



Auswärtiges Amt



Konrad
Adenauer
Stiftung

Droit des marchés publics

Aspects juridiques, financiers et contentieux

MOHAMED NABIH



Droit des marchés publics

Aspects juridiques, financiers et contentieux

Mohamed NABIH



Auswärtiges Amt



Konrad
Adenauer
Stiftung



*Publié par
Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.*

© 2014, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Bureau du Maroc

*Tous droits réservés.
Toute reproduction intégrale ou partielle, ainsi que la diffusion électronique de cet ouvrage est interdite sans la permission formelle de l'auteur et ce conformément à l'article 10 de la loi n° 2 du 15 février 2000 relative aux droits d'auteur et droit voisins.*

Image : Hélène Nabih

Rédaction : Hélène Nabih

Mise en page : Axis Design

Impression : Axis Design

*Dépôt légal : 2014 MO 1975
ISBN : 978-9954-8952-8-3*

Imprimé au Maroc.

Edition 2014

Droit des marchés publics

Aspects juridiques, financiers et contentieux

Remerciements

Je tiens à remercier ici toutes les personnes qui m'ont, de près ou de loin, aidé à mener à bien ce travail. Mes remerciements vont aussi à ceux qui m'ont accordé une partie de leur temps : Pr. Mohamed Maslouhi, qui m'a accordé sa confiance en acceptant de regarder les grandes lignes de l'ouvrage, et mon épouse, qui a pris la peine de relire et de corriger le manuscrit.

Je remercie chaleureusement la Konrad-Adenauer-Stiftung, en la personne de M. Reifeld, ainsi que son équipe, sans le soutien desquels ce travail n'aurait pu voir le jour sous cette forme.

"la loi est sage mais les hommes ne le sont pas"

Table des matières

AVANT-PROPOS.....	15
PREMIERE PARTIE : Le cadre juridique des marchés publics	21
Chapitre I : La notion du contrat de marché public.....	23
Section 1 : Les critères matérialisant un marché public	24
§1- Définition des contrats de marchés publics	24
§2- Le régime juridique des contrats de marchés publics.....	28
§3- Les dérogations	29
A. Le droit commun	30
B. Les contrats d'adhésion	31
C. Les contrats de prestations internes	32
1. Un pouvoir de contrôle réel	32
2. Un lien organique et économique	33
D. Les contrats conclus « intuitu persona »	34
E. Les services délégués	35
1. Le régime juridique des contrats de délégation de service	36
2. Les conditions d'exercice.....	36
3. Le choix du délégataire.....	37
F. Les transactions financières	38
Section 2 : Les personnes soumises aux règles des marchés publics.....	38
§1- L'État	39
§2- Les collectivités territoriales	39
§3- Les établissements publics	40
§4- Les services de l'Etat gérés de manière autonome.....	42
Chapitre II : Parties et partenaires.....	43
Section 1 : Les parties	44
§1- Le maître d'ouvrage.....	44
§2- Le maître d'ouvrage délégué	45
§3- La personne privée attributaire	47
§4- La personne publique attributaire.....	48
§5- L'architecte	49
Section 2 : Les partenaires	51
§1- Le comptable	51
§2- Le co-traitant	53
A. Les différentes formes de groupement.....	54
B. La formalisation des liens juridiques.....	56
C. Règlement et constitution des garanties.....	59
§3- Le sous-traitant	60

Chapitre III : Les procédures d’attribution des marchés	65
Section préliminaire : Détermination des besoins	66
§1- Champ d’application	68
§2- Exceptions et limites à la définition précise des besoins.....	70
Section 1 : Les marchés simples ou ordinaires	71
Section 2 : Les marchés cadres	71
§1- Le champ d’application	72
§2- Les modalités de conclusion et d’exécution.....	73
§3- L’exécution comptable	74
§4- Modifications des termes du marché cadre	75
§5- Les supports du dispositif.....	76
Section 3 : Le marché reconductible	77
§1- Les critères des marchés reconductibles.....	77
§2- Le cadre juridique.....	79
§3- Le nantissement du marché reconductible.....	81
§4- La sous-traitance du marché reconductible.....	81
Section 4 : Les marchés à tranches conditionnelles	81
§1- Le champ d’application	82
§2- Les caractéristiques du marché à tranches conditionnelles.....	84
§3- Les conditions d’exécution.....	85
§4- Les modalités de règlement.....	86
§5- Le caractère des prix d’un marché reconductible	88
Section 5 : Les marchés allotis.....	89
§1- Le champ d’application	89
§2- Les conditions d’attribution	91
§3- L’aspect économique de l’allotissement	92
§4- Les conditions d’exécution.....	94
§5- La décomposition en lots techniques.....	94
Section 6 : Le marché de conception-réalisation	95
§1- Les propriétés juridiques du contrat.....	97
§2- Le mécanisme de la mise en œuvre du contrat.....	100
§3- Le rôle du maître d’ouvrage.....	102
Section 7 : Les marchés d’études.....	103
§1- Le champ d’application	104
§2- Le déroulement de la procédure.....	106
§3- Le choix du titulaire du marché.....	107
Section 8 : Les prestations architecturales	108
§1- Les modes de passation.....	111
§2- Les conditions requises des architectes	113
§3- La mission de l’architecte.....	113

A. Les opérations de constructions neuves	114
B. Les opérations de réutilisation et de réhabilitation	114
C. La définition préalable des besoins	115
D. L'élaboration du programme.....	115
§4- Le jury	116
Chapitre IV : La procédure de passation des marchés	116
I- L'appel à la concurrence	117
Section 1 : L'adjudication	118
§1- L' appel d'offres au rabais	119
§2- L'appel d'offres sur offre de prix.....	119
§3- Les enchères électroniques inversées	120
A. Un processus réglementé.....	120
B. Une procédure dématérialisée	122
C. Une procédure transparente.....	122
Section 2 : L'appel d'offres	123
§1- L'appel d'offres ouvert ou restreint	123
§2- L'appel d'offres avec présélection	126
Section 3 : Le concours	127
§1- Le champ d'application	127
§2- La définition des prestations.....	129
§3- Le contenu de la mission confiée au titulaire.....	130
§4- Le déroulement du concours.....	130
A. La phase de préparation	130
B. La phase de sélection	131
C. La phase de désignation	132
§5- Le processus de désignation	132
A. Le jury	132
B. L'examen des projets	133
II - La désignation directe.....	135
Section 1 : Les marchés négociés	136
§1- Le champ d'application	136
A. Les marchés négociés avec publicité	137
B. Les marchés négociés sans publicité ni concurrence	138
§2- La motivation du choix direct.....	139
§3- Procédure négociée et régularisation des marchés.....	140
§4- Le déroulement de la procédure.....	142
A. Les éléments de la négociation	142
B. Les garanties du déroulement de la procédure	143
Section 2 : Achat sur bon de commande	144
§1- Une concurrence relative	147
§2- Personnes habilitées.....	148

§3- Nature des prestations	150
§4- La gestion comptable et financière	151
§5- Le régime juridique du bon de commande	154

Chapitre V : La procédure de recherche des candidats 155

Section 1 : Les règles de recherche.....155

§1- Les règles de publicité	155
§2- Les règles de délai	158

Section 2 : La procédure de sélection 161

§1- La formalisation de la procédure	161
A. La remise des dossiers d'appel d'offres	161
B. Le contenu des dossiers d'appel d'offres	162
C. Le dépôt des offres	169
D. Le retrait des plis déjà déposés	170
§2- La commission d'appel d'offres	171
§3- L'examen des dossiers	175

Chapitre VI : La procédure d'attribution du marché..... 179

Section 1 : Le déroulement de la procédure 179

§1- La désignation de l'attributaire.....	180
§2- Le moins-disant.....	182
§3- L'appel d'offres infructueux	182
§4- L'avis de la commission	183
§5- La notification des résultats.....	184
§6- L'annulation d'un appel d'offres.....	184
§7- L'appel d'offre unique	185

Section 2 : L'approbation du marché..... 186

§1- Signature et approbation du marché.....	187
§2- Les délais de notification	190
§3- Le délai d'attente.....	191
§4- Le refus de l'approbation	193
§5- L'approbation et ses conséquences.....	194

Section 3 : Le déroulement de la procédure 195

§1- Le cumul des attributions.....	195
§2- L'ordre de service	197
§3- Les modalités de notification de l'ordre de service	197

Chapitre VII : L'exécution des marchés publics 198

Section 1 : Les engagements contractuels 198

§1- L'exécution personnelle du travail.....	198
§2- Le décès de l'entrepreneur	199
§3- La cession du marché.....	200
§4- Le respect de la législation	200

Section 2 : La constatation des réalisations	201
§1- Les approvisionnements	201
§2- Les attachements	201
A. La procédure des attachements	202
B. La portée de l'attachement	202
§3- Les situations de travaux	202
§4- Les décomptes	203
Section 3 : Les garanties juridiques	206
§1- La garantie décennale	206
§2- La responsabilité du constructeur	207
§3- Le délai d'action en garantie	207
§4- La garantie de parfait achèvement	208
DEUXIEME PARTIE : Le cadre financier des marchés publics	209
Chapitre I : Le financement des marchés publics.....	211
Section 1 : Le financement bancaire	212
§1- Le nantissement	212
§2- Le crédit documentaire	220
§3- La Caisse marocaine des Marchés	224
§4- Les marchés financés	225
Section 2 : Le financement administratif.....	227
§1- L'avance	228
§2- L'acompte	235
§3- Le solde	239
Chapitre II : Le régime général des prix.....	240
Section 1 : Le contenu des prix	241
§1- Prix unitaire	241
§2- le prix global	242
§3- Les dépenses contrôlées	245
A. Les caractéristiques du marché sur dépenses contrôlées	245
B. Les modalités de règlement	246
C. Les modalités de contrôle	247
§4- Le prix au pourcentage	247
Section 2 : Les honoraires d'architecte	248
§1- Les modalités de fixation des honoraires	248
A. Calcul sur la base des frais réels : un prix déterminé	248
B. Les honoraires forfaitaires : un prix déterminable.....	249
§2- Les bases de calcul des honoraires	249
§3- Le seuil de tolérance	250
Section 3 : La détermination des prix	252
§1- Le prix ferme	252

§2- Le prix révisable	254
§3- Le prix provisoire.....	258

Chapitre III : Les garanties pécuniaire..... 262

Section 1 : La forme juridique de la caution262

§1- Les modalités de constitution des garanties.....	263
§2- La caution provisoire	265
§3- La caution définitive	266
§4- La retenue de garantie	267
§5- La restitution.....	268
§6- La dispense.....	271

Section 2 : Les sanctions financières272

§1- Les sanctions relatives aux garanties	272
§2- Les modalités de la saisie des cautions	273
§3- Les pénalités de retard	274
§4- Les intérêts moratoires.....	277

Chapitre IV : Le paiement..... 283

Section 1 : Le service fait.....284

§1- La constatation du service fait	284
§2- Les pièces justificatives	285

Section 2 : Le recouvrement des indus286

§1- Recouvrement du trop-perçu	286
§2- Les oppositions.....	286

Chapitre V : Les aléas financiers, économiques et naturels..... 287

Section 1 : Les aléas imprévisibles288

§1- Le déséquilibre ultérieur	288
§2- Les sujétions.....	289
§3- La force majeure	290

Section 2 : Modalités d'indemnisation du préjudice291

§1- L'indemnisation	292
§2- Une application restrictive.....	293

Section 3 : Les clauses financières particulières293

§1- La prise en charge des droits de douane	294
§2- Les sommes à valoir.....	294

Section 4 : La compensation industrielle.....297

§1- Le principe.....	298
§2- Définition.....	299
§3- Nature de l'accord.....	300
§4- Les formes de la compensation	301

A. La compensation commerciale	301
B. La compensation industrielle	302
C. La compensation financière	303
TROISIEME PARTIE : Le contentieux des marchés publics.....	305
Chapitre I : Procédures du règlement amiable	308
Section 1 : L'arbitrage	308
§1- L'arbitrage interne.....	310
§2- L'arbitrage international	310
A. Condition de la validité du recours à l'arbitrage.....	311
B. Les conséquences du recours à l'arbitrage.....	313
Section 2 : L'arbitrage ad hoc	316
Section 3 : La médiation	317
Section 4 : La commission des marchés	318
§1- Les attributions de la commission	319
§2- La saisine de la commission	320
§3- Modalités de fonctionnement de la commission	321
Chapitre II : Le recours précontentieux et contentieux	322
Section 1 : Le recours précontentieux.....	322
§1- La procédure.....	324
§2- Les conséquences	325
Section 2 : Le recours gracieux et le recours hiérarchique	326
§1- Le recours gracieux.....	326
§2- Le recours hiérarchique	328
Chapitre III : Le recours contentieux	330
Section 1 : Contentieux des référés précontractuels	330
§1- Champ d'application.....	331
§2- Les critères du recours	332
§3- L'acte détachable.....	333
Section 2 : Contentieux des référés contractuels	334
§1- Action et recours pour contentieux.....	334
§2- Le recours pour excès de pouvoir.....	335
§3- Le recours de plein contentieux	335
Section 3 : Procédure et répartition des compétences	338

Chapitre IV : Les pratiques frauduleuses.....	341
Section 1 : La responsabilisation de la personne publique	342
§1- Le conflit d'intérêts	343
§2- Le trafic d'influence.....	345
§3- Délit de favoritisme.....	345
§4- Délit d'initié	346
§5- L'indépendance de l'architecte	347
Section 2 : La responsabilisation des concurrents.....	348
§1- L'exactitude des informations	349
§2- Le délit de faux	349
Section 3 : Les outils et les moyens de moralisation	350
§1- Le programme prévisionnel	351
§2- Rapport de présentation du marché.....	352
§3- Rapport d'achèvement de l'exécution du marché.....	353
Conclusion.....	353
Bibliographie	355
LISTE DES ABREVIATIONS	359

« La loi est sage mais les hommes ne le sont pas. »

Proverbe chinois

AVANT-PROPOS

Les textes qui régissent l'économie générale des marchés de travaux, de fourniture ou de services pour le compte des collectivités publiques fixent les règles de fond et de forme permettant à celles-ci de satisfaire à leurs besoins dans les meilleures conditions juridiques, économiques et techniques.

Ainsi, la meilleure politique pour faire face à cette demande afin de répondre aux besoins des collectivités publiques est celle qui s'efforce toujours d'organiser une compétition sincère et aussi large que possible.

Édictée dans le but de protéger les collectivités publiques dans les réalisations économiques qu'elles nouent à des fins d'intérêt général, la législation des marchés publics a fait l'objet de réformes successives destinées à donner plus de transparence et d'égalité des chances à cet instrument, qui est aussi un instrument d'intervention économique indirect important pour la redistribution des richesses à travers le pays.

A cet égard, on peut constater que cinq décennies ont donné naissance à cinq réformes marquées dans leur évolution par deux périodes : la première a vu l'adoption de deux décrets, celui du 19/05/65 et celui du 14/10/76; la deuxième période porte sur trois textes : du 31/12/98 et du 02/05/2007 ; enfin la dernière réforme a donné naissance au décret n°2-12-349 du 20 mars 2013.

En effet la première période avait pour but l'adaptation de la réglementation aux problèmes financiers et économiques.

Le décret du 19/06/65 privilégiait la position qui consiste à rechercher l'achat aux meilleurs **prix** en profitant du jeu le plus large de la concurrence. **L'adjudication** a bénéficié de la priorité dans les modes de passation préconisés par ce décret et a été préférée aux autres procédures. L'administration choisissait parmi les candidats le **moins-disant** : elle n'avait pas une grande liberté de choix car le critère était **le prix le plus bas**, abstraction faite de la qualité de la prestation ou de la capacité technique de l'attributaire.

Ce choix de l'adjudication n'était pas le fruit du hasard, mais le résultat d'une évolution historique, politique et financière.

Historique : le traité d'Algesiras de 1906 constitue le premier texte qui prévoit dans son article 6 l'égalité des pays signataires de l'acte, et par voie de conséquence la possibilité de l'accès au marché marocain à tous les États ayant les mêmes droits pour l'obtention des marchés publics. C'est dans ce contexte que fut conclu le premier marché selon une **procédure négociée** en 1907 entre le délégué du Sultan Moulay Abdelaziz et la société française

connue sous le nom de la Compagnie marocaine. Cette compagnie a tout simplement **sous-traité** le marché.

Le deuxième texte est **législatif**. Il s'agit du dahir de la comptabilité publique du 16/06/1917 qui préconisait dans son article 23 l'adjudication comme mode de passation.

Politique : d'une part, c'est là le choix délibéré d'une voie économique libérale par le Gouvernement ; d'autre part s'impose la nécessité de sauvegarder le tissu industriel constitué en majorité d'entrepreneurs étrangers détenteurs de capacités financières, techniques et d'un « savoir-faire.»

Financière: l'adjudication permettait de faire des économies, mais au détriment de la qualité de la prestation réalisée.

Le décret du 14/10/1976 avait introduit d'autres paramètres dans le choix des attributaires : le prix est devenu un élément secondaire dans le choix, mais surtout **la qualité de la prestation** est devenue le critère principal, avec **une liberté accrue de l'administration** pour choisir le candidat le plus apte à réaliser le travail ou la prestation.

Pour atteindre cet objectif, le décret de 1976 a introduit plusieurs modifications : il a accordé à l'administration un pouvoir très large pour choisir le mode de passation adéquat sans être liée par le prix ; il a aussi rehaussé le rang de l'appel d'offres, en supprimant la nécessité de procéder par le biais de l'adjudication quand le montant du marché ne dépasse pas 500.000 DH, tout en soulignant que le pouvoir laissé à l'administration doit aboutir à un choix objectif et ne doit pas se transformer en une décision arbitraire.

Cette situation a engendré un comportement fâcheux dans la mesure où **l'entente directe** a pris une place prépondérante, d'où la disparition partielle de la concurrence.

C'est la raison pour laquelle les décrets adoptés en 1998 et 2007 ont été élaborés dans l'optique d'éviter les errements du passé, tout en gardant les points positifs de la réglementation ancienne ; il s'agit de l'adaptation de l'outil à l'objectif : une réhabilitation de la concurrence et une moralisation des procédures.

Tirant profit de l'expérience du passé, le décret n°2-12-349 du 20/03/2013 a donné une place prépondérante à la concurrence et au libre accès à la commande publique à tous les acteurs économiques, sans discrimination, tout en préconisant le retour au critère du moins-disant par le biais de

« l'offre économiquement la plus avantageuse » mais en s'entourant de verrous techniques, juridiques et financiers.

L'exposé des motifs du code des marchés publics (C.M.P.) du 20/03/2013 constitue une synthèse des expériences précédentes. Il a rappelé à cet effet que les démarches pour conclure les marchés publics doivent respecter les **principes** fondamentaux de la **liberté d'accès à la commande publique** :

- La liberté d'accès à la commande publique;
- L'égalité de traitement des candidats;
- La transparence des procédures ;
- La garantie des droits des concurrents ;
- La moralisation de la passation et de l'exécution des marchés publics.

Ces **principes** sont clairement énoncés par l'article premier du décret du 20/03/2013: « La passation des marchés publics doit obéir aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des concurrents et de transparence dans les choix du maître d'ouvrage. »

Ces principes ont été pris et affirmés aussi par l'article 55 de la loi n° 45-08 du 18/02/2009 relative à l'organisation des finances des collectivités locales et de leurs groupements, qui prévoit que « les marchés des collectivités locales doivent être passés dans le respect de la libre concurrence. »

La poursuite de ces objectifs est assurée par la préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse par une estimation des coûts des prestations à réaliser sur la base de la définition des prestations et des prix pratiqués sur le marché.

Ces principes obéissent également « aux **règles** de bonne gouvernance » qui permettent en effet « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'administration. »

A ces principes et règles viennent s'ajouter des objectifs d'ordre économique et environnemental : « La passation des marchés publics prend en considération le respect de l'environnement et les objectifs du développement durable. » Cela signifie que l'administration considère mieux les offres des entreprises qui mettent en avant des services ou des produits issus du développement durable et respectueux de l'environnement.

L'article 17 du décret du 20/03/2013 met en relief tous ces aspects juridiques, économiques et sociaux de la politique de commandes publiques qui s'appuie sur deux axes essentiels : la réhabilitation de la concurrence et

la moralisation des procédures. L'objectif est simple : la pleine soumission des personnes publiques aux règles de la concurrence et la propagation, à la manière d'une onde, du credo de la concurrence.

Le premier axe de cette politique porte sur la notion de **réhabilitation de la concurrence** dont l'objectif principal est triple :

- **Sur le plan juridique** : permettre l'égalité d'accès aux commandes publiques à tous les acteurs économiques ;
- **Sur le plan économique** : obtenir le meilleur rapport qualité prix, d'où une allocation optimale des ressources publiques à travers le principe de la concurrence entre les différents concurrents.

L'idée sous-adjacente est, d'une part, l'adaptation de « l'adjudication » au contexte de la bonne gouvernance, et d'autre part, l'adaptation de l'appel d'offres avec présélection afin de pouvoir juger des capacités techniques et financières des candidats.

Ceci permet le choix des attributaires les mieux aptes à réaliser un ouvrage qui peut être amorti dans un délai plus long que s'il était réalisé d'une manière insatisfaisante à moindre prix.

- **Sur le plan financier** : la concurrence assure un meilleur emploi des deniers publics et permet aussi une redistribution équitable des fonds publics qui vont toucher un grand nombre d'entreprises sans discrimination.

Cette réhabilitation est obtenue grâce, d'une part, à une vulgarisation de l'information par le biais de la publicité, et d'autre part, par la nouvelle vision de l'adjudication, l'élargissement du champ d'application de l'appel d'offres et la restriction de la procédure du choix direct (marché négocié avec achat sur bon de commande).

L'autre axe concerne la **moralisation** des procédures. Ce dispositif a pour objet de mettre en place un cadre juridique en amont et en aval pour garantir le bon déroulement du processus de préparation et d'exécution du marché dans des conditions de clarté et de transparence, tout en décrivant les droits et les obligations des candidats.

* Le premier pilier dans le dispositif est **la publicité**, notamment la publication des **programmes prévisionnels** que l'ordonnateur envisage de lancer au titre de l'année budgétaire considérée selon l'article 14, la publicité de l'appel d'offres selon l'article 20, et l'information des concurrents, selon l'article 22 du C.M.P.

* Le second pilier est relatif à la **procédure du contrôle**, puis au suivi de l'exécution du marché (articles 164 -165 - 169 et 170).

Cet aspect réglementaire a été consolidé par la refonte de l'aspect contractuel matérialisé dans le nouveau C.C.A.G. du 04/05/2000 qui se

substitue aux C.C.A.G. – relatifs aux travaux, approuvés par les décrets précédents. Il s'agit en fait des règles d'exécution.

En outre, dans le cadre du renforcement du contrôle exercé sur l'administration, l'ordonnancement juridique souligne qu'en cas de pratiques indissociables d'un acte administratif, le législateur marocain confie le contrôle de celles-ci, non pas aux autorités de droit commun de la concurrence, mais au juge administratif, ce qui implique qu'aucune personne publique ne peut se soustraire aux obligations pesant sur elle quant au respect des règles de la concurrence, dès lors que le juge administratif a su intégrer le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité dont il fait application.

En effet, sous la pression de la mondialisation initiée par les pays riches visant à « harmoniser » les règles qui gouvernent le commerce international, un mouvement de refonte des règles de passation des marchés publics à travers le monde est observé, qui s'inscrit dans cette ligne de conduite initiée dès 1986 dans le cadre du cycle d'Uruguay. Il s'est achevé le 15 avril 1994 à Marrakech par l'adoption de l'**Accord plurilatéral sur les marchés publics** (A.M.P.), le jour même de la création de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.).

Parallèlement, la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) a adopté des lois types pour la passation des marchés publics dans les États émergents ou en développement.

Trois parties seront consacrées au développement des thèmes traités par le code des marchés :

- Le cadre juridique ;
- Le cadre financier ;
- Le contentieux juridictionnel.

PREMIERE PARTIE

Le cadre juridique des marchés publics

Le code des marchés publics est un outil utilisé pour imposer toutes les formalités relatives à la procédure du déroulement de la passation, de l'exécution à l'extinction de cette procédure (information des entreprises non retenues, notification du marché, réception...).

A ce titre, le code regroupe les procédures que les personnes publiques soumises à ces règles doivent respecter et auxquelles elles doivent se conformer lorsqu'elles passent une commande publique.

A cet égard, le nouveau décret du 20/03/2013 introduit de nouvelles procédures de marchés (par exemple la procédure des marchés conception réalisation, les enchères inversées, le renforcement du système de qualification des opérateurs économiques, les règles relatives à la sanction des fraudes).

Selon le nouveau code des marchés publics, le maître d'ouvrage indique dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou dans la lettre de consultation pour les marchés négociés sans publicité préalable, le mode de transmission des candidatures et des offres qu'il choisit.

Enfin, les possibilités de recours à la dématérialisation de certaines phases sont prévues.

Les C.C.A.G. (T-E.M.O.) et C.C.A.G. des marchés financés par l'Union européenne prévoient également les règles qui interviennent pendant l'exécution et qui encadrent cette procédure.

Chapitre I

La notion du contrat de marché public

La notion de marchés publics, issue du code des marchés publics (C.M.P.) du 20/03/2013, indique qu'un marché est un contrat conclu à titre onéreux entre un ou « plusieurs » maîtres d'ouvrage et un opérateur économique, basé sur des principes généraux classiques et qui repose sur un **critère organique**, c'est-à-dire un contrat passé par une personne publique avec des **critères matériels**, dont *l'objet* du marché et la **définition des besoins**, qu'il est essentiel de définir.

Les **marchés publics de travaux** sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit seulement l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par l'administration qui en exerce la maîtrise d'ouvrage.

En effet un ouvrage doit être considéré comme le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Les **marchés publics de fourniture** sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou de matériels.

Les **marchés publics de service** sont les marchés conclus avec des prestataires de service qui ont pour objet la réalisation des prestations qui ne relèvent ni des marchés de travaux, ni des marchés de fournitures et qui font l'objet des prestations de services visées à l'article 4-c du code des marchés publics, notamment :

- Les marchés de prestations d'étude ;
- Les contrats portant sur les prestations architecturales.

Section 1

Les critères matérialisant un marché public

Le code des marchés fait état du caractère **écrit** du contrat ; en conséquence un marché ne peut pas être conclu oralement. Il est conclu entre deux volontés contradictoires moyennant **une contrepartie** des besoins exprimés par la personne publique.

§1- Définition des contrats de marchés publics

Un marché public est un contrat **écrit** de droit administratif consacrant l'accord de **deux volontés contradictoires** entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, c'est-à-dire titulaires de droits subjectifs et jouissant de la capacité d'exercer des droits et d'être assujetties à des obligations. C'est la capacité de jouissance de droits qui exclut toute action ou décision unilatérale. Les personnes physiques comme les personnes morales peuvent être dotées de la personnalité juridique.

Ce contrat doit répondre exclusivement aux **besoins de l'administration** en matière de fournitures, de services et de travaux. C'est l'acquisition par une personne publique d'un service ou d'une prestation dont elle est le destinataire.

En effet, aux termes de l'article 5 du C.M.P., la **définition des besoins** et de leur nature **est essentielle** et le maître d'ouvrage **est tenu** de déterminer les spécifications et la consistance des prestations, car c'est en fonction de cette définition qu'on détermine **l'objet** du marché et le choix de la procédure à mettre en œuvre.

Dans la rédaction antérieure, la définition, simple et concise, des marchés publics, prescrite notamment par l'article 3 du décret du 14/10/1976, était pour le moins sibylline : « Les marchés de l'État sont des contrats écrits dont les cahiers de charges sont des éléments constitutifs », ce qui a donné lieu à des débats sur la notion de marché public et le champ d'application, eu égard au caractère succinct de la définition. Cette définition a connu depuis une évolution qui reflète les tendances des différentes réformes.

Si l'article 13-A du décret du 20/03/2013 prévoit que « les marchés de l'Etat sont des **contrats écrits** », l'article 4, alinéa 13 ainsi que l'article 2 du C.C.A.G. - Travaux, complètent et règlent la question de la notion de marché public et proposent une définition plus claire et plus satisfaisante, en précisant qu'un marché est « un **contrat** à titre **onéreux** conclu entre, d'une part, un **maître d'ouvrage** et d'autre part, une **personne physique ou morale** appelée entrepreneur, fournisseur ou prestataire de service ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la réalisation de prestation de services », ce qui signifie qu'un marché public peut être conclu aussi bien avec une personne privée que publique.

Le maître d'ouvrage défini sous l'article 4-11 du C.M.P. concerne tout organisme public au nom duquel le marché est passé avec le prestataire de service: État, collectivité locale ou établissement public.

On retiendra de cette définition quatre éléments constitutifs du contrat prévus par le code civil, soit un contrat écrit, synallagmatique, commutatif, et enfin à titre onéreux.

Un contrat **écrit** : le fonctionnement du système juridique est fondé sur la reconnaissance d'une valeur juridique donnée aux faits et aux droits par le biais d'un système probatoire qui privilégie l'écriture manuscrite, qu'elle soit manuelle (l'engagement) ou mécanique (attestation fiscale, C.P.S., C.C.A.G.).

Le contrat du marché doit-il donc être matérialisé par un écrit ou non? Au regard de l'article 13 du décret sur les marchés publics, la réponse est positive : « Les marchés de l'État sont des contrats **écrits** » sur un support papier.

Ceci implique que l'écrit constitue la pierre angulaire d'un marché public. Il est le corollaire naturel d'un principe général de droit, dans la mesure où il cristallise la volonté et le consentement des parties: c'est la notion d'écrit **ad validitatem**.

Ainsi, l'écrit constitue un corollaire du principe de la publicité. En vertu de l'article 20 du C.M.P., l'appel d'offres doit être publié et porté à la connaissance des soumissionnaires, soit par voie de presse, soit par le biais d'une circulaire.

Donc l'écrit constitue l'élément principal des marchés publics tout en tenant compte de l'évolution du principe de la **dématérialisation** des documents. En cas de différend, les clauses écrites constituent la référence pour pouvoir défendre les points objet du litige.

En effet, le contrat du marché public est une manifestation intentionnelle de volonté dans le but de réaliser certains effets de droit et l'écrit sert de support à cette opération juridique. Le code civil prévoit dans son article 416 que « L'aveu peut résulter des preuves écrites appelées aussi preuves littérales. »

Pourtant, au fur et à mesure de la lecture du décret sur les marchés publics, on constate qu'il ne s'agit pas d'une règle **sine qua non**, mais d'une règle qu'il faut nuancer, notamment avec l'écrit numérique des actes dématérialisés prévus par l'article 151 du C.M.P. qui porte sur la procédure des enchères électroniques inversées et l'article 147 du C.M.P. qui porte sur la dématérialisation des procédures.

Cependant, il semble que l'écrit électronique n'est pas encore admis en preuve au même titre que l'écrit papier et qu'il n'a pas la même force probante que l'écrit papier. Les documents dématérialisés par l'article 147 ne sont pas des actes contractuels, pas plus que l'article 151 qui indique au paragraphe 3 que « La conclusion du marché issue de la procédure d'enchère électronique inversée obéit aux règles et aux conditions prévues par le présent décret », autrement dit la procédure classique de l'écrit sur papier.

Or, la dématérialisation est une technique qui met en œuvre des moyens électroniques pour procéder à des opérations de traitement et d'échange d'information, mais qui s'appuie sur l'image.

Il faut néanmoins noter que si la réglementation admet comme mode de preuve la signature sous forme électronique, c'est sous réserve que la personne dont elle émane puisse être dûment identifiée et que la signature électronique soit établie et conservée dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Il est **synallagmatique ou bilatéral** : le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les parties s'obligent réciproquement, de manière que

l'obligation de chacune d'elles soit corrélative à l'obligation de l'autre. Il fait naître des obligations à la charge des deux parties, d'où une **réciprocité des obligations** ; cet aspect bilatéral implique qu'un marché peut être passé avec des personnes publiques ou privées.

Un marché est donc un engagement bilatéral, un contrat signé entre deux personnes distinctes dotées chacune de la personnalité juridique.

Il est **commutatif** : c'est un contrat qui, pour les parties contractantes, prévoit une équivalence de traitement. Les prestations des parties sont déterminées dès la conclusion du contrat, ce qui exclut tout contrat aléatoire. Le premier type de contrat ne comprend aucun **aléa**, alors que dans le second, l'exécution de l'obligation contractuelle dépend d'un événement dont on ne sait pas s'il se réalisera, et qui comporte donc un **risque**.

Cette distinction ne concerne que les contrats onéreux, et l'intérêt de celle-ci réside essentiellement dans le fait qu'il ne peut y avoir de lésion en cas d'aléa, puisqu'il y a un risque. Les contractants connaissent dès la signature les avantages qu'ils retirent et les risques qu'ils prennent.

Enfin, dans un contrat conclu à titre **onéreux**, la valeur de la prestation que doit exécuter une partie est représentée par la valeur de la prestation que l'autre doit fournir. Le fait que le marché soit conclu à titre onéreux implique **la définition des besoins** à satisfaire ; en conséquence, toute dépense publique qui doit être couverte par externalisation de ces besoins peut donc faire l'objet d'un contrat. Cette notion de dépense publique renvoie à un autre paramètre du caractère onéreux : c'est la **fixation d'un prix** qui matérialise le montant du marché.

Ceci exprime aussi l'idée d'une charge pesant sur le demandeur de la prestation qui résulte de la notion comptable : **le service fait et les droits acquis**. Il signifie aussi, entre autres, que chaque contractant consent à l'accomplissement d'un travail ou d'une prestation en échange d'un avantage sous la forme de versements dits acomptes, lesquels sont en fin de compte des deniers publics.

C'est un contrat qui permet à chaque partie de rechercher un avantage dans le contrat. L'engagement de l'un ne vaut que par l'engagement de l'autre, c'est la règle de la réciprocité.

En revanche, les prestations que l'administration obtient à titre gratuit ne peuvent jamais être qualifiées de marchés publics et par voie de conséquence le contrat à titre onéreux s'oppose au contrat à titre gratuit.

On retiendra aussi d'autres idées sous-jacentes résultant des différents articles du C.M.P. qui rappellent que les marchés publics doivent être conclus en respectant l'esprit du code des marchés publics, soit ***l'égalité d'accès*** des candidats à la commande publique en toute transparence.

§2- Le régime juridique des contrats de marchés publics

L'administration est amenée à conclure des contrats tels que des marchés publics, des contrats de louage de services, de multiples contrats innomés et enfin, partiellement, la concession des services publics.

Cependant, cette définition, avancée par le code des marchés publics (C.M.P.) et porteuse de plusieurs termes décisifs, montre qu'on est certes en présence de contrats, mais ces contrats relèvent-ils du domaine privé ou public?

En effet, cette référence au code civil ou au droit commun ne signifie nullement l'application des règles de droit civil ou commercial dans les relations contractuelles entre l'administration et les autres contractants pour accomplir une prestation pour le compte de l'État.

Le droit administratif reste la référence principale pour l'accomplissement et la satisfaction des besoins de l'administration qui font l'objet d'un marché, sauf dispositions expresses prévues par le décret relatif aux marchés publics.

En conséquence, la ***personne publique*** signataire dispose d'un certain nombre de ***prérogatives*** dont, notamment, les conditions de validité du contrat qui sont assujetties aux contraintes du droit administratif.

C'est le cas pour le ***consentement***, qui suppose dans le droit civil l'acceptation simultanée et d'emblée par les deux parties ; or, dans les marchés régis par le code des marchés, le consentement de l'attributaire du marché l'engage vis-à-vis de l'administration dès la signature du contrat, sauf dans le cas du retrait de l'offre dans les délais, d'abord en tant que concurrent et ce conformément à l'article 33 du C.M.P. qui prévoit que « Les concurrents restent engagés par leurs offres pendant soixante-quinze (75) jours à compter de la date de la séance d'ouverture des plis, ensuite en tant qu'attributaires. » L'article 152 dispose que « L'approbation des marchés doit être notifiée à l'attributaire dans un délai maximum de soixante-quinze (75) jours à compter de la date d'ouverture des plis ou de la date de la signature du marché par l'attributaire lorsqu'il est négocié. » Par ailleurs, « Si la notification de l'approbation n'est pas intervenue dans ce délai, l'attributaire est libéré de son engagement vis-à-vis du maître d'ouvrage. » En revanche,

pour l'administration, malgré la signature préalable du marché par le représentant de l'administration, le contrat, en vertu de l'article 15-2 du décret du 20/03/2013, n'est « valable et définitif qu'après **son approbation** par l'autorité compétente » : c'est donc seulement à partir de l'approbation que le marché peut revêtir un caractère exécutoire.

La **clause exorbitante** est un autre signe distinctif de l'aspect administratif du contrat de marché public. Cette clause a pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangères par leur nature à celles qui sont susceptibles d'être librement consenties par quiconque dans le cadre des règles édictées par le code civil ou de commerce. C'est pour cette raison qu'on ne trouve pas cette clause dans les contrats de droit soumis au régime de droit civil ; elle y serait illégale, dans la mesure où elle établit un rapport d'inégalité entre les cocontractants puisqu'elle octroie à l'une des parties des pouvoirs sans les conférer à l'autre. C'est une clause qui caractérise les contrats de droit administratif.

La présence de la **clause exorbitante** détermine donc le caractère administratif du contrat ; une seule clause exorbitante dans un contrat suffit pour que le contrat soit qualifié d'administratif et relève de la juridiction des tribunaux administratifs.

Le pouvoir de **modification unilatérale** du contrat, ainsi que le fait de prévoir au profit de la personne publique contractante un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles, constituent une clause exorbitante.

Cependant, l'exercice de ces privilèges de modification unilatérale et de ces pouvoirs de contrôle traditionnels dans les contrats administratifs ne constitue pas ce qu'on appelle communément le **fait du prince**. En fait, si la théorie du fait du prince, à la différence de la théorie de l'imprévision, exige un acte qui vient de l'autorité contractante, elle ne s'applique que pour des mesures prises par l'administration à titre extracontractuel.

§3- Les dérogations

Une dérogation à la procédure réglementaire administrative s'entend pour tout contrat qui, sur un objet donné, comporte des règles juridiques différentes de celles que définit le code des marchés publics et qui échappent en conséquence au régime de droit administratif.

En effet, un contrat qui remplit les conditions de définition d'un marché public peut toutefois entrer dans l'une des catégories d'exclusion prévues

par l'article 3 du décret du 20/03/2013 qui prévoit que par **dérogation** « Demeurent en dehors du champ d'application du présent décret, les conventions ou les contrats que l'État **est tenu** de passer dans les formes et selon les règles du **droit commun** ainsi que les contrats de concession de service public. »

L'article 3 du décret du C.M.P. n'est en fait que la reproduction des dispositions des articles des anciens décrets qui régissaient les marchés publics, le décret du 19/05/65 et celui du 14/10/76, le décret du 30/12/1998 et enfin le décret du 02/05/2007.

Cependant, si cet article prévoit que certains contrats peuvent être conclus hors des dispositions prévues par le code des marchés publics, il pose en même temps la question du caractère public ou privé d'un marché. Autrement dit, les dispositions du décret sont-elles obligatoires lors de la conclusion d'un marché, ou bien l'administration peut-elle passer avec toute liberté des contrats régis par le droit commun?

Il faut noter tout d'abord qu'il s'agit d'une **dérogation** et, par voie de conséquence, le recours à ce procédé est assujéti à une contrainte externe, c'est-à-dire quand l'administration **est tenue** de se placer sous le régime de droit commun et que les conditions requises sont réunies selon les domaines décidés par les pouvoirs publics. L'annexe n° 1 rattachée au décret du 20/03/2013 fait ressortir quatre catégories de contrats régies sous l'égide du droit commun : les contrats d'adhésion, les contrats de prestations internes, les contrats de bail et enfin les contrats intuitu-personae.

La liste des prestations qui peuvent faire l'objet de ces dérogations est établie sur décision du Chef du Gouvernement. Cette liste, qui n'est pas exhaustive, fait l'objet de changements et d'ajouts par voie d'arrêté du Ministre chargé des Finances après avis de la commission des marchés, dès que le besoin apparaît, notamment à la demande des administrations concernées.

Ensuite, à partir du moment où le maître d'ouvrage agit sous l'égide du droit commun, la rédaction du contrat échappe par la force des choses au droit administratif et obéit aux règles de droit civil.

A. Le droit commun

Le droit privé est l'ensemble des règles, des institutions et des organisations sociales qui gouvernent les situations juridiques et les rapports du droit à l'idée de puissance publique. Il se diversifie en droit commercial, du travail, des affaires, etc.

Le droit civil n'est pas autre chose que le droit privé lui-même, **dépouillé** des règles ressortissant du droit du travail, du droit pénal, du droit des affaires mais n'est **qu'une partie du droit commercial faisant corps par ses fondements avec le droit civil** ; sa définition sous cette réserve s'identifie donc avec celle du droit privé : de là le nom de **droit commun** qui lui est donné **par opposition** aux autres branches du droit privé.

B. Les contrats d'adhésion

Un contrat dont les clauses sont fixées d'avance implique d'une part que les conditions d'adhésion soient préétablies et qu'aucune discussion sur le contenu ne soit possible, et que d'autre part les termes du contrat soient imposés par une partie à l'autre.

Les personnes sont alors libres d'adhérer ou non à ce contrat qui risque de contenir des clauses abusives. A cet égard, les personnes publiques sont appelées à restreindre au maximum l'efficacité des clauses abusives en les déclarant inopposables aux services publics, dont la satisfaction de l'intérêt général est l'objectif principal.

Le recours aux contrats d'adhésion n'est ni encadré, ni explicité par le code des marchés publics. Cependant, une première indication peut être recherchée, à **titre indicatif**, dans les termes de l'instruction du Premier Ministre du 06/06/1965 relative à l'application de l'ancien décret du 19/05/1965, qui a limité le recours aux usages du droit privé aux contrats dits d'adhésion tels que les contrats de fourniture d'électricité, d'eau ou de téléphone. De tels engagements ne peuvent être souscrits que dans la mesure où les principes généraux du droit administratif sont respectés.

La deuxième indication est fournie par la pratique durant cette période qui révèle que l'administration ne se plaçait sous le régime de droit commun que pour satisfaire aux besoins qui sont cités par l'instruction susmentionnée.

Cependant la privatisation de ces secteurs dont l'État avait le monopole (tels que l'eau, l'électricité ou le téléphone) et la multiplication des acteurs économiques dans certains secteurs d'activités tels que le téléphone ou l'abonnement à l'Internet, impliquent une modification du comportement des administrations, dans la mesure où la notion de contrat d'adhésion développée depuis fort longtemps est dépassée, pour ne pas dire qu'elle est tombée en désuétude en faisant jouer la concurrence dans certains secteurs tels que le téléphone.

C. Les contrats de prestations internes

Appelés aussi des contrats « *in house* » ou de « *quasi-régie* », ce sont des contrats conclus par une personne publique avec une entité **distincte** de celle-ci, mais sur laquelle elle exerce un **contrôle** analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services internes, en réalisant l'essentiel de ses activités avec cette entité externe.

C'est une possibilité offerte par la réglementation à une personne publique d'acquérir et de faire exécuter des prestations de travaux, de fournitures ou de services, en interne, c'est-à-dire auprès de **ses propres services**. Ces contrats sont connus aussi sous le vocable de « quasi-régie », dans la mesure où cette entité constitue un démembrement de la personne publique.

Cette solution permet à la personne publique, notamment aux collectivités locales, de gérer d'une manière directe et autonome un service public et en même temps d'échapper aux procédures traditionnelles de passation des marchés et des règles de la concurrence prévues par le décret sur les marchés publics. La conclusion de ces contrats peut donc échapper aux dispositions prévues par le décret sur les Marchés publics et en conséquence les règles de droit commun sont applicables.

En revanche aucun texte ne permet de dégager les éléments nécessaires pour reconnaître l'existence d'une prestation intégrée et les conditions dans lesquelles on peut exercer ce droit, autrement dit des règles générales qui encadrent ce genre de contrats.

Toutefois la jurisprudence et la réglementation européennes ont dégagé certains principes qui balisent le recours aux contrats dits «in house », notamment dans l'arrêt Teckal du 18/11/1999 et Stadt Halle du 11/01/2005 de la Cour européenne de Justice ; un autre exemple est le règlement CE n°1370/07 du Parlement européen et du Conseil du 23/10/2007.

Cette jurisprudence a posé deux conditions cumulatives qui permettent la reconnaissance d'une relation de «quasi-régie»: un pouvoir de **contrôle réel** et un **lien organique** et économique.

1. Un pouvoir de contrôle réel

Il s'agit en fait d'une condition de **dépendance institutionnelle**. Le contrôle exercé par la personne publique sur le prestataire de service doit être un contrôle réel et effectif.

En effet, un contrôle réel et effectif implique que la personne publique jouit à l'égard d'un prestataire d'un pouvoir de contrôle analogue à celui

qu'elle exerce sur ses propres services, c'est-à-dire que les missions qui sont susceptibles de lui être confiées ne sont pas traitées autrement que si elles avaient été simplement déléguées au sein de ladite personne publique. Ce critère signifie tout simplement que le contrôle exercé doit s'inscrire dans un lien de dépendance organisationnel fort, excluant l'autonomie du cocontractant.

A cet égard, il faut souligner la difficulté de mesurer l'étendue de ce contrôle. Ainsi, la capacité de la personne publique à contrôler le fonctionnement du prestataire et l'absence d'autonomie qui en découle pour celui-ci privent de tout intérêt le recours à une mise en concurrence préalable.

