux critères de sélection des offres, une définition trop approximative des critères, donc une mauvaise définition de la qualité adéquation de la prestation sera sanctionnée au nom de la violation de l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

Ce lien systématique permettant de relier la qualité aux obligations de publicité et de mise en concurrence est le seul moyen permettant au juge d'avoir un certain pouvoir de contrôle sur cette notion.

C'est également le domaine dans lequel est appliquée cette notion qui justifie ce

⁶⁵ TA Lille 3 décembre 2010, Société SG2S

contrôle. En effet, la qualité s'applique ici en matière de commande publique, or cette matière est régie par des principes que la qualité se doit de respecter. Principes qui vont primer sur la liberté contractuelle.

Les recours ouverts après la signature du contrat relatifs aux litiges liés à l'exécution du marché, c'est-à-dire les recours de plein contentieux ouvert par les parties au contrat ou par les candidats évincés ont un motif d'ouverture plus large. Il s'agit ici de problème lié à l'exécution du contrat. Tout comme dans les recours en référé la qualité n'est pas évoquée mais va tout de même faire l'objet d'un contrôle du juge.

Dans ces deux recours le juge dispose une fois encore de large pouvoir de contrôle et d'appréciation, pouvant le conduire à la résiliation du marché, à la modification de clauses. Cependant ici ses décisions vont être influées par l'intérêt public, les résiliations n'étant pas sans conséquence pour les parties.

Le contrôle de la qualité va donc être ici présent, puisque tout dommage lié à une mauvaise exécution est du ressort de la responsabilité contractuelle⁶⁶.

Il s'agit ici de dommage lié à une exécution de mauvaise qualité, la qualité des prestations ne correspond donc pas à celle qui avait été convenue.

Disposant de large pouvoir le juge ici en raison de l'intérêt public ne va pas se cantonner à l'erreur manifeste d'appréciation puisque dans le contrôle de cette exécution présumée de mauvaise qualité il ne se réfère pas uniquement aux prescriptions des documents du marché.

Il se réfère également aux règles de l'art, à l'état de la technique et au devoir professionnel pour juger ou non de la bonne exécution. Cela signifie que le juge ne s'en tient pas uniquement à la qualité défini dans les documents du marché.

Le juge procède donc au contrôle de la qualité même si celui-ci n'est aucunement prévu directement. Il vient par son contrôle porter atteinte à l'autonomie du pouvoir adjudicateur concernant la détermination de la notion de qualité.

Cette limite à l'autonomie de la liberté se justifie en vertu des principes de transparence, d'égalité des candidats et de libre accès à la commande publique puisque

⁶⁶ CE 1^{er} décembre 1976, Beresowski, Dalloz 1978, p.45, note RICHER

la qualité peut en être un frein.

Son autonomie n'est pas totalement remise en cause, celle-ci reste entière au stade de la procédure de passation dans les marchés ne faisant pas l'objet de publicité, puisque ces derniers échappent au juge.

De plus, le juge se limite à la simple erreur manifeste d'appréciation alors qu'il intervient dans le cadre de recours lui offrant de larges pouvoirs, et ce en vertu de la liberté contractuelle.

CONCLUSION

La qualité omni présente en droit des marchés publics résulte d'une autonomie laissée au pouvoir adjudicateur quant à sa définition. Un pouvoir de définition pas si autonome qu'il n'y paraît en raison des nombreux contrôles dont la qualité va faire l'objet.

Des contrôles qui a priori n'ont pas été prévus pour contrôler la qualité mais qui vont s'avérer applicables pour garantir un équilibre entre les parties, mais également les grands principes de la commande publique.

Après analyse de la qualité sous divers aspects, et plus particulièrement lorsqu'elle est abordée en droit des marchés publics, il apparaît difficile de donner une unique définition de la qualité, une classification tripartite de la qualité apparaît alors plus appropriée.

Cette classification permet de différencier les différents emplois explicites de la qualité dans le droit des marchés publics. Mais également de déceler des éléments qui relèvent en réalité de la qualité mais qui cependant ne sont pas abordés comme tels dans la procédure, permettant ainsi de constater que la qualité est à plusieurs reprises abordée implicitement en droit des marchés publics.