Ceci permet de dire qu'il n'existe pas de critère précis permettant de déterminer, de facto, si le contrôle exercé par la personne publique sur son prestataire est comparable à celui dont elle dispose sur ses propres services.

L'ampleur de cette dépendance est mesurée par l'existence d'une instance qui exerce une influence déterminante sur toutes les décisions essentielles prises, et ce par le biais du niveau de représentation au sein des organes d'administration, de direction ou de surveillance. Le nombre des membres qui siègent dans cette entité doit être supérieur à la moitié des membres de cet organe et aucune minorité de blocage ne doit être constituée au sein de cette direction.

Pour répondre à leurs besoins, les personnes publiques, dans ce cas, ne sont pas obligées de procéder par voie d'un marché public et de faire appel à des tiers mais plutôt de recourir à leurs propres moyens.

Certes, les personnes privées et les personnes publiques constituent deux personnes morales distinctes, mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre. Cependant une simple relation de tutelle ne suffit pas, le cocontractant doit travailler essentiellement pour la personne publique qui demande l'exécution des travaux. C'est le second critère.

2. Un lien organique et économique

Le seul constat d'une dépendance institutionnelle et fonctionnelle **forte** du cocontractant à l'égard de la personne publique ne suffit pas à qualifier un « contrat in house », il faut également que ce lien organique s'accompagne d'une quasi-exclusivité de la fourniture des prestations concernées au profit de la personne publique signataire du contrat. C'est la preuve d'une **dépendance économique** réelle. C'est à cette condition que ces prestations

seront assimilées à celles dont pourrait disposer la personne publique en recourant à ses ressources propres. Ainsi, la part des activités réalisées au profit d'autres personnes doit demeurer marginale.

Cependant, aucune indication dans les textes qui régissent la matière ne fixe un seuil, notamment chiffré, à partir duquel on considère que le cocontractant exerce l'essentiel de son activité au profit de la personne publique. Ce paramètre est donc à apprécier au cas par cas, en fonction des données du cas d'espèce. Une société de développement locale d'aménagement, qui réalise des constructions de logements pour le compte d'une collectivité locale et sur son territoire, remplit parfaitement le second critère.

Un contrat ne pourra donc être qualifié de « contrat de prestations intégrées » ou « in house » et sera exclu de ce fait du champ d'application du code des marchés publics, sauf s'il satisfait simultanément aux conditions exposées ci dessus.

Enfin, il faut souligner que les critères du contrat « in house » doivent **perdurer pendant la durée du contrat** en cause, dans la mesure où il ne faut pas qu'il y ait une rupture de l'une de ces deux conditions.

Par ailleurs et en l'absence de ces deux critères, le cocontractant doit lui-même appliquer les règles du code des marchés publics pour « répondre à ses besoins propres. » Cela signifie que le cocontractant doit respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics pour la totalité de ses achats, et non pas seulement pour ceux qui sont liés au contrat de prestations intégrées.

Il convient de noter que la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'entité administrative exclut en tout état de cause que le pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

En conséquence, lorsqu'un acheteur public souhaite conclure un contrat à titre onéreux entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, il doit mettre en concurrence le cocontractant, notamment les sociétés de développement local, dans le capital duquel il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées.

D. Les contrats conclus « intuitu persona »

Ce sont des conventions passées en considération de la personne et signifiant, dans une opération contractuelle, que la personne du cocontractant ou ses

caractéristiques principales conditionnent la conclusion et l'exécution du contrat.

Ces contrats portent sur des contrats signés, en principe, avec une personne physique désignée dans le contrat et non avec une entité abstraite, une personne morale.

Ceci étant, quand il s'agit d'une personne morale, il est nécessaire de préciser les éléments de l'intuitu personae, notamment les données relatives à son capital, son appartenance à un groupe, sa notoriété et son savoir-faire dans le domaine objet du contrat.

Parmi les problèmes qui pourraient être posés figure la continuité de ce type de contrat en cas de décès du cocontractant.

Pour une personne physique, il est tout à fait naturel que le contrat ne soit pas prorogé après la mort du cocontractant, dans la mesure où il est conclu intuitu personae.

Cependant, quand il s'agit d'une personne morale, il faut préciser les conditions d'exécution du contrat, son évolution et sa transmission éventuelle.

E. Les services délégués

Prévu par l'article 3 du C.M.P. et encadré par la loi 54-05 du 14 février 2006 relative à la gestion déléguée des services publics, la délégation de service est un mode de gestion impliquant qu'une collectivité locale ou un établissement public confie sous son contrôle à une personne morale de droit public ou privé de faire fonctionner à ses risques et périls un service public.

L'article premier de la loi 54-05 prévoit que « La présente loi s'applique aux contrats de gestion déléguée de services et d'ouvrages publics passés par les collectivités locales ou leurs groupements et par les établissements publics », ce qui exclut de facto l'Etat du recours à ce procédé et le limite aux collectivités locales et aux établissements publics.

Si l'article 3 du C.M.P. a précisé que les contrats de gestion déléguée demeurent en dehors du champ d'application de la réglementation des marchés publics, les modalités de gestion administrative et financière prévues par la loi 54-05 permettent de qualifier la nature des liens contractuels entre le délégant et le délégataire, ainsi que les modalités et les conditions d'exécution.

1. Le régime juridique des contrats de délégation de service

L'article premier de la loi 54-05 prévoit que « La présente loi s'applique aux contrats de gestion déléguée de **service** et **d'ouvrage**. » C'est la délégation d'un service public sous ces deux variantes : **la délégation de service**, dans laquelle le délégataire fait fonctionner un service public pour laquelle le délégant utilise des ouvrages déjà existants appartenant à l'autorité délégataire, moyennant une rémunération perçue sur les usagers ; et **la délégation d'ouvrage**, dans laquelle le délégataire construit un ouvrage public moyennant une **redevance** d'exploitation perçue sur les usagers qui utilisent l'ouvrage. Cette dualité de fonctionnement n'entraîne pas une hétérogénéité du régime juridique du contrat de délégation d'un service public, mais confère au contrat une homogénéité qui trouve sa justification d'abord dans l'idée du bon fonctionnement des services publics selon les termes de l'article 3 de la loi 54-05 : « Le délégataire assume la responsabilité du service public. »

Cette idée imprime au régime des contrats administratifs toute son originalité. Ensuite, la notion d'intérêt général, manifestée par l'article 24 de la loi 54-05 : « Le délégataire gère le service public en bon père de famille », est donc un fondement du régime juridique du contrat.

Enfin il faut citer les armes dont dispose l'administration à l'égard du délégataire, notamment les sanctions prévues par l'article 32. Ceci est dû au caractère mixte du contrat: d'une part les clauses relatives aux dispositions financières, à la durée de la délégation du service public sont **contractuelles** et d'autre part celles qui relèvent de l'organisation et du fonctionnement du service ont un **caractère réglementaire**.

En effet la différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte du mode de rémunération retenu. Pour un marché public, le paiement, intégral et immédiat, est effectué par l'acheteur public. Pour une délégation de service public, la rémunération du délégataire est assurée par le résultat de l'exploitation du service.

Le régime juridique des contrats de délégation de service public est un régime de contrat administratif qui découle d'un équilibre entre les pouvoirs dont dispose l'administration et les avantages appréciables que reconnaît l'administration au délégataire.

2. Les conditions d'exercice

Aux termes de l'article 25 de la loi 54-05, le délégataire a la qualité de commerçant. L'objet du service doit présenter un caractère économique et les opérations doivent être semblables à celles effectuées dans le secteur

privé. Par ailleurs le délégataire « doit se constituer en société » et peut « exploiter des activités complémentaires commerciales ou industrielles nécessaires pour les usagers de services publics. »

Toutefois les différends qui opposent le délégataire aux usagers ou aux sous-traitants relèvent du ressort du juge judiciaire, mais ces litiges avec le délégant ont trait à un contrat administratif, et donc au droit public, autrement dit relèvent de la compétence du juge administratif.

Aussi l'article 11 de la loi 54-05 dispose que le contrat de gestion déléguée est conclu à titre *intuitu personae*.

Enfin, à partir du moment où la délégation du service public est conclue *intuitu personae*, le service doit être exploité personnellement par le délégataire, conformément à l'article 21 de la loi 54-05 qui impose que toute cession partielle ou totale ne pourra avoir lieu sous peine de déchéance, sauf pour le cas prévu par le texte.

Le service délégué ne peut pas faire l'objet d'une cession quand il s'agit d'une collectivité locale en tant que délégant. En revanche, l'obligation d'exécuter personnellement le service ne s'impose pas aux établissements publics qui peuvent céder à concurrence d'un tiers sous réserve de l'acceptation explicite du délégant. Ceci étant, et en vertu de l'article 16 de la loi 54-05, les biens de retour qui sont de nature immobilière ou par destination doivent obligatoirement revenir à l'autorité délégante. Ces biens ne peuvent faire l'objet d'aucune cession, en revanche les biens de reprise qui sont constitués de biens mobiliers pourront devenir la propriété du délégant et ce dernier a la faculté de les céder.

Les modalités et les conditions de la sous-traitance sont définies dans le contrat, notamment l'examen des autorisations de sous-traiter, le délai à accorder à l'administration pour répondre aux demandes du délégant, la motivation de la décision en cas de refus.

3. Le choix du délégataire

L'article 5 de la loi 54-05 impose pour la désignation du délégant le respect des règles de la concurrence et de la publicité. Ainsi le délégant est tenu de faire appel à la concurrence selon des critères qui respectent l'objectivité et la transparence afin d'assurer une complète égalité des candidats. La publicité constitue un élément essentiel de la procédure de passation du contrat de gestion déléguée.

L'article premier du décret d'application du 09 août 2006 prévoit que les formes et les modalités d'établissement des documents d'appel à la concurrence sont fixées par arrêté du Ministre chargé de l'Intérieur.

La désignation directe est autorisée lorsqu'il y a urgence à assurer la continuité du service, pour des raisons de défense nationale et de sécurité publique ou quand il s'agit d'un candidat détenteur d'un brevet ou d'un monopole.

F. Les transactions financières

C'est une nouveauté introduite par l'article 3§5 du C.M.P. qui prévoit que « Demeurent en dehors du champ d'application du présent décret, les contrats relatifs aux **transactions financières** effectués sur le marché financier international et les services y afférents. » Le terme de transaction consiste, dans le domaine de la finance, en un achat ou une vente en bourse, ou bien en une transaction financière entre deux parties. Une transaction financière est une opération financière ; c'est donc un **événement contractuel** d'achat ou de vente pour échanger un actif contre paiement.

Il s'agit d'un ensemble d'opérations entre deux unités institutionnelles portant sur des actifs ou des passifs financiers. Certaines opérations sont purement financières : prêts, émissions ou cessions de titres. D'autres sont la contrepartie d'une opération sur des biens et services ou d'une opération de répartition, qui se traduit par un transfert de moyens de paiement ou la naissance d'un crédit.

C'est une **convention d'échange** entre un vendeur et un acheteur se concluant par le versement d'une somme d'argent. Une opération financière peut être réalisée soit sur un marché organisé, soit de gré à gré avec une institution financière ou toute autre contrepartie.

Elle vise généralement à employer des capitaux disponibles ou susceptibles d'être mobilisés, dans la perspective d'obtenir un gain monétaire, ou à l'inverse pour solder une opération précédente et pour récupérer des liquidités.

Section 2

Les personnes soumises aux règles des marchés publics

Conformément aux dispositions de l'article 2 du code des marchés, les personnes publiques assujetties aux règles du code des marchés publics sont : l'État, les établissements publics ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements avec des aménagements relatifs aux établissements

publics qui seront concernés et une période transitoire pour les collectivités locales notamment la région et la préfecture.

En conséquence, les établissements publics concernés doivent obligatoirement appliquer la totalité des règles du code des marchés, abstraction faite de leur régime juridique, c'est-à-dire qu'ils revêtent un caractère administratif, commercial ou industriel. Les collectivités locales, leurs groupements et les établissements publics locaux sont assujettis à la totalité des règles définies par le code des marchés publics.

A cet égard il convient de noter qu'aucune disposition n'indique que certaines personnes privées peuvent relever des catégories qui rentrent dans le champ d'application du code des marchés publics. Toutefois, si une personne privée exerce dans le cadre d'un mandat de maîtrise d'ouvrage publique, c'est-à-dire qu'elle est *mandataire* d'une personne publique soumise au code des marchés publics, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du code des marchés.

Aussi il faut souligner que le critère d'une personne dotée de la personnalité juridique peut faire obstacle à certaines entités dans l'application des dispositions du code des marchés, ou au contraire les faire tomber sous le régime de ce code.

§1- L'État

Par État il faut entendre les administrations centrales et les services extérieurs dans le cadre des circonscriptions administratives qui relèvent de l'Etat déconcentré.

§2- Les collectivités territoriales

L'article 135 de la Constitution de 2011 dispose que les collectivités territoriales sont les régions, les provinces et les communes. La loi 45-08 du 05/03/2009 relative à l'organisation des finances des collectivités locales et de leurs groupements prévoit dans son article 55 que les conditions et les formes de passation des marchés de collectivités locales et de leurs groupements, ainsi que des établissements publics relevant des collectivités locales, sont fixées par décret.

Ces mesures ont été reprises par l'article 130 du C.M.P. qui prévoit : « Les marchés de travaux, de fournitures et de services des régions, des préfectures, des provinces et des communes sont soumis aux dispositions du présent décret sous réserve des dispositions particulières du présent chapitre. » L'arrêté du Ministre de l'Intérieur n° 3573-13 du 10 décembre 2013 a étendu l'application des dispositions des « *cahiers des clauses*

administratives générales » aux marchés des régions, préfectures, provinces et communes. Quant à l'arrêté du Ministre de l'Intérieur n° 3574-13 du 10 décembre 2013, il donne aux collectivités territoriales **la possibilité de se référer** à des « **cahiers de prescriptions communes** » applicables à un département ministériel ou à un établissement public et ce pour des marchés similaires.

En conséquence, les collectivités locales doivent obligatoirement appliquer la totalité des règles du décret sur les marchés publics, et dans les mêmes conditions que les autres acheteurs publics. C'est une disposition qui oblige les collectivités locales à recourir à une réglementation basée sur la recherche la plus large de la concurrence.

L'article 55 de la loi 45-08 du 18 février 2009 susvisée confirme cette tendance : « Les marchés des collectivités locales doivent être passés dans le respect de la libre concurrence et de la transparence. »

Cette démarche peut s'avérer contraignante pour l'élu local qui cherche la consolidation du tissu socioéconomique local, la sauvegarde des secteurs économiques en difficulté et la recherche d'un développement économique local. Ceci implique une réflexion afin de traiter le cas des collectivités locales à part. Les dérogations prévues au profit des collectivités locales par l'article 131 du C.M.P. ne sont pas de nature à aider les présidents de ces collectivités à atteindre cet objectif.

Reste le cas des régies autonomes créées par les collectivités territoriales : elles ne sont pas soumises au code des marchés dans la mesure où elles ne jouissent pas de la personnalité juridique et leurs activités ne sont pas financées majoritairement par l'autorité compétente.

§3- Les établissements publics

Il s'agit des établissements publics à compétence nationale, quel que soit leur caractère, administratif, commercial ou industriel, hormis le fait que certains établissements ne tombent pas sous le coup de la réglementation du code des marchés publics. En effet, en vertu de l'article 2- §1, seuls les « établissements publics figurant dans la liste fixée par arrêté du Ministre chargé des Finances prévue par l'article 19 de la loi n° 69-00 susvisée telle que modifiée et complétée » sont concernés par les dispositions du C.M.P.

La **réglementation ancienne** sur les marchés publics a exclu les établissements publics du champ d'application des textes qui régissent les marchés publics.

Les raisons avancées pour justifier cette exclusion sont multiples. D'abord la commission des marchés, dans un avis n°141-95/C.M. du 20/03/95, affaire ERAC v CUTAF, a estimé que les établissements publics ne sont pas soumis, pour la passation des marchés, à la réglementation régissant les marchés de l'État. Ils sont tenus de se conformer aux dispositions de l'article 4 du dahir n° 1-59-269 du 14/04/60 portant promulgation de la loi n°69-00 relative au contrôle financier de l'État sur les établissements publics (abrogé et remplacé par le dahir du 01-03-195 du 11/11/2003, article 19) qui prévoit le recours à la concurrence toutes les fois que la nature ou l'importance des opérations justifient l'emploi de cette procédure.

Nous pensons que les raisons de l'exclusion des établissements publics du champ d'application ne sont pas liées à l'article 4 susmentionné mais tiennent plutôt à des raisons juridiques et financières, ce qui explique d'une part les réticences manifestées par certains établissements publics à caractère industriel et d'autres part leur exclusion du champ d'application du C.M.P. D'ailleurs ce sont les mêmes raisons qui ont amené les pouvoirs publics à exclure certains établissements publics à caractère commercial et industriel du champ d'application du C.M.P.

A cet égard, l'arrêté n°3535-13 du 28 novembre 2013 fixe la liste des établissements publics assujettis au C.M.P. Il s'agit en fait d'établissements publics à caractère administratif tels que les agences de bassins hydrauliques, les académies d'enseignement, les chambres de commerce, les écoles d'enseignement supérieur ou certains offices. A contrario, les établissements publics à caractère industriel et commercial, (O.C.P.-O.N.C.F.- O.N.H.R) ont été exclus du champ d'application du décret du 20/03/2013.

Ensuite, sur le plan juridique, les textes de création des établissements publics portent la marque de la volonté bien arrêtée du législateur d'organiser la gestion des établissements publics, notamment ceux à caractère industriel et commercial, conformément aux méthodes et aux usages de droit privé, car ces organismes doivent respecter les règles du jeu du milieu où ils vivent. C'est la raison qui justifie l'exclusion des établissements publics susmentionnés, opérée par l'arrêté 3535-13 ; par voie de conséquence, la conclusion d'un contrat entre un E.P.I.C. et une personne privée, dans le cadre des besoins liés aux activités de cet établissement, relève de la compétence du juge judiciaire et non administratif.

Enfin, sur le plan financier, le législateur a accordé à ces organismes une autonomie financière telle qu'elle est expressément manifestée dans leurs statuts particuliers. Ces statuts permettent aux établissements publics l'usage de règles de droit privé plus souples, moins restrictives et moins contraignantes lors d'opérations à caractère commercial.

Cependant, l'actuel code des marchés publics a soumis les établissements publics au code des marchés (à l'exception de ceux exclus par arrêté) : ils deviennent assujettis à ces règles sans qu'il y ait une distinction entre les établissements publics à caractère administratif et les autres à caractères commercial et industriel (non exclus), ce qui constitue une entrave à la démarche commerciale pour ces deux dernières catégories d'établissements.

§4- Les services de l'Etat gérés de manière autonome

L'autonomie formelle des services de l'Etat gérés de manière autonome (S.E.G.M.A.) ne signifie pas que l'établissement et le fonctionnement de leurs budgets ne constituent pas un élément parmi d'autres du budget de l'Etat (articles 2 et 3 du décret Royal n° 183-68 du 07/08/1968).

Dans les S.E.G.M.A. à **seule autonomie financière**, le service public est une structure dotée **d'organes propres** mais qui ne dispose pas de la personnalité juridique ; toutefois ce type de S.E.G.M.A. reste intégré à l'entité publique, comme dans la régie directe. Le S.E.G.M.A. est un organisme individualisé, mais qui ne dispose pas de personnalité morale propre qui lui permette d'avoir un patrimoine et d'ester en justice.

Néanmoins, ses recettes et ses dépenses sont individualisées dans un budget distinct, **intégré et annexé** à celui de l'Etat et elle dispose d'un organe de direction qui est l'ordonnateur. La création d'une telle entité entraîne une compétence totale et non résiduelle de la part de son ordonnateur. Dans ce cas, l'essentiel des pouvoirs est conservé par l'ordonnateur.

A cet égard, l'article 10 de la décision du Conseil constitutionnel du 24 octobre 1998 indique : « *Considérant que cet article prévoit, d'une part, que constituent des **services de l'Etat gérés de manière autonome** les services de l'Etat non dotés de la personnalité morale, dont certaines dépenses, non imputées sur les crédits du budget général, sont couvertes par des ressources propres et prévoit, d'autre part, que ces services sont dotés de budgets autonomes ;*

Considérant qu'il ressort de ces dispositions qu'il s'agit d'une dérogation aux principes de l'universalité du budget et de non affectation de certaines ressources à certaines dépenses, ce qui implique que les budgets des services de l'Etat gérés de manière autonome doivent être intégrés dans la loi de finances à l'instar de ce qui est prévu pour les comptes spéciaux du Trésor et les budgets annexes jusqu'à la suppression de ceux-ci ;

Considérant que cet article 10, en prévoyant la création, pour lesdits services, de budgets autonomes en dehors du cadre de la loi de finances, soustrait une composante de cette loi des compétences du Parlement et déroge, en conséquence, aux dispositions du premier alinéa de l'article 50 de la Constitution. »

Les principes de la comptabilité publique s'appliquent donc à ces budgets, et les opérations de deniers et de matière sont constatées dans les écritures tenues par un comptable assignataire rattaché au comptable supérieur de l'État (article 65 du décret du 21/04/67 relatif à la comptabilité publique).

Ces éléments permettent l'application de facto des dispositions du code des marchés publics.

Chapitre II : Parties et partenaires

Un marché public, comme il a été signalé plus haut, est un contrat synallagmatique ou bilatéral qui nécessite l'obligation réciproque des contractants les uns envers les autres. Cette réciprocité entraîne l'engagement d'une part d'une personne publique et d'autre part, le plus souvent, d'une personne privée.

La préparation et l'exécution du marché impliquent l'intervention de plusieurs acteurs: ceux qui sont impliqués directement dans la formation du contrat, soit les contractants, maîtres d'ouvrage et titulaires du marché, et ceux qui sont impliqués dans **l'exécution et la gestion** du contrat. On peut citer en premier lieu le sous-traitant, les cotraitants ensuite et le comptable, qui est à la fois partie en tant que contrôleur des engagements de dépenses et partenaire en tant que caissier payeur. L'architecte joue un rôle en amont et éventuellement en aval ; il est chargé de la préparation et de la conduite des travaux sur la base d'un contrat avec le maître d'ouvrage.

La qualité de la personne publique, maître d'ouvrage, est exclusivement administrative et fonctionnelle. Son rôle est de choisir, dans le respect des règles de droit en vigueur, la procédure d'achat appropriée et de la mener à bien sous sa responsabilité.

Le maître d'ouvrage est défini comme une personne morale adjudicataire à qui incombent plusieurs missions et responsabilités en matière de marchés publics (préparation, exécution et extinction du marché).

S'agissant de la possibilité pour les autorités compétentes de déléguer leur signature ou leur compétence, rien n'est prévu par le code des marchés publics. Les modalités de délégation relèvent, en effet, exclusivement des

textes organiques ou statutaires applicables à la personne publique en cause.

Ces délégations n'ont pas d'incidence sur la nature et le niveau des besoins à prendre en compte, qui sont tous deux préalablement définis par la personne publique selon les règles fixées par le code des marchés publics.

Section 1 **Les parties**

Tout marché est un contrat synallagmatique qui produit des effets à l'égard de ses cocontractants : l'administration tout d'abord, mais aussi le titulaire du marché qui peut être une personne privée ou publique.

§1- Le maître d'ouvrage

C'est la personne publique qui fait juridiquement partie du marché et pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés. Il s'agit en fait de l'autorité qui, au nom de l'un des organismes publics soumis aux règles du C.M.P., passe le marché avec l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire.

L'article 4-11 du décret du 20/03/2013 définit cette autorité en tant que « Maître d'ouvrage: autorité qui au nom de l'un des organismes publics visés à l'article 2 du C.M.P. passe le marché avec l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services. » Cette autorité peut être désignée en tant que telle, en fonction de sa forme juridique : l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public.

Il s'agit d'une **personne morale** qui donne l'ordre pour lequel est réalisé le produit et qui remplit dans ce cas une fonction d'intérêt général dont elle est investie et en conséquence elle ne peut se démettre. Elle est **responsable** de la bonne fin du projet. C'est le maître d'ouvrage qui formalise le projet, identifie et définit les besoins. Les règles d'exécution des marchés de travaux publics lui confèrent un rôle prépondérant dans la conduite des opérations de réalisation des prestations contractualisées.

Quant à **l'autorité compétente** qu'est une **personne physique**, l'article 64 du décret du 21 avril 1967 portant règlement général de la comptabilité publique indique que « de droit, les Ministres sont ordonnateurs », l'article 2 de la loi 45-08 du 18/02/2009 relative à l'organisation des finances locales désigne le président du conseil communal comme ordonnateur, l'article 8 de la loi 69-00 du 11/11/2003 relative au contrôle des établissements publics définit le directeur de l'établissement public en tant qu'ordonnateur chargé d'engager, liquider, mandater et approuver les marchés.

Pour les **services déconcentrés** de l'Etat, deux cas sont possibles : s'ils dépendent du Wali ou du Gouverneur, c'est l'un d'eux qui, après avoir défini le niveau auquel chacun des besoins devra être pris en compte, désigne les personnes responsables du marché ; si les services déconcentrés ne relèvent pas du Wali ou du Gouverneur, c'est le Ministre de tutelle qui en a la charge. Cela ne fait pas obstacle à ce que le Ministre définisse des politiques d'achat pour l'ensemble de ces services.

Pour les établissements publics, qui ont des statuts très diversifiés, l'autorité compétente est le directeur. Il lui appartient donc de désigner les personnes habilitées à accomplir les démarches relatives, soit pour la conclusion des marchés, soit pour d'autres actes. Toutefois, il convient dans ce cas de se référer aux textes statutaires propres qui régissent chacun de ces établissements.

En ce qui concerne les collectivités territoriales, en principe, l'autorité compétente est l'assemblée délibérante ou l'exécutif local qui peut se faire représenter, sauf pour la signature du marché, selon les conditions autorisées par les textes.

A cet égard, il convient de se référer à l'arrêté n° 3610-13 du 12/12/2013 du Ministre de l'Intérieur ainsi qu'aux règles de la charte communale de 2009, laquelle précise les dispositions régissant les compétences en la matière des différents organes d'une collectivité.

Il s'agit en fait d'une personne responsable du marché et son rôle est de choisir, dans le respect des règles de droit en vigueur, la procédure d'achat appropriée et de la mener à bien sous sa responsabilité. C'est la personne physique ou son représentant qui est responsable de la bonne passation et de l'exécution des marchés publics.

La notion de personne **responsable du marché** ne doit pas être confondue avec la notion la **personne publique acheteuse**, qui correspond au maître d'ouvrage au sens de l'article 4 du code des marchés.

La personne responsable du marché et la personne publique acheteuse peuvent être le propriétaire de l'ouvrage ; c'est le cas général, mais ce peut être une autre personne publique qui se voit confier la maîtrise de l'ouvrage. L'article 161 du décret du 01/07/2013 évoque la notion de maître d'ouvrage délégué.

§2- Le maître d'ouvrage délégué

Conformément à l'article 164 du code des marchés publics (C.M.P.), un maître d'ouvrage délégué est un organe ou une personne mandatée par le

maître d'ouvrage afin d'entamer les démarches relatives à la conclusion et l'exécution, en son nom et pour son compte, du contrat de marché public ou de délégation de service public.

La désignation du maître d'ouvrage délégué est opérée selon que la mission est confiée à une administration ou à un établissement public, une société d'Etat ou une filiale publique. Dans le premier cas et conformément à l'article 161 du C.M.P., c'est au ministre concerné ou au directeur de l'établissement public de désigner le maître d'ouvrage délégué sur la base d'une **convention**. Dans le second cas, la désignation est opérée par une **décision du Chef du Gouvernement** et sur **l'avis du Ministre chargé des Finances**.

Le maître d'ouvrage délégué dans ce cas-là est une administration, un organisme public ou parapublic, ce qui exclut la désignation d'une personne privée comme maître d'ouvrage délégué.

Il s'agit d'un « **mandat** » ou d'une « **procuration**. » On désigne ainsi à la fois **le pouvoir** et le **document** par le biais duquel ce pouvoir est transmis. Concrètement, c'est sur la base d'une convention ou d'une décision par laquelle une personne publique donne à une autre le pouvoir d'accomplir pour elle un ou plusieurs actes de nature juridique.

La délégation de maîtrise d'ouvrage est ainsi confiée sur la base d'un écrit qui fixe de manière exhaustive les missions à exécuter pour le compte du maître d'ouvrage.

La lecture de l'article 161-1-§4 montre qu'il s'agit d'un **mandat** dans la mesure où il « **représente le maître d'ouvrage** à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées » ; en outre, il n'est responsable que de « **la bonne exécution des attributions** dont il a été chargé. » Il y a donc une délégation de compétences dans la démarche du maître d'ouvrage et le maître d'ouvrage délégué intervient en qualité de mandataire du maître d'ouvrage et non pas en qualité de simple conseiller de celui-ci.

L'article 161-1-§2 indique que le délégué définit les conditions administratives et techniques de l'ouvrage qui sera étudié et exécuté, élabore et signe les différents contrats, la passation des marchés et en conséquence veille au choix des entreprises et des fournisseurs, prépare et gère leurs marchés, s'occupe de la gestion financière et administrative de l'opération.

A cet effet, il s'assure de la faisabilité de la mise en œuvre du projet sous tous les aspects organisationnels, juridiques et de la planification budgétaire ; il garantit la coordination et le pilotage durant toute la durée de vie du projet, contrôle et réceptionne les prestations fournies par le maître d'œuvre - et

agrée les sous-traitants le cas échéant - depuis les phases de spécifications d'avant-projet, de rédaction des cahiers des charges jusqu'aux dossiers des ouvrages exécutés.

Ainsi, à partir du moment où l'article 161 indique, lors de l'approbation et de la notification d'un décompte général, que la réception de l'ouvrage entre dans la mission du maître d'ouvrage délégué, il appartient à celui-ci de s'assurer que ce document, le décompte général, n'est pas entaché d'erreurs ou d'omissions qui ne devraient pas échapper à un professionnel, faute de quoi il engage sa responsabilité en cas d'erreur dans le décompte général.

Cependant, lorsque la convention stipule que la réception de l'ouvrage ne peut intervenir qu'après accord exprès de la collectivité ou que le maître d'ouvrage manifeste d'une manière claire et sans équivoque son refus de procéder à la réception de l'ouvrage, dans ce cas, il ne peut y avoir réception de ce dernier sans leurs accords explicites, et ce en application de l'article 161-2-h qui dispose que la convention prévoit notamment « les conditions d'agrément des avant-projets et de réception de l'ouvrage. »

Dans l'éventualité d'un différend, il appartient au maître d'ouvrage délégué d'ester en justice et de conduire les actions devant les juridictions compétentes pour le compte de son mandataire ; il doit aussi accomplir toutes les diligences dans le respect des dispositions juridiques applicables, faute de quoi il endosse la responsabilité.

§3- La personne privée attributaire

Afin d'exécuter les travaux ou les prestations, l'administration est amenée à faire appel à des personnes privées et à passer des contrats avec elles sur la base de la liberté d'accès à la commande publique prévue par le décret.

En principe, les personnes privées ne rentrent pas dans le champ d'application des règles du code des marchés publics (C.M.P.). Mais dès que la personne privée devient titulaire du marché, elle se voit tenue de respecter les règles du décret sur les marchés publics. A ce titre le prestataire pourra se voir opposer les règles prévues par les lois et les règlements en vigueur en cas de manquement à ses obligations.

L'implication de la personne privée commence tout d'abord avec l'acte d'engagement qui est destiné à devenir la pièce maîtresse du marché. Il doit être signé par une personne habilitée à engager l'entreprise. La signature confirme que le « concurrent » a accepté toutes les conditions qui ont été exposées par la personne publique dans les documents de la

consultation. Cette signature est obligatoire. Si l'acte ***n'est pas signé, l'offre du concurrent est réputée comme inexistante*** et de ce fait irrecevable. La personne publique n'a aucune obligation de demander à un concurrent de lui renvoyer un acte signé en cas d'omission.

Par « ***personne habilitée à engager l'entreprise*** », on entend le chef d'entreprise d'une entreprise individuelle ou le représentant légal d'une société. Il s'agit donc de la personne qui est mentionnée comme telle au registre du commerce : il est ainsi le gérant d'une S.A.R.L., le P.D.G. ou le directeur général d'une société anonyme. En effet, si la personne habilitée à engager la société a le statut de ***dirigeant***, un extrait du ***registre du commerce*** peut justifier de son pouvoir à engager la société. S'il s'agit d'une ***autre personne***, il faut nécessairement ***une délégation de pouvoir***.

A cet égard il faut noter qu'au moment de la liquidation et du mandatement de la créance, le nom auquel les montants doivent être réglés et qui figure dans le contrat du marché doit être le même que celui au nom de qui les montants sont libellés, car souvent on constate une discordance entre le nom du contractant et celui du bénéficiaire porté sur l'ordre de virement, d'où le rejet de la dépenses par le comptable. Il s'agit de respecter ***le caractère libératoire*** de la dépense.

L'article 4 du C.M.P. liste deux catégories de personnes privées appelées à participer, à contracter ou à exécuter le marché. La première catégorie fait référence au ***concurrent***, qui peut être toute personne physique ou morale qui propose une offre en vue de la conclusion d'un marché. La deuxième catégorie fait une distinction entre un ***attributaire*** et un ***titulaire*** selon que l'approbation du marché est notifiée ou non. L'***attributaire*** est un concurrent dont l'offre a été retenue mais dont l'approbation n'a pas été notifiée. Il reste lié par son engagement jusqu'à l'expiration du délai prévu par l'article 15-3 du décret. En revanche, le ***titulaire*** d'un marché ***notifié*** est lié définitivement à l'administration et le refus d'exécuter le marché entraîne des sanctions.

§4- La personne publique attributaire

Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate doivent être en harmonie avec les principes édictés par le code des marchés, notamment le principe de la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique.

Pour que la personne publique ne bénéficie pas de certains atouts qui faussent les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre la personne publique qui soumissionne et les autres candidats, elle devra être en mesure de justifier que le prix qu'elle propose a été déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. A part ces réserves minimales, rien ne s'oppose à la participation d'une personne publique à une soumission.

§5- L'architecte

Le recours à un architecte pour la réalisation de bâtiments à usage public est obligatoire. Le domaine de son intervention est encadré par différents textes, notamment la loi du 12/07/1991 relative à l'urbanisme, et les dispositions de l'article 89 du C.M.P. notamment le paragraphe 2 qui prévoit que « Les prestations architecturales sont conclues sur la base d'un contrat d'architecte qui fixe les clauses administratives, techniques et financières applicables à la prestation à exécuter. »

La lecture du contenu de l'article 4 du contrat type annexé à l'arrêté n° 1874-13 du 13 novembre 2013 permet de dégager les grandes lignes du rôle du maître d'ouvrage et la mission confiée à l'architecte qui devient maître d'œuvre.

A cet effet, l'architecte se voit attribuer une **mission principale** qui découle des stipulations contractuelles et une **mission accessoire** qui résulte de sa formation et de son expérience, qui pallie le manque de connaissances techniques chez les maîtres d'ouvrage.

La **mission principale** comprend essentiellement la conception de l'œuvre, l'assistance du maître d'ouvrage sur les plans administratif (étude et rédaction du projet), professionnel (direction, contrôle et surveillance de l'exécution) et technique (calcul et contrôle des ouvrages de béton armé).

Sans nul doute, la conception de l'ouvrage est le fondement de la mission de l'architecte, **maître d'œuvre**. Cette mission engage la responsabilité de l'architecte en cas de défaut et de vice de construction.

La conception du projet débouche sur un avant-projet, puis sur un projet définitif appelé aussi dossier d'exécution. C'est ce projet qui permet aux entrepreneurs de mieux appréhender l'étendue et la consistance des

travaux à exécuter éventuellement. Il est constitué d'un dossier de plans et de détails d'exécution et d'un dossier de consultation.

Sur le plan administratif, l'architecte est amené à assister le maître d'ouvrage dans la mise en forme et le dépôt de la demande de permis de construire ainsi que dans le lancement du marché. A ce niveau, l'architecte se limite à assister le maître d'ouvrage dans l'accomplissement de ses démarches administratives et ne se substitue nullement à lui.

Aussi, il incombe essentiellement à l'architecte de diriger et de surveiller l'exécution des travaux. Cette obligation implique sa présence sur le chantier, faute de quoi le maître d'ouvrage doit sommer l'architecte par une mise en demeure pour manquement à cette obligation.

Le maître d'ouvrage délivre l'ordre de service portant ouverture du chantier ; mais ce document est contresigné par l'architecte qui, dans le cadre de sa mission de direction, doit communiquer aux entrepreneurs toutes les directives qui portent sur les « aspects techniques et architecturaux. »

La direction et la surveillance des travaux par l'architecte consistent à veiller à ce que les ouvrages soient exécutés conformément aux plans, devis et autres prescriptions.

C'est une mission qui engage la responsabilité de l'architecte, non seulement au regard de son éventuelle impéritie ou défaut de prévoyance à l'occasion de l'établissement de ses plans, mais encore concernant les négligences et les fautes apportées à la construction **réalisée sous sa responsabilité et sous sa surveillance**. A cet effet et en vertu de l'article 55-5 §2 du contrat d'architecte, l'approbation par le maître d'ouvrage des rapports ou des documents relatifs à l'exécution de chaque mission ou phase du marché « ne dégage pas l'architecte de sa responsabilité contractuelle telle qu'elle résulte des clauses du contrat. »

La **mission accessoire** réside dans l'obligation d'assistance au maître d'ouvrage, une mission qui découle du code des devoirs professionnels de l'architecte et qui fait de lui le **guide et le conseiller de son client**.

En effet, avant de procéder à l'élaboration de l'avant-projet, le maître d'ouvrage doit exprimer ses besoins, ses souhaits, les impératifs que recouvre la commande publique. Ces impératifs doivent être matérialisés par un programme élaboré en principe par le maître d'ouvrage pour l'architecte en vue d'une conception qui reflète les contours du projet. Le programme de l'ouvrage dans ce cas est un élément clé et une pièce maîtresse du

processus par lequel le maître d'ouvrage définit les objectifs de l'opération à réaliser et précise ses exigences.

Or, eu égard à la complexité de la tâche, c'est vers l'architecte que le maître d'ouvrage se tourne afin d'élaborer ce programme ou de le compléter.

Section 2

Les partenaires

Il s'agit des personnes impliquées dans l'exécution du marché, que ce soit au niveau de la réalisation (cotraitant, sous-traitant) ou du paiement (comptable).

§1- Le comptable

Les opérations financières publiques incombent aux ordonnateurs et aux comptables publics en application du principe de la séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable. Ces deux principaux responsables chargés d'exécuter les dépenses publiques sont justiciables devant les différentes juridictions financières.

En vertu de l'article 25§2 de la loi n° 62-99 formant code des juridictions financières du 13 juin 2002, les comptables publics sont tenus de produire annuellement des comptes de services de l'Etat dans les formes prévues par la réglementation en vigueur. L'article 37§2 prévoit que lorsque la Cour des comptes établit l'existence d'irrégularités à la charge du comptable, elle lui enjoint par un arrêt provisoire de produire par écrit ses justifications.

Responsable d'une manière personnelle et pécuniaire des opérations de dépenses effectuées dans le cadre de l'exécution d'un marché public, le comptable joue donc un rôle prépondérant dans l'exécution des dépenses des organismes publics et il doit procéder aux contrôles qui s'imposent par l'ordonnancement juridique.

En ce qui concerne les marchés publics, le processus de la préparation et de l'exécution des marchés publics est coordonné par le comptable selon une panoplie juridique variée. On peut citer tout d'abord les textes de base, notamment le code des marchés et le cahier des clauses administratives générales, ensuite un ensemble de règles édictées par le décret 2.07.1235 du 04 novembre 2008 relatif aux dépenses de l'Etat, le décret du 21/04/1967 tel qu'il est modifié, portant règlement général de comptabilité publique, la nomenclature des pièces justificatives, et enfin des règles qui relèvent d'une réglementation particulière et qui portent sur la prescription quadriennale, le nantissement et la cession des créances, les oppositions juridiques et

autres empêchement, ainsi que certaines dispositions sur les garanties financières.

Si le choix de la procédure de passation d'un marché relève de la compétence de l'ordonnateur, les modalités du déroulement du processus de ce choix sont contrôlées par le comptable en **amont**, lors de la préparation du marché, mais aussi lors de la séance d'ouverture des plis - c'est **la phase administrative** - et en **aval**, au moment du paiement, jusqu'à l'extinction de la dépense, c'est-à-dire lors de la **phase comptable**.

Au niveau de la phase administrative, il faut s'assurer tout d'abord de la présence d'un contrat valide et clair. Ensuite le contrôle doit se contenter de savoir si le choix du mode de passation a été effectué conformément aux dispositions du décret du 20/03/2013, si les pièces du dossier d'appel d'offres sont conformes aux modèles types prévus par l'arrêté du Ministre chargé des Finances pris sur la base de l'article 160 du C.M.P., en veillant au respect de certaines formalités telles que le contenu de l'avis d'appel d'offres, la définition de la prestation, le contenu du CPS.

D'autres vérifications doivent être observées, notamment l'objet, le lieu et les dates d'exécution et d'achèvement de la prestation, la nature des prix (révision des prix, bordereau des prix).

La phase comptable intervient au moment du commencement des travaux et avec l'envoi des factures ou des décomptes par le maître d'ouvrage pour règlement.

Au regard des dispositions de l'article 11 du décret du 21/04/1967 D.C.P., rappelées par l'article 37 du code des juridictions financières, le comptable doit effectuer les contrôles nécessaires, notamment le service fait, en vérifiant la présence des visas préalables d'engagement, la qualité de l'ordonnateur, selon laquelle le contrat a été signé et approuvé par une autorité compétente, mais aussi la validité des pièces justificatives, en vérifiant notamment qu'elles ont été signées par une personne habilitée à procéder à cette formalité.

Le rôle du payeur comptable implique de vérifier le caractère libératoire de la dépense, l'absence des créances cédées, l'application de facto des pénalités de retard dans le cas du dépassement du délai d'exécution des prestations prévu par le marché en cas d'inertie de l'ordonnateur.

Une autre catégorie de contrôle résulte des stipulations contractuelles. A cet effet, le comptable doit constater que la créance n'est pas valide si

les prestations liquidées n'étaient pas prévues par le contrat. Le comptable, dans ce cas, doit suspendre le paiement.

§2- Le co-traitant

Plusieurs entreprises peuvent co-traiter un marché. Selon cette hypothèse, le marché est acquis par chacune d'elles pour la part qui lui revient. La procédure vise à confier l'exécution d'un marché ou d'une partie du marché à un groupement prévu par l'article 157 du C.M.P.

Il s'agit d'un mode d'organisation qui permet aux entreprises de s'organiser afin de présenter une offre unique. Un candidat à un marché public peut se présenter avec toute liberté, seul ou en groupement, et l'administration ne peut interdire aux entreprises de présenter leur offre en groupement : «Le maître d'ouvrage ne peut limiter la participation aux marchés qu'il lance, exclusivement, aux groupements ni exiger la forme du groupement. » Le code des marchés publics a consacré ce principe de liberté de groupement des entreprises par l'article 4-10, qui définit le groupement comme étant constitué de « deux ou plusieurs concurrents qui souscrivent un engagement unique » ; quant à l'article article 157§1, il dispose que «**les concurrents peuvent constituer des groupements** pour présenter **une offre unique.**» Dans ce cas, il faut préciser dans le dossier de candidature que l'entreprise répond au marché au sein d'un groupement.

C'est un regroupement d'opérateurs économiques, c'est-à-dire un groupe d'entreprises **dépourvu de la personnalité juridique** qui mettent en commun leurs capacités financières, professionnelles et techniques, pour la passation et l'exécution d'un marché public. Lorsqu'un marché est complexe et fait appel à différents métiers, plusieurs entreprises peuvent se grouper afin de répondre à l'appel d'offres.

Cependant, il n'est pas exigé de chaque membre du groupement qu'il ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché. En conséquence, cette disposition permet aux petites et moyennes entreprises de participer à des marchés auxquels, toutes seules, elles n'auraient pas pu prétendre faute de satisfaire à toutes les exigences.

Néanmoins, pour la réussite de cette formule, les entreprises doivent avoir les mêmes spécialités, ce qui leur permettrait de se substituer aisément les unes aux autres en cas de défaillance de l'une d'entre elles, contrairement au cas de figure d'un groupement d'entreprises de différentes spécialités.

Les règles et les conditions qui gouvernent le fonctionnement de la constitution et de la participation des groupements sont précisées par l'article 157 du C.M.P.

qui s'interroge en même temps sur la possibilité d'évolution du groupement partenaire de la personne publique, au stade de la procédure des sélections des candidatures et des offres, puis au stade de l'exécution du contrat.

D'autre part, le paragraphe 3 de l'alinéa C **interdit** aux concurrents dans le cadre de la même procédure **de présenter plusieurs offres** en agissant à la fois en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements, ou bien en qualité de membres de plusieurs groupements.

A. Les différentes formes de groupement

Conformément à l'article 157§1 du C.M.P., il existe deux formes de groupement : « Le groupement peut être soit conjoint, soit solidaire.»

a. Le groupement est solidaire lorsque chacun des prestataires de service membres du groupement, c'est-à-dire tous ses membres, **s'engagent solidairement** pour la réalisation du marché vis-à-vis du maître d'ouvrage. **Cet engagement** financier et solidaire porte sur **la totalité du marché**. L'acte d'engagement indique le montant ainsi que l'ensemble des prestations du marché que les membres du groupement décident solidairement de réaliser, car les membres du groupement ont la même compétence.

Les entreprises ayant formé un groupement solidaire pour l'exécution du marché dont elles sont titulaires sont réputées se représenter mutuellement dans toutes les instances relatives aux obligations attachées à l'exécution de ce marché.

A cet effet, si une entreprise n'est pas en mesure d'assumer l'exécution de la part qui lui a été attribuée, les autres entreprises du groupement se substituent à elle pour assurer la réalisation de la part de l'entreprise considérée comme défaillante. Cette obligation peut poser des difficultés dans le cas des marchés cadre, dans la mesure où, par définition, les besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement déterminés à l'avance.

b. Le groupement est conjoint lorsque chacun des prestataires de service membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées par le marché. A cet égard, le candidat doit indiquer le montant et la répartition détaillée des prestations à exécuter par chacun des membres du groupement.

En effet, ce qui caractérise ce type de groupement, c'est que dans le cadre d'un groupement conjoint, les entreprises membres du groupement ont des compétences complémentaires. Ils sont alors des **co-traitants** et s'engagent à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de leur être attribuées dans le marché ; celui-ci est donc divisé en lots techniques.

Ainsi, chaque entreprise ne s'engage que pour la seule partie qu'elle exécute selon l'acte d'engagement. Et l'acte d'engagement indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chaque membre du groupement va exécuter.

L'acte d'engagement (qui a seul valeur contraignante, contrairement au bordereau des prix unitaires) est donc unique ; il est signé par l'ensemble des entreprises du groupement ou par le seul mandataire de celui-ci, s'il dispose de l'habilitation pour représenter les entreprises.

Quant à la solidarité entre les entreprises, il n'y en a pas en principe sauf à l'encontre du maître d'ouvrage, c'est-à-dire que seul ce dernier peut l'invoquer et elle ne peut pas profiter aux autres membres du groupement ni aux tiers tels que les fournisseurs et les sous-traitants, ou encore les organismes étatiques.

Ceci implique que les entreprises qui participent au groupement conjoint sont responsables uniquement quant à la partie qu'elles exécutent. A cet effet, l'entreprise attributaire d'une partie du marché n'est pas tenue pour responsable quant à l'inexécution de la prestation des autres entreprises du groupement.

Toutefois, l'article 157-C§2 dispose que «Lorsque le marché est passé par appel d'offres avec présélection ou sur concours, la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de la remise des candidatures et celle de la remise des offres.» Cette disposition laisse supposer que le maître d'ouvrage peut demander au groupement de changer de forme une fois que le marché lui a été attribué, s'il juge que cette transformation a pour objet de garantir la bonne exécution du marché. La forme imposée est, dans ce cas, mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation.

Cependant il y a lieu de remarquer que, d'une part, le maître d'ouvrage doit être vigilant, dans la mesure où une modification de groupement conjoint en groupement solidaire doit être opérée compte tenu de cet impératif selon lequel les entreprises du groupement doivent avoir la possibilité d'exécuter l'intégralité du marché ; d'autre part, les entreprises doivent être attentives car la transformation de la forme du groupement comporte des conséquences importantes en termes d'engagements juridiques et financiers.

Le groupement n'a donc pas de capacité juridique, abstraction faite de sa forme (solidaire ou conjoint), dans la mesure où, dans les deux cas, les entreprises doivent « justifier individuellement de capacités juridiques » au moment du dépôt de leurs candidatures, ce qui implique le respect de

l'intégrité du prestataire membre du groupement, sauf en cas de mise en liquidation ou de redressement judiciaire, ou dans le cas où le membre du groupement est dans l'impossibilité d'accomplir les prestations.

En conséquence, le groupement lui-même n'est pas titulaire du marché et le mandataire du groupement n'est pas non plus l'unique cocontractant. Dans ce cas, les membres du groupement peuvent demander au maître d'ouvrage de continuer sans l'entreprise défaillante objet des mesures juridictionnelles, et le cas échéant peuvent exiger de pouvoir faire appel à un sous-traitant.

B. La formalisation des liens juridiques

Quelle que soit la forme du groupement, une **convention** doit être signée et un **mandataire** doit être désigné pour représenter l'ensemble des membres et coordonner les prestations. Cependant, un concurrent ne disposant pas d'un certificat d'agrément ou d'un certificat de qualification et de classification n'est pas admis à participer en groupement conjoint ou solidaire aux marchés de travaux soumis à un système de qualification et de classification tel que prévu par la réglementation en vigueur.

• La convention

La co-traitance repose sur une logique de partenariat. En vertu de l'article 157-C§4 du CMP, « Chaque groupement doit présenter, parmi les pièces du dossier administratif, une copie légalisée de la **convention de la constitution** du groupement. Cette convention doit être accompagnée d'une note indiquant notamment l'objet de la convention, la nature du groupement, le mandataire, la durée de la convention, la répartition des prestations, le cas échéant. » A ce titre, la convention est conclue sous l'égide du code des obligations, notamment l'article 879 et suivants, afin de fixer la nature des liens juridiques, particulièrement les modalités de la solidarité entre les entreprises membres du groupement et les pouvoirs qu'ils entendent octroyer au mandataire ; ainsi, ils peuvent limiter ou élargir les capacités de représentation du groupement, ou encore aménager ses responsabilités et éventuellement décrire la répartition des prestations.

• Le mandataire

Dans un groupement conjoint, **aucune solidarité** entre les membres n'est requise. Cependant, le maître d'ouvrage peut obliger le mandataire à être solidaire des prestataires membres du groupement, mais uniquement s'il le prévoit dans le marché, puisque conformément à l'article 153 du code civil, « La solidarité ne se présume pas ; elle doit être la conséquence nécessaire de la nature de l'affaire. » A cet égard, pour qu'il y ait solidarité du mandataire vis-à-vis des autres co-traitants, il faut :

- soit une mention expresse relative à cette solidarité dans la convention ;
- soit une référence au C.P.S. comportant cette clause, qui acquiert dès lors une valeur contractuelle.

L'article 157-A-§2 énonce que dans un groupement conjoint, «L'un des membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du maître d'ouvrage » et en l'absence de mandat de chaque entreprise, le groupement pourrait être considéré comme s'il n'existait pas, en conséquence chaque entreprise est considérée comme soumissionnaire à part entière.

Le mandataire désigné n'est pas habilité à signer à la place des membres du groupement les documents suivants : le C.P.S., l'offre financière et technique du groupement ou une quelconque modification ultérieure du marché public. Dans ce cas, tous les membres du groupement devront signer la lettre de candidature ainsi que l'offre du groupement. Cependant, le mandataire ne peut signer à la place de l'ensemble des membres du groupement sauf si « Celui-ci (le mandataire) justifie des habilitations sous forme de **procurations légalisées** pour représenter les membres du groupement lors de la procédure de passation du marché. » Toutefois, le mandataire étant le représentant du groupement auprès du maître d'ouvrage, les ordres, courriers, demandes effectuées par le maître d'ouvrage sont réputés avoir été donnés à tous les membres du groupement. De même, les courriers envoyés par le mandataire sont réputés avoir été envoyés par l'ensemble des membres du groupement. Etant donné qu'il n'est pas le mandataire du maître d'ouvrage, c'est donc un contrat de mandat à qualifier de « sui generis. »

Toutefois, cette solidarité n'est pas sans limite, même si conformément à l'article 157-A-§3 « Le mandataire est également solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du maître d'ouvrage pour l'exécution du marché. » Ceci signifie que la solidarité du mandataire s'arrête à la fin du contrat. En cas de sinistre pendant les périodes de garantie, le maître d'ouvrage doit s'adresser à chaque co-traitant pour la part de la mission qu'il a personnellement effectuée.

Cette référence au C.M.P. étant courante, la solidarité du mandataire envers les cotraitants est souvent appliquée dans le cas du groupement conjoint ; les entreprises ne sont ici responsables que des prestations qui leur incombent. De ce fait, chaque prestataire ne doit fournir que des garanties individuelles et proportionnelles à l'ampleur de la mission qui lui est confiée.

Une question sous-jacente peut être posée : qui est responsable de la garantie décennale dans les différents cas de groupement ? En effet, quelle

que soit la forme du groupement, conjoint ou solidaire, celui-ci ne jouit pas de la personnalité juridique et c'est donc à chacun des membres du groupement d'assurer la garantie décennale pour les prestations qu'il a lui-même exécutées.

Néanmoins, la jurisprudence en France a reconnu que la responsabilité du mandataire est limitée aux relations contractuelles sans possibilité de faire jouer la solidarité du mandataire dans les actions en responsabilité extracontractuelle. Ainsi, pendant la durée de garantie de parfait achèvement, une action en responsabilité décennale contre le mandataire pour une défaillance d'un des membres n'est pas recevable par le juge. Par voie de conséquence, la mission et la responsabilité du mandataire s'achèvent à la fin du délai d'un an de la garantie de parfait achèvement ou à la réception si cette garantie n'est pas applicable. Dès lors, le maître d'ouvrage ne peut exercer la garantie décennale que contre les prestataires eux-mêmes.

Comme dans le cas du groupement conjoint, la désignation d'un mandataire dans le cas du groupement solidaire est obligatoire. Sa responsabilité n'est ici que contractuelle et dure tant que le délai de sa mission de représentation n'est pas écoulé, jusqu'à l'expiration du délai de garantie ; elle n'inclut donc pas la responsabilité décennale qui est d'origine légale. Néanmoins, si les membres du groupement s'engagent à réparer solidairement les dommages, cela implique que la représentation par le mandataire ait été retenue au-delà de la période de garantie.

Lorsque le mandataire est solidaire, il doit fournir toutes indications nécessaires au maître d'ouvrage afin de répartir équitablement les pénalités de retard le cas échéant, faute de quoi c'est au mandataire de les supporter intégralement. Enfin, c'est lui seul qui est compétent pour signer le procès-verbal unique de réception des travaux, ce qui n'est évidemment pas le cas dans le cadre d'un groupement purement conjoint.

Cependant, quel que soit le cas, le mandataire doit respecter les règles propres au contrat de mandat vis-à-vis des cotraitants. Quant à ses relations avec le maître d'ouvrage, sa mission se limite à la réalisation d'actes de gestion et de coordination des prestations, et non d'actes juridiques.

En ce qui concerne un **mandataire défaillant**, les membres du groupement doivent proposer à la personne publique un nouveau mandataire parmi eux, comme le prévoit la réglementation.

A cet égard, le maître d'ouvrage a l'obligation d'informer le comptable assignataire du changement intervenu dans la gestion des règlements effectués au profit du groupement.

Lorsque le mandataire du groupement conjoint est un mandataire solidaire de chacun des membres du groupement pour leurs obligations contractuelles, sa responsabilité peut être engagée pour l'ensemble des membres jusqu'à l'expiration des garanties contractuelles ou légales, pour la période couvrant la durée de sa participation au groupement.

Il en est de même lorsque le groupement est solidaire : chaque membre est responsable de la bonne exécution de la totalité du marché, le mandataire placé en situation de liquidation judiciaire ne l'étant que pour les prestations effectuées avant son départ du groupement.

C. Règlement et constitution des garanties

A partir du moment où, dans le cas d'un **groupement conjoint**, chaque entreprise réalise les prestations qui lui sont attribuées, les décomptes sont répartis en autant d'entrepreneurs à payer séparément, et ce à concurrence du montant qui revient à chaque entrepreneur. **Les virements** des sommes dues sont effectués directement **sur le compte de chaque membre** du groupement, ce qui exclut l'obligation d'ouvrir et de tenir un compte bancaire unique.

En revanche, quand il s'agit d'un **groupement solidaire**, un décompte commun est établi et le règlement est effectué sur un **compte bancaire unique**, sauf stipulations contraires prévues par le C.P.S.

C'est le mandataire du groupement solidaire qui est chargé de la gestion de ces fonds. Pour ce faire, il présente les factures et les décomptes relatifs aux travaux et fournit les coordonnées uniques du compte bancaire à créditer dans le C.P.S. Enfin, le mandataire du groupement répartit les montants entre les différentes parties une fois que le maître d'ouvrages décaisse effectivement les fonds. Si c'est un groupement conjoint, chaque membre va toucher directement l'argent résultant des travaux qu'il aura réalisés.

En ce qui concerne la constitution des garanties, lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie est établie au nom **collectif** du groupement. Elle est fournie en principe par le mandataire pour le montant total du marché, y compris les avenants. Lorsque c'est un groupement conjoint, la caution est fournie par **un ou plusieurs membres** du groupement pour la totalité du cautionnement, **en partie par chaque membre** du groupement, de telle sorte que le montant du cautionnement soit souscrit en totalité. En effet, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées.

Ceci étant, les pénalités de retard sont calculées séparément et à l'encontre de l'entrepreneur objet de la sanction dans le cas d'un groupement conjoint, et globalement dans le cas d'un groupement solidaire. Le même mécanisme est adopté pour les intérêts moratoires.

Dans l'éventualité d'une défaillance, le montant dudit cautionnement reste **acquis au maître d'ouvrage**, abstraction faite du membre défaillant.

§3- Le sous-traitant

La sous-traitance est l'opération par laquelle un titulaire du marché confie sous sa responsabilité à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage.

Il s'agit d'un contrat privé qui autorise un entrepreneur à faire exécuter une partie de son marché public par des tiers. Cette convention de droit privé intervient entre l'entrepreneur et son sous-traitant, et ne concerne nullement le maître d'ouvrage.

Le titulaire d'un marché public peut recourir à d'autres entreprises pour exécuter certaines prestations qu'il ne peut pas ou qu'il ne veut pas assurer lui-même à condition de l'acceptation du maître d'ouvrage.

Les conditions dans lesquelles le titulaire du marché peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché sont prévues par l'article 158 du décret du 20/03/2013.

C'est une relation tripartite qui lie contractuellement le titulaire d'un marché public à un sous-traitant pour l'exécution d'une partie du marché et le maître d'ouvrage qui doit donner son aval pour recourir à la sous-traitance.

Cependant le titulaire du marché doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du marché, faire accepter chaque sous-traitant par le maître d'ouvrage.

Ainsi, lorsqu'un élément important change dans la relation entre le titulaire et le sous-traitant déjà agréé, le titulaire doit en informer immédiatement le maître d'ouvrage par lettre recommandée. Quand on parle d'un élément important, il peut s'agir :

- de la nature des prestations sous-traitées ;
- du nom, de la raison, de la dénomination sociale et/ou de l'adresse du sous-traitant proposé ;
- des capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

1. Les modalités de la sous-traitance

Le titulaire du marché jouit d'une liberté totale dans le choix du sous-traitant. Cela signifie que le maître d'ouvrage ne peut pas s'immiscer dans les relations entre le titulaire du marché et le sous-traitant lorsque ce dernier est accepté par lui.

Cependant, le décret par le biais du §1 de l'article 161 a mis en place des **verrous techniques et juridiques** pour recourir à la sous-traitance. C'est ainsi que le maître d'ouvrage peut refuser l'intervention d'un sous-traitant qui n'aurait pas les qualifications requises pour effectuer la prestation objet du marché. Il peut aussi refuser la sous-traitance d'une partie du marché parce qu'il considère que cette partie relève d'un domaine sensible ou qu'elle « porte sur le lot ou le corps d'état principal du marché. »

Le nombre des sous-traitants qui peuvent intervenir dans l'exécution de la partie sous-traitée n'est pas limité et en conséquence le titulaire du marché peut recourir à de nouveaux sous-traitants, mais dans la limite de 50% du montant initial du marché.

Toutefois, si le montant sous-traité est supérieur à celui initialement prévu dans le contrat de la sous-traitance, il faut impérativement avertir le maître d'ouvrage, qui est en droit d'accepter ou de refuser le nouveau montant. Si le maître d'ouvrage donne son aval, il faut procéder à la modification des termes du contrat. En cas d'absence de réponse sous quinze (15) jours, la modification est considérée comme valide.

Le maître d'ouvrage peut également passer sous silence cette modification dans la mesure où l'article 158 §2 du C.M.P. évoque l'obligation du titulaire du marché de notifier seulement «au maître d'ouvrage la **nature des prestations** qu'il envisage de sous-traiter», sans mention d'un quelconque dépassement de montant, à partir du moment où les conditions de sous-traitance sont respectées par le sous-traitant.

2. La qualité du sous-traitant

Le titulaire du marché doit notifier au maître d'ouvrage la nature des prestations qu'il envisage de sous-traiter mais surtout l'identité, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse des sous-traitants. Ce sont les mêmes renseignements prévus par l'article 24 du C.M.P. que doit contenir le rapport d'achèvement de l'exécution du marché établi par le maître d'ouvrage conformément à l'article 164 du C.M.P.

Si le maître d'ouvrage jouit d'un droit de regard pour accepter ou non le sous-traitant ainsi que la partie objet de la sous-traitance, il dispose à cet

effet d'un délai de quinze (15) jours pour donner son accord ou pour notifier son refus motivé au titulaire du marché. Ce délai accordé commence à courir à compter de la date de la réception de la demande adressée au maître d'ouvrage accompagnée de l'accord de principe conclu entre le titulaire et le sous-traitant.

En outre, il doit apprécier toutes les conditions d'exécution de la partie sous-traitée du marché et écarter les sous-traitants qui ne présenteraient pas les garanties suffisantes, notamment lorsque le sous-traitant ne remplit pas les conditions requises.

En effet, le sous-traitant doit remplir les mêmes conditions de capacité et de qualité requises prévues par l'article 24 du C.M.P. ; en l'éventualité d'un refus de la part du maître d'ouvrage, le recours à la sous-traitance est irrégulier.

Si la sous-traitance totale est interdite par le décret, le sous-traitant ne peut pas non plus sous-traiter la partie qui lui a été confiée, ni même une fraction de cette partie.

3. La qualité du contrat de sous-traitance

La qualification du contrat de sous-traitance est une question essentielle puisque le régime de la responsabilité de l'entrepreneur en dépend. La conclusion de ce contrat entre le titulaire et le sous-traitant, ainsi que son acceptation par le maître d'ouvrage, ne modifient nullement les rapports entre l'administration et le titulaire du marché. Il ne dégage pas la responsabilité de ce dernier, qui demeure personnellement responsable de toutes les obligations résultant du marché, tant envers le maître d'ouvrage que vis-à-vis des ouvriers et des tiers.

A cet effet, le titulaire du marché supporte seul les conséquences des malfaçons constatées et il ne peut pas évoquer ou se réfugier derrière la faute du sous-traitant. L'article 158 § 7 dispose que « Le maître d'ouvrage ne se reconnaît aucun lien juridique avec les sous-traitants », ce qui implique que les liens contractuels entre l'entrepreneur et le sous-traitant sont des liens qui les engagent l'un envers l'autre.

Le contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant est un contrat entre deux personnes privées, dont l'un n'agit pas **pour le compte de la personne publique**. Il s'agit en fait d'un contrat dérivé car il est conclu par le cocontractant de la personne publique.

Ceci implique que l'acte de sous-traitance est signé seulement par le titulaire du marché et le sous-traitant. C'est un contrat de droit privé régissant

les relations entre ces deux personnes. Selon un principe jurisprudentiel, un contrat dont aucune personne publique n'est partie ne peut être qu'un contrat de droit privé, et le contentieux relève des tribunaux judiciaires.

L'article 158§6 du code des marchés publics dispose qu'en cas de sous-traitance le titulaire demeure «personnellement responsable» de l'exécution et de toutes les obligations résultant du marché.

Ceci étant, il est nécessaire pour le titulaire d'un marché public de savoir si la prestation dont il confie l'exécution à une autre entreprise relève de la sous-traitance ou de la simple fourniture d'équipements. Ainsi, dans un contrat par lequel le titulaire d'un marché public charge une société de lui **fournir** des matériaux qui peuvent servir pour l'exécution de ce marché, il ne peut être regardé comme confiant au fournisseur l'exécution en sous-traitance d'une partie du marché.

En effet, lors de la réponse à une offre ou de l'exécution d'un marché public, il n'est pas nécessaire de déclarer son fournisseur, par contre il faut déclarer le sous-traitant. La différence qui est faite entre fournisseur et sous-traitant est due au fait que le sous-traitant est chargé par le titulaire d'exécuter un travail, alors que le fournisseur va simplement fournir des produits et livrer des matériaux.

Ce contrat ne rentre pas dans le cadre de la sous-traitance prévue par l'article 166 du code des marchés ; le fournisseur n'est pas assujéti aux obligations prévues par le code des marchés et ne bénéficie pas non plus de ce fait des droits et des protections définis par le code des marchés.

Il ne s'agit donc pas de **l'obligation de faire**, mais d'une simple **obligation de vendre** ; le contrat est un contrat de vente et de transfert de propriété. A ce titre, le fournisseur est chargé seulement de la livraison après fabrication éventuelle de matériaux, comme la livraison du béton après l'emploi.

4. Les droits du sous-traitant

Le décret du 20/03/2013 relatif aux marchés publics, notamment l'article 158, ne fixe aucune règle qui conditionne les relations juridiques et financières entre le titulaire du marché et le sous-traitant.

Sur le **plan juridique**, la question de la responsabilité est au cœur du dispositif. Le décret décline toute responsabilité du maître d'ouvrage, en affirmant que ce dernier ne se reconnaît aucun lien juridique avec le sous-traitant. Le titulaire du marché demeure donc personnellement responsable de l'exécution de la prestation.

La première conséquence qui découle de cette situation juridique, c'est la responsabilité du prestataire titulaire du marché qui peut être évoquée par le maître d'ouvrage dans le cas d'agissements imputables au sous-traitant, au delà de la garantie décennale, notamment en cas de faute assimilable à une fraude ou à un dol.

De même, le maître d'ouvrage n'est pas en droit d'imputer le coût des réparations des malfaçons constatées dans la réalisation des travaux sur les sommes dues au sous-traitant. Le titulaire du marché est seul tenu responsable devant le maître d'ouvrage de la bonne exécution des travaux et notamment de ceux exécutés par son sous-traitant.

L'article 59 du C.C.A.G.- Travaux ne prévoit aucune retenue de garantie qui reste en tout état de cause à la charge du titulaire du marché ; en conséquence, cette retenue n'est pas mentionnée dans cet article comme s'appliquant au sous-traitant. Le maître d'ouvrage n'a donc pas à appliquer une retenue de garantie au sous-traitant et n'a pas non plus à exiger l'introduction d'une clause relative aux pénalités de retard dans le C.P.S. à l'égard du sous-traitant.

Sur le **plan financier**, se pose d'abord la question du règlement des sommes dues. Le sous-traitant adresse sa demande, non pas au maître d'ouvrage, mais au titulaire du marché qui procède à son paiement. Le décret ne fixe ni le délai, ni les modalités de paiement.

C'est la conséquence directe de l'absence des liens juridiques entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant ; de ce fait, le sous-traitant ne bénéficie pas d'un paiement direct de la part du maître d'ouvrage. Si le sous-traitant éprouve des difficultés à obtenir le paiement des prestations qu'il a réalisées alors qu'il est agréé par le maître d'ouvrage, il ne peut qu'exercer une action directe devant les tribunaux judiciaires.

A cet égard, et afin de sauvegarder les intérêts des sous-traitants, il semble que le maître d'ouvrage public accepte le sous-traitant et peut valider en même temps un mémoire des conditions de paiement du sous-traitant présenté par le titulaire du marché, ceci pour éviter toute difficulté de paiement.

Cependant, nous pensons que le maître d'ouvrage assume une responsabilité morale, au moins pour éviter que le paiement soit rendu impossible par la cession ou le nantissement de la créance résultant du marché. Le titulaire doit, dans ce cas-là, accompagner sa notification du choix du sous-traitant au maître d'ouvrage par une déclaration indiquant qu'il n'a pas nanti la partie sous-traitée.

5. Les obligations du sous-traitant

Le titulaire d'un marché public qui entend exécuter une partie du contrat en recourant à un ou plusieurs sous-traitants est le seul responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage. Dès lors, le sous-traitant est tenu envers le donneur de l'ordre, le titulaire du marché en l'occurrence, à une **obligation de résultat**.

C'est l'inconvénient, voire le risque de sous-traiter une partie du marché, qui est matérialisé par la dépendance du maître d'ouvrage au sous-traitant. Ce dernier doit exécuter les prestations à effectuer (fabrication d'un outil, construction d'une partie de l'ouvrage...), selon les prescriptions voulues. Néanmoins le sous-traitant risque de ne pas exécuter comme convenu les travaux qui lui ont été confiés, ou encore il peut déposer le bilan et compromettre ainsi l'achèvement des travaux.

Le sous-traitant dans ce cas ne peut s'exonérer, en tout ou en partie, de son obligation de résultat qu'en établissant la cause étrangère ou la faute personnelle et matérielle du titulaire du marché. Ce dernier se voit imputer une part de responsabilité pour défaut de contrôle ou de conseil. En tout état de cause, il n'a contre le sous-traitant qu'une action de nature contractuelle.

Cependant, quand il s'agit d'un **travail intellectuel** sous-traité, on ne peut pas évoquer **l'obligation de résultat**, mais plutôt une simple **obligation de moyen**, c'est-à-dire que l'étude à réaliser doit être exécutée le mieux possible sans que le sous-traitant puisse être tenu pour responsable de ses conséquences.

A noter que l'action récursoire ou en garantie relève dans ce cas de la compétence du juge judiciaire, car elle nécessite l'interprétation d'un contrat de droit privé qui échappe à la compétence du juge administratif.

Chapitre III Les procédures d'attribution des marchés

La procédure d'octroi ou d'attribution des marchés publics ne fait pas partie, à proprement parler, de la procédure de passation des marchés.

La **procédure d'attribution se situe au stade de l'expression des besoins**, à un moment où la procédure n'est pas encore engagée (marché unique, alloti, cadre...).

La **seconde procédure de passation** intervient au moment de **la volonté de l'exécution de ces besoins** (appel d'offres, concours, présélection...).

Six procédures d'octroi sont préconisées par le décret des marchés publics: les marchés ordinaires à exécuter selon les règles classiques, les marchés cadres, à tranches conditionnelles, reconductibles, allotis et les marchés de conception-réalisation.

Section préliminaire Détermination des besoins

Dès la première lecture des articles qui traitent de la détermination des besoins, on trouve une homogénéité entre des notions comme la bonne gouvernance, le développement durable, la bonne utilisation des deniers publics, etc.... et la notion de **définition préalable des besoins** instaurée par l'article 1, paragraphe 1 du C.M.P., exprimée comme un principe au même rang que la liberté et l'égalité d'accès à la commande publique ou la transparence des procédures.

En effet, si la bonne gouvernance et la bonne utilisation des deniers publics trouvent leur justification dans la littérature financière et comptable, notamment dans le cadre de la rationalisation des choix budgétaires, le développement durable est une conséquence de l'action publique, **d'arbitrages** administratifs et politiques, de l'exercice d'un pouvoir pour le choix de tel ou tel projet dans telle ou telle région.

La définition des besoins, dans ce cas, vise à atteindre des objectifs socio-économiques, dans la mesure où la notion de besoins n'est pas liée seulement à la satisfaction des besoins de l'administration pour son propre fonctionnement (achats de fournitures de bureau, gardiennage, construction des locaux...), mais également liée à la satisfaction de besoins d'ordre d'intérêt général qui la conduisent à fournir des prestations à des citoyens pour les désenclaver (construction de routes, de ponts) ou pour renforcer le tissu économique (construction d'infrastructures portuaires, de barrages, d'écoles). La définition des besoins constitue donc l'un des éléments permettant d'atteindre ces objectifs.

Le décret du 05 février 2007 prévoyait déjà la nécessité d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Cependant, le code du 20/03/2013 ajoute à cette dimension financière et comptable une dimension économique, sociale et environnementale, dans la mesure où la détermination des besoins de fournitures et de services doit « prendre en compte les objectifs du développement durable », notion qui n'apparaissait pas dans l'ancien code. Autrement dit, l'objectif assigné à travers cette définition des besoins est de concilier trois paramètres : l'efficacité économique, l'équité sociale et le développement écologiquement soutenable. En effet, de cette phase préalable essentielle dépend, d'une

part, le choix de l'architecture contractuelle et de la procédure de passation des contrats les mieux adaptés, et d'autre part, la bonne exécution du marché.

Seulement il semble qu'une détermination précise des besoins soit une tâche difficile. En effet, par suite de la concurrence entre satisfaction immédiate et future, la part de l'analyse des besoins renvoie à la démarche d'optimisation de la commande publique sous l'angle de l'efficacité. Cependant, les décideurs rencontrent des difficultés à déterminer ce qu'ils souhaitent sans que leurs décisions soient contrebalancées par une réelle possibilité de se rattraper en cas d'erreur, ce qui risque d'une part d'être en contradiction avec l'objectif annoncé par l'article premier du C.M.P., notamment quant à la bonne utilisation des deniers publics, et d'autre part d'engendrer des problèmes avec le juge.

L'appréciation de la régularité d'un marché par le juge peut être facilitée par une **définition précise et exhaustive du besoin** et par une **description détaillée des caractéristiques du ou des produits** ; ces éléments lui confèrent l'aptitude de juger si, après la réalisation, les résultats souhaités sont atteints. La définition des besoins est un moment essentiel de la préparation du marché public. Elle répond à une exigence légale et juridictionnelle exprimée à la fois par l'article 5 du code des marchés publics et par le juge, dans un but d'efficacité et de transparence, conformément aux principes fondamentaux du droit des marchés publics.

On peut prendre à cet égard un exemple de la jurisprudence en France, qui a mis en avant le respect du principe de la définition des besoins. Dans un jugement du 13 novembre 2009, le tribunal administratif de Lyon a annulé la délibération du département du Rhône pour engager une procédure de consultation afin de passer un marché **faute d'avoir évalué précisément les besoins** de la collectivité. Le département a fait appel de cette décision qui a été confirmée par la cour administrative d'appel de Lyon, qui relève que si ladite délibération comporte **le montant prévisionnel** minimum et maximum du marché, elle **ne définit pas l'étendue des besoins** à satisfaire.

Sur la collusion entre objet et nature des prestations, on peut citer la décision rendu par le Conseil d'Etat le 8 décembre 1997 (affaire société SOTRACER), qui évoque « **les prestations** dans leur consistance et leurs spécifications **avant tout appel à la concurrence ou négociation.** »

A cet égard, et pour faciliter la tâche aux maîtres d'ouvrage, il est impératif de prévoir la possibilité de créer un groupe de travail au sein de la commission des marchés, avec pour mission d'élaborer des guides et des documents juridiquement sûrs destinés à aider les administrations à

intégrer l'environnement et le développement durable dans les marchés. Ces documents vont permettre aux maîtres d'ouvrage de proposer, au fur et à mesure, dans les appels d'offres, des clauses ou des critères relatifs au développement durable, afin de permettre aux administrations de s'approprier ce concept et de faire connaître aux prestataires l'existence d'une demande en matière d'écoproduits.

A l'inverse, il ne s'agit pas d'exiger des entreprises un niveau trop élevé de performances environnementales ou sociales qui n'entraînerait que des procédures infructueuses. L'administration doit donc rationaliser ses exigences éthiques en fonction de ce que les entreprises peuvent fournir sur le marché.

En revanche, les entreprises ne doivent pas surestimer le coût du développement durable, notamment dans le bâtiment, et au contraire, démontrer par exemple que le recours à tel ou tel produit écologique ne coûte pas plus cher. Il faut commencer à mettre en avant le développement durable, mais pas au détriment du prix. Il faut tenir compte par ailleurs du fait que l'application de l'efficacité énergétique dans le bâtiment neuf majore de 10% seulement les coûts de construction. Le retour sur investissement s'opère à deux niveaux : par le confort ressenti par les utilisateurs, du fait de la qualité de l'isolation, mais aussi grâce aux économies d'énergie qui permettent de moins chauffer l'hiver, moins climatiser l'été. L'investissement dans la qualité des matériaux en amont, lors de la construction, permet donc de réaliser des économies en aval pendant toute la durée de vie du bâtiment, et ce dans un contexte d'augmentation du prix de l'énergie.

§1- Champ d'application

Ce champ d'application est à mesurer en amont et en aval.

Tout d'abord, **en amont**, les paragraphes 2, 3 et 4, et l'article 1 du code des marchés publics disposent notamment que l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurés par la définition préalable des besoins.

En vertu de l'article 5 §1, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire doivent être déterminés avec précision par le maître d'ouvrage et « répondre exclusivement à la nature et à l'étendue de ces besoins », ce qui signifie que la bonne évaluation des besoins ne constitue pas seulement une **exigence juridique** - « Le maître d'ouvrage **est tenu** de déterminer aussi exactement que possible les spécifications notamment techniques » - mais elle est avant tout **une condition socio-économique** impérative pour que le besoin soit réalisé dans les meilleures conditions économiques et que les répercussions sur la

populations ciblée soient positives. Une mauvaise évaluation du besoin peut avoir des conséquences négatives, notamment l'inadéquation de la prestation, qui entraîne l'insatisfaction de l'utilisateur final. C'est une démarche qui implique que le besoin doit être recensé, ordonné, caractérisé, hiérarchisé. Pour la rationalisation et la performance de la commande publique, il faut qu'il ait une anticipation qui porte sur l'achat public, autrement dit un minimum de planification et d'organisation s'impose.

La réflexion sur le niveau de qualité ou de sécurité à prévoir permettra de déterminer les spécifications techniques requises, qui sont définies par référence aux normes homologuées ou à partir d'autres normes applicables au Maroc, ou à défaut, à des normes internationales en la matière, conformément à l'article 5§1 du C.M.P. Ces éléments constitueront le cahier des charges techniques.

Cette réflexion doit permettre au maître d'ouvrage tout d'abord d'identifier le « juste niveau de qualité » technique que requiert le besoin en évitant deux écueils : la sous-qualité (prépondérance du prix) et la sur-qualité (prescriptions techniques excessives non justifiées par rapport aux besoins réels). Pour arriver à ce résultat, le maître d'ouvrage doit recueillir un maximum de **données** :

- sur les besoins des utilisateurs, à partir de l'état des consommations constatées;
- sur les exercices précédents et les évolutions envisagées pour les exercices futurs ;
- sur les fournisseurs potentiels et le paysage industriel, en se rapprochant d'autres services acheteurs, en participant à des salons professionnels, en s'informant dans des revues spécialisées.

Cette étape est fondamentale en ce qu'elle porte non seulement sur la consistance, mais aussi sur le sens de l'action publique. Le lancement d'une consultation en vue d'y satisfaire constitue l'une des modalités de matérialisation des choix politiques arrêtés par le maître d'ouvrage dans le cadre de l'exercice de ses compétences pour satisfaire à l'intérêt général.

Les **études préalables** contribuent à mieux définir et à cerner les besoins de l'administration :

- les études de faisabilité : l'opération envisagée est-elle réalisable techniquement et financièrement à des conditions raisonnables ?
- les études de définition : déterminer avec précision les spécifications techniques des futures études à réaliser ;
- les études géotechniques ;
- les études socio-économiques : cerner les besoins et les demandes de l'utilisateur final.

A cet effet, **en amont**, le maître d'ouvrage doit déterminer le niveau auquel les besoins doivent être évalués. Ceci laisse penser que, cette fois, la population ciblée ou les personnes directement utilisatrices de ces fournitures ou de ces services pourront exposer clairement leurs attentes et qu'ainsi, le projet réalisé satisfera à leurs besoins. Aussi, le maître d'ouvrage est en droit de rencontrer les opérateurs économiques du secteur concerné et de s'inspirer de leurs différents cahiers des charges afin d'éviter des situations telles qu'un cahier des charges infructueux car totalement à côté de la réalité socio-économique.

En aval, l'article 163 du C.M.P. exige l'établissement par le maître d'ouvrage d'un rapport de présentation du marché qui fait ressortir la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il décrit les éléments relatifs à la définition des besoins (description et quantités). Comment sont-ils échelonnés dans le temps ? La satisfaction de ces besoins s'insère-t-elle dans un programme ou dans une opération, ou est-elle réalisée par le seul marché présent ? L'économie générale du marché doit être précisément décrite : le déroulement prévu et le montant du marché ; la place du marché dans le programme ou l'opération ; les marchés connexes au présent marché, antérieurs, simultanés, en cours ou en projet ; une description sommaire des montants, des modalités de passation ; les entreprises concernées. Le cas échéant, le maître d'ouvrage doit être en mesure de justifier à tout moment, à l'égard des organismes de contrôle du marché, son impossibilité de prendre en compte des objectifs de développement durable.

Le rapport constitue ainsi une des pièces constitutives du marché, dont la transmission pour contrôle est obligatoire. Le rapport de présentation doit donc être distingué de la note explicative de synthèse.

§2- Exceptions et limites à la définition précise des besoins

Le maître d'ouvrage peut éprouver des difficultés à déterminer ses besoins avec exactitude. Cette incertitude porte à la fois sur les objectifs à atteindre et sur les moyens d'y parvenir, notamment l'incertitude d'avoir des crédits, sur la quantité ou l'étendue des besoins à satisfaire, mais aussi la planification dans le temps de conditions exceptionnelles telles que les catastrophes naturelles.

Dans le cas où la définition des besoins ne peut être plus ou moins précise **faute de lisibilité, le code prévoit des outils** pour surmonter cette difficulté, notamment le recours à certaine procédure qui autorisent une définition approximative des besoins et permet de recourir à des procédures simplifiées et spécifiques, selon la nature de l'urgence, comportant un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; et celles qui ne comportent ni montant,

ni quantité. La réglementation offre à cet effet une panoplie de types de marché : marché cadre, allotissement, marché à tranches conditionnelles, marché négocié, marché d'études.

Définir son besoin, c'est identifier les finalités et les objectifs du projet avec précision ; or, parfois le maître d'ouvrage fait le choix de laisser une part d'initiative aux candidats et d'ouvrir le marché aux **variantes**, ce qui « n'implique pas l'obligation pour le concurrent de présenter une offre pour la solution de base initialement prévue. » A cet effet, l'article 30 du C.M.P. a souligné l'importance « de préciser dans le règlement de la consultation l'objet, les limites et les conditions de base. » Dans cette hypothèse, le règlement de consultation doit définir les besoins et les limites en indiquant les spécifications du cahier des charges qui sont intangibles, ce qui revient à préciser les objectifs recherchés et à vérifier que les critères de jugement des offres permettront d'apprécier l'avantage apporté par **les variantes** eu égard aux objectifs annoncés, de s'assurer de la pondération des critères et des barèmes de leur notation, d'exiger, pour chaque variante, un acte d'engagement dont le montant proposé est celui de la solution de base modifiée dans cette variante, et enfin de demander, pour chacune des variantes proposées, un sous-dossier particulier comportant toutes les autres pièces demandées aux candidats à l'appui de la **solution de base** et qui sont modifiées par la variante.

Section 1

Les marchés simples ou ordinaires

Les marchés à procédure ordinaire sont des marchés dont les modalités de préparation, de passation et d'exécution n'obéissent à aucune dérogation ni à aucune disposition particulière. Leur exécution dans le temps et dans l'espace se déroule dans des conditions standardisées.

Ce sont des marchés uniques mais leur exécution peut être pluriannuelle et les paiements, selon cette hypothèse, sont des paiements subséquents ou consécutifs.

Section 2

Les marchés cadres

Le régime des marchés cadre est défini par l'article 6 du code des marchés publics. C'est une dérogation à la règle édictée par l'article 5 du C.M.P. qui prévoit la détermination des besoins d'une manière **détaillée**, avant tout appel à la concurrence ; or le marché cadre ne détermine les besoins que d'une manière **approximative**.

§1- Le champ d'application

Un marché cadre est un contrat qui a pour objet de définir les termes régissant le marché à exécuter pendant une période donnée, étalé éventuellement dans le temps, **en précisant uniquement un minimum et un maximum de la prestation à fournir** et qui accorde en même temps une exclusivité unique d'exécution au prestataire retenu pour la durée déterminée dans le C.P.S., sauf dans l'hypothèse de la non reconduction du marché.

Les concurrents **sont choisis** en fonction de critères préalablement déterminés. Ceci permet au maître d'ouvrage d'obtenir l'offre indicative économiquement la plus avantageuse et de sélectionner le titulaire apte à réaliser la prestation dans des conditions favorables.

En effet, ce qui justifie le recours à ce dispositif, c'est « la **quantification** et le **rythme** d'exécution d'une prestation qui présente un **caractère prévisible** et **permanent**, éléments qui ne peuvent pas **être entièrement déterminés à l'avance**. »

Trois critères sont à retenir de cette définition : tout d'abord le caractère **prévisible** signifie que les prestations sont envisageables par le maître d'ouvrage, dans la mesure où elles sont nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du service. Ensuite le caractère **permanent** fait référence à une prestation qui dure toute l'année, même si son exécution reste sporadique et étalée dans le temps. Enfin, **la quantification** de la prestation **ne peut être entièrement déterminée** à l'avance, ce qui est dû au fait que l'évaluation exacte de la quantité dépend d'éléments extrinsèques, ce qui permet au maître d'ouvrage de ne fixer qu'un minimum et un maximum. Une condition sine qua non est que le maximum des prestations ne soit pas deux fois supérieur au minimum prévu dans le contrat, sauf quand il s'agit de l'Administration de la Défense nationale, qui n'est pas tenue par l'article 171-1 du C.M.P. de se limiter à cette contrainte prévue par l'article 6-1 §3, selon laquelle la détermination du maximum ne doit pas excéder deux fois le minimum des prestations arrêtées en quantité ou en valeur des marchés cadres.

Le marché cadre ne fixe donc que le minimum et le maximum des prestations. Il s'agit en fait d'un instrument de planification et de rationalisation de la commande publique dans le temps.

L'alinéa 4 de l'article 6 pose les bases essentielles de l'exécution du marché cadre en prévoyant que « Pendant la durée du marché cadre, les quantités des prestations à exécuter et leurs délais d'exécution sont précisés pour chaque commande par le maître d'ouvrage **en fonction des besoins à**

satisfaire», ce qui signifie que l'exécution des prestations s'effectue selon l'apparition d'un besoin, ou selon un calendrier prévu par le marché. A titre d'exemple on peut citer pour l'apparition d'un **besoin**, lorsque le stock disponible d'un produit objet du contrat devient inférieur à un niveau qui menace la continuité du service ou selon une **périodicité**, par exemple l'approvisionnement en semences durant une période bien précise de l'année, la fourniture de médicaments ou de vaccins à une saison bien déterminée en prévision de l'apparition de maladies, d'où l'aspect sporadique du déroulement de l'exécution de la prestation.

Cette discontinuité signifie que le bon fonctionnement du service est mis en avant dans le cas des marchés cadres, ce qui implique que ce mode de contrat pose les éléments essentiels de la reconduction ultérieure du marché mais que ses stipulations peuvent être complétées sans devoir être modifiées substantiellement.

Le maître d'ouvrage reste donc libre de déterminer le délai de réception de la prestation en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, mais aussi selon les caractéristiques du contrat, c'est-à-dire lors de la survenance d'un besoin et selon une périodicité particulière prévue par le contrat ; par voie de conséquence, le maître d'ouvrage est également libre de décider de reconduire le contrat ou de le dénoncer.

§2- Les modalités de conclusion et d'exécution

Les marchés cadres sont conclus pour une durée déterminée, tout en limitant cette durée à trois ans comme délai réglementaire et cinq ans pour des prestations prévues par l'annexe n°5 rattaché au décret du 20/03/2013.

Les pouvoirs publics ont choisi de déterminer la durée selon une **année budgétaire** et non pas une année civile, non seulement par nécessité de disponibilité des crédits, mais aussi afin de prévoir tout changement éventuel à porter au calendrier budgétaire - par exemple le mois de juillet au lieu du mois de janvier - ainsi que les répercussions de ce changement comme ce fut le cas en 1996*¹. L'année en cours à laquelle fait référence le décret renvoie donc à une notion budgétaire ; l'alinéa 6 de l'article 6 prévoit ainsi que « L'engagement comptable du marché cadre porte, chaque année, sur le montant maximum ».

1 *Le principe de l'annualité budgétaire n'a pas été respecté au moment de la décision de reculer le calendrier budgétaire en 1996 du mois de janvier au mois de juillet. Une période transitoire a été prévue, six mois pour l'Etat et dix mois pour les collectivités locales. Ce changement risque de créer un vide budgétaire si la période est courte et s'il y a une forte probabilité de recourir au douzième prévisionnel, donc à des fractions de crédits et de recettes à valoir sur les autorisations globales de l'exercice.

En règle générale, l'exécution du marché cadre est effectuée pour une durée d'un an. Lorsque les termes du contrat ne sont pas remis en cause, il est possible de poursuivre l'exécution des prestations prévues. Ceci ne requiert aucune modalité particulière, dans la mesure où le cahier des prescriptions spéciales comporte une clause de reconduction tacite. La décision de ne pas reconduire le marché est une décision normale de la vie du marché, mettant fin à l'extinction des obligations contractuelles. La non reconduction du marché peut être prononcée par l'une des deux parties contractantes après un préavis précisé dans le contrat du marché cadre.

Autrement dit, lorsqu'il y a interruption de la reconduction, le marché cadre doit être résilié, mais cette résiliation n'ouvre aucun droit pour l'entreprise titulaire du contrat en vue de réclamer des dommages et intérêts.