Malgré son omni présence, la qualité ne fait l'objet de peu voir aucune contrainte quant à sa définition, or une mauvaise définition va être source de contentieux avant et après signature du marché.

Ce n'est d'ailleurs que lorsqu'un tel problème de définition est posé que cette qualité fera l'objet d'un contrôle du juge.

Un contrôle du juge qui à l'origine non prévu va trouver explications dans la prééminence des principes de la commande publique.

Ce contrôle de la qualité s'explique aussi par l'appréciation très large qu'a le juge du référé de la notion de violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, permettant de caractériser un manquement lié à la qualité comme tel.

Cependant, les pouvoirs du juge relatif au contrôle de la qualité seront amoindris vis-à-

vis des pouvoirs dont il dispose pourtant dans le cadre du recours dans lequel il agit. En effet les différents recours existant en matière de contentieux de la commande publique confient au juge de larges pouvoirs, cependant force est de constater qu'il en est autrement lorsque celui contrôle la qualité puisque ce dernier devra s'en tenir au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

La qualité analysée ici fait référence uniquement à la qualité relative aux prestations et candidats soumissionnant au marché.

Cette qualité pourtant importante n'est pas visée par les procédures de certification des procédures de passation.

En effet, depuis quelques années des collectivités se sont lancées dans des procédures de certifications de leur procédure de commande publique visant ainsi à terme à réduire le contentieux et garantir la régularité de leurs procédures.

Cette certification peut passer par le biais de certification ISO qui va être reconnue par le biais d'un organisme indépendant et extérieur.

Est visée par la certification, la procédure au sens général du terme c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas ici de s'intéresser à la qualité définie par le pouvoir adjudicateur. Ainsi ces certifications peuvent s'étendre à la garantie de qualité de tout un service en passant par la formation du personnel, la veille juridique...

Cependant la mise en place de telle procédure vient certes garantir une performance, une qualité de la procédure mais elle n'est pas un gage de régularité pour toute la procédure, elle ne garantit que l'outil utilisé pour passer le marché et non son contenu.

La certification des procédures de marchés n'est-elle pas plutôt une garantie de qualité relative au fonctionnement du service ?

Aujourd'hui 10 départements possèdent une qualification, mais cela leur assure-t-elle pour autant une diminution de leur contentieux en matière de commande publique? Ce n'est pas certain.

On peut toutefois comprendre l'absence de cadrage plus fort de la qualité du contenu du marché puisque cela reviendrait à bafouer la liberté contractuelle, déjà affectée par les contrôles du juge fait au nom des grands principes de la commande

publique qui vient laisser à penser que les principes de la commande publique seraient supérieurs au principe de liberté contractuelle.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

CHRETIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas,
Droit administratif, Sirey, 2012, 13^{ème} édition, 755 p

LAJOYE Christophe,
Droit des marchés publics, LextensoGualino, 5^{ème} édition, 480 p

LOMBARD Martine, DUMONT Gilles,
Droit administratif, Dalloz Hypercours, 9^{ème} édition, 2011, 645 p

RICHER Laurent,
Droit des contrats administratifs, Lextenso, 7^{ème} édition, 713 p

Lexique des termes juridiques, Dalloz 16^{ème} édition, 699 p.

Dictionnaire Hachette

Dictionnaire Larousse

ARTICLES

BERGEAL Catherine,

« Le contrôle, par le juge de cassation, de l'interprétation des cahiers-types des contrats administratifs », *RFDA* 1998, p.732

BOURREL Antoine,

« Le contrôle, par le juge de cassation, de l'interprétation des cahiers-types des contrats administratif », *RFDA* 1998 p.742

DEROUESNÉ Eve, STEFANINI-COSTE Anna

« Le juge au service de l'effet utile du CMP : son office en matière d'allotissement et de sous-critère » *Contrats et marchés publics* n°4 avril 2009, étude 4.