§3- L'exécution comptable

La lecture des alinéas 1 à 4 et 6 de l'article 6 permettent de dégager le déroulement comptable des prestations dans le cadre d'un marché cadre. L'article 6-1-§2 indique que « Les marchés cadres ne fixent que le minimum et le maximum des prestations, arrêtés en valeur ou en quantité » Il appartient à cet effet au maître d'ouvrage de fixer le minimum et le maximum sur le plan financier. En vertu de l'alinéa 6, « **L'engagement comptable** » porte sur le montant maximum du marché cadre, c'est-à-dire le montant des crédits ouverts pour couvrir les dépenses relatives aux engagements pris. Toutefois, pour la première année, cet engagement peut éventuellement porter sur **le montant correspondant aux besoins à satisfaire ou au pro rata de la période considérée**, et ce dans la limite des crédits de paiement disponibles pour l'année budgétaire en cours.

A cet égard, il est nécessaire de préciser que la notion d'engagement recouvre deux significations : d'une part **l'engagement juridique** qui est le **fait générateur** de la dépense et qui peut résulter d'un acte juridique (marché ou contrat de bail) et d'autre part **l'engagement comptable** qui est **l'imputation** par l'ordonnateur, sur les crédits budgétaires dont il dispose, des fonds nécessaires à la réalisation de la dépense décidée. Dès lors, cette somme ne peut plus être affectée à un autre usage.

De ce fait, l'exécution et le règlement d'un marché cadre sont limités dans le temps, dans la mesure où le règlement des prestations effectuées doit être rattaché à l'exercice en cours et que les crédits d'un exercice sont utilisés pour régler les prestations effectuées à l'intérieur de cet exercice. L'alinéa 3, paragraphe 3 précise que « La durée du marché cadre court à compter de la date de **commencement de l'exécution des prestations** prévue par ordre de service. » Donc le règlement ne peut être entier que si le service

fait coïncide avec le début de l'exercice. Si, en revanche, le commencement de l'exécution des prestations prévue par ordre de service n'a été constaté qu'à partir du deuxième trimestre, le règlement ne peut être effectué qu'au pro rata de la durée de la prestation et en conséquence la durée réelle, dans ce cas d'espèce du marché, est de neuf mois, et ce en application des dispositions de l'alinéa 3§2 qui explicite cette idée : « La durée du marché cadre court à compter de la date de commencement de l'exécution des prestations prévue par ordre de service. »

Ensuite, le paiement doit être effectué dans la limite des crédits de paiement disponibles et rattaché à l'année budgétaire *en cours*, sauf si une augmentation est prévue dû à un réajustement.

§4- Modifications des termes du marché cadre

Le marché cadre ne fixe pas tous les termes du contrat qui sont par définitions incomplètes. Afin de garantir un déroulement normal de l'exécution du marché cadre, l'alinéa 2 de l'article 6 établit les règles régissant ces marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne la détermination « des spécifications et le prix des prestations ou ses modalités. » L'alinéa 5 introduit un premier élément qui permet de procéder « à une révision des conditions d'exécution du marché » si le C.P.S. le prévoit. Cette précision est assortie de certains verrous juridiques prévus par l'alinéa 5 de l'article 6 du décret de 2013 qui vise à protéger le titulaire du marché. A cet effet, l'exécution du marché ne doit pas être inférieure à la quantité minimale prévue par le contrat et toute révision de ces quantités est assujettie aux conditions spécifiques de la nature de la révision en hausse ou en baisse. La précision du minimum et du maximum du marché a des conséquences contractuelles pour le maître d'ouvrage :

1. si le minimum prévu dans le contrat n'est pas atteint, il devra indemniser son contractant du préjudice subi ;
2. si le maximum défini est dépassé, il ne faut pas obliger le titulaire du marché à assumer la part des prestations correspondantes sans recourir à un avenant.

Ainsi le maître d'ouvrage doit au moins respecter une commande égale au minimum prévu par les stipulations contractuelles et ne pas dépasser le maximum non plus. La première condition relative au respect du minimum est d'ordre juridique ; quant au respect du maximum, il est d'ordre juridique et budgétaire, lié aux crédits alloués.

La modification de ces deux limites, le minimum et le maximum de la prestation autorisés par le décret, est introduite par voie d'avenant, à condition que le réajustement ne bouleverse pas l'économie et l'équilibre financier du contrat.

Un changement à la baisse ne doit pas dépasser 25% du maximum de la prestation et une révision à la hausse est limitée à 10% du montant de la prestation. Concrètement, une augmentation de plus de 10% ou une diminution de plus de 25% doit être regardée comme un bouleversement de l'économie du contrat.

Il s'agit en fait d'un réajustement lié à la masse et au montant total des prestations. A cet égard, il ne faut pas confondre cette opération avec la révision des prix, qui reste une clause opérationnelle si elle est prévue par le contrat, même dans le cas de l'augmentation de 10% des prestations.

Ceci étant, le réajustement ne doit pas être opéré chaque année, mais il faut qu'il soit apprécié au titre de la durée du marché cadre, c'est-à-dire qu'un seul réajustement doit avoir lieu durant les trois ou les cinq années de la durée du marché.

§5- Les supports du dispositif

Trois supports sont prévus par le code des marchés pour pouvoir procéder à l'exécution des prestations. Tout d'abord les prestations qui doivent faire l'objet d'un marché sont définies par un document (*liste des prestations*) ; ensuite, à l'occasion d'une modification, il faut établir un (*avenant*) ; enfin, à l'issue de l'achèvement des prestations à la fin de l'année budgétaire, le marché est soldé par un (*décompte*):

Le décompte: Concernant l'arrêté des comptes, il semble qu'il est souhaitable de prévoir dans le C.P.S. une individualisation des décomptes pour chaque période et de prévoir à terme un décompte général définitif avec une recapitalisation par référence aux décomptes intermédiaires.

Concrètement, à la fin de chaque année budgétaire, **le maître d'ouvrage** procède à l'établissement d'un décompte **partiel** et définitif. A la clôture de l'exercice de la dernière année, il établit un décompte définitif et **général** pour solder le marché cadre. Il s'agit d'un document qui récapitule les sommes réellement réglées pour les prestations réalisées durant une année budgétaire ; autrement dit, il faut qu'il établisse trois à cinq décomptes pour la période qui correspond à l'exécution du marché cadre et la reconduction tacite ne fait pas naître un nouveau marché. En conséquence, les marchés cadres ne donnent lieu qu'à un seul D.G.D. à l'issue de leur exécution.

L'avenant: c'est l'acte par lequel le maître d'ouvrage et le titulaire du marché conviennent de procéder à une révision qui tend à réajuster le minimum ou le maximum des prestations à réaliser.

Cette révision, qui requiert la conclusion d'un avenant, est à apprécier dans le cadre de la durée totale du marché. Elle peut donc avoir lieu à chaque moment de l'exécution du marché, mais si elle coïncide avec la reconduction du marché, cela signifie que l'avenant peut être considéré comme une reconduction explicite du marché cadre.

La liste des prestations : les prestations qui peuvent faire l'objet d'un marché cadre sont définies par une liste qui figure à l'annexe 2 du décret du 20/03/2013. Cette liste, non exhaustive, est susceptible d'être modifiée ou complétée par arrêté du ministre des Finances sur proposition du ministre concerné, après consultation de la commission des marchés, chaque fois que le besoin l'exige.

Section 3

Le marché reconductible

Il s'agit d'un **renouvellement** des termes d'un contrat quand la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont **susceptibles d'être déterminées aussi exactement que possible à l'avance**, à condition que ses caractéristiques restent inchangées, ce qui le différencie de la procédure des marchés cadres, et que par ailleurs ce renouvellement n'excède pas la durée fixée par la réglementation.

§1- Les critères des marchés reconductibles

L'article 7 du C.M.P. indique les conditions dans lesquelles, dans ce type de marché, des besoins déterminés et identifiables à l'avance mais revêtant des caractéristiques spécifiques, peuvent être réalisés pendant une période reconductible. La réglementation qui régit cette matière impose un faisceau d'indices pour justifier le recours à cette procédure, notamment l'aspect **quantitatif** et **répétitif** des besoins ainsi que **la durée** du renouvellement.

Le premier critère justificatif est l'aspect **prévisible** et **quantifiable** de la prestation. Il résulte des termes de l'article 7 §1 qui disposent qu'il peut être passé des marchés dits "marchés reconductibles" lorsque les **quantités** peuvent être **déterminées aussi exactement que possible à l'avance**, c'est-à-dire **avec précision** par le maître d'ouvrage. Cette notion de prévisibilité corrobore parfaitement les dispositions de l'article 5 qui prévoit que « Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. »

Un besoin quantifiable signifie que l'objectif de satisfaire aux besoins de l'administration doit être formulé de manière exacte et spécifique, c'est-à-dire qu'il doit recouvrir tout ce qui est nécessaire sans ambiguïté, tout en répondant à des critères limités en termes de délais de date et de quantité.

Il s'agit donc de la notion de besoins **quantifiables**, mais en même temps qui présentent un caractère prévisible, **répétitif** et permanent, notamment les spécifications, la consistance et les modalités d'exécution.

Un besoin **répétitif** est un besoin qui se reproduit de façon monotone, qui se répète sans cesse selon une cadence déterminée, selon un cycle qui se répète sur un produit précis et étalé dans le temps d'une manière stable.

Ce sont ces deux éléments, de **besoin quantitatif** à l'avance et selon un **cycle répétitif**, qui différencient le marché reconductible du marché cadre.

A cet égard, lorsqu'un projet est trop important, l'administration doit trouver des partenaires qui lui permettront de rendre ce projet réalisable. Pour ce faire, le phénomène qui prendra place sera l'adoption du besoin par cette autre personne qui est, en l'occurrence, le titulaire du marché.

Le deuxième critère est relatif à la notion de la **durée** du marché qui ne doit pas être illimitée: le paragraphe 4 de l'article 7 du C.M.P. a encadré cette durée en précisant clairement que le marché reconductible est conclu pour « une période n'excédant pas l'années en cours » c'est-à-dire une année budgétaire et que « la durée totale de chaque marché ne doit pas dépasser trois ou cinq années consécutives » selon la nature de la prestation objet du marché.

Trois remarques s'imposent: d'une part l'année en cours correspond en fait à la prestation qui pourrait être réalisée durant une année et dans la limite des crédits de paiement ouverts à cet effet, et c'est la valeur de l'ensemble des prestations à réaliser sur ces trois années budgétaires qu'il faut prendre en considération ;

D'autre part, la reconduction du marché ne doit pas excéder, pour la totalité du marché, trois ou cinq années budgétaires, ce qui correspond à un marché d'un an reconduit deux à quatre fois de suite ;

Enfin, le **réajustement** ne doit intervenir, ni au cours de l'exécution du marché, ni à la fin de l'année budgétaire pour modifier le prix ou la consistance de la prestation susceptible d'être réalisée. Les termes de l'article 7 -2 sont clairs : « Les marchés reconductibles doivent déterminer notamment les spécifications, la consistance, les modalités d'exécution

et le prix des prestations susceptibles d'être réalisées.» Cette disposition est complétée par l'alinéa 4 §1 qui prévoit que « Pendant la durée du marché reconductible, les quantités des prestations à exécuter et leur délai d'exécution **sont précisés pour chaque commande** par le maître d'ouvrage en fonction des besoins à satisfaire.»

Cependant, au moment de la reconduction et si le C.P.S. le prévoit, « chacune des parties contractantes peut demander qu'il soit procédé à une **révision des conditions d'exécution** du marché et que **les prestations à réaliser** dans le cadre du marché reconductible **puissent faire l'objet de modifications.**» Il est donc question de révision et de modification.

La modification porte sur les prestations à réaliser, mais aucune indication ne permet de prévoir l'ampleur de cette modification, aucun référentiel ne permet de procéder à une modification encadrée, ce qui laisse la porte ouverte à toutes les éventualités. La seule indication donnée par l'article 7-4 §3 du décret est le renvoi au C.C.A.G. : « Ces modifications sont effectuées dans les conditions prévues au cahier des clauses administratives et générales, applicables à la prestation objet du marché reconductible.»

Quant aux conditions d'exécution d'un marché reconductible, elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation et elles n'ont rien à voir avec les critères d'attribution. Ces conditions d'exécution peuvent comporter des éléments d'ordre **socio - économique ou environnemental** qui prennent en compte les objectifs annoncés par l'article premier du décret, tels que le développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. Il s'agit des clauses devant être impérativement respectées par le concurrent dans son offre.

§2- Le cadre juridique

La durée du marché est une notion essentielle dans le dispositif des marchés reconductibles. La combinaison du principe de la concurrence et de la règle de l'égalité et de la liberté d'accès à la commande publique, impliquent que la reconduction ne doit pas être excessive ou constituer un alibi pour esquiver une remise en concurrence périodique.

Par ailleurs, tout contrat comportant une clause de reconduction sans limitation dans le temps de la durée totale du contrat doit être considéré comme illégal. Les termes de l'article 7 § 3 du code des marchés sont catégoriques : « Les marchés reconductibles doivent indiquer » la durée pour laquelle ils sont conclus. Le nombre des reconductions doit donc être fixé en tenant compte de la nature des prestations.

Il va de soi de préciser que ces termes de l'article 7-3 imposent que la mise en concurrence soit réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise. Ainsi, en tenant compte dès l'origine de la durée totale du marché, la personne publique remplit ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence pour l'avenir, pour chacune des nouvelles reconductions qu'elle décidera de mettre en œuvre.

Cependant, il est conseillé aux personnes publiques de ne s'engager que pour la période initiale du marché. Par la suite, le maître d'ouvrage décidera, à chaque reconduction, s'il y a lieu ou non de poursuivre l'exécution du marché dans les mêmes conditions que celles mises en œuvre lors de la période initiale, sans avoir recours à une nouvelle mise en concurrence et sans que le titulaire oppose son refus, sauf stipulations contractuelles contraires prévues par le marché.

Ceci étant, il faut s'interroger si l'application de la clause de la reconduction tacite du contrat génère ou non un nouveau marché ou si elle constitue purement et simplement un prolongement du marché initial.

En effet, la reconduction, quelle qu'en soit la forme, ne peut pas être considérée comme la disparition de l'ancien contrat et la naissance d'un nouveau : l'article 7 § 4 dispose que « La non reconduction du marché est prise à l'initiative de l'une des deux parties au marché moyennant un préavis », ce qui signifie explicitement que tant qu'il n'y a pas de dénonciation de l'une des deux parties, la reconduction est acquise et par voie de conséquence, lorsque la personne publique responsable du marché reconduit le marché, elle prend simplement la décision de poursuivre son exécution, ce qui ne fait pas naître un nouveau marché par l'application d'une clause de reconduction tacite. C'est la raison pour laquelle la mise en concurrence est réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise.

En outre, la reconduction tacite implique qu'elle n'est pas prise sur la base d'une décision écrite ; en revanche la dénonciation doit être matérialisée par un préavis, un écrit notifié selon les règles qui gouvernent la matière.

Sur le plan comptable, l'alinéa 5 prévoit une individualisation des décomptes pour chaque période qui coïncide avec l'année budgétaire et, à terme, un décompte général qui comporte des précisions sur les opérations comptables antérieures : « Le maître d'ouvrage est tenu, à la fin de chaque année budgétaire, de solder les marchés reconductibles en établissant un décompte à hauteur du montant des prestations réalisées au titre de l'année considérée. » Il s'agit en fait d'une opération purement comptable, qui n'a pas d'incidence juridique sur le déroulement de l'exécution du marché

reconductible et l'établissement d'un décompte général définitif, lequel a pour objet de mettre fin au contrat.

§3- Le nantissement du marché reconductible

Pour la cession des créances portant sur les créances relatives au marché reconductible, l'autorité compétente délivre l'exemplaire unique du marché pour le montant total du marché qui couvre aussi les éventuelles reconductions.

Si le cessionnaire est bénéficiaire d'une cession de l'ensemble des créances relatives au marché, il est désintéressé au fur et à mesure des versements à hauteur du montant de la période initiale, puis à concurrence du montant des reconductions si le marché est reconduit.

A cet égard, il faut insister sur le fait que le cessionnaire, sauf en cas d'acceptation de la cession par la personne publique, ne détient pas plus de droits que le cédant. A la demande du titulaire du marché, la personne publique n'est tenue de délivrer l'exemplaire unique qu'à hauteur et à concurrence des prestations prévues pour chaque période du marché.

§4- La sous-traitance du marché reconductible

Le titulaire d'un marché reconductible peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition de respecter la spécificité du déroulement de l'exécution de ce type de contrat. A cet effet, le titulaire du marché doit préciser, dès le dépôt de l'offre, la nature des prestations à sous-traiter et avoir l'agrément du maître d'ouvrage. Cette opération d'information du maître d'ouvrage quant au sous-traitant doit être renouvelée à chaque reconduction tacite du marché, sauf stipulations contraires prévues par le C.P.S., puisque la reconduction concerne le marché et non l'acte spécial de la sous-traitance ; par ailleurs l'acceptation du maître d'ouvrage ne porte que sur la période initiale du marché : autrement dit, la reconduction du marché est considérée comme une disparition de l'acte spécial de la sous-traitance qu'il faut renouveler à chaque reconduction.

Section 4

Les marchés à tranches conditionnelles

Le régime des marchés à tranches conditionnelles est défini par l'article 8 du C.M.P. En vertu de cet article, un marché à tranches conditionnelles est un marché portant sur l'ensemble d'une prestation dont ***l'exécution complète est incertaine*** pour des raisons économiques ou budgétaires. Cette incertitude fait que ce type de marché a pour caractéristique essentielle de ***scinder*** l'exécution de la prestation en plusieurs tranches, dont ***une tranche***

ferme « que le titulaire du marché est certain de réaliser » et « une ou des tranches conditionnelles » que le titulaire réalisera éventuellement « s'il en reçoit l'ordre de service du maître d'ouvrage.»

§1- Le champ d'application

Un marché à tranches conditionnelles est un contrat dont les prestations sont parfaitement identifiables : « Le marché à tranches conditionnelles doit porter sur la totalité de la prestation et définir la consistance... » Cela signifie que le maître d'ouvrage peut déterminer **dans l'ensemble** les composantes du projet ou de la prestation à fournir ou à réaliser sur la base d'un programme pluriannuel, défini en totalité, mais que **sa mise en exécution complète ne peut pas être garantie**, et ce pour des raisons économiques, financières et techniques.

Concrètement cela indique que la consistance et l'étendue des différentes tranches sont obligatoirement définies dans le marché initial. Chacune des opérations dont l'objet est en relation avec l'opération globale envisagée donne lieu à la remise d'un prix et d'un délai d'exécution.

Toutefois, ce marché fractionné, même s'il peut être composé de plusieurs tranches conditionnelles, n'en constitue pas moins un **marché unique**. En conséquence, l'affermissement (ou la réalisation) d'une tranche conditionnelle ne peut être considéré comme un nouveau marché.

A cet effet, pour le titulaire du marché à tranches conditionnelles, le paragraphe premier de l'article 8 du décret lui offre **une exclusivité unique d'exécution**, dans la mesure où c'est la mise en concurrence unique portant sur l'ensemble des tranches à réaliser qui a été privilégiée, et non la mise en concurrence sur chacune d'elles.

C'est ce qui résulte de la lecture du paragraphe 1, qui dispose que l'exécution des tranches conditionnelles est « subordonnée à la notification des ordres de service. » Sans cette décision expresse de la personne publique d'affermir la tranche conditionnelle, il n'est pas possible de faire démarrer les travaux relatifs à cette tranche.

La notification de l'ordre de service, impliquant d'une part une continuité du même contrat et d'autre part la réalisation de ces tranches, est confiée au même titulaire du marché.

Les travaux étant étalés sur plusieurs années, l'exécution intégrale des prestations reste toutefois conditionnée. En conséquence, le maître d'ouvrage peut se protéger face à cette incertitude par une réalisation

échelonnée dans le temps par le biais d'une tranche ferme, donc sûre à exécuter, et des tranches conditionnelles susceptibles d'être réalisées.

Ceci étant, l'expérience dans les autres pays montre que ce qui justifie le recours à ce dispositif et à cette réalisation conditionnée et échelonnée, ce sont des raisons financières, techniques ou économiques, ou encore le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire qui ne peuvent pas être entièrement arrêtés dans le marché.

A. Les raisons financières : ces raisons sont déduites du paragraphe 1 du même article qui assujettit l'exécution d'une ou des tranches conditionnelles « à la disponibilité des crédits. » En effet, en l'absence d'une gestion financière par autorisation de programme et de crédit de paiement, la personne responsable du marché ne peut notifier que la tranche ferme couverte par les crédits disponibles. Le principe de l'annualité budgétaire est dissocié de la notion de réalisation d'un ouvrage qui peut être pluriannuelle ; dans ce cas, c'est le montant total des travaux relatifs à un ouvrage ou à une opération qu'il faut prendre en compte, y compris sur plusieurs exercices budgétaires. Mais il peut aussi s'agir d'une promesse d'octroi d'une subvention par tel ou tel département ministériel, dédiée à la réalisation des travaux objet du marché, ce qui permet de programmer éventuellement une tranche conditionnelle en attendant le versement de la subvention.

B. Les raisons économiques : à l'occasion de la réalisation d'un programme d'achat ou de travaux qui s'étale sur plusieurs années, il peut arriver que l'exécution intégrale des prestations soit conditionnée par la réalisation de certaines conditions économiques : par exemple la réalisation d'un projet touristique est tributaire de la réussite d'un autre programme d'aménagement d'une zone côtière ou encore de la réalisation d'un autre projet de construction de routes.

C. Les raisons techniques : en fait, cette procédure des tranches conditionnelles est prévue en principe pour les travaux de génie civil et de bâtiments ou sur des quantités importantes à réaliser, mais les circonstances de certaines caractéristiques des produits ou matériaux à utiliser ne peuvent être précisées qu'en fonction du commencement et du déroulement des travaux. Ceci explique que les marchés conditionnels résultent d'un programme de travaux qui s'étale sur plusieurs années mais cela n'exclut pas non plus que les marchés conditionnels constituent un programme d'achat étalé sur plusieurs années.

L'examen de ces trois raisons montrent qu'il y a un seul dénominateur commun, c'est **l'incertitude** qui caractérise ce type de prestations, d'où

l'échelonnement des réalisations par le biais des marchés à tranches conditionnelles.

Afin de pallier à cette incertitude, le code des marchés offre au maître d'ouvrage cette possibilité de réaliser les prestations par tranches conditionnelles, ce qui va lui permettre d'avoir des repères et de faciliter la continuité des travaux.

Il faut noter cependant qu'un marché à tranches conditionnelles est une forme de contrat qui revêt des intérêts particuliers pour le maître d'ouvrage et le titulaire du marché.

Il y a *l'intérêt financier*, tout d'abord: Le maître d'ouvrage peut avoir une vision sur l'ensemble de l'opération à mener, notamment quant à l'enveloppe globale nécessaire à la réalisation de la prestation, même si l'article 8 § 4 alinéa 2 assujettit l'exécution des tranches conditionnelles « à la disponibilité des crédits.»

Ensuite *l'intérêt économique* : le maître d'ouvrage peut rationaliser ses commandes quand il s'agit de commandes de grandes quantités.

Enfin *l'intérêt technique* se manifeste dans la possibilité offerte au titulaire du marché de déplacer son matériel vers telle ou telle région pour exécuter un marché à tranches conditionnelles, notamment pour les grands ouvrages, sachant que ce déplacement est justifié par la possibilité de continuer à travailler pour une longue période avec la promesse de la continuité des travaux, et que cette continuité des travaux constitue une forte probabilité dans le cadre d'un programme déjà arrêté.

§2- Les caractéristiques du marché à tranches conditionnelles

La durée de ce genre de marchés est tributaire de la nature de l'ouvrage et de la prestation, selon l'octroi des crédits pour les autres tranches et en fonction du temps nécessaire à l'exécution de chacune des tranches. Il s'agit donc d'un marché dont l'exécution est étalée sur plusieurs années. Cela suppose que l'exécution des tranches ferme et conditionnelles doit obéir à un certain nombre de caractéristiques: elle doit être cohérente, autonome et fonctionnelle.

Le marché étant fractionné en plusieurs tranches, le découpage doit être *autonome*, ce qui signifie que chaque tranche exécutée doit pouvoir *satisfaire aux besoins exprimés de manière autonome* sans qu'il soit nécessaire que les tranches suivantes soient affermies, ce qui revient à dire que l'affermissement des tranches conditionnelles ne doit pas être rendu obligatoire.

Les différentes tranches fermes et conditionnelles à exécuter doivent constituer un ensemble **fonctionnel**, ce qui indique que le nombre et la nature des tranches fonctionnelles du marché doivent répondre à un **même besoin** et rester invariables, quelle que soit l'évolution conçue pour le projet à exécuter.

Enfin, les prestations à réaliser doivent constituer des éléments **cohérents** et décrits comme tels, dont les différentes tranches sont constituées **d'éléments qui s'enchaînent logiquement et de manière rationnelle**, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures et postérieures. Des exemples types de marchés à tranches conditionnelles sont la construction d'une autoroute ou d'un ensemble touristique, la mise en œuvre d'un logiciel de gestion d'un service public (par ex. Tranche ferme- Badge informatisé ; Tranche 2- Acquisition de tablettes tactiles ; Tranche 3 - Solution de gestion cartographique) mais dont la réalisation peut être fractionnée en plusieurs tranches, chaque tranche pouvant être autonome, fonctionnelle et cohérente.

§3- Les conditions d'exécution

Le cahier des prescriptions spéciales détermine les conditions d'exécution. Il doit préciser les modalités d'affermissement ou de renoncement à l'affermissement des tranches conditionnelles.

Le maître d'ouvrage ne peut s'engager que sur la tranche ferme « que le titulaire est certain de réaliser. » Quant aux tranches conditionnelles, l'exécution en est subordonnée à une ouverture de crédits pour couvrir les travaux à réaliser, ainsi qu'à la notification de l'ordre de service par le maître d'ouvrage selon les termes prévus par le marché. Ceci implique que le maître d'ouvrage s'engage sur l'exécution des prestations de la tranche ferme, tandis que l'engagement du titulaire du marché porte sur la totalité des tranches, ferme et conditionnelles.

Cependant, le responsable du marché ne peut pas non plus affermir la tranche conditionnelle avant de notifier la tranche ferme. Aucune motivation ne peut être avancée pour justifier ce procédé, dans la mesure où chaque tranche doit être exécutée selon la chronologie prévue par le C.P.S. et doit pouvoir satisfaire au besoin exprimé de manière autonome sans qu'il soit nécessaire que les tranches suivantes soient affermies.

La décision d'affermissement (réalisation) de la tranche conditionnelle prise par le responsable du marché ne peut en aucun cas comporter des éléments nouveaux qui risquent de modifier les stipulations contractuelles du marché

initial. A cet égard, tout **changement** qui touche la réalisation d'une tranche doit être opéré par le biais d'un **avenant**.

Enfin, l'affermissement d'une tranche conditionnelle ne marque pas, en principe, le commencement mais bien plutôt la continuité du marché tel qu'il avait été envisagé à l'origine, d'autant qu'en cas d'affermissement tardif, le marché doit prévoir une indemnité d'attente destinée à compenser un éventuel retard dans la prise de décision.

§4- Les modalités de règlement

A partir du moment où le marché fixe les modalités de règlement, il doit en même temps indiquer en fonction du calendrier d'exécution les conséquences du retard ou de l'absence d'affermissement des tranches conditionnelles.

Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermie avec **retard** ou n'est pas affermie du tout, suite au renoncement du maître d'ouvrage, le titulaire peut bénéficier, selon que le marché le prévoit ou non et dans des conditions bien définies, d'une **indemnité d'attente** ou d'une **indemnité de dédit**. Cela signifie que si le contrat ne prévoit pas d'indemnité, aucun montant en guise de compensation ne doit être accordé.

En cas d'**absence** de décision d'affermissement, le titulaire du marché est dégagé de toute obligation et le marché est considéré comme achevé.

Aux termes de l'article 8§5, la **renonciation par le maître d'ouvrage** à réaliser une tranche conditionnelle **doit être notifiée** au titulaire du marché, par ordre de service, selon le **délai fixé** par le marché, pour qu'il puisse bénéficier de **l'indemnité de dédit**.

En effet, il faut situer la notification de la renonciation par le maître d'ouvrage dans le temps : si cet ordre de service est notifié au titulaire avant le début de la période d'attente, il semble qu'« **aucune indemnité n'est accordée** », ce qui suppose la détermination de la date limite de la période d'attente par le marché pour l'affermissement de la tranche conditionnelle considérée en fonction de la nature des prestations à réaliser et d'un calendrier d'exécution.

En principe, cette date limite doit être antérieure à la date fixée pour l'achèvement de la précédente tranche, ce qui permet au titulaire de la tranche affermie de prendre les mesures nécessaires, soit pour continuer dans de bonnes conditions, soit pour décider de ce qu'il doit faire par la suite, car au-delà d'un certain retard les frais générés par les immobilisations improductives dépassent le coût du redéploiement des moyens de production. Aussi est-il très important de déterminer un délai maximum

pendant lequel l'indemnité d'attente est due, dans la mesure où il garantit l'équilibre financier du contrat.

Concrètement, si un ordre de service notifie au titulaire **la réalisation** ou **l'abandon** d'une tranche entre le début et la fin de la période maximale d'attente, l'indemnité est appliquée depuis le début de la période d'attente jusqu'à la date de cette notification.

Ceci étant, et en vertu du paragraphe 4 de l'article 8, si l'ordre de service pour commencer une tranche conditionnelle n'a pas été donné selon le calendrier prévu et avec **retard**, le titulaire du marché a la possibilité, soit d'accepter de réaliser le projet et de bénéficier d'une **indemnité d'attente**, soit de **renoncer** à la réalisation de la ou des tranches conditionnelles concernées.

En revanche, quand le **maître d'ouvrage**, à la fin de la période d'attente, n'a **notifié aucune décision**, la tranche conditionnelle est considérée comme abandonnée, ou, s'il décide de **renoncer** à la réalisation de la tranche ou des tranches conditionnelles, **l'indemnité de dédit** est due pendant la durée totale prévue pour le marché.

L'indemnité est calculée en fonction de la nature du prix. Quand il s'agit d'un **prix identique** ou **global**, tant pour la tranche ferme que pour la ou les tranches conditionnelles, l'usage est que le maître d'ouvrage prévoit une **indemnité de dédit**. Le versement de l'indemnité de dédit est mandaté sans formalité particulière dans le délai indiqué dans le marché.

Quand il s'agit d'un **prix mixte** ou **différent** pour la tranche ferme et pour la ou les tranches conditionnelles, le maître d'ouvrage peut opter :

Soit pour **continuer l'exécution** de la tranche conditionnelle, et dans ce cas-là **un rabais** est appliqué à la tranche conditionnelle par rapport au prix de la tranche ferme ;

Soit pour **renoncer** à l'exécution des travaux relatifs à la tranche conditionnelle ; dans ce dernier cas, **aucune indemnité** ne sera versée au titulaire du marché.

La décision prise par le maître d'ouvrage de renoncer à l'exécution d'une tranche conditionnelle doit être portée à la connaissance du titulaire du marché par la notification de cette décision selon le délai prévu par le marché.

Cependant, pour l'application d'une indemnité compensatoire, il faut se référer aux stipulations contractuelles pour se renseigner s'il n'y a pas une

clause qui prévoit que l'affermissement peut intervenir, même avec un léger retard.

En principe, l'indemnisation est soumise à une stipulation expresse. Le règlement de la consultation doit préciser si ce montant est fixé par le maître d'ouvrage, auquel cas il sera indiqué, ou s'il doit être déterminé par l'entreprise dans son offre. En l'absence de clause prévue par le marché, le titulaire ne bénéficie d'aucun droit à indemnité en cas de non affermissement d'une tranche conditionnelle, ***sous réserve toutefois que l'exécution de cette tranche n'ait pas été confiée à une autre entreprise.***

A cet égard, il faut noter que si le décompte définitif a été établi à la fin de la tranche ferme, le marché est considéré comme clos et il n'est plus possible de demander l'exécution de la tranche conditionnelle.

Quant au ***mode de calcul*** de l'indemnité, la tendance est d'appliquer une indemnité journalière, forfaitaire ou négociée.

Dans l'hypothèse d'une ***indemnité de dédit négociée***, le montant de l'indemnité de dédit est laissé ouvert à la négociation, étant donné que l'initiative appartient au maître d'ouvrage et qu'il en propose lui-même le montant, car ceci peut rendre facile la comparaison des offres entre elles.

Le montant définitif est alors établi sur la base des justificatifs fournis par le titulaire, dans l'éventualité où il veut réutiliser les approvisionnements, affecter immédiatement son personnel à d'autres chantiers, amortir les frais sur d'autres commandes. Le marché doit indiquer précisément les justificatifs que le titulaire aura à fournir.

Le montant définitif du dédit est fixé :

- soit par décision de l'autorité qui a approuvé le marché, s'il découle directement des clauses contractuelles. Il est alors payé au titulaire sans formalité ;
- soit par avenant signé des deux parties, si sa fixation nécessite une négociation entre les deux cocontractants.

Si la clause de dédit est forfaitaire, le versement du dédit est mandaté sans formalité particulière dans le délai indiqué par les clauses du marché.

§5- Le caractère des prix d'un marché reconductible

La première question qui peut être posée est : sur quels prix - fermes ou révisés - le concurrent peut s'engager ?

La réponse se trouve dans l'article 12 du C.M.P. qui définit le caractère des prix. En effet, à partir du moment où un certain type de marché est étalé sur plusieurs années et concerne notamment les travaux, il convient de préciser que la procédure la plus adéquate dans ce genre de marché est d'envisager la révision des prix. D'une part l'article 12 susvisé prévoit que les marchés de **travaux** sont passés à **prix révisable** et que les marchés de **fourniture** sont passés à prix **ferme** ; d'autre part l'actualisation des prix n'est pas prévue par cet article pour faire face à des variations économiques importantes ; donc il reste la possibilité offerte par le premier paragraphe de l'article 12 qui indique que « Le prix du marché est révisable lorsqu'il peut être modifié en raison des variations économiques en cours d'exécution de la prestation », ce qui implique que la durée de la réalisation du marché doit être prise en compte ; dans ce cas, il faut opter pour une clause de révision des prix.

Section 5

Les marchés allotis

Aux termes de l'article 9-1 § 1, « Les travaux, fournitures et services peuvent faire l'objet d'un marché unique ou d'un marché alloti. Le maître d'ouvrage choisit entre ces deux modalités de réalisation en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques. »

L'allotissement est donc un **mode d'attribution** qui permet à l'acheteur public de **fractionner** un marché unique en plusieurs lots. Cette possibilité est en fait une simple faculté offerte au maître d'ouvrage qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour recourir ou non à ce procédé, et ce selon son appréciation du contexte et des avantages à en tirer.

Le découpage est effectué pour des raisons multiples, ainsi que l'attribution des lots à plusieurs ou à un simple attributaire.

§1- Le champ d'application

Si l'allotissement est un **mode d'octroi** des marchés, il est également un **outil de gestion financière et technique**.

L'allotissement est un procédé qui consiste à diviser un marché unique en plusieurs lots. La décision d'allotir, c'est-à-dire de découper l'objet de la consultation, est prise par le maître d'ouvrage, qui doit se fonder sur une analyse des avantages financiers, techniques et économiques. Cela signifie que l'allotissement n'est pas seulement un choix juridique ou le fruit du hasard, mais le résultat d'un montage subtil afin d'optimiser la réussite

du projet, de garantir le processus d'approvisionnement, de s'assurer des délais et du lieu d'exécution et enfin de réduire les coûts.

En effet, l'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux ou des services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise ou d'un seul fournisseur qui ne peut respecter des délais d'exécution extrêmement courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires qui grèvent d'autant le coût de la prestation, ou encore pour assurer la sécurité des approvisionnements. L'allotissement, dans ce cas, s'impose parce que chaque lot, d'importance moindre, peut être exécuté par des entreprises de taille petite ou moyenne. Mais l'idée générale de l'article 9 du C.M.P. indique dans ce sens que le maître d'ouvrage peut recourir à cette procédure pour des raisons économiques liées à la capacité des prestataires quant à la réalisation du marché et à la sécurité d'approvisionnement.

Au sens de l'article 9 du C.M.P., un lot est un ensemble d'articles, d'objets ou de marchandises, quand il s'agit de fournitures de même nature ou d'une partie de la prestation à réaliser, corps d'état ou groupe de prestations lorsque le lot concerne des travaux, avec comme dénominateur commun que le lot doit présenter un caractère homogène, semblable ou complémentaire.

Un lot est une unité **homogène** qui est attribuée séparément selon la nature de la prestation, fourniture ou travaux. Donc, la question d'allotir ou non se pose différemment selon le type de marché en cause. En effet l'approche change selon que l'on se trouve dans l'hypothèse du marché de fourniture ou dans celle du marché de travaux.

Quand il s'agit des **fournitures**, un lot est un « ensemble d'articles, d'objets, de marchandises de **même nature** et présentant un **caractère homogène**, semblable ou complémentaire », c'est-à-dire des fournitures appartenant à la même famille ; or l'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propre. Par exemple, les ciseaux utilisés par un chirurgien ne sont pas les mêmes que ceux auxquels a recours un service administratif.

Cela signifie que la délimitation d'une catégorie homogène de fournitures doit être laissée à l'appréciation du maître d'ouvrage qui doit être souverain et responsable de ses choix ; il lui appartient donc de faire une estimation des fournitures qu'il considère comme homogènes et correspondant à ses besoins, et qu'il souhaite acquérir.

Quand il s'agit des **travaux** et des **services**, l'article 9-3§2 indique qu'un lot doit faire partie d'un tout : « corps d'état ou groupe de prestations

appartenant à un ensemble plus ou moins homogène, présentant des caractéristiques techniques semblables ou complémentaires.»

Le domaine des travaux publics regroupe toutes les activités de conception et de construction des bâtiments publics et privés et des infrastructures telles que les routes ou les canalisations. Il s'agit des études techniques et des études de prix d'un ouvrage dans le cadre des objectifs définis préalablement.

Le bâtiment et les travaux publics concernent plus spécifiquement toutes les opérations de réhabilitation, d'entretien et de sécurisation d'ouvrages publics et privés, souvent sur des routes nécessitant des travaux d'aménagement et de sécurisation de falaises par exemple.

Dans ce cas, l'allotissement doit se fonder sur un ensemble de capacités et de moyens techniques et humains et éviter de pratiquer une division plus fine des fonctions ou de subdiviser des lots en sous-lots, ce qui risque de nuire au bon déroulement de l'opération de réalisation.

En somme, et eu égard à ce qui précède, on peut déduire qu'un ensemble homogène signifie un ensemble non fractionné ; il ne faut pas diviser le lot en sous-lot, d'où le principe **d'homogénéité technique** qui doit être pris en considération lors de la décision de séparer les lots.

§2- Les conditions d'attribution

L'article 9 du code des marchés de 2013 ne fournit aucune raison ni aucun référentiel pour recourir à cette procédure, hormis ce qui a été prévu par cet article, à savoir que le choix est « **en fonction** des avantages financiers et ou techniques qu'il procure.» L'alinéa 2 dispose que lors de l'attribution des lots, le maître d'ouvrage procède à une ouverture des plis partielle, pour un « examen de chaque lot », ou globale, qui permet « l'examen de l'ensemble des offres.» Donc **le maître d'ouvrage apprécie**, selon des critères **subjectifs**, les motivations qu'ils l'ont amené à passer un marché en lot séparés.

En règle générale, le recours au marché unique est adopté lorsque l'objet du marché permet d'identifier des prestations distinctes et que l'exécution ne présente pas de difficulté, tandis que le marché alloti est choisi lorsque l'exécution du marché semble plus complexe ou aléatoire.

Dans ce contexte, l'allotissement peut être choisi lorsque les quantités sont importantes et qu'un fournisseur unique ne peut être en mesure de les assurer seul ou pour des raisons de sécurité d'approvisionnement. Le choix de recourir à plusieurs fournisseurs s'impose dans cette situation afin d'éviter toute dépendance ou défaillance.

Aussi, l'exécution technique du marché des travaux risque d'être plus difficile à réaliser par une seule et unique entreprise qui n'a pas les capacités techniques ou financières requises pour faire face à un projet important, ou bien quand le délai d'exécution est extrêmement court et pour cela il faut des moyens humains et techniques importants.

Cependant, pour des raisons liées « à la sécurité d'approvisionnement » ou « à la capacité du prestataire », qui doit avoir ou non la capacité de réaliser la prestation ; ou bien en raison des « délais d'exécution », qui pourraient être très courts, alors qu'une seule entreprise n'est pas en mesure de respecter le délai ; enfin, en raison du « lieu d'exécution ou de livraison », qui pourrait être multiple et dispersé, le maître d'ouvrage peut, le cas échéant, « **limiter le nombre** » de lots pouvant être attribués à « **un même concurrent** », et ce à sa discrétion.

La personne publique doit être aussi en mesure de conduire l'opération d'allotissement de bout en bout. Si l'allotissement présente des difficultés techniques qui rendent l'exécution du marché plus difficile, ou des difficultés financières et économiques qui entraînent un coût global plus élevé de la prestation, une entité publique qui n'a pas de moyens humains et techniques suffisants n'est pas en mesure d'assurer elle-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination des travaux d'un marché alloti ; dans ce cas, le choix d'un marché unique est inévitable.

§3- L'aspect économique de l'allotissement

Décomposer un marché en plusieurs lots afin d'attribuer la réalisation d'un marché à plusieurs entreprises a pour effet de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises (P.M.E.) à la commande publique et d'ouvrir les marchés à une concurrence plus large, d'où la nécessité de la mise en œuvre de la notion du prix comme référence du choix de l'attributaire du marché. D'ailleurs, on peut constater que conformément au paragraphe 4, alinéa 2 de l'article 9, « Les offres de **remise sur le prix** présentées par les concurrents en fonction du **nombre de lots** susceptibles de leur être attribués sont prises en considération. »

Cependant le découpage en plusieurs lots du marché, notamment un découpage fin qui vise à permettre au plus grand nombre d'entreprises, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique, ne garantit pas que cet objectif, qui tend à confier le projet à plusieurs opérateurs économiques, notamment aux entreprises petites, moyennes ou nouvelles, soit atteint : c'est surtout le cas lorsque ces entreprises risquent de ne pas être en mesure de répondre à l'appel d'offres, d'où le maintien des entreprises habituées à soumissionner sans qu'elles soient inquiétées.

Le respect du principe de transparence et d'égalité d'accès aux marchés publics, qui prohibe la discrimination positive, de même que les quotas font partie de ce dispositif. Cependant, force est de constater que le législateur a offert au maître d'ouvrage le choix entre deux modes de passation : l'appel d'offres ouvert ou restreint et d'autre part la procédure selon laquelle « l'examen et l'attribution des lots s'effectuent selon l'ordre chronologique prévu au niveau de l'avis **d'appel d'offres** ou de la **lettre circulaire**. »

Il semble que le choix entre ces deux procédures d'octroi s'effectue selon le motif d'allotissement, en fonction de la vision de l'autorité compétente, notamment lorsqu'il s'agit d'une collectivité locale : si l'intérêt est de permettre aux P.M.E. d'accéder aux marchés publics, l'appel d'offres s'impose, mais si le souci de la sécurité d'approvisionnement est le motif du choix de l'allotissement d'un marché, à ce moment-là l'appel d'offres restreint s'impose.

L'analyse des offres, dans le cas des marchés allotis, est encadrée par l'article 9-1 qui prévoit que l'examen des offres des concurrents se fait en lot unique lorsqu'il s'agit d'un marché unique, et lot par lot lorsqu'il s'agit d'un marché alloti. Cela signifie qu'il ne faut pas prendre l'opération comme un tout : au stade de l'examen des offres d'un marché alloti par la commission, chaque lot doit être examiné à part, chaque lot doit faire l'objet d'une analyse séparée et indépendante.

Ceci nous conduit à conclure qu'en cas de litige, si une contestation est manifestée par une entreprise, elle ne peut contester que le ou les lots qui ont fait l'objet de sa soumission et non pas l'ensemble de l'opération fragmentée en plusieurs lots : la contestation doit ainsi porter uniquement sur le ou les lots qui la concernent, et non sur les autres lots qui ne rentrent pas dans son offre.

Le règlement de consultation doit être clair et précis à ce sujet. Il doit préciser, d'une part, que le marché sera décomposé en lots, et d'autre part que les lots seront analysés conjointement ou lot par lot.

Lorsque la personne publique décide d'attribuer un marché décomposé en plusieurs lots à un seul concurrent, l'article 9-1 §4 du décret a offert au maître d'ouvrage une latitude pour limiter le nombre de lots, et ce pour des raisons liées à la sécurité de l'approvisionnement.

Dans ce sens, l'article 18-4 du C.M.P. prévoit que le règlement de consultation doit comporter toutes les précisions utiles relatives à l'analyse des offres et à la dévolution des lots à une seule personne. Cependant il y a lieu de

s'interroger si le maître d'ouvrage ne devrait pas justifier le recours à ce mode de dévolution d'un marché alloti à une seule entreprise.

Nous pensons qu'à partir du moment où le maître d'ouvrage s'appuie sur le critère lié à la sécurité d'approvisionnement prévu par l'article 9 § 4, il doit motiver son choix par un certificat administratif afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique.

§4- Les conditions d'exécution

Les lots sont susceptibles d'être attribués d'une manière distincte à plusieurs entreprises, ou bien leur exécution est confiée à une seule entreprise.

Dans le premier cas, plusieurs marchés sont à passer avec autant d'entreprises retenues ; en revanche, dans le deuxième cas, un seul marché est à conclure avec l'unique attributaire pour l'ensemble des lots, avec la signature d'un seul acte d'engagement.

Concrètement, les lots sont étudiés et examinés individuellement et de manière indépendante et la personne publique ne saurait en aucun cas limiter le nombre des lots susceptibles d'être attribués à une entreprise.

Une remarque s'impose : pourquoi alloter un marché et le confier à une seule entreprise ? Quelles sont les lignes de démarcation entre un marché alloti confié à un seul attributaire et la décomposition en lots techniques ? Nous pensons que l'attribution d'un marché alloti à un attributaire unique n'est pas un choix judicieux ; dans ce cas, l'opération de l'allotissement est superflue, dans la mesure où l'objectif et l'idée sous-jacente de l'allotissement sont le renforcement du tissu économique des petites et moyennes entreprises.

§5- La décomposition en lots techniques

La décomposition du marché en lots techniques réservés aux **groupements**, prévue par l'article 165 du code des marchés, est une opération qui diffère dans son objectif de la procédure de l'allotissement prévue par l'article 9 de ce code.

La décomposition du marché en lots techniques est un **mode d'organisation**, tandis que **l'allotissement** est un **mode de dévolution** ; aussi l'opération d'un marché alloti consiste-t-elle à conclure plusieurs marchés séparés, tandis que dans le cas de la décomposition technique, l'opération consiste à présenter une offre unique qui conduit à la conclusion d'un marché unique.

Ainsi, quand le mode d'organisation porte sur la candidature des groupements d'entreprises à forme conjointe, il suppose, en vertu de l'article 157-A-

§1 du code des marchés publics, que le maître d'ouvrage ait décomposé le marché en plusieurs ensembles de prestations techniques susceptibles, chacune, d'être attribuée à un membre du groupement. « Le groupement est dit conjoint lorsque chacun des prestataires, membre du groupement, **s'engage à exécuter** une ou plusieurs **parties distinctes**, tant en définition qu'en rémunération des prestations prévues dans le marché. »

Cependant, quand il s'agit d'un groupement solidaire, l'engagement est fait sur la base d'une « réalisation de la totalité du marché », sans parties distinctes.

Section 6

Le marché de conception-réalisation

Selon les termes de l'article 10 du décret du 20/03/2013, le marché conception-réalisation est un contrat par lequel une personne qualifiée (le titulaire) est chargée par le maître d'ouvrage d'assurer le déroulement de l'exécution d'un « **marché particulier** portant notamment sur des procédés spéciaux, des processus de fabrication étroitement intégrés ou des travaux d'un type spécifique....» et non simplement en fonction de l'urgence, ou pour des impératifs architecturaux. Ces traits du marché conception-réalisation l'opposent à un marché alloti dans la mesure où le premier a pour objet de confier simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage.

Cette personne qualifiée s'engage à **livrer l'ouvrage complet en état de marche**, depuis la conception jusqu'à la mise en service après vérification, le cas échéant, de ses garanties de performance ou selon les termes de l'article 10 « la **conception**, la fourniture et la **réalisation d'une installation complète**. »

Conçu comme une dérogation à la maîtrise d'œuvre classique, la conception-réalisation est un outil attractif qui répond à des contraintes réglementaires pour la réalisation d'ouvrages : bâtiments, infrastructures ou la conception, la fourniture et la réalisation d'une installation complète.

Cependant, l'article 63 du CMP relatif au concours n'a pas éliminé du champ d'application des marchés de conception réalisation un certain nombre des domaines qui font partie du champ d'application du concours, tels que l'aménagement du territoire, l'urbanisme ou l'ingénierie. « Les prestations qui peuvent faire l'objet de concours, concernent notamment les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme ou de l'ingénierie, et les prestations qui font l'objet de marché de conception-réalisation », dans la mesure où l'ingénierie pourrait faire partie de ce type de marché. En effet

l'ingénierie désigne l'ensemble des fonctions qui mènent de la **conception** et des études, de l'achat et du contrôle de **fabrication des équipements, à la construction et à la mise en service d'une installation technique ou industrielle** ; en conséquence, l'exclusion de l'ingénierie pose problème.

Le marché de conception-réalisation est **un marché unique** puisque le maître d'ouvrage n'a qu'un seul contrat à conclure et à suivre pour la réalisation de l'ouvrage. Ce choix est dicté par des raisons techniques liées à la cohérence de la prestation en cause.

En effet, la procédure de conception-réalisation concentre la **conception** d'un projet conceptuel et sa **réalisation** entre les mains d'**une seule entité**. Il s'agit de confier à un groupement de prestataires ou à un seul prestataire, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

A travers la lecture des autres dispositions du C.M.P., on constate que le code a interdit la combinaison de la conception de l'ouvrage et de l'exécution des travaux. Il s'agit de deux domaines distincts qui doivent être attribués d'une manière séparée. Le maître d'ouvrage confie la conception des ouvrages à un concepteur ou à un maître d'œuvre et l'exécution à un entrepreneur.

C'est pour cette raison que la procédure globale de conception-réalisation constitue une spécificité qui dispense de faire appel à un maître d'œuvre préalablement à l'exécution des travaux pour concevoir l'ouvrage et établir les spécifications et l'avant-projet détaillé de la solution retenue. Elle nécessite que le maître d'ouvrage définisse précisément dans le programme de l'opération les exigences fonctionnelles auxquelles devra répondre le projet. Les marchés conception-réalisation constituent donc une procédure dérogatoire.

L'article 10 §2 a opté pour cette procédure « dérogatoire » dans la mesure où le maître d'ouvrage n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Aux termes de l'article 10§1, le recours à un marché conception-réalisation ne peut être mis en œuvre, quel que soit le montant du marché, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association du concepteur et du réalisateur de la prestation, et ce conformément à l'article sus visé qui prévoit que le recours à ce type de marché exige «l'association du concepteur et du réalisateur de la prestation.» Ceci étant, l'article 10 §5 prévoit en outre qu'« **In fine**, le recours aux marchés de conception-réalisation est

soumis à l'autorisation préalable du Chef du Gouvernement après avis de la commission des marchés.»

Il s'agit en fait, d'un **moyen d'assistance** pour l'acquisition d'un outil ou d'un ouvrage depuis sa conception jusqu'à sa mise en service, tout en garantissant un prix net et un « produit » achevé, sans surprise, et ce du début du projet jusqu'à son achèvement.

Le paragraphe 1 indique que le maître d'ouvrage peut charger une seule personne, comme elle peut confier l'exécution de la prestation objet du marché à un ou plusieurs spécialistes d'un groupement tout en désignant un seul interlocuteur vis-à-vis du maître d'ouvrage, lequel **perd en grande partie le contrôle** qu'il exercerait autrement sur le projet et sur son évolution.

Les contrats de conception-réalisation portent sur des prestations complexes qui nécessitent une conception, une intégration et une mise en service. A titre d'exemple, la réalisation d'une station d'épuration, la construction de logements à caractère spécifique, les contrats de développement de logiciels intégrés dans le système d'information d'un service public, le système de simulation et de guidage, la conception matérielle des outils ou des ouvrages en souterrain avec une structure complexe et d'une manière générale **le domaine de l'ingénierie**, se prêtent aux contrats de conception-réalisation.

C'est la complexité de la nature de la prestation qui impose le contrat de conception-réalisation, lequel a l'avantage d'être un contrat particulier c'est-à-dire une formule adaptée, qui n'est pourtant pas une panacée dans la mesure où ce type de contrat n'est pas adapté à toutes les situations. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.

La pratique **en France** a débouché sur **une restriction** du champ d'application du contrat dit de conception-réalisation. Cette catégorie de contrats n'est possible que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs doivent être liés à la **destination** ou à **la mise en œuvre technique** de l'ouvrage.

§1- Les propriétés juridiques du contrat

Un contrat liant essentiellement, d'une part un maître d'ouvrage qui ne peut pas intervenir mais qui, néanmoins « dispose d'un pouvoir **général** de

contrôle », c'est-à-dire qu'il perd en grand partie le contrôle classique qu'il exerçait antérieurement sur le projet et sur son exécution, et d'autre part un prestataire de service qui n'exécute pas **généralement** la totalité des prestations lui-même, mais qui assume « la totalité des responsabilités » est un contrat qui revêt un aspect particulier quant à sa qualification sur le plan juridique.

La première question qui se pose est de savoir sous quel régime juridique ce contrat doit être conclu : s'agit-il d'un **marché public**, d'un **contrat d'entreprise** ou d'un contrat **sui generis** ? Il faut donc connaître la nature juridique de ce type de contrat afin de pouvoir le qualifier.

Un contrat de conception-réalisation ne se résume pas à une addition de travaux et de services, mais l'insertion de travaux et de services dans un projet global a pour conséquence qu'une telle opération constitue un projet contractuel spécifique, non réductible aux éléments qui le composent. C'est pourquoi le contrat de conception-réalisation n'est ni un marché public au sens classique du terme, ni une délégation de service public. Néanmoins, à partir du moment où ce contrat n'est soumis ni à une procédure de passation de délégation de service public, ni, a fortiori, au code des marchés publics, il doit être soumis à un régime juridique spécifique, qualifié par les uns de **contrat d'entreprise** et par les autres de contrat **sui generis** qui peut être conclu.

Un **contrat d'entreprise** est un contrat par lequel le titulaire du marché s'engage, moyennant rémunération, vis-à-vis d'une autre personne (le maître d'ouvrage), à réaliser un travail en toute indépendance et sans représentation. On peut dire qu'un contrat est un contrat d'entreprise quand une partie confie à la seconde la réalisation d'un produit qui ne correspond pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par cette dernière mais qui est destiné à satisfaire aux besoins particuliers exprimés par la première partie.

L'autre qualification est évoquée lorsque le contrat ne rentre dans aucune qualification et qu'il est impossible de la rattacher à un contrat nommé : dans ce cas le contrat est dit inqualifiable, ou **sui generis**, soit de son propre genre. Au-delà des dispositions générales suscitées, un contrat innommé « n'est donc pas organisé par la loi. » Ainsi, en cas de lacune dans un contrat innommé, on ne peut avoir recours à des dispositions supplétives du code civil. C'est ici au juge qu'appartient le rôle de procéder par analogie, en rapprochant le contrat innommé litigieux d'un contrat nommé qui lui est proche.

Cependant, la doctrine en France est presque unanime pour une qualification unitaire du contrat de conception-réalisation. En effet, ce qui milite pour cette qualification c'est le caractère indissociable des différentes prestations et la volonté des parties qui ont tendu à atteindre un résultat final.

L'autre aspect du caractère du contrat conception-réalisation porte sur les obligations dont fait l'objet le titulaire du marché : s'agit-il d'une obligation de moyen ou d'une obligation de résultat ?

Le titulaire du marché se trouve dans ces conditions au cœur du dispositif contractuel, portant sur la responsabilité qui lui incombe entièrement. Le titulaire du marché assume en conséquence la totalité de la responsabilité et des risques afférents aux coûts de ces prestations, à leurs qualités et à leur exécution dans les délais prescrits. Son obligation est donc une obligation mixte, une obligation de résultat et une obligation de moyens.

C'est une **obligation de résultat** qui pèse sur le titulaire du marché et, par voie de conséquence, le critère même de la définition du contrat de conception-réalisation tel qu'il résulte des dispositions de l'article 10 susvisé corrobore parfaitement ce critère. Il s'agit en fait de « l'exécution dans les délais prescrits » de la prestation objet du marché.

En effet, **l'obligation de résultat** implique que le titulaire du marché doit réussir l'achèvement de l'opération, voire la réparation qui lui est demandée. Il s'engage sur des résultats précis et vérifiables et en cas d'échec, la responsabilité lui en incombe. Sa responsabilité est donc engagée du simple fait de l'inexécution du travail exigé, une responsabilité à laquelle il ne pourra se soustraire qu'en cas de force majeure. Il est plus facile d'obtenir de lui des **garanties de performance** et non pas seulement des garanties de **bonne exécution**.

Cette obligation de résultat qui pèse sur le titulaire du marché peut être totale, partielle, voire défectueuse. La faute liée à l'obligation principale (contractuelle) est présumée en cas d'**obligation de résultat** non atteint (transporter, construire, vendre, réparer, installer..).

Le titulaire, débiteur d'une obligation de résultat, est tenu de façon absolue de fournir ce résultat et la charge de la preuve en cas de manquement appartiendra dans ce cas-là au titulaire du marché. Il lui faudra démontrer qu'il a respecté ses engagements contractuels. Ainsi, pour une obligation de résultat (une partie s'engageant contractuellement sur un résultat promis), le client - le maître d'ouvrage en l'occurrence - obtient réparation par la simple preuve de l'inexécution de l'obligation, d'où la nécessité d'une obligation d'information dès les pourparlers précontractuels.

C'est une **obligation de moyens**, dans la mesure où le prestataire doit déployer tous ses efforts pour atteindre l'objectif visé par le maître d'ouvrage et qu'il doit être tenu de mettre en œuvre prudence, diligence et tous moyens techniques, humains, professionnels et intellectuels en vue de satisfaire à l'obligation qui résulte du contrat, dans la mesure où le titulaire doit « superviser la bonne exécution » de la prestation.

La charge de la preuve de responsabilité pour manquement appartiendra au maître d'ouvrage, chargé d'ailleurs du « suivi de la bonne exécution des prestations. » Il lui appartiendra, dans ce cas, de démontrer que le titulaire du marché a failli à ses obligations contractuelles. Cette responsabilité découle des dispositions de l'article 10§4 qui prévoit que « Le maître d'ouvrage assure un contrôle du respect des engagements du titulaire et du suivi de la bonne exécution des prestations objet du marché. » La périodicité et les modes de ce contrôle doivent être précisés dans le C.P.S.

La responsabilité, dans ce cas, ne peut être engagée sur la simple constatation que le résultat convenu n'a pas été atteint. Toutefois, le titulaire peut se libérer en donnant la preuve qu'il n'a commis aucune faute.

Cependant, si on qualifie ainsi ce contrat, il faut que sa conclusion soit appréhendée sous l'angle des règles de droit commun qui régissent la conclusion de ce genre de contrat.

§2- Le mécanisme de la mise en œuvre du contrat

Le contrat de conception-réalisation est un contrat qui doit être adapté aux besoins de l'administration. Trois phases sont nécessaires: l'appréciation des besoins par le maître d'ouvrage, les études et examens de ces besoins et enfin l'exécution des différentes prestations établies par le cahier des charges.

La détermination des besoins renvoie à la détermination de l'objet du contrat et entraîne la détermination de la responsabilité avec précision. Plus le projet est complexe, plus l'objet est flou et évolutif, d'où la possibilité pour le titulaire du marché d'esquiver sa responsabilité. Pour éviter ces pièges, le maître d'ouvrage, vigilant, doit se prémunir contre toutes éventualités. Dans le cas de la construction par exemple, la garantie des vices cachés doit se juxtaposer avec la responsabilité décennale. L'obligation de la délivrance dans les contrats informatiques selon les attentes du maître d'ouvrage doit aussi être observée.

L'étude et l'examen sont faits conjointement par le maître d'ouvrage et le titulaire, ce qui implique que le maître d'ouvrage doit être en mesure de

fournir une description très précise de ces besoins dès le départ (obligation de collaboration) et que le titulaire doit être un professionnel qui détient toutes compétences nécessaires pour effectuer son travail et aboutir à l'obligation de résultat (obligation de conseil).

Dans le cas d'une procédure de conception-réalisation, le choix de l'attributaire appartient au jury. La procédure propre aux marchés de conception-réalisation est une modalité particulière du **concours** prévu par l'article 70 du C.M.P., applicable aux marchés qui portent à la fois sur l'établissement des études et sur l'exécution des travaux pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 10§3, ce qui implique qu'une **prime** doit être accordée aux candidats. Le règlement de la consultation doit préciser dans ce cas les modalités de versement, son montant ainsi que ses modalités de réduction, voire de suppression.

Enfin, il est question de la phase d'exécution, caractérisée par le fait que le maître d'ouvrage n'a plus à intervenir sauf pour le contrôle et le suivi, et que le titulaire assure le déroulement du projet jusqu'à « l'installation complète. »

Plusieurs verrous juridiques, techniques et financiers doivent être observés par le maître d'ouvrage. A titre d'exemple, le contrat de construction conception-réalisation est un contrat approuvé par l'autorité compétente. Il doit être accompagné par certaines garanties obligatoires qui constituent une soupape de sécurité, comme la délivrance d'une attestation de **caution d'achèvement**, souvent accompagnée de la souscription d'une assurance «dommage-ouvrage» et offre donc un maximum de garanties pour le maître d'ouvrage. Le contrat ne doit pas exclure non plus de sa garantie les faits imputables à ses propres sous-traitants, fournisseurs ou concepteurs.

Cette caution, aussi appelée «garantie bancaire» ou caution d'achèvement, est obligatoire dans le cadre du contrat de **conception-réalisation**. C'est pour l'administration la certitude que la prestation sera réalisée aux prix et délais convenus du contrat, si le constructeur ne pouvait plus faire face à ses obligations suite à un dépôt de bilan ou d'une liquidation judiciaire. La banque ou la compagnie d'assurance qui délivre la caution prend évidemment le maximum de garanties afin d'être sûre de la bonne santé de l'entreprise cautionnée en prévoyant un audit comptable, technique, fiscal.

L'assurance dommage-ouvrage s'ajoute aux garanties décennales et biennales classiques et permet de réparer les désordres éventuels qui surviennent sur l'ouvrage avant toute recherche de responsabilité, et ce sans aucune franchise. Cette garantie est également obligatoire dans le

cadre du contrat de conception-réalisation, mais elle ne peut être souscrite que par le maître d'ouvrage.

En ce qui concerne ***l'évaluation des offres***, elle est effectuée sur la base du coût global de la prestation qui couvre l'ensemble du montant de l'investissement initial et des coûts différés de gestion, d'entretien et d'exploitation d'une opération d'installation d'un logiciel ou de construction d'un ouvrage.

Le maître d'ouvrage, dans ce cas, doit s'interroger, avant toute décision, sur le coût global de chaque opération en vue de tenir compte de l'ensemble des coûts prévisibles à moyen et à long terme qui pèseront sur l'entité publique.

Cependant, cette évaluation est assujettie aux règles de la concurrence prévues par la réglementation en vigueur et en conséquence elle doit être respectée. Le maître d'ouvrage peut se voir proposer autant de façons d'y répondre qu'il y a de concurrents, ce qui lui procure des options dont il n'aurait peut-être pas été autrement informé.

§3- Le rôle du maître d'ouvrage

En vertu de l'article 10 § 4, « Le maître d'ouvrage ***assure un rôle de contrôle du respect des engagements*** du titulaire et de ***suivi de la bonne exécution des prestations*** objet du marché.» C'est une ***définition laconique***, eu égard à l'importance du projet à réaliser. Toutefois, deux missions peuvent être décelées et sont donc assignées au maître d'ouvrage : une mission ***juridique*** et une mission ***technique***.

Le maître d'ouvrage exerce ***une mission générale d'ordre juridique***, pour vérifier sur pièce et sur place l'observation par le titulaire du marché des ***engagements contractuels*** pris par ce dernier durant son exécution du marché.

Une autre ***mission d'ordre technique*** découle de tous pouvoirs de contrôle pour s'assurer de la bonne ***exécution*** des prestations objet du marché. C'est une mission qui consiste à s'assurer que le personnel et le matériel de l'entreprise sont conformes à ceux prévues par le C.C.A.G. Cette mission englobe aussi le fait de constater que le planning d'exécution des prestations prévues est respecté, ce qui implique un jugement global sur les performances quant aux moyens mis à la disposition de l'entrepreneur ou du prestataire de service, ainsi qu'une évaluation de la progression des travaux.

Pour effectuer ces missions, le décret a prévu que « le marché doit préciser la périodicité et les modes de contrôle », d'où la nécessité d'un planning de contrôle, ce qui implique que le maître d'ouvrage doit instituer des réunions de chantier périodiques, établir des rapports de suivi et des procès-verbaux de réunions de chantier qui relatent les observations émises par les deux parties ; il doit aussi détenir un registre qui retrace les visites du chantier et inscrire les observations émises.

Section 7

Les marchés d'études

Avant de s'engager dans la procédure d'un marché public, l'article 5 du C.M.P. prévoit que le maître d'ouvrage détermine aussi exactement que possible les spécifications et la consistance d'une commande d'une manière claire et exhaustive, en précisant aussi les compétences nécessaires.

Il est donc indispensable de mener en amont une réflexion étayée sur les différentes contraintes entourant l'opération projetée. Cette démarche a pour but de vérifier la faisabilité de l'opération, mais également d'assurer, par la suite, autant que possible, le bon déroulement du chantier. Or certaines administrations ne disposent pas des moyens humains et techniques pour assurer les démarches préliminaires relatives aux études, ou bien elles ne peuvent pas déterminer avec précision le but à atteindre ni les moyens à mettre en œuvre pour l'exécution d'un projet. Pour faire face à cette éventualité, le code des marchés publics recommande le recours aux marchés dits marchés d'études.

Comme prévu par l'article 154 du C.M.P., le maître d'ouvrage, lorsqu'il ne peut effectuer par ses propres moyens les études qui lui sont nécessaires ou s'il n'est pas en mesure de préciser les buts et les performances à atteindre, les techniques à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre, a recours à des marchés d'études, c'est-à-dire qu'il confie la réalisation des études préalables à une tierce personne qui est une personne privée dans la majorité des cas. Ces études nécessaires **varient** selon les domaines, ce qui nécessite de faire appel à différents corps de métiers : architectes, urbanistes, juristes, bureaux d'études techniques, géotechniciens, ingénieurs, qui peuvent intervenir individuellement ou en groupement.

Le maître d'ouvrage, dans cette éventualité, passe un marché d'études différent de celui qui porte sur l'exécution du projet objet de l'étude. C'est un marché dans lequel les besoins du maître d'ouvrage ne sont pas précisément connus au jour de la passation de celui-ci, en conséquence

c'est un marché qui a pour but de préparer les conditions d'établissement d'un marché ultérieur.

Toutefois, le fait que le maître d'ouvrage n'a pas de vision claire au sujet du projet à réaliser, ou qu'il ne dispose pas de services suffisamment étoffés, ne l'exclut pas du montage de l'opération. Un travail simultané sur le programme et sa formalisation, un dialogue soutenu entre le maître d'ouvrage et le titulaire du marché, très en amont, associés à une appropriation collective du projet, sont les mots d'ordre de cette procédure. Celle-ci est particulièrement utile car elle permet d'aborder le projet dans sa complexité et de définir sa programmation dans un processus itératif mieux adapté qu'aucune autre procédure. Cette étape de réflexion sur les besoins, sans doute la plus délicate, vise à définir la nature du projet.

§1- Le champ d'application

Le maître d'ouvrage est tenu de respecter les règles de passation édictées par le code des marchés publics. A cet effet, l'article 154-A §2 prévoit que les marchés d'études sont conclus après la mise en concurrence, autrement dit le recours aux différents modes de compétition constituent la règle sine qua non.

Toutefois, quand il s'agit d'un projet qui porte sur des études juridiques, le maître d'ouvrage ne jouit pas d'une liberté totale mais plutôt d'une compétence liée. L'article 154-A§3 prévoit à cet effet que « Pour les prestations afférentes à **des études juridiques** donnant lieu à **l'élaboration de projets de textes législatifs ou réglementaires**, le maître d'ouvrage **doit** avant le lancement de la procédure recueillir **l'avis** du Secrétaire général du Gouvernement..» Autrement dit, il s'agit d'un **avis obligatoire** et non facultatif ; en conséquence, l'absence de cet avis est un motif de nullité de la procédure de passation d'un marché d'études qui porte sur l'élaboration de textes législatifs ou réglementaire.

Ceci étant et comme précédemment mentionné, le maître d'ouvrage doit passer un marché d'études différent de celui qui porte sur l'exécution du projet objet de l'étude. C'est une mesure qui est dictée pour garantir l'indépendance du titulaire du marché et en même temps pour écarter tout risque de conflit d'intérêts.

En effet, l'article 26 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de services de l'Etat portant sur les prestations d'études et de maîtrise d'œuvre du 04 juin 2002 (C.C.A.G.-E.M.O.) indique d'une manière claire que « **Le titulaire du marché d'études est tenu d'observer une indépendance d'action absolue vis-à-vis des attributaires des marchés**

de travaux, de fournitures ou de services qui interviennent dans le cadre de l'exécution du projet sur lequel portent les prestations objet du marché qui lui est confié», et ceci dans la mesure où ledit titulaire est amené à établir les documents qui se rapportent au marché de travaux afférents à l'étude.

A cet effet, la Banque mondiale ne permet pas non plus, dans ses Directives, aux consultants (titulaires des marchés d'études) de fournir des biens, d'exécuter des travaux, d'acquérir des actifs ou de fournir tous autres services en rapport avec la mission qui leur est confiée (point 4.12 des directives pour la sélection et l'emploi des consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale).

Elle étend même cette obligation aux associés et sous-traitants des consultants en les obligeant « à s'interdire, pendant la durée du contrat et à son issue, à fournir des biens, travaux ou services destinés à tout projet découlant des prestations ou ayant un rapport étroit avec elles » (point 3.2.2 du contrat type des services de consultants).

Cette indépendance absolue prévue par l'article 26 du CC.C.A.G.-E.M.O. signifie une séparation organique et institutionnelle entre l'entreprise qui mène les travaux et le bureau d'études chargé des études. La commission des marchés a été saisie par une entreprise concurrente qui a relevé que la société X, qui a réalisé l'étude du tracé du gazoduc en question, et la société Z., qui a présenté l'offre la plus basse dans le cadre de l'appel d'offres relatif à la construction dudit gazoduc, ont une même adresse pour domicilier leur siège social et sont dirigées par un même gérant actif. Dans son avis n° 313/07 CM du 14 mars 2007, la commission des marchés a considéré que « Bien qu'elles constituent deux sociétés distinctes, il ressort de l'article 16 du statut de la société X, chargée de l'étude du tracé du gazoduc, et de l'article 17 de statut de la société Z, concurrente dans l'appel d'offres en question, que ces deux sociétés sont dirigées par un même gérant (en l'occurrence M. Y qui est à la fois actionnaire et gérant dans les deux sociétés) et ont des sièges sociaux domiciliés à la même adresse. »

La Commission a conclu que ce fait laisse présumer l'existence d'une **corrélation** entre les deux sociétés qui risque à la fois de compromettre l'indépendance que doit observer le titulaire du marché de l'étude à l'égard des attributaires des marchés de travaux et, d'autre part, d'influer sur le déroulement normal de la concurrence pour l'attribution du marché de travaux. En conséquence deux situations se présentent :

- Soit d'écarter la société en cause si la commission d'appel d'offres n'a pas encore désigné l'attributaire du marché ;

- Soit d'annuler la procédure et de relancer la concurrence, le cas échéant, si l'attributaire a été déjà désigné par la commission d'appel d'offres.

§2- Le déroulement de la procédure

Lorsque la nature et *l'importance du marché* le justifient, la méthode prévue par le code, notamment le paragraphe 6, consiste à **scinder l'étude** en plusieurs phases, chacune **assortie d'un prix** afin d'explorer le plus grand nombre possible de voies de recherche. Chaque phase peut être naturellement assortie du prix demandé, dans la mesure où les buts et les performances à atteindre, les techniques, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre, ne peuvent pas toujours être les mêmes pour chaque phase.

En fait, c'est surtout dans l'éventualité où le maître d'ouvrage ne serait pas en mesure de préciser les objectifs et les projets à réaliser, qu'une phase préliminaire dite « de définition » a été prévue. Cette phase a pour objet de déterminer les buts et les performances à atteindre, les techniques à utiliser ou les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre.

Les marchés d'études donnent généralement naissance à des droits de propriété intellectuelle tels que le droit de propriété industrielle, architecturale ou artistique. C'est pour cette raison que le droit de la **propriété intellectuelle** trouve sa place dans le cadre légal de la réglementation des marchés publics. A cet effet, si l'administration se réserve le droit de disposer du résultat des études pour ses propres besoins sans qu'il y ait une mention spéciale au marché, il faut qu'il y ait une clause spéciale pour que d'autres collectivités et organismes puisse bénéficier de ces résultats. En outre, le marché doit prévoir les droits réservés au titulaire dans le cas de fabrication ou d'ouvrages réalisés à la suite de l'étude; les droits de propriété industrielle qui peuvent naître à l'occasion ou au cours de l'étude sont acquis au titulaire de l'étude.

A cet égard il est important de prévoir la possibilité de faire achever l'étude par un autre prestataire, ou d'incorporer le résultat dans une solution globale proposée par un autre fournisseur. Ces droits doivent faire l'objet des clauses contractuelles et donnent lieu à une rémunération négociée.

Aussi, dans l'éventualité où l'intérêt de la poursuite de l'étude soit remis en cause au cours de l'exécution du marché, ce dernier doit prévoir la possibilité d'arrêter l'étude au terme d'une ou de plusieurs de ses phases.

L'arrêt de l'étude peut être dicté soit pour des raisons contractuelles, c'est-à-dire si le délai prévu dans le contrat pour accomplir l'étude est écoulé, soit

pour des raisons budgétaires, c'est-à-dire si les crédits alloués pour réaliser l'étude sont épuisés.

Cette décision d'arrêter l'exécution des prestations a deux conséquences : d'une part elle entraîne la résiliation du marché et d'autre part elle donne des droits de remboursement au titulaire du marché.

En effet, à partir du moment où chacune des phases est clairement identifiée, chacune étant assortie d'un prix, le marché précise **les charges** qui, entraînées de façon certaine par l'arrêt de l'étude, seront **remboursées** au titulaire du marché, ce qui signifie que la décision d'arrêter l'exécution des prestations **ne donne lieu à aucune indemnité**.

La combinaison de la notion du délai et du montant des crédits alloués implique que l'administration contractante doit imposer au titulaire du marché, en vertu d'une clause contractuelle, un contrôle a posteriori des coûts de revient. Ce contrôle s'appuie sur les comptes-rendus d'avancement des travaux accompagnés d'une comptabilité qui fait ressortir un descriptif de la comptabilité et de tous les renseignements nécessaires au calcul des coûts d'unités d'œuvre, des taux de frais de production et de frais hors production, en fournissant tous éléments qui permettent d'analyser et de contrôler ces coûts. A cet effet, une partie de la phase préliminaire peut être consacrée à la détermination du coût prévisible de l'étude, ce qui va épargner à l'administration le souci d'effectuer des dépenses qui s'avèrent plus élevées que les crédits alloués.

§3- Le choix du titulaire du marché

Eu égard à l'importance du rôle que doit assumer le titulaire du marché d'études, le maître d'ouvrage est en mesure d'exiger des candidats de lui fournir les justifications précises des compétences professionnelles et des moyens humains affectés à la réalisation de la prestation relative à l'objet du marché. L'article 154-B du C.M.P. considère qu'il s'agit là d'un élément essentiel et d'un critère d'attribution, et prévoit en outre la justification des capacités techniques et financières. Cependant, cette exigence ne doit pas limiter l'accès à la commande publique, en conséquence des niveaux minimaux de capacité doivent être liés et proportionnels à l'objet du marché et rendus nécessaires par ce même objet et la nature des prestations à exécuter, ce qui revient à dire que le règlement de la consultation peut proposer aux candidats d'apporter tout **moyen de preuve équivalent** et que la capacité des candidats doit être appréciée au regard de l'objet du marché et de la nature des prestations.

En effet, conformément à l'article 154-B §2, le règlement de consultation doit être précis quant aux critères de choix de l'attributaire du marché. Il indique que celui-ci sera choisi en tenant compte de sa compétence, de ses références, des capacités et des moyens dont il dispose, des solutions techniques qu'il propose : s'il s'agit de recherches aux résultats concrets, cela peut signifier simplement la méthodologie proposée et surtout le degré de transfert des connaissances (principe de transfert de technologie et de savoir), mais aussi le niveau de participation de nationaux, dont notamment les cadres (principe d'association).

Section 8

Les prestations architecturales

Le cadre réglementaire en matière de marchés publics d'architecture a été modifié par le décret du 20 mars 2013 du C.M.P. notamment par les articles 89 à 129.

Les marchés portant sur des services d'architecture sont soumis à des règles précises et pour lesquelles il n'est plus autorisé de faire systématiquement appel à des méthodes de désignation directe sans passer par la procédure concurrentielle.

L'objectif principal de cette nouvelle législation est de stimuler la concurrence, d'apporter une plus grande transparence dans l'accès aux marchés publics et de donner du dynamisme aux projets présentés par les architectes. D'ailleurs, parmi les critères de choix d'un projet, on cite « l'originalité, la pertinence et de l'intelligence créative du pari architectural ce qui signifie que le C.M.P. considère l'architecture comme une expression de la culture. ».

Le projet architectural est une réponse à des besoins, des contraintes et des exigences qui sont exprimés dans un programme élaboré par la maîtrise d'ouvrage.

Le recours à l'architecte peut intervenir dans plusieurs domaines. Qu'il s'agisse de projets de **constructions neuves, d'extension, de réhabilitation, de transformation, de mise aux normes** et quelle que soit l'étendue de la mission d'architecte que le maître d'ouvrage veut lui confier, l'objectif est toujours le même : l'architecte doit aider à transformer les idées et les desiderata du maître d'ouvrage en réalité. Cela a pour conséquence que l'architecte aura des missions variées et devra connaître un nombre important de règles juridiques.

L'intervention de l'architecte est menée à partir d'un préprogramme de consultation rédigé en interne, de visites et d'entretiens, ainsi qu'à l'aide

d'investigations techniques complémentaires (levés topographiques du site, délimitation cadastrale, études géotechniques, structure). Ces éléments servent de base à la consultation des maîtres d'ouvrage.

En effet, le code des marchés publics privilégie le fait que la construction de bâtiments publics soit considérée comme le domaine principal d'activité des architectes, notamment parce que les grands problèmes touchant la qualité architecturale portent sur les bâtiments administratifs et les équipements publics, et principalement les constructions réalisées par les collectivités locales, qui représentent un volume très important de la commande publique.

Cerner les attentes d'un maître d'ouvrage, définir le niveau de qualité du projet, envisager sa gestion, estimer les coûts d'opération, tels sont les objectifs de la démarche qui vise à maîtriser le projet depuis « l'intention de faire » jusqu'à sa réalisation et au-delà. La prise en compte d'un maximum de paramètres, le plus en amont possible, contribue à garantir la qualité du projet.

Dans cette optique, l'article 92 du C.M.P. prévoit la participation de l'architecte sur la base d'un programme établi par le maître d'ouvrage. Cette participation peut concerner la modification des locaux dans des constructions architecturales complexes, la prise en charge de la réalisation de travaux de rénovation ainsi que le pilotage complet du projet. En tant que décideur et responsable de l'opération, le maître d'ouvrage peut utiliser la programmation comme un cadre qui lui permet de structurer son intervention - ou son action - autour d'un « chef de projet » - d'un maître d'œuvre, l'architecte en l'occurrence - et de se faire accompagner pour s'assurer de prendre les bonnes décisions à chaque étape.

L'article 4-1-§ 3 du contrat d'architecte indique clairement que l'architecte doit « veiller à la conformité des études techniques réalisées par les ingénieurs spécialisés en construction avec la conception architecturale », ce qui signifie que l'architecte doit disposer de toutes les données indispensables, soit directement, soit en collaboration avec le bureau d'études qui doit lui délivrer les documents nécessaires, notamment les levés topographiques et les études géotechniques.

Ceci implique une collaboration étroite entre l'architecte et le bureau d'études techniques pour l'établissement de l'esquisse de l'avant-projet sommaire, puis de l'avant-projet détaillé, enfin, après l'approbation de ce dernier, pour l'établissement du projet d'exécution composé des plans d'exécution et de pièces écrites.

Quant à la mission de suivi des travaux de construction, l'architecte est tenu de la mener aussi en étroite collaboration avec le bureau d'études dans la mesure où le contrat d'architecte passé avec l'organisme public implique que l'architecte doit suivre l'exécution des travaux et en contrôler la conformité avec les plans architecturaux qui ont été effectués sur la base des études techniques réalisées par les ingénieurs spécialisés en construction avec la conception architecturale.

L'article 112 du C.M.P. fixe le périmètre d'une intervention de l'architecte dans le cadre d'une procédure d'un concours de conception évaluant les idées des architectes, architecte paysagistes et urbanistes sur la base d'un programme et de critères définis. Le maître d'ouvrage confie à l'attributaire en plus de la conception, le suivi et le contrôle d'un projet. C'est un concours d'idées et de projets.

Le décret a appliqué la même rigueur quant à la participation et au choix de l'architecte dont le travail en amont est apprécié de manière anonyme par un jury indépendant qui examinera les propositions soumises par les candidats, de manière anonyme également, exclusivement sur la base des critères figurant dans l'annonce du concours, d'où une modification profonde du mode de désignation et de règlement des honoraires assujettis à des règles plus strictes et plus transparentes, notamment par l'identification via un tableau indicatif des qualifications et des taux usuels de rémunération de la mission normale de l'architecte.

En effet, les honoraires sont censés refléter le savoir-faire des architectes et les coûts qu'ils supportent quand il s'agit d'un concours, dans la mesure où la proposition d'honoraires est présentée par l'architecte, en fonction de la valeur des travaux quand il s'agit d'une consultation. C'est une politique qui permet d'éviter les restrictions professionnelles qui existaient déjà grâce à la publicité et à la mise en compétition ouverte de tous les architectes.

Cependant, force est de constater que les architectes qui ne sont pas retenus ne sont pas remboursés au moins des frais engagés pour le travail architectural accompli.

Le tableau synoptique (tableau 1) suivant retrace les différentes étapes pour la conception et le suivi de la réalisation d'une prestation architecturale selon l'article 10 du contrat d'architecte.

Tableau 1

Etapes	Maître d'ouvrage	Consultant	Architecte
Prise de contact	Documents à fournir : *Budgets *Définition de la demande et des besoins	*Etude de faisabilité Projet de financement *Visite et appréciation des lieux	*Etudes d'esquisse *Avant-projet sommaire (APS)
AVANT-PROJET	*Commande d'études auprès du consultant, de l'architecte et des techniciens	*Synthèse des équipements et des aménagements *Rédaction des prescriptions techniques et ergonomiques	*Avant-projet détaillé (APD) *Etudes et plans Plans construction Descriptifs - Budget et planning
PROJET	*Signature des contrats pour la conception et la mission du maître d'œuvre	*Descriptifs, adaptations particulières *Vérification des plans et de la consultation des entreprises *Conseil et choix du prestataire	*Demande de permis de construire/lotissement. *Etudes plans réalisation *Dossier de consultation des entreprises (DCE) *Devis et contrats de travaux
TRAVAUX	*Approbation des marchés ou signature des devis d'entreprises et d'installateurs *Souscription aux assurances	*Support technique *Conseils au maître d'œuvre	*Construction et installations *Suivi et contrôle des travaux
RECEPTION	*Acceptation des travaux	*Vérifications et tests	*Mises en conformité *Raccordements *Vérification et tests

§1- Les modes de passation

Aux termes de l'article 89 §2, « Les prestations architecturales sont conclues sur la base d'un **contrat d'architecte** qui fixe les clauses administratives, techniques et financières applicables à la prestation à exécuter. » Le contenu de ce contrat est fixé par l'arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances n° 1874-13 du 13/11/2013.

L'article 91 indique que ces contrats « sont passés par **consultation** architecturale, par **concours** architectural ou par **consultation** architecturale **négociée**. Donc, dans les cas autorisés par le décret, ces procédures pourront

être choisies premièrement en fonction d'un seuil auquel les architectes seront associés et en conséquence la procédure doit être en rapport avec l'importance du marché ; deuxièmement, en fonction de la **nature de la mission** confiée à l'architecte, dans la mesure où la procédure du concours aboutit au choix de la conception d'un projet, afin de confier à son auteur le suivi et le contrôle de son exécution.

Ainsi le recours à la procédure de la **consultation architecturale** est lié au **montant** du marché : « Le recours à la consultation architecturale concerne les projets dont le **budget global** prévisionnel des travaux est inférieur à **vingt millions** (20.000.000) de dirhams hors taxes. » ; par ailleurs, ce recours est lié à **la nature du projet** : « Les contrats relatifs aux **opérations de lotissements** sont passés par consultation architecturale. » La rémunération de l'architecte est effectuée par le règlement **des honoraires**.

Quant à la procédure du **concours architectural**, c'est une procédure obligatoire et facultative. Elle est **obligatoire** « pour les contrats de prestations architecturales dont le **budget global** prévisionnel des travaux relatifs au projet est égal ou **supérieur à vingt millions** (20.000.000) de dirhams hors taxes », et **facultative**, dans la mesure où « le maître d'ouvrage peut recourir à cette procédure même pour les projets dont le montant est inférieur à cette limite. »

C'est une procédure qui met en compétition des architectes, sur la base d'un programme de concours, et qui permet au maître d'ouvrage, après avis du jury de concours, de choisir **la conception d'un projet** et de confier à son auteur par la suite **le suivi et le contrôle de son exécution**. La rémunération est effectuée par l'octroi de **primes** « aux auteurs des projets les mieux classés ».

Enfin, en application de l'article 129-II du C.M.P., les contrats de prestations architecturales peuvent être attribués via une procédure de **consultation architecturale négociée** :

soit avec publicité lors du lancement, lorsque la procédure de la consultation architecturale est déclarée **infructueuse** ou suite à une **défaillance** du titulaire du marché, ou bien quand l'objet de la prestation porte sur des **prestations d'entretien et de réparation des bâtiments** ;

soit sans publicité préalable, pour des prestations dont les nécessités de la défense nationale ou de la sécurité publique exigent qu'elles soient tenues secrètes ; de même, quand les prestations à réaliser sont d'une urgence extrêmement impérieuse.

Dans tous les cas, la rémunération de l'architecte est effectuée par le règlement **des honoraires**.

§2- Les conditions requises des architectes

L'épreuve d'aptitude requiert du candidat qu'il présente un dossier administratif complet à la commission d'évaluation des qualifications professionnelles, pour qu'elle vérifie la capacité du demandeur à maîtriser la conception architecturale et à mettre en œuvre les techniques et les méthodes de travail propres à l'architecture.

Une telle profession est donc soumise à des contraintes et à des obligations qui garantissent les personnes y ayant recours. Le but d'une telle réglementation est de promouvoir et de préserver la qualité architecturale.

L'article 96 du C.M.P. prévoit que seuls peuvent participer et être attributaires des contrats de prestations architecturales les architectes qui remplissent les **conditions juridiques, fiscales et administratives** requises:

- **conditions juridiques** : qu'ils jouissent notamment de l'autorisation d'exercer la profession d'architecte à titre indépendant et qu'ils soient inscrits au tableau de l'Ordre national des Architectes, sans être frappés d'une sanction de retrait de l'autorisation, ou bien en redressement ou en liquidation judiciaire ;
- **conditions fiscales** : qu'ils soient en situation fiscale régulière pour avoir souscrit leurs déclarations et réglé les sommes exigibles dûment définitives ou, à défaut de règlement, constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable public chargé du recouvrement ;
- **conditions administratives** : qu'ils soient affiliés à la Caisse nationale de Sécurité sociale.

Ces qualités et capacités sont matérialisées par une déclaration sur l'honneur en bonne et due forme.

§3- La mission de l'architecte

Du début à la fin de la mise en place d'un projet architectural, l'homme de l'art doit être présent. Ainsi, à partir du moment où il sera chargé d'une mission réalisée dans un cadre public, l'architecte sera requis dès le stade de la conception du projet, avant même la réalisation des travaux. Il devra généralement proposer un avant-projet et réaliser des études préliminaires ; c'est à la suite de cela qu'il estimera le prix de l'opération, auquel il devra se tenir sous peine de voir sa responsabilité engagée.

De par le rôle légal qui lui est confié - signer et sceller les plans et les devis - l'architecte est amené à prescrire un certain nombre de biens tels que les matériaux d'enveloppe extérieure et intérieure, par exemple, que le

maître d'ouvrage est appelé à négocier avec les candidats que l'architecte a sélectionné. De plus, en tant qu'expert-conseil principal désigné lors de l'appel d'offres et responsable de la composition des équipes pour réaliser les projets, l'architecte s'avère une porte d'entrée pour les ingénieurs et pour les autres entreprises de services qui veulent participer à la réalisation de l'ouvrage.

Ceci étant, il faut noter que la mission de l'architecte est incompatible avec toute mission de contrôle technique portant sur le ou les ouvrages auxquels se rapporte le contrat d'architecte, exercée par cette personne directement ou par une entreprise liée ; par ailleurs, en vertu de l'article 89 du C.M.P., il ne peut pas non plus assumer la mission de maîtrise d'ouvrage délégué.

L'activité de contrôleur technique est incompatible avec toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. La fonction du contrôleur technique est de donner des avis au maître d'ouvrage sur les problèmes techniques en vérifiant les documents de conception et d'exécution, en contrôlant la réalisation sur le chantier, en procédant à des vérifications avant la réception et en intervenant à la demande du maître d'ouvrage pendant la garantie de parfait achèvement. Cela implique que la mission n'ait pas d'incidence sur celle des autres intervenants et que le contrôleur technique n'ait jamais le pouvoir de leur donner des ordres. La mission de contrôle technique doit donc être confiée à un prestataire indépendant, n'ayant aucun lien avec la maîtrise d'oeuvre, et donc par le biais d'un contrat spécifique.