DREYFUS Jean-David,

« Le respect de la hiérarchie des critères de choix sous le contrôle du juge des référés », *AJDA* 2002, p.923

GRAND Rémi,

« Appréciation du caractère anormalement bas d'une offre dans un marché public », *AJDA* 2013, p.1134

« Définition des besoins du pouvoir adjudicateur et égale informations des candidats à un marché », *AJDA* 2012, p.524

GRIMAUD Philippe et GRAU Romain,

« Droit à indemnisation de l'entreprise illégalement évincée de la procédure de passation : jurisprudence ETPO Guadeloupe-Biwater confirmée », *JCP A* n°23, 7 juin 2010, 2187

LA TRECHE Arnaud,

« Marchés publics : le juge confirme son contrôle du choix des critères de jugement des offres », 11 septembre 2009, le moniteur.fr

LINDITCH Florian,

« Les limites du principe de transparence : 6 précisions du Conseil d'Etat », *JCPA* n°6, 4 février 2013, 2026

PIETRI Jean-Paul,

« Contrôle juridictionnel des critères d'attribution », *Contrats et marchés publics* n°4, avril 2013 comm.117

POUPEAU Diane,

« Quel contrôle du juge sur le recours au dialogue compétitif ? », *AJDA* 2013, p.600

SAUNIER Sébastien,

« L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007 p.609

TEXTES OFFICIELS

Constitution du 4 octobre 1958

Directives :

Directive 89/665/CEE du Conseil en date du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaire, administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures, services et travaux.

Directive 98/34/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques

Directive 2004/17/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

Directive 2007/66/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation de marchés publics, transposée en France par l'ordonnance du 7 mai 2009.

Arrêté :

Arrêté du 28 août 2006 modifié, relatif aux spécifications techniques des marchés et accord cadres.

Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux.

Arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services.

Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels.

Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication.

Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles.

Circulaire :

Circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Codes

Code de justice administrative

Code du travail

Code civil

Code de procédure civile

Code des marchés publics, Lexis Nexis, 2013, commenté sous la direction de François LLORENS et Pierre SOLERS COUTEAUX.

Code des marchés publics et autres contrats, Dalloz, 5^{ème} édition 2012, commenté.

Jurisprudence

CE 22 février 1952, Société pour l'exploitation des procédés Ingrand (Recueil Lebon p°130)

CE 1^{er} décembre 1976, Beresowski, Dalloz 1978, p.45, note RICHER

CE sect, 10 avril 1992, SNCF c/ Ville de Paris, conclusions de Didier TABUTEAU maître des requêtes au Conseil d'Etat, commissaire du gouvernement, *RFDA* 1993 p79,

CE 14 mars 1997, Cie Aménagement des coteaux de Gascogne, *RFDA* 1997, p349, note DELVOLVE

CE 29 décembre 1997, Req n°159693, Département de Paris

CE sect, 27 mars 1998, Société d'assurances La Nantaise et L'Angevaine réunies,

CE 11 mars 2003, Req n° 364551, Association des chambres françaises du commerce et de l'industrie

CE 7 mars 2005, Req n°274286, Communauté Urbaine de Lyon.

CE 28 avril 2006, Req n°286443, Société Abraham bâtiment TP,

CE 16 juillet 2007, n° 291545, Société Tropic Travaux Signalisation,

CE 9 novembre 2007, Req n°264422 SARL GTF c/ Centre Hospitalier intercommunal Elbeuf-Louviers-Val de Reuil, *Recueil Lebon*

CE 3 octobre 2008 SMIRGEOMES

CE, 21 mars 2011, Req n° 304806, Commune de Béziers 2

CE 2 août 2011, Req n°348711, Syndicat mixte de la Vallée d'Orge Aval,

CE 1er mars 2012, Req n°354159, Département de Corse-du-Sud,

CE 12 mars 2012 Reqn°354355, DYNACITE , *AJDA* 2012 p.524

CE 15 Février 2013,Reqn°363921, Société Europe services déchets, *Contrats et marchés publics* 1 avril 2013, n°4

CE 20 février 2013, Req n°363244, American Express voyages,

CE 11 mars 2013, n°364551, *AJDA* 2013, p.600

CE 25 mars 2013, n°364824, Société Signaux Girod Grand sud

CE 29 mai 2013, Req n°366606, Société Artéis,

CAA Bordeaux, 12 octobre 2007, n° 07BX01819, Région de la Réunion c/ Préfet de la Réunion,

CAA Bordeaux 30 octobre 2007 n°05BX02396, SARL Borotra Frères

TA Lyon 11 juillet 2001 n°0202689,

TA Paris, 30 octobre 2008, n°0816312, *AJDA* 2009, p.163

TA Lyon 12 décembre 2008, SOPAC et SNEF

TA Lille du 3 décembre 2010 Société SG2S

TA Montpellier 4 avril 2012, Société Blue Tango Architectures.