A. Les opérations de constructions neuves

La mission de base comprend obligatoirement les études d'avant-projet, les études de projet, l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux, l'examen de la conformité au projet des études d'exécution et leur visa lorsqu'elles sont faites par un entrepreneur et les études d'exécution lorsqu'elles sont faites par le maître d'oeuvre, la direction de l'exécution des contrats de travaux ainsi que l'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

B. Les opérations de réutilisation et de réhabilitation

La mission de base comprend obligatoirement les études d'avant-projet, les études de projet, l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux, l'examen de la conformité au projet des études d'exécution et leur visa lorsqu'elles sont faites par un entrepreneur et les études d'exécution lorsqu'elles sont faites par le maître d'oeuvre,

la direction de l'exécution des contrats de travaux ainsi que l'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

C. La définition préalable des besoins

C'est une phase essentielle, du ressort du maître d'ouvrage public, dont le contenu va conditionner et encadrer le travail de conception du projet. Si l'article 5 du C.M.P. impose au maître d'ouvrage de déterminer avec précision, avant le lancement de la consultation, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en prenant en compte les préoccupations de développement durable, l'article 89 du C.M.P. indique que les prestations architecturales sont exclues du champ d'application des dispositions de l'article 5 et l'article 92 précise qu'il appartient notamment à l'architecte, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en **définir le programme**.

D. L'élaboration du programme

Quel que soit le mode de passation, concours ou consultation architecturale, négocié ou non, la mission de l'architecte doit faire l'objet d'un programme qui indique l'énoncé de l'objectif recherché par la consultation et l'exposé des aspects importants à considérer; qui donne une définition détaillée des composantes de l'opération et de sa consistance; qui précise les besoins et la consistance prévisionnels auxquels doit répondre le projet; en outre, qui fixe le budget prévisionnel maximum prévu pour l'exécution des travaux à réaliser.

L'élaboration du programme nécessite un travail d'investigations (constats, collecte de données, diagnostic, enquêtes, etc.) et une réflexion prospective pour expliciter les objectifs de l'opération projetée et les moyens nécessaires pour les atteindre. La lecture de l'article 98 relatif au règlement de la consultation permet de dégager les grandes lignes d'un programme. Il comporte au moins :

- l'insertion du projet dans le terrain et le respect des dispositions urbanistiques; les données et les contraintes du site (environnement urbain ou naturel), du terrain (dont les relevés et l'étude de reconnaissance des sols) ou des existants (dont les diagnostics), des réglementations (urbanistiques, techniques.), des servitudes (publiques ou privées).
- la protection de l'environnement, le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique ainsi que le respect des normes de construction : les besoins exprimés soit sous forme quantifiée (inventaire et typologie des espaces, équipements, performances, etc.), en termes de fonctionnalité (relations et respect de l'environnement,

ergonomie, etc.) et de confort (hygiène, ambiance, air, lumière, bruit, etc.).

- Les attentes d'ordre culturel, social, urbanistique et esthétique (valeur symbolique, image attendue de l'équipement, insertion dans le paysage architecturale de la ville, le quartier), et d'ordre environnemental.
- Les exigences concernant les délais et phasages de l'opération, les coûts d'investissement, la maîtrise des dépenses d'exploitation et d'entretien (voire de déconstruction), etc.
- par rapport à l'estimation sommaire, hors taxes, du coût global des travaux basée sur les ratios de surfaces du projet : l'annonce de l'enveloppe financière globale que le maître d'ouvrage peut consacrer à cette réalisation.

§- 4 Le jury

Le jury doit être composé majoritairement d'architectes et d'urbanistes, et réunira également des personnalités du milieu objet de l'œuvre à réaliser, des experts et des personnalités qualifiées.

Sont considérés comme concours internationaux les concours auxquels sont invités à participer des architectes ou urbanistes ressortissants de plus d'un Etat.

Le programme d'un concours international devrait indiquer avec précision le but du concours, les données du problème et les conditions matérielles de l'établissement du projet.

Chapitre IV : La procédure de passation des marchés

L'esprit de la réforme, le grand principe gouvernant la matière, déjà évoqué, veut que les marchés publics soient passés avec concurrence : c'est la règle. A cette fin, le décret des marchés publics, notamment l'article 16-1, offre aux ordonnateurs et aux sous-ordonnateurs deux grands modes de passation à l'égard desquels l'administration dispose d'une certaine latitude et d'une liberté de choix de principe, étant donné que ce choix ne peut outrepasser la réglementation fixée ni déroger à la politique de la commande publique.

La réglementation actuelle des marchés publics a mis en place des verrous juridiques de manière à éviter que ces modes ne constituent un moyen de détournement de la procédure de libre accès à la commande publique et une entrave à la concurrence.

C'est en fonction de la nature de la prestation ou du travail et à partir de certains seuils que l'administration est **autorisée** à restreindre le jeu concurrentiel.

Ces deux procédures, qui varient dans leurs modalités selon qu'elles offrent une plus ou moins grande autonomie d'action, sont l'appel à la concurrence et la désignation directe.

I- L'appel à la concurrence

La procédure de l'appel à la concurrence, préconisée par le décret sur les marchés publics, est caractérisée par son ambiguïté. La notion du « **mieux disant** » mise en avant par le décret est secondée dans un premier temps par la notion de « **l'offre économiquement la plus avantageuse** », pour être éclipsée dans un deuxième temps par la notion de « **prix** », qui renvoie inévitablement à la notion « **du moins disant**. »

L'article 18-I-3§ a, b et c prévoit des **critères de choix et de classement** des offres pour attribuer le marché, selon des éléments **objectifs** qui varient **en fonction de la qualité escomptée** de l'exécution du marché, des méthodes et des procédés de construction, de la qualité des produits ou des prestations, de la valeur technique, du caractère esthétique et fonctionnel, de caractéristiques environnementales, de considérations d'ordre social et éthique, d'assistance technique, etc.

Ces critères varient aussi **selon l'objet** de la prestation à fournir: marché de travaux, de services ou de fourniture, ce qui implique que le marché doit être attribué au concurrent qui a remis **l'offre régulière** au regard de ces critères objectifs, autrement dit le concurrent qui a présenté l'offre la « **mieux disante**. »

Cette règle **du mieux disant** a ensuite été déclinée au profit de la notion du **moins disant** par diverses mesures et par l'introduction d'autres paramètres et critères qui peuvent être pris en considération si la prestation l'exige.

Plusieurs remarques s'imposent:

- il s'agit en effet de l'instauration pure et simple du principe de l'adjudication, à partir du moment où le prix est mis en avant ;
- dans ces conditions, quelle est l'utilité des critères objectifs prévus par les articles 24 et 25 du décret ?
- les paragraphes de l'article 17-3 relatifs aux « rabais » et aux « offres de prix » font ressurgir l'esprit de la réglementation des années soixante ;
- la précision prévue par l'article 40-4-a du C.M.P. prévoit que l'offre la plus avantageuse s'entend de l'offre du moins disant, c'est-à-dire toujours le prix ;
- une dernière remarque concerne les marchés de services : l'article 40-b du C.M.P. prévoit que l'offre la plus avantageuse s'entend de l'offre ayant obtenu la meilleure note technico-financière, quand le choix porte sur

les marchés de services relatifs à des prestations d'études uniquement. En effet, cette précision fait suite à l'article 154-B-3 qui dispose que « Pour l'attribution du marché d'études, la note globale est obtenue par l'addition des notes techniques et financières d'une pondération.»

Ainsi, le grand principe gouvernant la matière et la procédure qui a été privilégiée par le décret veulent que les marchés publics soient passés selon le principe de la concurrence ; cependant la réglementation offre à l'autorité compétente une marge pour statuer autrement.

Ceci nous amène à prévoir trois formes d'appel à la concurrence qui sont envisageables : l'adjudication, l'appel d'offres et le concours.

Section 1

L'adjudication

L'adjudication est un mode de passation qui met en avant le **prix** comme critère de **sélection**, c'est-à-dire l'offre la moins chère. C'est le seul critère d'attribution du marché, rendant celle-ci automatique, sans aucune exception possible.

Les services, les travaux et les fournitures sont adjugés à celui des concurrents qui s'en charge au moindre prix. Ceci implique que les conditions auxquelles le marché doit répondre aient été fixées par le pouvoir adjudicateur.

L'article 17-3 du décret du 20/03/2013 a introduit une disposition dans la procédure de l'appel d'offres qui consiste à la souscription par les concurrents d'un engagement tout en procédant à un « **rabais** » ou à une « **offre de prix**. »

Bien plus, cette position a été clairement nuancée par les termes de l'article 18-c du C.M.P. qui indique que, « pour l'attribution du marché, le seul critère d'attribution à prendre en considération, après admission des concurrents, est **le prix** proposé lorsque le marché porte sur des prestations autres que les études. »

En conséquence, le critère du prix, pourtant supposé relégué au second plan, retrouve une relative prépondérance qui va à l'encontre de l'esprit du décret sur les marchés publics.

Les termes de l'article 40-4-a du décret confirment cette tendance en prévoyant que la commission de l'appel d'offres, à l'issue de ses travaux de sélection, **propose de retenir** celui qui fait **l'offre jugée la plus avantageuse**. Or, l'offre la plus avantageuse, selon la formulation de cet article, porte plutôt sur le **prix** que sur d'autres **critères objectifs**, dans la mesure où elle est celle du « **moins-disant**. »

De ce fait le prix reste toujours une référence dans le choix des attributaires des commandes publiques.

§1- L' appel d'offres au rabais

Un rabais est une réduction ou une baisse consentie sur un **prix** annoncé. L'entrepreneur ou le prestataire de service consent une diminution sur le montant du travail ou de la prestation à réaliser (ou éventuellement une majoration).

Le maître d'ouvrage fixe l'estimation et invite les concurrents à présenter leurs offres sous forme de rabais, de diminution ou de majoration appliqués à partir des valeurs de référence d'une série de prix ou d'un bordereau de prix.

En effet, le code des marchés publics ne fixe pas des règles se rapportant à l'usage par les collectivités publiques de valeurs de référence tarifaires. En conséquence, l'introduction, dans le règlement de consultation, d'une disposition invitant les concurrents à présenter leurs offres sous forme de rabais ou de majorations appliqués à partir des valeurs de référence d'une série de prix ou d'un bordereau de prix, ainsi que les modalités particulières prévues à cet effet, relèvent de la responsabilité de la personne publique.

Cette pratique est par définition anticoncurrentielle et réduit la compétition par la mise en avant du prix qui pourrait être diminué ou augmenté selon les cas, d'où le risque de connivence entre les concurrents, c'est-à-dire qu'elle développe des pratiques de coordination des offres entre les soumissionnaires destinés à opérer une répartition préalable des marchés.

§2- L'appel d'offres sur offre de prix

L'appel d'offres «sur offre de prix» est une procédure qui consiste à attribuer le marché sur la base d'un seul critère : le prix.

Le pouvoir adjudicataire ne fournit aux concurrents, comme indication et référence, que la nature et l'importance des travaux, fournitures ou services. Seule l'entreprise qui a proposé le **prix** le plus intéressant pour réaliser la prestation est sélectionnée.

Le maître d'ouvrage, s'il veut tirer profit des dispositions de cet article, ne peut avoir recours à cette procédure que s'il maîtrise parfaitement les exigences techniques et le montage financier ainsi que les modalités particulières prévues à cet effet, quant aux travaux, fournitures ou services prévus, en les incluant dans le cahier de prescription spécial.

L'acheteur public doit être vigilant, dans la mesure où le choix de recourir à cette procédure, même justifié, ne permet pas de valoriser une qualité d'un produit fini supérieure. En effet, lorsque les maîtres d'ouvrage ne disposent pas d'éléments leur permettant d'apprécier la qualité technique des offres, ils les jugent équivalentes sur le plan technique et l'attribution du marché se fait finalement au profit de la solution du moins-disant.

§3- Les enchères électroniques inversées

L'article 151 du décret du 20/03/2013 fixe le cadre juridique applicable à la procédure des enchères électroniques et précise les règles du jeu. En effet cet article s'inscrit dans la profonde mutation opérée par la stratégie de la **dématérialisation des marchés publics**.

Les enchères électroniques sont un mécanisme de type concurrentiel, qui permet la sélection des offres réalisées par le biais d'Internet et donne la possibilité aux candidats de revoir leurs offres, au fur et à mesure, à la baisse, pour parvenir au **prix** le plus bas.

L'enchère électronique inversée est une procédure de sélection d'offres réalisée entièrement sur Internet, permettant aux intéressés de réviser leurs prix de départ à la baisse et de modifier la valeur de certains éléments quantifiables de leur offre en chiffres ou en pourcentages, après une première évaluation automatique et complète des offres. Celui qui obtient le marché sera le concurrent ayant attribué l'offre la plus avantageuse économiquement et qualitativement.

Par ailleurs, l'enchère peut se dérouler sur un seul ou plusieurs tours, les premiers tours étant par exemple ouverts, et le dernier fermé.

C'est un **processus** réglementé, une **procédure** transparente, et un **dispositif** électronique itératif.

A. Un processus réglementé

La réglementation met en avant le principe de la transparence, qui a été rendu possible grâce à la nécessité d'établir avec exactitude des spécifications techniques et des règles de choix bien claires.

Les termes de l'article 151§5 traduisent cette volonté en prévoyant d'une part que « Le recours aux enchères électroniques doit respecter les règles de la publicité préalable », notamment par la publication d'un avis dans le portail des marchés publics « pendant un délai d'au moins dix (10) jours », et d'autre part que soient publiées toutes informations pertinentes

sur le déroulement de l'enchère électronique ainsi que les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir.

A cet égard, les modalités et les conditions de recours et de mise en œuvre de cette procédure sont fixées par arrêté du Ministre chargé des Finances après avis de la commission des marchés afin de clarifier les mécanismes des enchères électroniques inversées.

L'arrêté énonce à la fois des règles relatives au processus d'enchères inversées et des règles relatives à leur mise en œuvre. En outre, le document de la consultation doit comporter tous les éléments qui permettent aux entreprises intéressées de proposer leurs candidatures. Cette charte de fonctionnement résulte des dispositions prévues par l'article 151 du C.M.P.

La mise en œuvre d'une enchère inversée nécessite tout d'abord la rédaction d'un cahier des charges clair, précis et détaillé dans lequel le maître d'ouvrage présente et définit ses besoins. Il doit contenir au moins les renseignements relatifs aux éléments quantifiables sur lesquelles porte l'enchère et les écarts minimaux exigés pour enchérir. Le déroulement de l'enchère et les spécifications techniques de connexion, enfin la durée de l'enchère doivent être bien spécifiés et communiqués aux soumissionnaires.

Avant d'entamer concrètement la procédure des enchères, le pouvoir adjudicataire évalue une première fois les offres et procède à une sélection et à une classification effectuées sur la base d'un traitement automatique. Simultanément et électroniquement, il invite les candidats admis à participer à l'opération des enchères en ligne et fixe un prix maximum à « l'inverse » des enchères traditionnelles.

A l'issue de la période des enchères, les offres de prix formulées par les candidats deviennent intangibles. Elles **engagent** leurs auteurs pendant la durée de la validité des offres.

Durant la période des enchères, les concurrents sont informés de l'évolution des prix proposés par les autres candidats, dont l'identité ne doit être dévoilée sous aucun prétexte. Les participants connaissent leur classement respectif vis-à-vis des autres concurrents, ce qui leur permet de revoir leurs prix à la baisse.

L'enchère électronique prend fin, soit à une date et à une heure fixées à l'avance, soit lorsqu'un certain délai s'est écoulé après la présentation du dernier prix, ou encore lorsque les acheteurs refusent de descendre en dessous d'un certain prix, ou enfin, lorsque le nombre des phases d'enchère est réalisé.

Conformément à l'article 151§2, le maître d'ouvrage retient au terme de cette procédure l'offre du candidat le moins-disant, donc le choix s'effectue sur la base du **prix**.

B. Une procédure dématérialisée

A cet égard, force est de constater que sont uniquement concernés par la voie dématérialisée les actes concourant à la formation de l'offre, mais aussi, semble-t-il, la conclusion du marché qui peut être réalisable au regard de l'article 151 du code des marchés publics, dans la mesure où le titulaire du marché est celui qui a surenchéri le plus à la baisse.

Cela signifie donc que seuls les actes précontractuels concourant à la formation de l'offre sont concernés par l'article 151 susvisé. Il s'agit principalement des documents précontractuels spécifiques à la phase de passation et de leur mode de transmission :

- les pièces constitutives du marché émises par le maître d'ouvrage, en l'occurrence le règlement de consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et les renseignements complémentaires;
- les documents communiqués à la personne publique par le concurrent, c'est-à-dire les candidatures et les offres; leur transmission par voie électronique.

Autrement dit, la dématérialisation ne concerne qu'une partie de la phase administrative de passation des marchés publics, et non pas les phases ultérieures, notamment celles concernant l'après-conclusion du marché ou son exécution.

Ainsi, ne peuvent donc pas être effectuées par voie électronique :

- l'approbation et la notification du marché ;
- la phase de l'exécution du marché (ordre de service, ordre d'arrêt...);
- la phase relative à la liquidation et au mandatement du marché ;
- la phase comptable relative au règlement des prestations effectuées.

C. Une procédure transparente

Les dispositions du paragraphe 5 de l'article 151 ne diffèrent guère de la procédure de transparence prévue pour les marchés publics passés selon la méthode classique. Ceci implique le recours à la publication de l'avis de publicité, d'où la liberté d'accès pour tous les concurrents.

Les documents de la consultation, objet de l'avis, doivent contenir des éléments susceptibles d'être quantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres et en pourcentage; c'est-à-dire des éléments dont les spécifications peuvent être établies préalablement de manière précise ou

selon les termes du §3 de l'article 151, soit des produits qui ne nécessitent pas de spécifications particulières.

Pour cette raison, le décret a **limité** le recours à la procédure des enchères électroniques aux marchés de « **fournitures courantes** » dont la maîtrise des prix et des quantités est possible, et a exclu de facto les offres qui nécessitent une appréciation des éléments non quantifiables, notamment les marchés de services portant sur des prestations intellectuelles et de travaux comme la conception d'ouvrage, autrement dit des prestations dont le prix n'est pas quantifiable.

En admettant de recourir à la dématérialisation dans le cadre de la passation des marchés publics, le code a reconnu un principe général de passation dématérialisée.

Ce principe trouve sa source principale dans la lettre même du code des marchés publics, notamment dans les articles 147 à 151, qui permettent la transmission électronique des données entre l'administration et les entreprises dans l'optique d'une simplification des formalités imposées aux entreprises et autorisent par voie de conséquence les enchères électroniques.

Section 2 **L'appel d'offres**

L'appel d'offres a été institué comme procédure réglementaire par l'acte résidentiel du 06/02/1943.

Cette procédure a l'avantage de faire jouer la concurrence sous l'angle du rapport qualité-prix et quantité-prix, et d'évaluer les concurrents les plus aptes à réaliser les prestations les plus complexes, d'où le recours à cette procédure qui peut être **ouverte, restreinte** ou **avec présélection**.

Le caractère ouvert ou restreint de la procédure est matérialisé par la possibilité du maître d'ouvrage de limiter la concurrence ou de l'encourager. Dans le cas de l'appel d'offres ouvert, le maître d'ouvrage laisse la possibilité à tous les concurrents de remettre leurs offres ; en revanche, dans le cas de la procédure restreinte ou de l'appel d'offres avec présélection, il procède tout d'abord à une sélection préalable des candidats qui pourront ensuite être appelés à soumissionner.

§1- L'appel d'offres ouvert ou restreint

L'article 17 du décret du 20/03/2013 dispose que l'organisme public peut organiser ses commandes selon deux modes de passation: la procédure

ouverte est l'une des plus utilisées pour les montants supérieurs aux seuils prévus par la réglementation et celle passée par appel d'offres restreint.

A cet égard, il y a lieu de ne pas confondre deux phases distinctes: la phase de sélection et la phase d'attribution. Dans le cadre de la procédure ouverte, ces deux phases se déroulent simultanément. Dans le cas de la procédure restreinte, la sélection des candidats s'effectue à un moment qui précède le dépôt des offres.

Dans le cas de la procédure de sélection, les éléments relatifs à l'entreprise sont des critères de sélection, tandis que les critères d'attribution doivent permettre d'apprécier la valeur intrinsèque de l'offre déposée.

A noter que les références réclamées dans les deux procédures doivent être mentionnées dans le C.P.S. et l'avis du marché.

1. **L'appel d'offres ouvert** est un appel public à la concurrence. Tous les concurrents peuvent y participer. Chaque concurrent qui satisfait aux exigences en matière financière, économique et technique prévues par l'avis et dont l'offre est régulière doit être pris en considération. Il s'agit en fait des exigences prévues par l'article 25 du C.M.P., qui prévoit que « pour établir la justification de ses qualités et capacités, chaque concurrent est tenu de présenter un dossier administratif, un dossier technique et éventuellement un dossier additif. »

En principe, dans la procédure ouverte, la sélection qualitative doit permettre au maître d'ouvrage d'apprécier la capacité des candidats à exécuter le marché en vérifiant s'ils ne sont pas en situation d'exclusion ou s'ils disposent bien d'une capacité économique, technique et financière suffisante.

De même, le soumissionnaire ne doit pas être dans une situation juridique défectueuse, par exemple en situation de cessation de paiement ou en faillite, ou dans une situation de débiteur vis-à-vis de l'administration fiscale, ou en situation irrégulière pour non règlement des charges de la sécurité sociale.

Le marché est donc attribué sur la base de plusieurs critères, notamment le prix, la valeur technique, et éventuellement les services assurés après vente.

La capacité technique peut être justifiée notamment par la liste des livraisons ou les prestations déjà effectuées, la description de l'équipement technique, ou la qualité professionnelle du personnel.

Pour les marchés de services, la justification de la capacité est faite par les titres d'études professionnelles du prestataire, par la qualité et le nombre d'effectifs notamment pour les cadres, par la description des mesures prises par le prestataire pour s'assurer de la qualité de l'étude à réaliser, enfin par les moyens mis en œuvre pour mener la recherche et l'étude.

2. **L'appel d'offres restreint**: la procédure de passation d'un marché par appel d'offres restreint est identique à celle de l'appel d'offres ouvert. Seulement, dans le cas de l'appel d'offres restreint, la procédure se déroule en deux temps et se caractérise par deux phases de sélection avec deux dates limites de réception.

Dans le cadre de la procédure restreinte, seuls seront retenus et admis à déposer une offre les candidats qui, après évaluation de leurs capacités économiques, techniques et financières, auront été jugés les meilleurs, c'est-à-dire « les candidats susceptibles de répondre au mieux aux besoins à satisfaire selon les termes de l'article » 17-2§2 du C.M.P.

L'administration procède dans un premier temps à une sélection interne et ne consulte que certains candidats dont elle arrête la liste d'une manière discrétionnaire ; en vertu des dispositions de l'article 20-II, elle leur adresse dans un deuxième temps une circulaire par lettre recommandée quinze (15) jours au moins avant la date prévue pour la séance d'ouverture des plis.

A l'issue de l'envoi des lettres circulaires, les candidats retenus vont pouvoir proposer leur dossier de candidature.

La première phase de sélection porte sur la **candidature**: sur la base des termes de référence élaborés par l'autorité compétente, portant sur la définition des besoins et la fixation des normes et spécifications techniques exigées pour la réalisation de la prestation, le maître d'ouvrage procède à l'identification des entreprises aptes à participer à l'opération de soumission. Seuls les candidats jugés les plus capables d'exécuter le marché sont ensuite sélectionnés et peuvent formuler une offre pour une date déterminée. Ces derniers sont informés, simultanément et par écrit, par une lettre de consultation.

La deuxième phase de sélection porte sur les **offres**. La commission d'appel d'offres procède à l'ouverture et à l'enregistrement des offres. Leur examen se fait sur la base de critères préétablis et permet à la commission de classer les candidats. L'offre la mieux classée est retenue, et les candidats non retenus sont informés dès que le choix est fait.

La procédure de l'appel d'offres restreint, prévue par l'article 17 du décret, est entourée de verrous financiers et techniques afin d'éviter toute entrave à la concurrence.

Verrou financier: le recours à cette procédure n'est autorisé que pour les marchés dont **le montant** ne dépasse pas 2.000.000,00 DH (TTC).

Verrou technique: s'applique lorsque les prestations exigent **des compétences techniques** ou qu'elles ne peuvent être exécutées que par **un nombre limité** d'entrepreneurs qui détiennent **un savoir-faire** ou un **outillage particulier** et des **capacités financières** particulières.

Cette exigence implique l'exclusion d'un certain nombre de prestations qui ne nécessitent pas un dispositif particulier, telles que les fournitures de bureau ou les constructions ordinaires.

Verrou juridique : tout d'abord, l'appel d'offres restreint doit s'adresser au minimum à **trois candidats**, pour autant qu'il y ait suffisamment de candidat appropriés, ce qui va permettre à la personne publique de choisir, sans négociation, l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

Cette démarche s'inscrit dans un ensemble de mesures qui visent à trouver un équilibre entre la recherche de la transparence, la légalité administrative et une gestion rationnelle.

Ensuite, la **motivation** du recours à l'appel d'offres restreint se fera par écrit. A cet effet, le maître d'ouvrage devra établir un **certificat administratif** explicatif qui donne les raisons pour lesquelles il a décidé de recourir à ce mode de passation, faute de quoi la procédure sera entachée d'irrégularité pour vice de forme.

Cependant il faut souligner que le cas d'urgence comme motif pour recourir à l'appel d'offres restreint n'est pas évoqué par le décret et en conséquence le recours à cette procédure pour ce motif est exclu.

§2- L'appel d'offres avec présélection

Une lecture des articles 46 et 47 du C.M.P. permet de déduire que le recours à l'appel d'offres avec présélection est utilisé lorsque les prestations à réaliser sont complexes, surtout dans le cas des marchés de travaux (construction d'ouvrages d'art : barrage, pont, etc.).

La procédure ne diffère guère de la procédure de l'appel d'offres ouvert, sauf qu'elle est précédée d'une phase préliminaire de sélection des concurrents,

ce qui la rapproche de l'appel d'offres restreint. En vertu de l'article 48, est opérée « une **sélection préalable** des candidats dans une première étape avant d'inviter ceux d'entre eux qui ont **été admis** à déposer des offres dans une seconde étape », ce qui signifie que la **première phase** porte sur la **candidature** pour pouvoir formuler et déposer une offre. Les candidats potentiels envoient leurs demandes de participation qui contiennent les références techniques et proposent des solutions appropriées selon la complexité de l'ouvrage.

L'ouverture des candidatures se fait par le maître d'ouvrage et la commission procède à l'élimination des candidats inaptes à participer et à être admis. Seuls les candidats dont les plis de candidature ont été déclarés recevables peuvent formuler une offre. Ils sont informés simultanément par écrit.

Section 3 **Le concours**

Conformément à l'article 63 du C.M.P., le concours est la procédure par laquelle la personne publique choisit, après mise en concurrence et avis du **jury**, parmi les propositions de plusieurs concurrents qui portent sur la **conception** d'un projet, c'est-à-dire un **projet à caractère conceptuel** dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme ou de l'ingénierie, et/ou **l'exécution** d'un ou plusieurs éléments de missions définis par le code des marchés publics, moyennant des **primes, avantages et récompenses** accordés aux candidats choisis. Un marché sur concours selon cet article distingue le **concours d'idée** (domaine de l'aménagement du territoire) du **concours de maîtrise d'oeuvre** (domaine de l'ingénierie).

§1- Le champ d'application

La procédure du concours est limitée et encadrée par l'article 63 du C.M.P. qui dispose que le concours peut être organisé dans des domaines bien précis mais variés : « Les prestations qui peuvent faire l'objet de concours concernent notamment **les domaines** de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme ou de l'ingénierie. » Il est à noter que l'adverbe « notamment » laisse entendre que cette liste n'est pas donnée de manière exhaustive.

Le premier domaine concerne **l'aménagement du territoire** qui porte sur la disposition spatiale des hommes et des activités. Il conjugue donc les considérations relatives au respect de l'environnement et les objectifs du développement durable prévues par l'article 1^{er} du C.M.P. Les marchés publics par le biais du concours constituent donc un outil pour l'aménagement du territoire, notamment le développement local, d'où la conception des projets de gestion de l'espace agricole et forestier.

Le deuxième domaine touche le secteur de *l'urbanisme*. C'est une démarche qui vise à concilier l'idée sous-jacente de créer, d'améliorer pour arriver à maîtriser un développement immobilier harmonieux. Il s'agit de créer un document d'urbanisme respectant la réglementation en vigueur et les objectifs définis par les pouvoirs publics, tel que la conception d'un schéma de cohérence territoriale, un schéma directeur, un plan local d'urbanisme, un plan d'occupation des sols, une carte communale ou un montage d'opération immobilière. Ce sont les objectifs annoncés par l'article 66 du C.M.P. relatif au règlement du concours qui met en avant «les performances liées à la protection de l'environnement ; le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique » et par l'article 79-b du C.M.P. qui indique que « Lorsque le concours porte sur les cas prévus aux alinéas b), c) et d) du paragraphe 1) de l'article 63, le jury procède à l'examen et à l'évaluation desdits projets en fonction de la **valeur technique et esthétique** de chaque projet ».

Le troisième domaine est celui de *l'ingénierie*, qui concerne notamment tout ce qui relève de la conception et de la réalisation des projets d'infrastructure, de la conception des outils, des programmes informatiques, du traitement de données informatiques ou de la communication.

Quant aux **prestations** d'un marché de concours, elles peuvent porter soit sur **la conception** d'un **projet**, soit à la fois sur la **conception** d'un projet **et** la **réalisation de l'étude** y afférente, ainsi que le **suivi** ou le **contrôle** de son exécution, dans le cadre des marchés de **travaux** ou de **fourniture** évaluant des idées dans les domaines susvisés.

Il s'agit donc d'une procédure justifiée et d'un travail conceptuel qui portent sur des **prestations intellectuelles spécifiques** qui nécessitent des interventions d'ordre technique ou esthétique sur la base d'une procédure réglementée, en fonction d'un programme et de critères définis, appréciés de manière anonyme par une instance collégiale appelée **jury**, en vue de dégager le meilleur projet.

Le maître d'ouvrage prend sa décision sur la base de l'avis rendu par une instance collégiale pour attribuer le marché à un partenaire potentiel appelé communément **lauréat**.

Sa préparation obéit à une chronologie décrite par l'article 63-3 qui comporte deux phases : la phase d'admission et la phase de sélection.

Toutefois, ce mode de passation préconisé par l'article 63 susvisé ne doit pas être confondu avec le mode de passation des prestations fournies par les architectes dans le cadre de l'article 89 sur la base du contrat-type relatif

aux prestations des architectes et qui donne lieu à un contrat d'architecte avec un mode de règlement des **honoraires** différent de celui des **primes** prévues pour les plans et les projets qui font l'objet des concours.

Un contrat d'architecte porte sur la conception d'un avant-projet qui ne nécessite ni un montage financier spécifique, ni une conception d'ordre esthétique, ni un ouvrage qui exige des moyens techniques. L'article 63 ne doit pas nous induire en erreur car le contrat d'architecte n'est pas assujéti à la même procédure réglementaire que le concours.

Les honoraires d'architecte sont préétablis en fonction de tranches et d'un pourcentage du montant du marché. En revanche le concours est une procédure concurrentielle, et la **prime** est octroyée en fonction de l'importance de la prestation. Le contrat d'architecte a pour objet de confier la conception d'un avant-projet en fonction de l'ouvrage à réaliser. Certes, il y a une définition des besoins par l'administration qui porte sur la partie conception. En revanche le concours est organisé sur la base d'un programme établi par le maître d'ouvrage.

Cependant on peut se poser une question en toute légitimité : quelles sont les frontières qui séparent le concours et l'appel d'offres avec présélection ? En effet, il y a une focalisation sur la technique du concours de projets car le maître d'ouvrage a toute latitude pour confier une mission de conception de projet par le biais d'autres procédures ; autrement dit, le recours à la procédure du concours n'est pas automatique, c'est-à-dire qu'il n'est jamais obligatoire.

Pour les collectivités locales en France, l'adoption de la procédure du concours résulte d'une décision collégiale de l'assemblée délibérante et non d'une décision individuelle du président de l'assemblée délibérante.

Il est donc nécessaire de canaliser et d'organiser le recours à cette procédure, de définir le champ d'application et de fixer les modalités de rémunération.

§2- La définition des prestations

La particularité du concours réside dans le fait que le maître d'ouvrage définit les prestations à fournir en établissant un **programme fonctionnel** qui détermine, selon les dispositions de l'article 64 du C.M.P., « la consistance prévisionnelle à laquelle doit répondre la prestation et fixe le maximum de la dépense prévue pour l'exécution de ladite prestation », c'est-à-dire les besoins exprimés par l'administration et indique, éventuellement, l'ordre de grandeur ou le maximum de la dépense prévue pour l'exécution de la

prestation. Il doit déterminer en outre les contraintes de mise en forme des différents éléments (par exemple : nombre et format des panneaux, échelle des documents, graphiques, possibilité d'utiliser de la couleur, matériaux, modes d'expression des maquettes et des images de synthèse, le cas échéant...).

Pour avoir une idée précise sur les propositions, le maître d'ouvrage peut demander aux concurrents une copie descriptive de leur projet. Ceci leur permettra d'expliquer la partie architecturale retenue, de présenter la hiérarchie des choix opérés et de justifier les éventuels écarts avec certains éléments du programme.

Les primes, récompenses et avantages à allouer sont déterminés par d'éventuels écarts avec certains éléments du programme, pour les auteurs des projets les mieux classés. Un nombre maximum de primes est fixé au préalable ; elles sont destinées aux projets lauréats, mais aussi aux concurrents évincés dont les projets ont été les mieux classés ainsi qu'aux concurrents retenus par le jury, lorsque le maître d'ouvrage **ne donne pas de suite au concours**.

Le programme doit préciser dans quelles conditions les architectes auteurs des projets seront appelés à coopérer à l'exécution de leur projet primé.

§3- Le contenu de la mission confiée au titulaire

Le maître d'ouvrage précisera, selon les dispositions de l'article 64-1, la nature des prestations qui seront demandées au titulaire au titre du marché, par exemple, si la mission porte sur l'établissement d'un projet ou d'un plan, si elle inclut la mission d'études d'exécution, en tout ou en partie, la mission de pilotage et de coordination, la mission de suivi et de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé des travailleurs sur les chantiers, et d'éventuelles missions complémentaires d'assistance.

§4- Le déroulement du concours

Le concours se déroule en trois phases.

A. La phase de préparation

Conformément à l'article 63-3, « Le concours comporte un appel public à la concurrence ; **les candidats** désirant y participer peuvent déposer une **demande d'admission** » : cela signifie que le concours requiert d'une part un avis d'appel à la concurrence et d'autre part le dépôt d'une **demande**, ce qui permet au maître d'ouvrage de recenser les candidats désirant participer à l'opération.

La publication de l'*avis* se déroule selon les prescriptions des articles 20 et 47 du C.M.P. A cet égard, le maître d'ouvrage doit veiller à ce que l'*avis* comporte notamment la nature et l'importance de l'opération, le contenu du dossier de candidature, le contenu de la mission à confier, les qualifications requises pour réaliser la prestation (les compétences les plus essentielles pour le projet) ; il définit ainsi le contenu du dossier de candidature.

Le concours fait l'objet d'un **règlement** établi par le maître d'ouvrage. Ce règlement a pour objet de définir l'étendue des engagements réciproques entre le maître d'ouvrage et les **concurrents**. L'article 66 du C.M.P. prévoit les informations qui devraient y figurer, notamment le **contenu de la mission**, la définition de la prestation demandée, les **critères d'admissibilité** au regard des capacités techniques et financières des candidats, mais aussi les critères d'admissibilité et d'évaluation des offres ainsi que les critères pondérés d'attribution du marché, et ce en vertu de l'article 66-2 qui prévoit l'attribution « d'une note à chaque critère » et éventuellement « d'une note technique minimale. » Enfin il faut prévoir les indemnités qui doivent être versées aux cinq projets les mieux placés, y compris au lauréat qui a été classé premier. Pour ce dernier point, l'article 64-§2 dispose que lorsque le concurrent retenu par le jury bénéficie d'une prime, avantage ou récompense, « Le montant de la prime allouée à l'attributaire du marché est déduit des sommes qui lui sont dues au titre dudit marché. », c'est-à-dire que ces indemnités seront déduite du futur contrat du marché objet du concours. Cependant, en cas **d'annulation du concours**, « **Le maître d'ouvrage attribue les primes** prévues par le programme du concours aux concurrents les mieux classés. »

B. La phase de sélection

Cette phase préliminaire est complétée par la phase de sélection des candidatures. La commission d'admission procède d'abord à une séance d'admission publique. Cette phase-clé lors d'un concours est d'autant plus délicate que le nombre de candidatures est souvent important et sans commune mesure avec le nombre de candidats à retenir.

La commission opère une analyse objective et impartiale de tous les dossiers remis pour en vérifier la recevabilité au regard des exigences annoncées dans l'*avis* et prévues par la réglementation, notamment l'article 53 du C.M.P. A l'issue de l'accomplissement de ces formalités, le jury poursuit ses travaux à huis clos qui débouchent sur deux situations :

- **l'élimination des candidats** qui ne remplissent pas les conditions requises (concurrents qui ont fait l'objet d'une exclusion temporaire, qui n'ont pas la qualité pour soumissionner ou dont les capacités financières et techniques sont insuffisantes) ;

- **la sélection des candidats admis** : au vu des critères annoncés, la commission arrête la liste des candidats admis et dresse un procès-verbal séance tenante.

En vertu de l'article 73 du C.M.P., le maître d'ouvrage informe les candidats évincés et les candidats admis en indiquant à ces derniers le lieu de la réception des offres ainsi que la date et le lieu de la réunion du jury.

C. La phase de désignation

C'est une phase capitale du déroulement du concours, puisque c'est là que se joue l'opération de l'analyse des projets sous leur angle fonctionnel, technique, économique et esthétique. Cette opération, qui prend en compte la pertinence du choix des projets, débouche sur un classement et sur un avis motivé du jury sur chaque projet.

§5- Le processus de désignation

Aux termes des articles 16 et 63-3 du C.M.P., le concours est une procédure caractérisée par le fait que la mise en concurrence porte à la fois sur la **sélection des partenaires** potentiels et sur **le choix des projets**.

Après l'arrêt de la liste restreinte des candidats admis à déposer les projets, commence la phase de procédure de classement et de choix du projet.

C'est à un jury qu'incombe la tâche de proposer le classement des projets examinés et jugés conformes aux prestations telles qu'elles sont définies dans l'avis de publicité, ce qui permet au maître d'ouvrage de choisir la conception d'un plan ou d'un projet.

Les prestations des candidats (par exemple pour l'établissement de plans de croquis) doivent être présentées au jury d'une manière anonyme afin de garantir l'impartialité des travaux du jury.

A. Le jury

La **composition du jury** de concours est régie de manière générale par l'article 70 qui prévoit que « Le jury de concours est constitué dans les conditions visées à l'article 35 du C.M.P. », ce qui veut dire que ce sont les mêmes personnes qui procèdent dans un premier temps à la sélection et à l'arrêt de la liste définitive des candidats admis, qui évaluent et qui décident du classement des projets retenus en tant que jury. Les membres partent ou restent, mais l'appellation de jury ne change pas en fonction de la mission qui lui a été confiée.

Le jury est composé de personnes qui sont désignées en fonction de l'organisme public, Etat, établissement public ou collectivité locale. Pour l'Etat et ses établissements publics, les membres de jury sont désignés dans les conditions prévues à l'article 35 du C.M.P. En ce qui concerne les collectivités locales, la désignation est réglementée par le chapitre VI du code des marchés, notamment l'article 134 du C.M.P.

Le jury a pour mission d'apporter au maître d'ouvrage un avis collégial averti, fondé sur l'expérience et le professionnalisme du fait de sa composition, pour le choix des meilleurs projets. C'est pourquoi un jury doit être spécifiquement désignée à chaque opération dans le respect des dispositions de l'article 70§2 qui dispose que « Le maître d'ouvrage convoque un représentant du département ministériel concerné par le domaine objet du concours. »

En outre le jury peut faire appel à toute personne, expert ou technicien, dont la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours ; il peut également, avant de se prononcer, charger une sous-commission d'analyser lesdits projets.

Ainsi la composition du jury est autonome dans la mesure où ses membres appartiennent aux différents départements ministériels et que les décisions sont prises suite à un examen des propositions soumises par les candidats sur la base des critères d'évaluation déjà mentionnés. En outre le jury consigne le classement des projets dans un procès-verbal signé par le président et les membres, indiquant les motifs du choix.

B. L'examen des projets

Les projets des concurrents sont **déposés** selon la procédure prévue par les articles 31 et 32 du C.M.P. Ils **se présentent**, selon les modalités décrites par les articles 25, 28 et 29 du C.M.P.

Durant cette phase, le jury tient une séance publique. Après vérification du quorum par le président, celui-ci demande aux concurrents présents de déposer leurs offres, ou, le cas échéant, de produire les pièces manquantes séance tenante. Cette démarche de dépôt d'un projet et de rattrapage séance tenante permet de ne pas restreindre la concurrence pour des motifs formels et s'inscrit dans le cadre du respect du principe d'égalité d'accès à la commande publique.

En cas d'absence d'un membre dont la présence est obligatoire, la séance est reportée pour quarante-huit (48) heures et les concurrents sont informés. En cas de nouvelle absence, le jury, conformément à l'article 53-2, peut procéder à l'ouverture des plis, comprenant :

- les documents relatifs au projet proprement dit (plans, schémas ou toute information que le maître d'ouvrage juge utile pour l'établissement du plan ou du projet objet du concours) ;
- les documents à caractère contractuel et nominatif (nom et adresse du concurrent, exemplaire du projet du marché, modèle de l'acte d'engagement, déclaration sur l'honneur, modèles du bordereau des prix et du détail estimatif).

Après l'accomplissement de ces formalités, la séance s'organise chronologiquement autour des points suivants : le président s'assure de la présence du support relatif à l'invitation des concurrents admis, donne lecture de la liste de ces candidats et procède à l'ouverture des plis en s'assurant de la présence des pièces exigées dans chaque pli. Cette formalité clôt la séance publique.

Commence ensuite la séance à huis clos réservée au jugement des projets proposés. Ces derniers sont analysés par un jury, instance collégiale dont la nature même du travail est de débattre pour dégager un consensus sur le meilleur projet à partir de critères d'évaluation publiés auparavant, pour désigner le lauréat.

Cependant, rien n'empêche que le jury charge une sous-commission d'**analyser** lesdits projets. Charger ne signifie pas désigner les membres de cette sous-commission, car cette attribution revient au maître d'ouvrage en s'appuyant sur les termes de l'article 35-3.

Le travail de la sous-commission est d'apporter une analyse de synthèse pour chaque projet et de mettre en valeur sa potentialité de réponse, d'adaptabilité, d'évolution au regard des critères définis par le maître d'ouvrage.

Son rôle est d'**analyser les projets**, notamment les obstacles à la faisabilité du projet, les erreurs manifestes au plan fonctionnel, en distinguant les problèmes réhibitoires des défauts qui pourraient être aisément corrigés, la comptabilité du projet et la possibilité d'évolution du projet en cas de dépassement probable du coût estimé. En effet, l'article 79-1 §4 affirme que « Lorsque le programme du concours fixe le maximum de la dépense prévue pour l'exécution du projet, le jury écarte tout projet dont le coût de réalisation excéderait le maximum susvisé. » C'est pour cette raison qu'il faut intégrer dans cette sous-commission un architecte, un comptable et un économiste.

Ceci étant, cette sous-commission ne doit proposer ni hiérarchie entre les projets, ni jugement de valeur qui entraînerait l'anticipation de la décision du jury, seul habilité à se prononcer sur le classement des projets. Les

remarques émises doivent rester en relation directe avec le niveau des prestations demandées.

Conformément aux dispositions de l'article 79-1-§2, le jury, avant de se prononcer, « peut convoquer les concurrents par écrit ou par tout autre moyen approprié afin d'obtenir tout éclaircissement sur leurs projets » et leur permettre de répondre aux interrogations soulevées par lui. Il peut aussi demander à un ou plusieurs concurrents d'apporter certaines modifications à leurs projets. C'est une séance de dialogue positif entre les membres du jury et les concurrents. Les réponses apportées par les concurrents doivent être consignées dans le procès-verbal.

Disposant des remarques de la sous-commission et de l'avis du jury qui arrête le classement définitif des projets, le maître d'ouvrage désigne de facto le lauréat et engage les discussions avec lui. A cet égard, le décret est catégorique pour le respect du classement effectué par le jury : « En aucun cas, le classement proposé par le jury ne peut être modifié », donc l'avis du jury est un avis obligatoire.

II - La désignation directe

Le décret du 30/12/98 avait renforcé l'aspect concurrentiel en prescrivant la mise en concurrence et la publicité préalable des **marchés négociés**. C'est un dispositif qui va à l'encontre de l'article 46-2° de l'ancien décret du 14 octobre 1976 relatif aux marchés publics, qui disposait que « L'administration n'est pas soumise à une procédure définie pour assurer éventuellement la publicité et la concurrence et pour passer les marchés par entente directe. »

L'abandon de cet alinéa à partir du décret de 1998 signifie que les marchés négociés doivent être assujettis à la concurrence et à la publicité. Cependant la lecture des cas limitativement énumérés par l'article 86 du décret du 20/03/2013 entraîne l'exclusion d'une partie des marchés négociés de toute procédure de concurrence ou de publicité.

Un autre type de dépense qui échappe à la procédure réglementaire des marchés publics est prévu lorsque la valeur estimée de la dépense est inférieure au seuil prévu par le décret et que le marché peut être passé par **bon de commande**.

Deux modes de passation directe sont donc concernés : les marchés négociés et l'achat sur bon de commande.

Section 1 Les marchés négociés

La procédure négociée est un moyen qui permet au maître d'ouvrage de discuter et de négocier d'une manière directe avec les entreprises susceptibles de satisfaire au besoin exprimé par l'administration. Le choix de l'attributaire peut intervenir à l'issue d'une **décision collégiale** prise par « une commission de négociation » désignée par le maître d'ouvrage et sous sa responsabilité. Ce choix intervient « après consultation des candidats et négociation des conditions du marché.»

La procédure dite négociée revêt un caractère exceptionnel dans la mesure où elle **peut** échapper à la règle de la concurrence et de la publicité telle qu'elle est prévue par l'article 84-3 du code des marchés : « Les marchés négociés sont passés **avec publicité** préalable et mise en concurrence ou **sans publicité préalable et sans mise en concurrence.**»

L'article 84-1 a accordé à l'administration une liberté de choix pour entamer des discussions avec **un seul candidat** ou **plusieurs candidats** dont le nombre ne doit pas être inférieur à trois candidats, et d'attribuer le marché au candidat qu'elle a retenu.

Cette possibilité accorde à l'administration contractante l'autonomie la plus large puisque celle-ci peut déterminer librement, et son partenaire, et les conditions de négociation. Toutefois, une liberté totale en la matière risque de porter atteinte au jeu de la concurrence économique. Aussi, cette liberté du choix du candidat est contrebalancée d'une part par une compétence liée énumérée par l'article 86 du décret, et d'autre part par la nécessité de faire appel à la concurrence par voie d'un avis et de motiver ce choix par l'établissement d'un certificat administratif.

§1- Le champ d'application

Pour recourir à l'appel d'offres restreint, la réglementation prévoit des seuils pour justifier le recours à cette procédure. Quant aux marchés négociés, aucun seuil n'est prévu. La réglementation s'est contentée d'énumérer les hypothèses qui permettent de négocier directement avec les entreprises capables de répondre aux besoins exprimés par l'administration dans des circonstances parfois très difficiles.

Les démarches relatives à la consultation et à la négociation ne peuvent porter que sur le montant de la prestation à réaliser et sur le délai d'exécution ou d'achèvement du marché, notamment dans des cas d'urgence impérieuse ou dans des circonstances exceptionnelles.

Les cas qui justifient le recours aux marchés négociés sont recensés par l'article 86 qui fait la distinction entre deux formes de marchés négociés : la procédure négociée avec publicité et la procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence. L'arrêté n° 3610-13 du 12 décembre 2013 fixe la liste des prestations qui font l'objet de marchés négociés, soit les travaux ou les fournitures et les services.

A. Les marchés négociés avec publicité

Il s'agit d'une procédure qui doit, en tout état de cause, respecter les règles de publicité prévues par le code des marchés. Les cas qui justifient le recours à un marché négocié après publicité préalable et mise en concurrence peuvent être classés en deux catégories.

La première catégorie regroupe les marchés dont les procédures revêtent un **caractère défectueux**: pour cette catégorie, l'article 86-I-1 prévoit le recours à cette procédure quand **aucune offre** n'a été déposée ou qu'**aucun candidat** n'a été retenu après examen des dossiers, c'est-à-dire quand la procédure de l'appel d'offres ou du concours a été déclarée **infructueuse pour la seconde fois**.

Cependant, il faut noter que pour déclarer un appel d'offres infructueux et pour pouvoir recourir au marché négocié, il est impératif que cet appel d'offres ou ce concours soit lui-même régulier, dans la mesure où l'irrégularité d'une procédure ne permet pas le recours à un marché négocié.

A cet effet il ne faut pas **confondre un appel d'offres infructueux** et le cas prévu par l'article 41 du décret relatif à **l'offre excessive ou anormalement basse**, qui prévoit que lorsque l'écart entre l'offre du moins-disant et le montant du coût estimatif fixé par la personne publique contractante est d'une importance énorme, l'on doit considérer que ce **coût** estimatif a été fixé de manière **excessive ou anormalement basse**. En conséquence, dans ce cas, la commission **rejette** l'offre mais elle ne déclare pas la procédure infructueuse. Cependant, il y a l'éventualité de déclarer la procédure infructueuse lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées ou des offres irrégulières ou inacceptable ; dans ce cas, l'appel d'offres est déclaré sans suite ou infructueux, conformément à l'article 42-e du C.M.P.

Aussi, quand **l'annulation** d'un appel d'offres intervient dans les conditions prévues par l'article 45-5, le décret dispose que « L'annulation d'un appel d'offres ne peut justifier le recours à la procédure négociée. »

Donc ni le **rejet** par la commission d'un appel d'offres, ni son **annulation** n'autorisent le recours à la procédure d'un marché négocié.

La deuxième catégorie prévue par l'article 86-I-2 du C.M.P. porte sur **la défaillance** du titulaire du marché : « les prestations que le maître d'ouvrage fait exécuter par des tiers dans les conditions prévues par le marché initial, à la suite de la défaillance de son titulaire. » Ce choix prévu par le code des marchés est un choix judicieux, dans la mesure où trouver une entreprise selon le schéma de publicité et d'appel d'offres demande un délai non négligeable pour obtenir des réponses conformes. Pendant ce temps, le maître d'ouvrage est dans l'obligation de suspendre les travaux, avec les conséquences qui en découlent, car chaque entreprise concernée par cet arrêt est fondée à réclamer une indemnisation pour désorganisation de ses équipes et perte financière. Par ailleurs, un chantier arrêté plusieurs mois subit des détériorations, ajoutant à la confusion matérielle et fonctionnelle au moment du redémarrage, outre le paramètre de l'augmentation des prix des matières premières.

A cet effet, il faut souligner que la tendance est d'évoquer la notion « d'urgence économique » qui viserait, lorsqu'un maître d'ouvrage subit une défaillance d'entreprise, à lui permettre de retrouver, d'urgence et sans formalisme, une autre entreprise ayant les compétences requises.

B. Les marchés négociés sans publicité ni concurrence

Le mode d'attribution prévu par les dispositions de l'article 86-II est un mode exceptionnel. Les hypothèses selon lesquelles la procédure négociée sans concurrence et sans publicité peut être utilisée sont strictement définies par le code. Les cas prévus peuvent être répertoriés en trois catégories.

Tout d'abord se présente le cas où les travaux, fournitures ou services ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé, en raison de leur spécificité technique et de leur caractère complexe (86-II-1), tenant au caractère de monopole des droits d'exclusivité (86-II-3), ou ne peuvent être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de service déterminé porteur d'un brevet ou jouissant d'un savoir faire unique.

A noter qu'à partir de l'adoption du décret du 30/12/98, on constate la disparition de tout ce qui fait référence au monopole de l'État et qui constituait un motif pour recourir à la procédure négociée. C'est dans cette optique que les alinéas 1^o- 4^o de l'article 47 qui contenait l'ancien décret du 14/10/76 relatif aux marchés publics ont été supprimés de la réglementation postérieure des marchés publics.

Ensuite, conformément à l'article 86-II-2, l'autorité compétente peut avoir recours à cette procédure selon des mesures bien précises et une interprétation stricte, si « la nécessité de la **défense nationale ou de la**

sécurité publique exigent qu'elle soit tenues **secrètes** » : dans ce cas, la réglementation exige une autorisation préalable du Chef du Gouvernement suite à la demande formulée par l'ordonnateur. Il peut encore avoir la possibilité de recourir au marché négocié si **l'urgence impérieuse** résulte d'événements imprévisibles, notamment quand il s'agit de catastrophes naturelles. Dans ce cas, selon l'article 86-II-4, les prestations, objet du marché, doivent se limiter aux besoins qui répondent strictement à cette situation.

Enfin, quand l'urgence concerne la défense du territoire, la sécurité de la population ou les voies de la circulation et que la survenance de ces événements ne permet pas de respecter la procédure réglementaire exigée par le code des marchés publics, dans ce cas l'autorité compétente procède par voie d'**échange de lettres** ou par **convention spéciale** en attendant la régularisation.

L'absence de publicité et de concurrence dans les cas évoqués plus haut laisse subsister, dans le **cas des détenteurs de brevet d'invention**, une certaine **mise en concurrence** par la consultation d'au moins trois candidats si les spécificités techniques recherchées peuvent être satisfaites par plusieurs porteurs de ces brevets, abstraction faite du cas où l'un ou plusieurs d'entre eux ne donnent pas suite à l'invitation.

En effet, à partir du moment où l'article 86-II-3 prévoit que l'exclusivité peut être réservée à « **des porteurs** de brevets d'inventions » et dans la mesure où la prestation à satisfaire n'a pas un caractère sécuritaire, il semble que la publicité s'impose du fait que l'article fait référence à **des porteurs** et non à un porteur de brevet.

Une autre catégorie peut être ajoutée à ces trois catégories, qui résulte des dispositions de l'article 51 du C.C.A.G. ainsi que de l'article 86-II-7, qui prévoient l'exécution des **travaux supplémentaires imprévus** par le même entrepreneur. En effet, tant l'article 52 du C.C.A.G. que l'article 86 ont entouré l'exécution de ces travaux de toute une série de verrous juridiques et techniques. Le montant de ces travaux ne doit pas dépasser 10% du marché initial. En outre, le délai et la bonne exécution des travaux doivent justifier le recours à la désignation directe, dans la mesure où le travail initial est effectué par l'entrepreneur et que le matériel est sur le chantier.

§2- La motivation du choix direct

Mode d'attribution exceptionnel, l'article 84-5 a donné une interprétation restrictive à cette procédure, dans la mesure où il a imposé la motivation du recours à un marché négocié par l'établissement d'un **certificat**

administratif par l'autorité compétente qui doit « exposer les raisons du choix de la procédure directe », et il n'a exclu de cette procédure que le cas de défaillance et l'hypothèse de la défense du territoire.

A cet égard, une lecture de l'article 84 alinéa 5, qui dispose que l'autorité compétente doit exprimer « **le chef d'exception** qui **justifie** la passation du marché négocié (...) notamment les **raisons** qui ont conduit » à l'application de procédure négociée, montre qu'il y a lieu de distinguer entre le **mobile** et le **motif** qui ont amené au choix de cette procédure.

Le **mobile** est la cause du certificat administratif, tandis que le **motif** est la justification des dispositions internes de l'acte, de l'objet, du contenu de l'attestation. L'établissement d'un certificat administratif ne suffit pas à lui seul pour recourir à ce mode de passation.

En effet, malgré le caractère apparent de la liberté du choix de l'administration, le décret prévoit que les marchés négociés sont soumis, dans toute la mesure du possible et par tous les moyens appropriés, à la publicité préalable et à la concurrence, d'où l'intérêt de la distinction de ces deux éléments - le mobile et le motif - afin d'éviter tout détournement de procédure.

§3- Procédure négociée et régularisation des marchés

Dans des situations exceptionnelles, l'article 87-b a prévu des mesures exceptionnelles qui permettent la régularisation d'un marché négocié engagé et son exécution en amont sur la base d'une simple **lettre d'échange** ou d'une **convention spéciale**, donc sous l'égide du droit commun.

En effet, pour répondre à des besoins imposés par l'avènement d'événements exceptionnels dans le cadre de la défense du territoire, l'exécution du marché peut être autorisée avant « que toutes les conditions du marché aient pu être déterminées.»

L'exécution des prestations peut être effectuée après **l'échange des lettres** ou d'une **convention**, en tant que support juridique provisoire.

Ce document provisoire doit indiquer la nature de la prestation à réaliser. Il fixe un prix définitif et éventuellement un prix provisoire. Dans ce dernier cas, et par précaution, le code des marchés publics interdit le versement d'une quelconque avance, ce qui est légitime dans la mesure où les avances sont versées avant le service fait. De même, aucun acompte ne doit être réglé après la réception de la facture ou le décompte, c'est-à-dire après le service fait. Il s'agit d'une disposition qui risque de décourager les opérateurs économiques, surtout en l'absence d'un marché régulier qui leur permet au moins le nantissement du marché, mais qui répond avec toute légitimité à

des règles comptables et de bonne usance (sur la base du service fait et de la bonne utilisation des deniers publics).

La régularisation de cet état de fait doit intervenir dans les trois mois qui suivent l'échange de lettres ou de convention sous forme d'un marché qui porte toutes les mentions prévues par le C.M.P. Le marché doit être accompagné d'un certificat administratif établi par l'autorité compétente ou par le sous-ordonnateur « visant le chef d'exception qui justifie la passation du marché sous cette forme et explicitant notamment les raisons qui, en l'espèce, ont conduit à son application », ce qui laisse supposer qu'avant d'entamer la procédure d'échange de lettres, il faut avoir d'abord établi un certificat administratif, et ce en vertu des dispositions de l'article 84-5.

Cependant, il faut souligner que le recours à un marché négocié n'est pas une panacée et qu'il est réservé à ces cas bien précis développés par l'article 86 du C.M.P. En effet, suite à des errements administratifs, les pouvoirs adjudicataires demandent parfois aux entrepreneurs d'exécuter des prestations **sans aucun document contractuel préalable**.

Afin de régulariser ces prestations déjà exécutées en marge de la réglementation, les ordonnateurs tendent à recourir à la procédure négociée comme issue de secours pour honorer les prestations exécutées.

Pour trouver une solution à cette situation sur le plan financier, deux possibilités sont avancées par la commission des marchés (avis n°291/05 du 31/01/2005) :

- la première consiste à engager la procédure qui laisse à la discrétion du (Premier Ministre) Chef du Gouvernement le pouvoir de décider de passer outre au refus de visa du contrôleur des engagements de dépenses ; encore faut-il, dans le cas d'espèce, qu'il ait au préalable une proposition d'engagement de dépense ayant reçu un refus de visa.
- La seconde solution consiste à ce que la partie qui s'estime lésée, l'entreprise en l'occurrence, intente une action en justice pour récupérer les montants correspondants aux prestations fournies.

Cependant, par l'avis n°312/07 C.M., la commission des marchés a rappelé le principe selon lequel, en cas de réalisation des prestations pour le compte d'une administration publique préalablement à l'établissement des documents contractuels, **les entrepreneurs qui ont exécuté les dites prestations assument eux aussi leur part de responsabilité**, dans la mesure où ils doivent exiger au préalable une copie du marché dûment visé et approuvé avant toute exécution, conformément à la réglementation en vigueur.

§4- Le déroulement de la procédure

La procédure du marché négocié est une procédure particulière qui obéit néanmoins à certaines contraintes. La consultation est lancée selon une procédure négociée en application des dispositions des articles 87 et 88 du code des marchés publics. Cette procédure se décompose en plusieurs phases.

Tout d'abord, la désignation de la **commission de négociation** procède à la sélection des candidats admis à présenter une offre parmi les candidatures reçues. Les candidats sélectionnés recevront la **lettre de consultation** prévue à l'article 87-3-g.

Ensuite sont opérées la remise des offres initiales et la sélection des candidats avec lesquels une négociation sera engagée. Cette phase débouche d'une part sur la négociation, et d'autre part sur l'attribution du marché.

A. Les éléments de la négociation

En vertu de l'article 84-1-§1 du C.M.P., la négociation ne doit pas conduire à une modification de l'objet du marché ni de la consistance du marché. Toutefois, si la procédure négociée ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché, elle laisse cependant la possibilité de déterminer librement, par la négociation, le contenu des prestations ainsi que les conditions de leur exécution, et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, ainsi que la fixation d'un délai d'achèvement.

Le prix est l'élément le plus négocié par la commission de consultation. A ce titre, elle peut faire porter la négociation sur le coût d'acquisition, sur le coût de stockage, sur le prix des accessoires ou des options, sur les garanties, ou encore sur l'entretien, l'assurance, le transport. La commission procède à cette occasion à la vérification, notamment si l'estimation est insuffisante ou si elle a été surestimée. Elle analysera l'incidence sur les prix de l'estimation du candidat.

Quant aux conditions du marché prévues par l'article 84-1, la négociation dans ce cadre porte essentiellement sur les quantités estimées par le candidat. La commission pourra négocier notamment la fréquence des commandes, ou éventuellement les remises accordées. Il s'agira dans ce contexte pour elle de vérifier la bonne estimation, par le candidat, de la qualité des produits ou des prestations.

Le décret a prévu aussi que les négociations concernent aussi bien le délai que les conditions d'exécution. La négociation portant sur ces deux éléments est un moyen d'évaluer l'incidence de ce délai sur les prix. Aussi, ce peut

être intéressant d'augmenter ou de réduire les délais. La commission pourra notamment aborder les garanties d'une bonne exécution du marché en évoquant les pénalités de retard ou les conditions de résiliation.

Ces critères constituent en fait un moyen pour départager les offres d'attribution du marché, et de retenir plus facilement l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs.

B. Les garanties du déroulement de la procédure

Afin de garantir le respect des principes qui découlent du code des marchés publics, notamment la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, le décret a entouré la procédure de verrous d'ordre organique et procédural.

Sur le plan organique : la constitution d'une commission de négociation est une règle *sine qua non* pour assurer la régularité de la procédure des marchés négociés. En vertu de l'article 84-1, la commission chargée de choisir l'attributaire du marché est **désignée** sur décision de l'autorité compétente ou du sous-ordonnateur, mais sous la responsabilité du maître d'ouvrage qui la préside, conformément à l'alinéa 2§2 de l'article 84. Elle comprendra deux membres qui relèvent du maître d'ouvrage concerné par le marché et qui sont choisis pour leurs qualifications et leurs compétences, compte tenu de l'objet du marché. Le maître d'ouvrage peut faire appel à toute autre personne, expert ou technicien, dont la participation est jugée utile.

L'article 85-6 dispose que « La commission de négociation examine les candidatures reçues et arrête la liste des concurrents dont les capacités juridiques, techniques et financières sont jugées suffisantes à présenter des offres. » Autrement dit, la commission de négociation effectue le dépouillement, analyse les offres reçues et procède dans un premier temps à l'élimination des offres non conformes à l'objet du marché ou aux garanties prévues par le décret ou celles qui ne répondent pas aux caractéristiques, normes ou conditions mentionnées dans les cahiers des charges, et arrête la liste des concurrents aptes pour relancer le dialogue avec eux.

Sur le plan procédural : après la réception des offres des candidats admis, la commission procède dans une seconde étape à l'analyse des offres reçues et entame les négociations avec les concurrents. L'alinéa 8 indique que la commission engage **concomitamment** les négociations avec les concurrents admis, c'est-à-dire que les négociations doivent être abordées en même temps avec eux, ce qui pose le problème de la forme de ces négociations, dans la mesure où il y a une seule commission et plusieurs candidats qui

peuvent être loin du lieu de l'administration concernée où se déroulent ces négociations.

En effet, plusieurs moyens sont à la disposition de la commission pour mener ces consultations simultanées.

L'**entretien** constitue un premier moyen, mais dans ce cas il doit se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés.

La **correspondance écrite** constitue un deuxième moyen ; il est long et fastidieux, mais il a l'avantage d'être complet.

Enfin, le moyen électronique, notamment par voie des courriels, soit des **E-mails**, constitue une alternative efficace et rapide. Ces négociations vont permettre à la commission d'inviter les candidats admis à négocier et à revoir leur offre sur l'objet du marché.

A l'issue de ces négociations, la commission choisit l'offre qu'elle juge la **plus avantageuse**, conformément aux termes de l'article 85-9. La procédure d'attribution du marché est couronnée par un rapport qui relate le déroulement des négociations, notamment « la référence de la publication au journal et au portail des marchés publics, la liste des candidats qui se sont manifestés et la liste de ceux avec qui les négociations ont été engagées, les montants de leurs offres et les motifs ayant présidé au choix du concurrent retenu. » Ce rapport est signé par tous les membres de la commission, y compris le président, ce qui constitue une garantie de la transparence et de la traçabilité de la procédure.

Section 2

Achat sur bon de commande

Mode de passation prévu par l'article 16-2 et encadré par l'article 88 du C.M.P., les bons de commande sont des documents écrits adressés au titulaire de la prestation dont l'exécution est demandée. Ils précisent la nature des prestations et en déterminent la quantité. Le délai d'exécution ou de livraison et les conditions de garantie peuvent être **éventuellement** précisées, ce qui pose le problème du délai de la validité d'un bon de commande.

En effet, les bons de commandes constituent une entorse à la procédure normale des marchés publics, dans la mesure où la réglementation autorise le maître d'ouvrage à réaliser des prestations qui ne dépassent pas 200.000 dh (TTC), sans que ni la règle réglementaire de passation des marchés publics, ni la règle de la publicité ne soient respectées. La seule condition imposée par le décret est la consultation « de trois concurrents, sauf

impossibilité ou incompatibilité », ce qui laisse une très grande latitude à l'administration.

Toutefois, la réglementation a assujéti le recours à cette procédure à trois conditions : le **plafond** de 200.000dh toutes taxes comprises doit être apprécié dans le cadre d'une **année budgétaire** en fonction de **chaque ordonnateur et sous-ordonnateur** et selon la **prestation de même nature**.

L'esprit du décret du 20/03/2013 relatif aux marchés publics est d'encourager la concurrence entre les différentes entreprises afin de renforcer le tissu industriel. La règle consistant à passer un marché écrit pour effectuer une prestation pour le compte de l'État, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public est assortie d'une **dérogation** prévue par l'article 88 du décret susvisé, selon laquelle l'administration peut procéder à des achats par voie de bon de commande à concurrence de 200.000 Dh.

Il s'agit d'une procédure qui a pour objectif de faciliter la gestion quotidienne des services de l'administration et de permettre ainsi **aux gestionnaires de crédits** de mieux tenir compte des critères d'économie et d'efficacité dans l'exécution des dépenses publiques, selon les termes de la circulaire n°83 du 07/04/93. C'est une technique de gestion des crédits. Cette gestion reste néanmoins assujéti aux règles édictées par le code des marchés et les règles de droit budgétaire.

Le but est de faciliter la tâche des ordonnateurs ou de leurs délégués face à une situation où les circonstances nécessitent en principe une intervention **rapide** mais **pas urgente**; ou dans un autre cas de figure, le montant de la dépense n'exige pas la passation d'un marché. A cet égard il faut noter que l'article 72 du décret du 30/12/1998 prévoyait que les fournitures passés par voie de bon de commande doivent être « **livrables immédiatement** », formulation qui a disparu dans le nouveau code qui se contente de rappeler que le délai de livraison doit être déterminé « **le cas échéant** » autrement dit on peut ne pas mentionner ce délai.

En effet ce type de dépense sur simple bon de commande revêt deux aspects. Tout d'abord sur le plan organisationnel, ils conditionnent le bon fonctionnement des services des différentes personnes publics. Ensuite sur le plan gestionnaire, ces achats correspondent à des besoins qui nécessitent une intervention en principe rapide. Ainsi le choix de ce mode dépensier s'inscrit dans une démarche d'efficacité de la fonction de la commande publique et de la satisfaction des besoins qualifiés de besoins transversaux.

Les gestionnaires privées classent en deux catégories ces besoins :

- Les produits ou services O.R.M « Operating Resource Management » c'est-à-dire le management des ressources opérationnelles concernant les fournitures, les services d'hôtellerie et d'hébergement, de location de matériel, de prestations de nettoyage...
- Les produits ou services M.R.O « Maintenance Repaire Operating » c'est-à-dire les produits et services liés à la maintenance et à la réparation qui regroupent l'entretien des logiciels, le montage et le démontage du matériel hydraulique, les travaux d'aménagement, d'entretien et de réparation des bâtiments administratifs....

L'apport du décret des marchés publics

En effet, le décret du 20/03/2013 n'a rien apporté de nouveau. Les termes de l'article 88 ne sont en fait que le résultat d'une reproduction du même schéma et de la même procédure à travers les multiples réformes de ce mode de dépense publique.

La refonte va à l'encontre de l'esprit de transparence, de concurrence et d'égalité des acteurs économiques manifesté par les pouvoirs publics et a fortiori mis en avant par le nouveau décret, dans la mesure où les critères instaurés encouragent les gestionnaires à recourir à l'achat sur **simple** bon de commande, évitant ainsi la procédure de passation d'un marché jugée longue et contraignante.

Cependant il faut préciser que si l'article 88-1 du décret du C.M.P. autorise l'achat par bon de commande, l'article 16-2 indique en même temps qu'il s'agit là d'une **dérogation**, c'est-à-dire d'un procédé exceptionnel ; il n'y a donc pas lieu de l'instaurer comme **règle**.

Cette dérogation est assortie d'une autre exception prévue par l'alinéa 5, paragraphe 1 de l'article 88 qui autorise certains départements ministériels à relever le plafond de 200.000dh sans toutefois dépasser le seuil de 500.000Dh.

Ainsi, on s'achemine vers une évolution qui risque de vider la réforme de son essence et d'utiliser l'achat sur bon de commande comme un alibi et non comme une technique de gestion, dans la mesure où cette réforme définit des critères qui élargissent le champ d'application de l'achat par voie de bon commande.

La rédaction ancienne de cet article s'inscrivait dans une certaine ligne politique de la commande publique qui ne favorisait guère la concurrence mais dont l'objectif était d'autoriser des dépenses par le biais des bons de commande, à condition que le montant ne dépasse pas le seuil prévu par la réglementation, quel que soit le nombre d'intervenants.

Le recours à la concurrence sous l'égide de cette réglementation ne soulevait pas de problème puisque cette concurrence n'est exigée, pour les prestations pouvant faire l'objet de bon de commande, que « dans la mesure du possible et par les moyens appropriés. »

Or les modifications entreprises depuis les différentes réformes et reprises in extenso par l'article 88 n'ont pas modifié en profondeur ce procédé et n'ont pas non plus favorisé la concurrence, d'autant plus qu'elles instaurent trois critères qui risquent de fausser la règle de la concurrence : elles mentionnent d'abord les personnes habilitées ; ensuite, la **nature des prestations**, la réforme prévoyant une liste qui comporte beaucoup de produits à répétition ; figure enfin le critère de **rationalisation et d'optimisation de la dépense**, perdu de vue lors de l'achat sur bon de commande.

L'article 88 du C.M.P. fait référence à la totalisation annuelle des achats effectués par un ou plusieurs fournisseurs. Les critères d'appréciation du dépassement se rapportent à la nature des prestations, à son montant et à l'année budgétaire. Le montant à prendre en compte est celui des prestations de même nature, c'est-à-dire homogènes ou identiques, quel que soit le nombre de fournisseurs.

§1- Une concurrence relative

Par ailleurs, dans un souci de souplesse, la question de la détermination des modalités de publicité ne se pose pas puisque le décret dispense de la procédure de l'achat sur bon de commande et que l'autorité compétente est dispensée de la mise en œuvre des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés public, malgré les dispositions de l'article 88-4 qui indique que « Les prestations à effectuer par le biais de bons de commande doivent faire l'objet d'une concurrence préalable », mais cette disposition a été atténuée par la suite. En conséquence, aucune mesure de publicité n'est imposée par le code.

En effet, cette volonté de respecter l'esprit du décret a été trahie par le même article qui prévoit que la procédure des bons de commande doit faire l'objet d'une **concurrence préalable** « sauf pour les cas où celle-ci n'est pas possible ou est incompatible avec la prestation. » Cette exclusion donne une latitude et une large marge de manœuvre pour l'acheteur public. Afin d'éviter tout abus, le décret prévoit une soupape de sécurité par l'obligation faite à l'autorité compétente d'établir une note. Justifiant ladite impossibilité ou incompatibilité

En revanche , lorsque l'administration, l'État, une collectivité locale, ou un établissement public souhaite réaliser une prestation par voie de bon de

commande auprès d'un prestataire de service pour exécuter des travaux, des fournitures ou des services, elle se voit dans l'obligation de respecter un ensemble de règles et de procédures édictées par le code des marchés publics.

L'absence d'une procédure réglementaire de passation des marchés, le montant relativement faible de chaque dépense, ne dispensent pas l'administration de mettre en **concurrence préalable** les entreprises susceptibles de réaliser la prestation. La détermination de la procédure de mise en compétition des fournisseurs qui doit procéder à une évaluation préalable des besoins est matérialisée par « **une consultation** par écrit d'au moins **trois concurrents** » Cette précision est indispensable pour ne pas se retrouver a posteriori dans une situation où la procédure se trouve attaquée devant le juge pour le non respect de l'égalité d'accès à la commande publique.

L'alinéa 4, paragraphe 2 rétrécit d'avantage le nombre des postulants à trois concurrents et impose de présenter trois devis contradictoires, ce qui laisse penser que cet article n'interdit nullement la négociation, mais la marge de manoeuvre reste limitée.

La négociation constitue en effet un élément décisif de la qualité de l'achat public, d'autant plus qu'elle sera accomplie en toute transparence. En dessous des seuils, le recours à la négociation avec au moins trois fournisseurs potentiels est possible pour tous les bons de commande, sans aucune condition ni de circonstance, ni de montant de la dépense.

Même si la négociation n'est pas enserrée dans des règles procédurales précises, il est important de retracer les étapes principales de la négociation par des écrits pour pouvoir justifier d'un choix ou rendre compte a posteriori à un candidat évincé ou à un organisme de contrôle. C'est ce qui résulte de la lecture de l'alinéa 4 de cet article qui dispose que l'ordonnateur, le sous-ordonnateur ou la personne habilitée est tenu d'établir une **note** pour pouvoir justifier, à tout moment, les motifs de son choix et d'assurer, en toute transparence, la traçabilité des procédures qu'il aura employées selon la nature et le montant de la prestation, de même qu'il devra justifier le cas échéant l'impossibilité de présenter trois devis et a fortiori la négociation avec trois candidats.

§2- Personnes habilitées

Le seuil de 200.000dh s'apprécie à l'échelon de l'unité administrative à la tête de laquelle se trouve la personne habilitée. Il y a lieu de totaliser, par fournisseur ou par plusieurs fournisseurs, les dépenses effectuées au cours

d'une même année budgétaire et correspondant à des prestations de nature identique ou similaire.

L'article 88-1-§2 a opté pour la solution consistant à désigner les personnes habilitées à procéder à l'achat par le biais du bon de commande : « l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur » et pour l'Administration de la Défense nationale les dispositions de l'article 171-2 impliquent que « les seuils prévus à l'article 88 ci-dessus, sont à apprécier, pour l'Administration de la Défense nationale, en fonction de l'ordonnateur, du sous-ordonnateur et de toute autre personne habilitée désignée par arrêté conjoint du Chef du Gouvernement et du Ministre chargé des Finances. »

Dans un souci de rationalisation et afin de limiter le recours abusif à la procédure de désignation des personnes habilitées, le décret a prévu l'instauration d'une procédure de désignation par arrêté conjoint du Chef du Gouvernement et du Ministre chargé des Finances de toute personne habilitée à **engager** l'Administration de la Défense nationale.

A cet égard, force est de constater que la rédaction de la circulaire du Premier Ministre n°83/cab du 07.04.93 a fait appel au critère du **service habilité** en « s'inspirant » de l'instruction du 06.06.65 pour l'application du décret de 1965. La réforme a eu le mérite de remplacer le terme « **services habilités** » utilisé par cette circulaire, terme qui était source de conflit, par « **personnes habilitées** » pour des raisons de commodité et de souplesse dans la gestion des crédits budgétaires.

L'avis de la commission des marchés n°366/09 du 29 juillet 2009 définit ainsi les personnes habilitées : « Il faut entendre par personne habilitée à engager les dépenses : l'ordonnateur, le sous-ordonnateur ou toute autre personne désignée par arrêté conjoint » ; par ailleurs les sous-ordonnateurs agissent en fonction d'une « délégation de pouvoir dans les limites budgétaires et territoriales. » La commission des marchés s'appuie en fait sur les dispositions de l'article 64 du décret de la comptabilité publique du 21/04/1967 modifié, qui indique que « Sous leur responsabilité et leur contrôle, les ordonnateurs peuvent, par voie d'arrêté soumis au visa du Ministre des Finances, instituer des sous-ordonnateurs auxquels ils délèguent leur pouvoir dans les limites qu'ils fixent par ordonnances de délégation de crédits. »

Cependant l'élargissement de cette notion risque de multiplier le nombre des intervenants qui exécutent le budget et de hacher ainsi la gestion des crédits alloués. On se dirige donc vers un système où l'achat sur **simple** bon de commande constitue la règle et non pas l'exception.

En effet on pense que pour procéder à une dérogation qui respecte l'esprit du présent décret sur les marchés publics, il était plausible d'engager et d'accorder l'habilitation à la lumière des dispositions du dahir n°1.57.068 du 10. 04.57 relatif à la délégation de signature des ministres, secrétaires d'État et sous-secrétaires d'État ; celles du décret du 21.04.67 portant règlement général de la comptabilité publique (art 5), et celles de la loi n°1-75-168 du 16.03.77 relative aux attributions du gouverneur (art 7).

L'article 2 du dahir 26.04.57 relatif à la délégation de signature prévoit que la délégation doit être effectuée dans les conditions fixées par la comptabilité publique. L'article 33 du décret du 21.04.67 relatif à la comptabilité publique dispose que l'engagement ne peut être pris que par l'ordonnateur agissant en vertu de ses pouvoirs, excluant par voie de conséquence l'engagement de la délégation de sous-ordonnement. Cela signifie qu'une délégation qui intervient dans ce cadre est une délégation de signature qui comporte l'attribution par une autorité à un organe placé sous sa direction, le pouvoir de prendre pour elle, d'une manière formelle, des décisions qui continuent de relever d'elle.

La responsabilité de la décision reste à l'ordonnateur principal qui est soumis à un régime corrélatif de responsabilité. Il s'agit en fait de la désignation d'un simple « fondé de pouvoir » ; deux conséquences découleraient de cette situation :

1. Les personnes habilitées par voie de décision ne pourront ni engager, ni signer les états d'engagement ;
2. Les dépenses effectuées doivent rester dans la limite des 200.000dh autorisés, quel que soit l'intervenant (engagement par l'ordonnateur et commande par la personne habilitée).

Les désignations effectuées auparavant de personnes habilitées par arrêtés conjoints vont dans le sens d'une atomisation déguisée du budget de l'État, car la multiplication de ces personnes habilitées ne peut être interprétée que comme un alibi pour esquiver la procédure des marchés. Le département ministériel qui bénéficie du dépassement exceptionnel peut, avec toute légitimité, désigner des personnes pour engager l'État, même au-delà du seuil de 200.000dh autorisé.

§3- Nature des prestations

Les alinéas 2 et 4 de l'article 88 prévoient que la limite de deux cent mille dirhams est à considérer selon des **prestations de même nature** et que cette **liste des prestations** de même nature précitées figure dans l'annexe n° 4 du

C.M.P. Cette liste « peut être modifiée ou complétée par arrêté du Ministre chargé des Finances, sur proposition du Ministre concerné et après avis de la commission des marchés »

Par prestation de nature identique ou similaire, il faut entendre toutes celles relatives à la même activité professionnelle du fournisseur, telle qu'elle peut être déterminée notamment par référence aux différentes nomenclatures prévues à cet effet.

Le caractère succinct de cet article nous amène à faire appel à la circulaire n° 83 susmentionnée du Premier Ministre, qui fournit des éléments pour clarifier certains points de cet article. Une première indication porte sur l'amélioration de la gestion des crédits, qui définit la nature des prestations de même nature comme étant des **prestations identiques, similaires ou complémentaires dépendant d'une même activité professionnelle**. Cette interprétation a été complétée par la liste qui figure sur l'annexe n°4, qui comporte 52 produits de même nature, abstraction faite du domaine des produits, travaux, fournitures et services.

Un premier rapprochement entre la définition et la liste montre qu'il y a des produits similaires et complémentaires et pourtant ils ont été répertoriés séparément, à l'exemple du matériel technique qui a toujours fait l'objet de rejets par les comptables, au motif que le matériel technique peut englober plusieurs outils cités sur la liste d'une manière individualisée (matériel de transport-outillage, matériel de lutte contre l'incendie, etc.).

La difficulté éprouvée pour établir une liste succincte des produits de même nature et l'absence d'une nomenclature détaillée des produits qu'englobe chaque rubrique montre la difficulté de dresser une liste exhaustive et opérationnelle. C'est un autre alibi pour élargir le champ d'application des achats par voie de bon de commande.

Il faut aussi rappeler que, sur le plan budgétaire, chaque ligne de la liste objet de l'annexe « constitue une même nature de prestation qui doit demeurer dans la limite de 200.000dh et en fonction de chaque personne habilitée à engager la dépense. »

§4- La gestion comptable et financière

Les ordonnateurs et sous-ordonnateurs doivent appliquer le rattachement de leurs dépenses engagées dans leur comptabilité administrative à partir du moment où le service est fait, et même sans mandatement effectif au profit de l'entreprise.

En effet, le seuil doit être apprécié sur la base des mandats émis et non sur celle de l'engagement émis ; le comptable doit donc prendre comme référence la date du service fait, qui est toujours connue à la fois de l'ordonnateur et du comptable. Ceci implique que le montant de 200.000 Dh peut être **dépendé par tranche et non seulement dans une seule opération**. C'est ce qu'indique l'avis de la commission des marchés n° 366/09 du 29 juillet 2009 : « D'abord, il faut que le montant de la prestation envisagée soit inférieur à la limite de 200.000 DH, laquelle limite doit être appréciée dans le cadre d'une année budgétaire **soit par un seul bon de commande, soit par des bons successifs**, abstraction faite de la divergence, le cas échéant, de leur support budgétaire.»

Pour les cas spécifiques où cette date n'est pas pertinente, il appartient à l'ordonnateur et au comptable d'apprécier les éléments leur permettant de constater que les achats en cause relèvent d'exercices différents et peuvent donc faire l'objet de paiement sans que la production d'un marché soit nécessaire.

C'est le seuil de commandes dans l'année budgétaire qui est à prendre en compte, même si le montant est dépassé au titre des mandatements. Il appartient alors à l'ordonnateur concerné de produire les justificatifs d'engagement pour que le comptable puisse assurer les paiements.

Dans l'esprit du code des marchés, le seuil de 200.000 Dh est à considérer toutes taxes comprises et l'administration doit contracter avec un ou plusieurs fournisseurs sous forme de bon de commande ; par ailleurs ce seuil doit être apprécié, y compris les attachements quand il s'agit de travaux d'aménagement ou de réparation de bâtiments administratifs.

Cependant force est de constater que, si les prestations sont effectuées par plusieurs fournisseurs différents pour une même année budgétaire et que ces prestations, de natures identiques ou similaires, passées sous simple facturation, atteignent dans leur globalité 200.000 Dh, la procédure ne pose aucun problème.

En revanche si le montant autorisé est **déjà dépassé** et que l'administration demande le relèvement du plafond dans le cadre de l'alinéa 5 de l'article 88 pour **combler** ce dépassement, le comptable doit refuser le visa de cette dépense, d'une part au motif que la chronologie des dates du service fait et du relèvement de la limite de 200.000dh ne corrobore pas, et d'autre part parce qu'il s'agit de prestations exécutées sans engagement préalable des dépenses correspondantes.

La régularisation de cette dépense ne peut être effectuée que par le biais d'une autorisation du Chef du Gouvernement, notamment par le recours à la procédure « de passer outre au refus du visa du contrôleur des engagements de dépenses (le comptable) au vu des justifications présentées.»

En effet, dans le cas de dépassement du seuil, on se trouve devant la situation d'opérations exécutées dont le paiement est impossible, car elles ont été effectuées sans respecter le code des marchés publics.

Certains comptables peuvent demander la production d'un marché de régularisation. Cependant cette procédure est illégale. Un marché de régularisation est autorisé et même nécessaire si le ou les commandes provoquant le dépassement avaient un caractère imprévisible et urgent et que ce cas tombe sous le coup de l'article 87-b.

Seule la voie de la transaction ou de la compensation légale semble alors ouverte, sur la base de l'article 1098 (transaction) ou de l'article 357 (compensation) du code civil, afin de pouvoir indemniser le prestataire de service de son appauvrissement dû à l'enrichissement sans cause de l'administration. Le montant de l'enrichissement sera estimé par voie d'arbitrage. Encore faut-il que les juridictions administratives et financières valident cette voie.

Cependant une autre difficulté surgit : celle de la possibilité ou non pour l'administration d'effectuer des achats sur bon de commande à un entrepreneur ou à un fournisseur déjà titulaire d'un marché. Une lecture restrictive des textes, notamment le principe de la liberté d'accès à la commande publique, interdirait pour l'administration toute possibilité de commande auprès d'un fournisseur déjà titulaire de marché. Or rien dans la réglementation actuelle n'interdit la possibilité pour une collectivité publique de traiter sur bon de commande avec un fournisseur par ailleurs titulaire d'un marché public avec la même collectivité dès lors que la prestation ne concerne pas l'objet du marché et qu'elle est inférieure ou égale à 200.000 Dh.

Cette interprétation restrictive pose néanmoins des problèmes pratiques et déontologiques :

- elle exclut de la commande publique sur bon de commande des fournisseurs qui se trouvent alors pénalisés par rapports aux autres du seul fait qu'ils sont déjà titulaires d'un marché.
- elle prohiberait aussi la passation de marchés, dès qu'un fournisseur aurait déjà reçu des commandes sur simples bons de commande préalablement à l'attribution du marché. Or la commission d'appels d'offres ne dispose pas de tels éléments lorsqu'elle statue ; en

outre, comment justifier l'exclusion d'un candidat au seul motif que l'administration lui aurait déjà passé des commandes pour des sommes modiques.

Au vu de ces problèmes pratiques et dans l'optique de préserver la responsabilité des comptables :

- Il appartient aux comptables de vérifier la cohérence des opérations qu'ils exécutent ; ils doivent ainsi procéder à l'addition des paiements relatifs aux commandes passées à un même fournisseur pendant une année pour des prestations de nature identique et doivent procéder au rejet en cas de dépassement du seuil de 200.000dh.
- Le comptable devra chaque fois s'interroger lorsqu'une facture hors marché est présentée par un fournisseur titulaire par ailleurs d'un marché avec la collectivité, pour savoir si les travaux ou fournitures présentés sur la facture correspondent à l'objet du marché ou s'il s'agit d'un objet totalement différent.

§5- Le régime juridique du bon de commande

La réglementation ne fixe pas de durée maximale des conventions ou contrats comme en matière de marchés, à l'exception des prestations sur bon de commande. A cet égard, l'article 88- 3 affirme que « Les bons de commande doivent déterminer les spécifications et la consistance des prestations à satisfaire et, **le cas échéant**, le délai d'exécution ou la date de livraison et les conditions de garantie.» Mais qu'en est-il si ce délai n'est pas spécifié, comme c'est toujours le cas dans la procédure des bons de commande ?

Pour les opérations portant sur des investissements, la durée est limitée par les crédits votés, puisqu'il faut alors multiplier les montants et les durées et les comparer à l'autorisation budgétaire votée.

Pour les opérations portant sur le fonctionnement, la durée est limitée à la fin de l'année budgétaire, en vertu du principe de l'annualité budgétaire et de la règle de non report des crédits de fonctionnement.

Il semble donc qu'il est nécessaire de limiter la durée des bons de commande pour assurer une mise en concurrence régulière. Il est à noter qu'en l'absence de durée, un contrat est censé être limité à 99 ans, eu égard au **régime juridique de droit privé des bons de commande**.

En effet le Tribunal administratif de Rabat a rendu un jugement le 28/09/1995 Affaire 38/95 TA 30 en prononçant l'incompétence de ce tribunal pour statuer sur le différend qui oppose les parties au sujet de l'affaire dont le contenu porte sur les bons de commande au motif que les bons de

commande relèvent du droit commun puisque « Les bons de commande ne contiennent pas de clause exorbitante de droit commun. »

Sur le plan de l'exécution d'un bon de commande on pense que la durée des bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés. A cet égard les motifs avancés par le passé pour justifier le recours au bon de commande avaient trait au caractère rapide, pour ne pas dire urgent, et à la simplicité de la procédure, même si la notion d'urgence évoquée par le décret du 30 décembre 1998 a été abandonnée depuis le décret de 2007.

Chapitre V

La procédure de recherche des candidats

Il s'agit d'un ensemble de règles de fond et de forme à respecter pour effectuer la passation d'un marché public ; des règles qui doivent être annoncées en amont de la procédure d'attribution et qui permettent de sélectionner les candidats qui ont l'expérience, les qualifications et les moyens de nature à garantir la bonne exécution du marché en question. Ces critères ne doivent pas être discriminatoires et doivent être suffisamment précis ou à défaut pondérés et hiérarchisés, afin d'identifier l'offre qui corrobore avec ces règles.

L'obligation de transparence qui incombe à la personne publique responsable du marché implique que toutes les garanties doivent être prises, en faveur de tout soumissionnaire, par une diffusion de l'information et une publicité adéquates, permettant une ouverture du marché à la concurrence et le respect des règles de sélection et d'attribution du marché.

Section 1

Les règles de recherche

L'avis d'appel d'offres, quel que soit le mode de passation, est soumis à des règles de publicité et de délai qui doivent être respectées avant de procéder à la sélection des candidats.

§1- Les règles de publicité

Il s'agit des règles qui concernent la publicité de l'avis objet du marché ainsi que le contenu de cet avis.