TA Cergy Pontoise n°1208269 du 30 octobre 2012

Conclusion de Mme Christine STIX-HACKL avocat général du 23 septembre 2004 dans l'affaire C-26/03 Stadt Halle

SITES INTERNET

www.legifrance.fr

www.lexisnexis.fr

www.dalloz.fr

www.lemoniteur.fr

www.marchepublic.fr

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://curia-europa.eu>

www.larousse.fr.encyclopédie

www.dictionnaire-juridique.com

www.legibase.fr

<http://Akepatrice.wordpress.com>

Autre source

Rép. Min. M.B Piras, n°25167:JO Sénat Q, 9 novembre 2006, p.2793 ; *Contrats et marchés publics* avril 2007, p.3, n°127

ANNEXE 1 :

- Recommandations T 1-87 et T 1-89 relatives à la gestion et l'assurance de la qualité lors de la passation et l'exécution des marchés de travaux.(annexe 1 partie 1)
- Recommandation T 2-99 relative à la maîtrise de la qualité pour la programmation et la conception d'une opération de bâtiment.(annexe 1 partie 2)

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	p.4
Sommaire.....	p.5
Table des abréviations.....	p.6
Introduction.....	p.8
<u>Chapitre 1 : La qualité une notion subjective tendant au développement de l'autonomie du pouvoir adjudicateur</u>	p.12
Section I - La qualité : une notion polysémique	p.14
<u>Paragraphe A</u> : Les différentes approches de la qualité.....	p.14
1) L'approche classique.....	p.14
2) L'approche philosophique.....	p.16
3) L'approche juridique.....	p.18
<u>Paragraphe B</u> : Une classification des divers sens de la notion.....	p.21
1) la qualité comme caractéristiques : la « qualité état ».....	p.21
2) la qualité comme élément de conformité : la « qualité adéquation »...	p.22
3) la qualité comme garantie de performance et de valeur : la « qualité appréciation ».....	p.23
Section II - La polysémie de la qualité appliquée aux marchés publics	p.25
<u>Paragraphe A</u> : L'évocation explicite de la qualité dans les textes régissant les marchés publics.....	p.25
1) Le Code des marchés publics et la qualité.....	p.25
2) Les cahiers des clauses administratives générales et la qualité.....	p.29
<u>Paragraphe B</u> : L'utilisation implicite de la qualité en droit des marchés publics..	p.31
1) La qualité dans la phase de définition des besoins.....	p.31

2) La qualité au stade de l'analyse des offres	p.35
<u>Chapitre 2 : Une autonomie d'action freinée par la présence de contrôle...</u>	p.37
Section I - Le contrôle naturel de la qualité par le pouvoir adjudicateur....	p.40
<u>Paragraphe A</u> : Le contrôle de la qualité réalisé implicitement.....	p.40
<u>Paragraphe B</u> : Les contrôles de la qualité institués par les textes.....	p.44
Section II - Le détournement des contrôles juridictionnels permettant l'examen de la qualité	p.49
<u>Paragraphe A</u> : le contrôle indirect de la qualité par le juge.....	p.49
1) La phase de détermination des besoins et des critères.....	p.49
2) La phase d'analyse des candidatures et des offres.....	p.51
3) La phase d'exécution et de fin du marché.....	p.55
<u>Paragraphe B</u> : Le contrôle d'une notion pourtant librement définie.....	p.58
1) La contradiction entre autonomie et contrôle.....	p.59
2) Un contrôle trouvant justification à la lumière de grands principes.	p.62
Conclusion.....	p.67
Bibliographie	p.70
Annexe 1.....	p.76
Table des matières.....	p.77