La diffusion de l'information: La publicité est une **règle sine qua non** pour que l'avis soit valide. La réussite des principes généraux énoncés par le C.M.P. exige « le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. »

En effet l'article 20-2 du C.M.P. prévoit **une diffusion** plus large de l'information par tous les moyens appropriés. Tout d'abord il faut citer la méthode classique, par **écrit** dans les journaux. La publication est faite par l'insertion de l'avis dans **deux journaux au moins**, dont un en langue arabe et l'autre en langue étrangère. Ensuite viennent les procédures qui consistent en l'utilisation de la **voie électronique** pour les échanges d'informations intervenant dans le cadre des procédures d'achat public, notamment dans le portail des marchés publics.

Par **écrit** tout d'abord, la publicité dans les deux journaux doit obéir à trois critères:

Un **critère territorial** : le journal doit bénéficier d'une diffusion nationale, ce qui exclut de facto les journaux à caractère régional, sauf si la publicité a été déjà effectuée sur les pages de plus de deux journaux. Dans ce cas le maître d'ouvrage peut jouir d'une latitude pour le choix des journaux à dimension régionale pour procéder à la publicité de l'avis.

Un **critère linguistique** : l'un des deux journaux doit être en langue arabe, tandis que l'autre journal doit être en langue étrangère, ce qui signifie que la langue française n'est plus considérée comme une langue obligatoire pour une publicité d'un avis d'appel d'offres. La non-publication de l'avis dans un journal de langue arabe et étrangère entraîne l'annulation de l'avis. Cependant le choix du journal d'une langue étrangère doit bénéficier aussi d'une diffusion nationale.

Enfin le troisième **critère est l'homogénéité** de l'avis publié et de la langue du journal choisi. L'avis d'appel d'offres devant être publié dans la langue de publication du journal, c'est-à-dire dans un journal en arabe, il faut publier un avis en arabe.

Afin de donner à cet acte de publicité une forme légale, le décret a prévu la publication de l'avis dans le Bulletin officiel, mais il ne s'agit pas là d'une obligation mais seulement d'une possibilité offerte au maître d'ouvrage.

Ceci étant, on peut s'interroger si ces critères concernent seulement les deux journaux obligatoires, tandis que la publication dans les autres journaux reste à la discrétion du choix du maître d'ouvrage, ou bien si les critères appliqués aux deux journaux obligatoires sont valables aussi pour les autres journaux. Il semble qu'en l'absence d'une disposition claire qui règle cette question la première hypothèse est à privilégier.

Une autre difficulté surgit quand le maître d'ouvrage a eu recours à la procédure dite négociée avec publicité et mise en concurrence. L'article

85-1 du C.M.P. prévoit la publicité dans « au moins un journal à diffusion nationale choisie par le maître d'ouvrage. » Certes, le choix d'un journal à **diffusion nationale** est à la discrétion du maître d'ouvrage, mais en quelle langue ? Cette difficulté peut être relevée et rencontrée aussi lors d'un appel à manifestation d'intérêt prévu par l'article 15 du C.M.P.

Toutefois, quand il s'agit d'un recours à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, le C.M.P. prévoit la publication dans **un journal à diffusion nationale**, choisi par le maître d'ouvrage, mais sans aucune indication au sujet de la langue de ce journal. Ceci donne au maître d'ouvrage une latitude sauf pour la diffusion au niveau national.

Ensuite par voie électronique, le recours à Internet comme moyen de publicité n'est pas suffisant dans la mesure où la couverture de ce mode d'information n'est pas large au point de le considérer comme moyen de publicité, sauf pour les enchères électroniques. C'est pourquoi les journaux restent le moyen officiel de publicité des avis des marchés publics le plus utilisé.

Le portail des marchés publics reste un autre moyen efficace pour diffuser l'information à grande échelle. En effet, compte tenu de l'esprit du décret, les pouvoirs publics ont cherché par ces mesures variées de publication à assurer une publicité suffisante auprès des prestataires ayant vocation à y répondre. Ce portail regroupe tous les avis de marchés publics, ce qui permet aux entreprises d'être informées des avis de marchés entrant dans leurs critères de recherche et de soumissionner « on line. »

b) Le contenu de l'avis: l'avis doit faire référence à l'objet de l'appel d'offres, ce qui signifie la mention de la nature du programme à lancer et les prestations à réaliser, entièrement ou par fraction.

L'égalité de traitement entre les différents prestataires de services et le principe de transparence qui en découle n'exigent que la mention de l'objet de chaque marché, et que, par ailleurs, les critères d'attribution soient clairement définis.

Parmi les critères d'admissibilité des concurrents figurent les garanties et les capacités juridiques, techniques et financières ainsi que les références professionnelles des concurrents. En revanche l'autorité compétente n'est pas tenue de préciser les niveaux minimaux de ces capacités dans l'avis d'appel d'offres ni d'indiquer la date prévisible du commencement d'exécution de ces travaux.

A la différence des textes précédents, l'article 18 du C.M.P. du 20/03/2013 relatif au règlement de la consultation ne se limite pas aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre, il détaille en outre les critères de choix selon l'objet du marché: travaux, fournitures ou services. Parmi les critères de choix et de classement des offres, on note l'indication de la durée d'exécution pour les marchés de travaux comportant des variantes, la valeur technique de l'offre, etc.

§2- Les règles de délai

Les obligations de publicité et de mise en concurrence se limitent pour l'essentiel au respect des principes fondamentaux de la commande publique. Cette publicité obéit à des règles de délais que doivent respecter les autorités compétentes.

En vertu de l'article 20-2 §3, le délai réglementaire de la publication de l'avis est fixé à **vingt-et-un (21) jours** avant la date fixée pour la séance d'ouverture des plis. Ce délai court à partir du lendemain de la date de publication de l'avis au portail des marchés publics et de la date de publication dans le journal paru le deuxième.

Cependant ce délai n'est fixé qu'à titre indicatif puisque le maître d'ouvrage peut le prolonger en toute légalité, et ce à la lumière de la formulation de cet article, qui prévoit que la publication doit intervenir dans un délai de « vingt-et-un (21) jours **au moins** » ce qui laisse penser que ce délai peut être supérieur à 21 jours selon l'intérêt de l'administration et à l'initiative du maître d'ouvrage.

Mais si cette modification est prise à l'initiative du maître d'ouvrage, d'autres modifications sont imposées par la réglementation et selon les cas. A cet égard le délai de **vingt-et-un (21) jours** peut être ramené à **quarante (40) jours** lorsque le marché de **travaux** dépasse un montant supérieur à **65 millions de dirhams** hors taxes passé pour le compte de l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les établissements publics et **1.600.000dh HT** pour les marchés de **fournitures et de services** passés pour le compte de l'Etat - outre **4.600.000dh HT** pour le compte des **établissements publics et des collectivités territoriales**.

Lorsque la procédure choisie est la **procédure négociée** avec publicité et mise en concurrence, l'article 85-3 prévoit que ce délai est ramené à **dix (10) jours** ; toutefois, quand il s'agit d'une procédure négociée suite à une **offre infructueuse**, dans ce cas la période entre la date où la procédure a été déclarée infructueuse et la date de la publication de l'avis du marché négocié ne doit pas être supérieure à **vingt-et-un (21) jours**.

Pour les **marchés allotis**, les seuils susmentionnés qui justifient le changement de délais doivent être appréciés au titre du montant cumulé des lots composant la prestation. Il va de soi de dire que ces délais peuvent être réduits en cas d'urgence, à condition que l'urgence ne résulte pas du fait du maître d'ouvrage, d'où l'obligation faite à ce dernier de justifier le recours à cette procédure d'urgence.

La durée étant exprimée en jours, il faut respecter les délais de droit commun, c'est-à-dire les comprendre comme étant des jours entiers. Les délais incluent les jours compris de quantième à quantième, c'est-à-dire qu'ils commencent à courir après l'écoulement de ce qu'on appelle « dies a quo » ; le temps restant avant le début de ce jour n'est pas compté, ce qui signifie que le jour de l'acte ou de la signification du "dies a quo" ne compte pas. Le "dies a quo" est donc le lendemain à 0 heures du jour de l'acte qui fait courir le temps pendant lequel une formalité est à accomplir.

A noter que l'article 19-7§2 du C.M.P. prévoit que toute modification effectuée par le maître d'ouvrage ayant ou non pour objet de corriger une **erreur matérielle** qui porte sur le contenu **d'une prestation affectant** l'avis initial d'appel à la concurrence déjà publié est considérée comme une modification substantielle du marché initial, et nécessite donc la publication d'un **avis rectificatif**. Toutefois, cette modification ne doit en aucun cas entraîner le changement de l'objet du marché.

La personne publique ne peut apporter de modifications au dossier de consultation remis aux candidats à un appel d'offres que dans des conditions garantissant l'égalité des candidats et leur permettant de disposer d'un délai suffisant avant la date limite fixée pour la réception des offres pour prendre connaissances de ces modifications et pour adapter leur offre en conséquence. La personne publique doit respecter un certain nombre de démarches.

D'abord, toute modification apportée à l'avis initial doit être portée à la connaissance de tous les concurrents ayant retiré ledit dossier. Ensuite un nouveau délai égal au délai déjà fixé pour la réception des offres, et qui commence à courir à partir de la date de l'envoi à publication de cet avis rectificatif, est imparti pour permettre aux entreprises qui n'ont pas déposé leurs offres pour une raison ou une autre de disposer d'un délai utile pour ce faire.

C'est dans l'intérêt commun des entreprises et de l'administration que la date du deuxième avis doit être suffisamment éloignée de celle de l'avis initial : d'abord pour les entreprises, de sorte qu'elles puissent se manifester et

ensuite dans l'intérêt de l'administration, pour qu'elle rassemble un nombre élevé de candidats.

Cependant il faut s'interroger si une erreur matérielle qui se serait glissée dans l'avis d'appel d'offres publié dans un journal constitue une altération substantielle des conditions de la procédure de passation d'un marché public. La réponse est négative puisque les candidats ont la possibilité de demander des informations complémentaires avant le dépôt de leur offre et ce conformément au règlement de consultation prévu par l'article 22 §1 du C.M.P. : « Tout concurrent peut demander au maître d'ouvrage, par courrier porté avec accusé de réception, par lettre recommandée avec accusé de réception, par Fax confirmé ou par voie électronique de lui fournir des éclaircissements ou des renseignements concernant l'appel d'offres ou les documents y afférents », et ce afin de dissiper toute confusion.

D'autres informations relatives aux conditions de déroulement de l'appel d'offres sont contenues dans l'avis et sont énumérées dans l'article 17 du décret : l'examen des offres par une commission, l'ouverture des plis.

L'appel d'offres restreint n'est pas précédé d'un avis d'appel de candidatures, porté à la connaissance du public par une insertion dans un journal. L'article 20-II prévoit que « L'appel d'offres restreint fait l'objet d'une **lettre circulaire** adressée en recommandé avec accusé de réception le même jour à tous les concurrents que le maître d'ouvrage décide de consulter.» Ceci peut amener à réduire le nombre des candidats, puisque l'appel d'offres restreint ne fait l'objet que d'une circulaire adressée par lettre recommandée avec accusé de réception le même jour à tous les candidats, quinze (15) jours au moins avant la date prévue pour la séance d'ouverture des plis. Cette circulaire doit contenir les mêmes indications que celles énumérées dans un avis d'appel d'offres ouvert.

Un autre impératif prévu par l'article 19-8 entraîne le rallongement du délai : lorsqu'un concurrent estime que le délai prévu par l'avis de publicité pour la préparation des offres n'est pas suffisant, il peut, au cours de la première moitié du délai de publicité, demander au maître d'ouvrage, par courrier porté avec accusé de réception, par Fax confirmé ou par courrier électronique confirmé, le report de la date de la séance d'ouverture des plis. Précisons que cette possibilité est limitée et ne peut être autorisée que **compte tenu de la complexité des prestations objet du marché.**

De même, dans certaines situations d'urgence impérieuse (procédures de passation impossibles, même avec des délais réduits), le pouvoir adjudicateur peut se dispenser de tout formalisme et de toute procédure, et ce conformément à l'article 86-4 qui mentionne « les prestations à

réaliser d'une extrême urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le maître d'ouvrage et n'étant pas de son fait, et qui ne sont pas compatibles avec les délais exigés pour une publicité et une mise en concurrence préalables. » Autrement dit, il y a impossibilité et incompatibilité entre la satisfaction d'un besoin extrêmement urgent et la procédure classique de l'appel d'offres.

Section 2

La procédure de sélection

La deuxième phase consiste à sélectionner les candidats. Cette sélection se déroule en trois étapes : la formalisation de la procédure de la sélection, la constitution de la commission d'examen des offres et la séance d'examen.

§1- La formalisation de la procédure

Il s'agit d'un ensemble de règles et de formes à respecter qui débouchent sur la sélection des concurrents.

A. La remise des dossiers d'appel d'offres

En application de l'article 19 du décret, chaque appel d'offres fait l'objet d'un dossier préparé par le maître d'ouvrage. Les pouvoirs publics ont entouré cette tâche de plusieurs verrous qui permettent une gestion rationnelle du dossier de l'appel d'offres et garantissent ainsi le libre accès à tous les soumissionnaires.

Tout d'abord, le maître d'ouvrage est tenu de faire parvenir aux membres de la commission d'appel d'offres le dossier d'appel d'offres huit jours avant l'envoi de l'avis de publicité ou de la lettre circulaire, pour qu'ils puissent formuler leurs remarques et éviter ainsi des rejets postérieurs. Les observations éventuelles doivent être formulées par ces membres dans un délai de huit jours.

Ensuite, la remise des dossiers d'appel d'offres à tous les concurrents est obligatoire. C'est une formalité qui assure l'égalité des concurrents et garantit le libre accès aux marchés publics. Lorsque le dossier d'appel d'offres n'est pas remis à un concurrent ou à son représentant, le maître d'ouvrage est dans **l'obligation de motiver** les raisons pour lesquelles cette décision de non remise du dossier a été prise, par l'établissement d'une **attestation explicative** qui fait ressortir les circonstances et les motifs de ce refus.

Dans ce dernier cas, le concurrent peut intenter un recours auprès de l'autorité dont relève le maître d'ouvrage. Si le recours intenté devant cette

autorité est favorable au concurrent, deux situations se présentent: soit la remise d'un dossier d'appel d'offres à ce concurrent, soit le report de la date d'ouverture des plis si le temps restant entre la remise du dossier et la date limite du dépôt du dossier est très court ; dans cette hypothèse, une nouvelle date suffisante doit être fixée.

Quant à la rémunération relative à la remise des plans et documents techniques faisant partie du dossier d'appel d'offres, elle a été fixée par l'arrêté n°1291 du 04 octobre 2007. Au sens de cet arrêté, il faut entendre par :

- plans : documents contenant des représentations graphiques établies à une échelle appropriée, assortis d'éléments sommaires ou détaillés, cotés et identifiés suivant une légende ;
- documents techniques : documents dont la reproduction nécessite un matériel technique spécifique, ayant pour objet de compléter la description sommaire des ouvrages à réaliser, et comprenant le cas échéant des croquis détaillant des parties de l'ouvrage.

Le montant de la rémunération de ces documents est versé à la caisse du régisseur de recettes désigné auprès de l'administration intéressée, ou à défaut, auprès du percepteur ; en conséquence, la remise par le maître d'ouvrage des plans et documents techniques est effectuée sur production du bulletin de versement.

B. Le contenu des dossiers d'appel d'offres

1. **Les exigences techniques et financières:** les articles 24 et suivants du décret sur les marchés publics prévoient les conditions qui peuvent être exigées aux fins de participer à la soumission d'un marché public, dans l'objectif de sélectionner le concurrent qui justifie de la capacité de réaliser les prestations objet du marché.

Ces conditions permettent au maître d'ouvrage de vérifier l'aptitude des soumissionnaires à participer à un marché sur la base de critères relatifs à la capacité technique et financière.

Lorsqu'il s'agit d'un appel d'offres avec présélection, le décret met l'accent tant sur les capacités techniques et financières des candidats que sur les travaux et les prestations déjà exécutés. A cet effet, le dossier technique doit comporter les attestations délivrées par les architectes qui ont dirigé ces travaux, ainsi que celles des maîtres d'ouvrage pour le compte de qui ces travaux ont été réalisés. Ces attestations constituent une garantie pour l'administration dans cette phase préliminaire, eu égard à l'importance de l'ouvrage à réaliser.

Il semble donc que le critère de sélection, dans ce cas, est un **critère de moyens et de résultats**. L'entreprise a donc tout intérêt à mettre en avant ses capacités financières et ses moyens humains et techniques, mais aussi ses réalisations antérieures.

D'autres paramètres d'ordre moral, introduits par l'article 24 pour éviter des pratiques relatives aux conflits d'intérêts, sont prévus par la loi 78-00 portant charte communale du 03 octobre 2002, notamment dans son article 22.

a) Les capacités techniques des candidats : L'article 25 définit les conditions selon lesquelles le maître d'ouvrage peut exiger des concurrents à l'appui de leur candidature pour évaluer leur expérience et leurs capacités professionnelles et techniques. Il s'agit des moyens matériels et humains dont dispose l'entreprise. L'appréciation de ces moyens se fait sur les plans quantitatif et qualitatif.

Cette appréciation peut être justifiée par un certificat de qualification et de classification professionnelle, prévu par le décret du 16 juin 1994, délivrée par le Ministère de l'Équipement. Ces certificats sont soumis à des normes qui définissent non seulement les exigences en matière de qualification, mais aussi le niveau de technicité. L'article 2 de ce décret indique qu'« Une entreprise est reconnue qualifiée pour une activité déterminée lorsque la commission de qualification et de classification juge, sur la base des références fournies par l'entreprise, que l'activité qu'elle exerce répond à la définition donnée à cette activité. Seules sont retenues les références de travaux directement exécutés par l'entreprise avec son **propre personnel** et son propre matériel, **sans l'intermédiaire** d'un sous-traitant.» Les termes de l'arrêté du 24 juin 2005 du Ministre de l'Équipement et du Transport complètent les dispositions de ce décret et fixent les seuils de classification à l'intérieur de chaque catégorie.

Cependant ce certificat ne doit pas faire obstacle à l'accès à la commande publique et par voie de conséquence il est à exiger et à apprécier au regard de la nature, de l'importance et de la spécificité de la prestation, mais lorsqu'un système de qualification et de classification est prévu pour les marchés de l'État, des régions, des préfetures, des provinces et des communes ou des établissements publics concernés par les prestations, « Le certificat délivré dans le cadre dudit système tient lieu de dossier technique, conformément aux dispositions réglementaires régissant ledit système. »

Dans le cas où le certificat n'est pas exigé, l'article 25-B indique que le candidat doit fournir une **note explicative** qui fait ressortir les moyens humains et techniques du soumissionnaire, les prestations qu'il a déjà réalisées, c'est-

à-dire le lieu, la date, la nature et l'importance de cette prestation et une attestation dûment signée par les maîtres d'ouvrages publics ou privés ou les architectes qui ont supervisé l'exécution des prestations.

Cependant, rien n'empêche le maître d'ouvrage d'exiger des niveaux minimaux de capacité liés à l'objet et à la nature de la prestation. Il s'agit en fait d'une possibilité et non d'une obligation pour la fixation du seuil de la capacité minimale exigée, dans la mesure où l'opération qui doit être menée sous la responsabilité du maître d'ouvrage exige au moins ce minimum.

Toutefois une question persiste : faut-il ou non inclure ces niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières dans l'avis d'appel à la concurrence? La jurisprudence en France, notamment les tribunaux administratifs, a statué tantôt pour la publication, tantôt pour la non publication. Le Conseil d'État s'est prononcé en mettant fin à cette divergence d'interprétation et a jugé que « Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de préciser dans l'appel à la concurrence des niveaux minimaux de capacité professionnelle, technique et financière exigés des candidats. » (CE, 8 août 2008, Région de Bourgogne; Commune de Nanterre, Centre hospitalier Edmond-Garcin).

Cette position pour le moins discutable peut être retenue tout en ayant recours soit à l'article 22 relatif à l'information des concurrents qui prévoit que « Tout concurrent peut demander au maître d'ouvrage (...) des éclaircissements concernant l'appel d'offres ou les documents y afférents », soit à l'article 18-2 relatif au règlement de la consultation qui dispose que tout appel d'offres doit comprendre « les critères d'admissibilité des concurrents. » Ces niveaux minimaux de capacité doivent alors figurer dans le règlement de la consultation, et ce afin de respecter le principe de transparence des procédures initiées par le code des marchés.

Dans ce sens le code sur les marchés publics va plus loin. En effet, l'article 28 précise que « Le règlement de consultation peut exiger des concurrents la présentation d'une **offre technique** lorsque la nature particulière des prestations à exécuter le justifie, compte tenu de leur complexité ou de l'importance des moyens à utiliser pour leur réalisation. »

Il s'agit en effet d'une **note méthodologique** pour juger et évaluer la valeur technique de l'offre. Ces valeurs portent sur les moyens humains et matériels ainsi que sur la méthodologie prévue pour l'exécution de la prestation objet du marché.

Les moyens humains affectés à la prestation ou aux travaux concernent tout d'abord la structure de l'entreprise et son organisation, notamment

par secteur d'activité, c'est-à-dire le nombre de personnes ou l'effectif disponible pour accomplir la mission, leurs qualifications et leurs attributions, l'organigramme de l'entreprise.

Les moyens matériels affectés à la prestation ou aux travaux sont notamment un descriptif du matériel utilisé ainsi qu'un tableau d'amortissement du matériel. La méthodologie consiste à présenter un descriptif de la solution technique et le recours à des méthodes innovantes qui respectent l'environnement et le recours aux énergies renouvelables, les fiches techniques de chaque poste chargé d'exécuter telle ou telle tâche, la description des parties à sous-traiter ainsi que les capacités du sous-traitant, mais aussi la gestion de la maintenance ou du service après-vente.

Sont aussi mentionnées les contraintes prévues pour l'exécution des prestations ou travaux et les dispositions prises par l'entreprise pour les surmonter, ainsi qu'un planning prévisionnel d'exécution.

Ces éléments qui figurent dans la note technique correspondent aux éléments sur lesquels le maître d'ouvrage pourra s'appuyer pour sélectionner l'attributaire du marché dans le cadre du critère de la valeur technique de l'offre.

b) Les capacités financières des candidats : l'article 24 fait référence à deux conditions financière: la capacité financière et la situation fiscale.

D'abord, la **capacité financière**, qui peut être justifiée par les bilans de l'entreprise de trois années successives, permet d'une part de diagnostiquer la santé et la capacité de l'entreprise de mener à terme l'opération objet du marché et d'autre part d'apprécier la crédibilité financière du candidat.

Ensuite, une **situation fiscale** régulière prouve que le soumissionnaire a honoré ses dettes vis-à-vis de l'Etat et a réglé ses impôts. La note circulaire n°105 du 13/11/1999 de la Trésorerie générale dispose que « Tout concurrent aux marchés publics est tenu de produire une attestation en justifiant de la régularité de sa situation fiscale.» Cette situation est justifiée par la délivrance d'une attestation de régularité fiscale aux concurrents aux marchés publics par les comptables habilités de la Trésorerie générale du Royaume (percepteurs et receveurs communaux).

Les candidats aux marchés publics doivent justifier de la régularité de leur situation fiscale au 31 décembre de l'année précédant leur demande. L'obligation de régularité fiscale s'étend aux impôts et aux taxes de l'Etat et des collectivités locales à raison de l'activité professionnelles telle qu'elle figure au rôle de l'impôt des patentes.

La délivrance de cette attestation est tributaire de la souscription par le futur soumissionnaire de ses déclarations auprès du service de l'assiette de l'État et de la collectivité locale qui délivrent un certificat attestant du respect de ses obligations par le candidat. Il s'agit en fait du respect des obligations déclaratives sans examen de l'état des règlements effectués, qui revient au comptable.

Le règlement des impôts et taxes exigibles doit intervenir au plus tard à la date du dépôt de la demande auprès du percepteur ou du receveur communal du lieu de l'imposition.

A défaut de règlement total ou dans le cas d'un règlement échelonné, les garanties pouvant être constituées, qui couvrent l'intégralité ou la partie non recouvrée de la dette fiscale, sont celles prévues par le code de recouvrement du 03 mai 2000, notamment l'article 118 (caution bancaire, créances sur le Trésor, nantissement, warrant, hypothèque...).

Ces garanties sont à constituer même quand une entreprise a diligenté un recours contentieux contre une imposition. La garantie, dans ce cas, reste affectée jusqu'à l'exigibilité définitive de l'impôt.

Lorsque des sociétés font partie d'un groupe, le code général des Impôts rend la société mère redevable de l'impôt sur les sociétés pour l'ensemble des résultats du groupe, et la société filiale qui soumissionne à un marché public doit en tenir compte.

Pour les **entreprises étrangères**, l'article 25-2-f prévoit que les concurrents non installés au Maroc sont tenus de fournir l'équivalent de l'attestation fiscale délivrée par l'autorité compétente de leurs pays d'origine ou à défaut une attestation qui en tient lieu, délivrée par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine.

Si l'objectif des pouvoirs publics est de faciliter l'ouverture des marchés publics aux entreprises étrangères, il est tout à fait légitime de s'interroger sur la valeur des documents produits par ces entreprises, telles que l'attestation fiscale. En effet, la simple production d'une **attestation délivrée par le pays d'origine ne suffirait pas à certifier les qualités financières, fiscales ou autres d'un soumissionnaire étranger**. Le maître d'ouvrage est en mesure de procéder à des contrôles de forme qui portent sur l'authenticité des pièces, de s'assurer que le certificat est toujours valable et surtout qu'il a été délivré par l'autorité compétente.

Cependant, aux termes de l'article 24, « ne sont pas admises à participer aux appels d'offres les personnes en redressement judiciaire, **sauf autorisation**

spéciale délivrée par l'autorité judiciaire compétente. » Cette autorisation signifie qu'une entreprise reliquataire d'impôts peut néanmoins bénéficier de la délivrance d'une attestation fiscale à condition de respecter les échéances fixées par le tribunal de commerce dans le plan d'apurement du passif, et ce en dépit de sa situation d'entreprise en redressement judiciaire. L'objectif de cette disposition est de permettre à l'entreprise de mener son plan de redressement sans qu'il y ait un obstacle à cette opération ; par voie de conséquence la commission d'appel d'offres commet une erreur si elle écarte une entreprise en redressement judiciaire alors qu'elle a bénéficié d'un plan de continuation de l'autorité judiciaire.

Ceci étant, le concurrent ayant présenté l'offre la plus avantageuse à un marché public est invité par la commission à compléter son dossier par l'attestation fiscale s'il ne l'a pas déjà fait. Elle lui fixe à cet effet un délai qui ne peut être inférieur à sept (07) jours à compter de la date de la séance d'évaluation des offres, faute de quoi le soumissionnaire, dans le cas où il ne remplit pas ses obligations fiscales, est exclu de soumissionner à un marché public.

Toutefois, les entreprises nouvellement créées se trouvent face à une difficulté pour la délivrance par les comptable d'une attestation de non-imposition au lieu d'une attestation fiscale, ce qui pousse la commission à écarter, à tort d'ailleurs, leur candidature.

L'attestation fiscale permet au soumissionnaire de justifier de la régularité de sa situation fiscale, c'est-à-dire qu'il a payé ses impôts et qu'il n'est plus débiteur vis-à-vis de l'Etat.

En effet, pour être imposable, il faut que cette entreprise nouvelle réalise des bénéfices au regard de l'impôt sur les sociétés, assure des revenus pour l'impôt sur le revenu et effectue des prestations pour la T.V.A.

Or toute personne physique ou morale imposable ne peut déclarer ses impôts qu'au 31 décembre au titre de l'année précédente. En conséquence, à partir du moment où elle n'est pas encore imposable et n'a pas encore reçu un avis d'imposition, elle peut présenter en toute légitimité une attestation de non-imposition. La commission ne peut pas l'écarter pour ce motif car les cas susceptibles d'entraîner l'éviction d'un candidat sont énumérés par le code des marchés publics.

Certes, le comptable ne peut délivrer l'attestation fiscale qu'à la condition que la société et ses associés aient satisfait à leurs obligations fiscales, mais quand l'un des associés reste redevable d'un impôt, le comptable

doit refuser de délivrer l'attestation d'accomplissement de ses obligations fiscales.

c) L'engagement éthique et moral : les dispositions du décret sur les marchés publics ont institué une ligne de conduite d'éthique et de moralisation des relations contractuelles des parties impliquées dans les marchés publics.

Au terme de l'article 26-d du C.M.P., le candidat à un marché public prendra un engagement solennel à renoncer à toute pratique frauduleuse et/ou liée à la corruption. C'est une démarche qui vise à obtenir des parties impliquées dans le processus d'attribution des marchés un engagement ferme et explicite de s'abstenir de toute pratique de corruption, et ce tout au long de la procédure d'attribution et d'exécution d'un marché public (**cf. III° partie**).

2. Les offres avec variantes: une variante est une modification de certaines spécifications des prestations de base décrites dans le cahier de prescription spéciales en vue de présenter des propositions financières plus intéressantes ou des propositions techniques plus performantes que celles qui pourraient résulter des seules offres de base ou celles fixées dans le cahier des prescriptions spéciales. Les variantes peuvent modifier la solution technique de base, porter sur la durée d'exécution, présenter un intérêt purement financier ou avoir un impact social ou environnemental.

Le régime de l'offre comportant des variantes est défini par l'article 30 du code des marchés publics. Les variantes doivent être expressément prévues par le règlement de consultation. A défaut d'indication les autorisant dans ce document, les variantes ne sont pas autorisées et la conséquence doit être le rejet indubitable de l'offre.

L'initiative de la modification appartient au candidat, sauf stipulations contraires du règlement de consultation. Toutefois le maître d'ouvrage doit nécessairement spécifier de manière précise ses exigences en la matière par le biais du règlement qui doit préciser l'objet, les limites et les conditions de base. Cette précision exclut les «variantes libres», et ce faute de définition de leurs conditions minimales de présentation.

Cependant, si la variante est une façon différente de répondre à l'objet du marché, il ne faut pas qu'elle aboutisse à la définition d'un objet différent. Une variante qui affecte l'objet même du marché ne peut dès lors être considérée comme satisfaisante aux exigences minimales du marché. En effet les variantes ont pour avantage de ne pas figer des projets complexes au stade de l'appel d'offres. En revanche, elles rendent nécessairement plus compliquée la comparaison des offres.

Les variantes sont proposées et déposées avec l'offre de base mais dans un pli distinct. Le cas échéant, l'unique pli qui contient des offres variantes doit répondre aux conditions de présentation des offres et des pièces exigées dans le contenu des dossiers des concurrents (dossiers technique, administratif et éventuellement additif, offre financière et technique...) avec la mention «variante.»

Il convient de souligner que l'introduction de variantes rend plus complexe l'examen des offres et leur comparaison ; néanmoins les critères d'attribution correspondent aux types de variantes autorisées par la personne publique. Toutefois, peut-on justifier un choix avec des critères d'analyse sur la base d'une offre présentant des variantes lorsque les offres sont examinées sur la seule base du critère du prix ?

Une question subsiste : faut-il ou non inclure les variantes quand il s'agit d'un achat sur bon de commande ? La réponse est négative, dans la mesure où les achats par bon de commande sont prévus pour des achats bien précis et que seuls le montant faible et les circonstances justifient le recours à cette procédure de dépense publique ; en outre, il n'y a pas de règlement de consultation.

C. Le dépôt des offres

L'article 31 du C.M.P. offre aux concurrents trois possibilités de dépôt de plis. Les offres sont déposées directement au bureau du maître d'ouvrage contre décharge, c'est-à-dire contre récépissé. Une deuxième possibilité consiste à transmettre le dossier par lettre recommandée avec accusé de réception. Enfin, les candidats peuvent remettre les plis **séance tenante** au Président de la Commission au début de la séance et avant l'ouverture des plis, sauf pour les marchés de l'Administration de la Défense nationale qui doivent être exclus de cette dernière possibilité.

Les plis doivent parvenir avant la date et l'heure limites indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence. Si une offre est expédiée en temps opportun mais, pour des raisons indéterminées, est parvenue tardivement, nous pensons que le concurrent ne peut pas prétendre à l'annulation de l'examen fait par la commission des dossiers d'appels d'offres déjà déposés, et ses griefs peuvent être formulés contre celui qui a causé le retard.

Les dossiers sont placés sous triple enveloppe : un pli extérieur cacheté qui comporte le nom et l'adresse du concurrent, l'indication de l'objet du marché et la mention selon laquelle **le pli doit être ouvert par le Président de la Commission** lors de la séance d'examen des offres. L'omission de cette mention ne doit pas à notre avis entraîner l'éviction du concurrent, car il

s'agit d'une formalité accessoire faite dans l'intérêt du concurrent et non dans celui de l'administration.

Ce pli contient deux enveloppes distinctes lorsque l'offre technique n'est pas exigée, ou trois enveloppes distinctes lors de la présentation d'une offre technique :

- La première sous-enveloppe scellée comprend les pièces du dossier administratif et technique qui doivent être placées ensemble, le C.P.S. signé et paraphé par la personne habilitée ainsi que, le cas échéant, le dossier additif visé à l'article 25-C, avec la mention «**Dossier administratif.**» Le dossier additif est exigé lorsque la prestation nécessite un complément d'information qui porte sur des renseignements à propos d'un produit ou d'un outil de travail.
- La deuxième enveloppe comprend l'offre financière, avec l'indication «**Offre financière.**»
- La troisième enveloppe contient l'offre technique.

Enfin, dans le cas où le concurrent ne présente qu'une offre variante, le pli contenant celle-ci doit être présenté accompagné des mêmes pièces prévues pour le dossier administratif, le dossier technique et le dossier additif. Ces dossiers sont valables aussi bien pour la solution de base que pour les offres variantes. Le pli doit porter en outre la mention "**variante.**»

L'apparition des différentes mentions portées sur les enveloppes est nécessaire car cette séparation matérielle permet de respecter la chronologie d'ouverture des enveloppes prévue par les articles 36-37 et 38 du C.M.P.

Pour le dépôt des plis dématérialisés, aucune procédure n'est prévue par le décret qui renvoie sa réglementation à un arrêté du Ministre chargé des Finances. Les articles 147 et suivants évoquent la possibilité d'échange d'informations par voie électronique, mais cette procédure ne concerne que les enchères électronique inversées et ne concerne nullement le dépôt des offres non dématérialisées, qui restent régies par les dispositions de l'article 31 du C.M.P.

D. Le retrait des plis déjà déposés

Un dossier d'appel d'offres déposé peut faire l'objet d'un retrait. Cependant cette opération est assujettie à l'accomplissement de certaines démarches prévues par l'article 32 du C.M.P. Tout d'abord le retrait peut être effectué avant la date fixée pour l'ouverture des plis. Ensuite, une demande écrite et signée doit être formulée par le concurrent ou son représentant à condition qu'il soit habilité.

Le retrait du dossier d'appel d'offres ne suspend pas le droit de déposer l'offre une deuxième fois, tout en respectant les dispositions de l'article 28

qui prévoient la présentation d'une offre technique si le règlement l'exige et si la nature particulière des prestations à exécuter le justifie.

§ 2- La commission d'appel d'offres

Compte tenu des objectifs qui sont assignés à la commission d'appel d'offres et dans la mesure où elle constitue un passage obligé, la réglementation a prévu qu'elle soit un organe collégial, quel que soit le mode de passation, et ce pour assurer le bon déroulement de la procédure de passation des marchés. C'est ce qui ressort de la lecture de l'article 35 du C.M.P. : « La commission d'appel d'offres comprend les membres ci-après... ».

La terminologie du « jury » utilisée par le décret ne reflète guère une modification des membres qui composent la commission d'appel d'offres, mais cette appellation renvoie automatiquement à un organe collégial qui statue sur un choix relatif au procédé dit concours.

Le recours à la collégialité, à travers un examen des plis des candidats en commission ou jury, constitue en effet une garantie pour les maîtres d'ouvrage et leurs cocontractants contre toute dérive et tout soupçon, dans la mesure où la commission est au cœur du processus décisionnel, avec comme principal objectif de veiller au respect des principes énoncés par le code des marchés publics, notamment la liberté d'accès, l'égalité des concurrents, la transparence, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les réformes successives, entamées depuis 1998, ont introduit dans la composition, le fonctionnement et les compétences des commissions d'appel d'offres des changements notables.

Ainsi l'ouverture des plis en séance publique est généralisée pour l'ensemble des procédures d'appel à la concurrence, y compris les marchés passés pour le compte de l'Administration de la Défense nationale, sauf pour certains cas énumérés par les différents articles du code des marchés publics, et ce conformément à l'article 171 du décret. Cette généralisation corrobore les recommandations et les directives de la Banque mondiale, mais surtout les revendications des acteurs économiques.

La séance publique permet aux concurrents, soit de déposer les plis séance tenante, soit de compléter un dossier par une pièce manquante, mais sous pli fermé, avant de procéder à l'ouverture **simultanée**, en séance publique, de l'ensemble des **offres techniques et financières**.

1. La composition de la commission

L'article 35 fixe la composition et les attributions de la commission d'appel d'offres. Le nombre de ses membres varie selon l'organe responsable de l'opération (État, collectivité territoriale ou établissement public), selon le montant du marché et la nature de la prestation, mais aussi selon la procédure de passation (concours, prestations architecturales).

L'autorité compétente **désigne**, par décision, les représentants ainsi que les suppléants de présidents en cas d'absence ou d'empêchement. Il s'agit donc d'une **décision individuelle** et non collégiale. Ainsi, le directeur de l'établissement public peut désigner les membres autorisés sans avoir l'aval du conseil d'administration.

Pour **l'État**, la commission est composée d'un représentant du maître d'ouvrage, en tant que président, de deux représentants du maître d'ouvrage et d'un représentant de la Trésorerie générale du Royaume.

Cependant il faut souligner que quand le montant estimé est égal ou supérieur à 50.000.000 Dh, le maître d'ouvrage doit convoquer un représentant du Ministère chargé des Finances. La lecture de l'article 35 permet de s'interroger si les membres désignés doivent ou non appartenir à l'administration, ou bien si l'on peut faire appel à des personnes étrangères à l'administration.

A noter que dans le cadre de la désignation du président de la commission d'appel d'offres et de son suppléant - soit nommément, soit par leurs fonctions - l'article 35 §2 indique que cette désignation est effectuée par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur sur la base d'une décision.

Cette interrogation s'impose, dans la mesure où l'article 14-1° du décret du 14/10/76 sur les marchés publics était plus nuancé sur ce point. L'alinéa 1° de cet article précisait : « le **fonctionnaire** appelé à présider le bureau », c'est-à-dire une personne qui appartient à l'administration. L'alinéa 2 prévoyait dans le même sens que « Le président est assisté de deux fonctionnaires relevant de la même administration. »

Or l'article 35 du décret du 20/03/2013 ne fait aucune référence à l'identité administrative de l'un des deux représentants du maître d'ouvrage. Cette confusion est le résultat de la rédaction de cet article qui évoque seulement que l'un des deux représentants doit « relever du service concerné », ce qui laisse déduire que l'autre représentant peut être une personne étrangère à l'administration.

La personne désignée pour suppléer le président de la commission ne peut assister qu'en cas d'absence ou d'empêchement. Ceci étant, rien n'empêche que l'ordonnateur préside lui-même la commission.

Aussi, et à partir du moment où l'article 35-1§2 fixe les conditions dans lesquelles un suppléant peut être admis à remplacer un titulaire, même définitivement, cette disposition ne remet pas en cause la vocation classique du suppléant à remplacer momentanément un titulaire, sans acquérir lui-même la qualité de titulaire.

Cependant, les dispositions de l'article 36-2°-§ 2 relatives à l'absence d'un membre de la commission dont la présence est obligatoire pour la tenue de la séance, impliquent que le président de la commission d'appel d'offres reporte la date d'ouverture des plis de 48 heures.

Pour les **collectivités territoriales**, la commission d'appel d'offres est fixée par arrêté du Ministre de l'Intérieur n° 3575-13 du 10 décembre 2013.

D'abord pour la **commune**, c'est le président de la commune ou son représentant qui siège en tant que président de la commission. Assiste à ses côtés le président de la commission permanente concernée par le domaine objet du marché ou son représentant ; le secrétaire général de la commune est un membre à part entière de la commission mais il peut désigner un représentant pour assister aux réunions de la commission d'appel d'offres ; enfin, le responsable du service concerné par la prestation objet du marché assiste à la commission d'appel d'offres. Cette disposition ne laisse pas les mains libres au président de la commune, dans la mesure où il n'a plus la possibilité de désigner comme auparavant deux personnes en tant que ses représentants et qu'en outre les élus locaux sont représentés par le président de la commission permanente concernée par la prestation. En revanche, il a la possibilité de ne pas désigner un élu local comme représentant dans l'éventualité d'un maître d'ouvrage autre que la commune.

En ce qui concerne la **préfecture, la province ou la région**, c'est l'ordonnateur ou son représentant qui siège en tant que président ainsi que le président de la commission permanente concernée par le domaine objet du marché ou son représentant. Le rapporteur du budget ou son représentant pour ces entités administratives est habilité à siéger.

Enfin, pour ce qui intéresse **l'établissement public**, la commission est composée du directeur de l'établissement ou son représentant en tant que président, auxquels sont adjointes des personnes désignées en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres ou de leur qualité administrative. Il s'agit en général du responsable du service des

achats ou son représentant, ainsi que du responsable du service financier ou son représentant. Ces personnes sont désignées par la personne responsable du marché, le directeur de l'établissement public en l'occurrence. Deux représentants du maître d'ouvrage ainsi qu'un représentant du Ministère des Finances siègent aussi à la commission.

Toutefois, quand le mode de passation choisi est le concours, les deux représentants du maître d'ouvrage qui siègent dans le jury doivent être des professionnels ; le cas échéant il faut faire appel à des experts. « Les deux représentants du maître d'ouvrage doivent disposer de la qualification professionnelle se rapportant à l'objet du concours ; à défaut, le jury doit comprendre en **plus** deux experts ayant ces qualifications. » Cela dit, les deux experts peuvent appartenir soit à une autre administration, soit au secteur privé et ils doivent siéger à côté des deux représentants du maître d'ouvrage.

2. Le fonctionnement de la commission

aux termes de l'article 35-4 du C.M.P., la commission se réunit à la demande du maître d'ouvrage qui envoie la convocation et le dossier d'appel d'offres ainsi que tous les documents communiqués aux concurrents, sept (07) jours au moins avant la date fixée pour la séance d'ouverture des plis.

Les délibérations de la commission ne sont valables que si les membres dont la présence est obligatoire sont présents et que le quorum de quatre (04) de ses membres est acquis. En revanche, la présence du représentant du Ministère du Commerce, quand le marché de fourniture dépasse un million de dirham, n'est plus exigée.

A cet effet, une incertitude subsiste: inclure ou non dans le quorum les membres qui siègent à titre consultatif ? Nous pensons que les membres de la commission sont ceux qui siègent de droit et non les membres invités à la demande de la commission, et par voie de conséquence ces derniers ne sont pas inclus.

Deux phases caractérisent le fonctionnement de la commission d'appel d'offres : une phase préliminaire et une phase d'examen.

La **phase préliminaire** est consacrée à **l'ouverture des plis**. Le **président** de la commission joue dans cette phase un **rôle prépondérant**. C'est à lui que revient **l'ouverture de la séance** en vertu de l'article 36-1§1. Le cas échéant, si l'ouverture coïncide avec un jour férié ou chômé, la réunion se tient le jour ouvrable suivant à la même heure. En cas d'absence d'un membre dont la présence est obligatoire, il reporte la séance d'ouverture des plis de 48 heures. Cependant le président de la commission **arrête la**

liste des plis reçus, même en l'absence d'un membre dont la présence est obligatoire. Il **remet l'estimation du coût des prestations** aux membres de la commission, et **ordonne l'inscription des observations** formulées par les membres de la commission dans le procès-verbal. C'est à lui que revient la charge **d'ouvrir les plis** des concurrents ainsi que l'enveloppe portant la mention "**Dossier administratif et technique**" et de donner lecture de la liste des concurrents admis. Il procède aussi à l'ouverture des plis contenant les offres techniques et les enveloppes contenant prospectus, notices et autres documents techniques. A la suite de ce processus, il donne lecture de la liste des concurrents admissibles ainsi que des concurrents non retenus.

A cet égard, il faut noter que chaque fois que la séance est publique, le rôle du président de la commission des appels d'offre est principal.

La **deuxième phase** porte sur **l'examen et l'évaluation des offres**. Il s'agit en fait de prendre une décision qui concerne le contenu des plis et des offres et qui touche les droits et les intérêts des concurrents. Cette phase débouche sur la désignation de l'attributaire du marché. C'est pour cette raison que le code des marchés a opté pour le recours à la **collégialité** pour la prise de cette décision, ce qui constitue une garantie pour les concurrents : égalité de traitement des candidats, liberté d'accès à la commande publique.

3. Les attributions de la commission

Bien gérer les deniers publics ne signifie pas seulement observer scrupuleusement les règles du code des marchés publics, mais aussi bien utiliser les **différents instruments** offerts par le décret, dans un souci de rationalisation de l'achat public par le respect du principe de l'équité et de l'égalité entre les différents soumissionnaires. Le caractère collégial de la commission lui offre une garantie et une immunité.

A cet effet, la commission **examine** les candidatures et les offres, c'est-à-dire qu'elle sélectionne, élimine et rejette les offres qu'elle juge anormalement basses, **propose** à l'autorité compétente l'offre qu'elle juge la plus intéressante et **déclare** éventuellement l'appel d'offres infructueux.

§3- L'examen des dossiers

L'examen des dossiers commence dans un premier temps par **l'ouverture des plis** dans **une séance publique**. La méconnaissance de cette règle constitue une cause de nullité de la procédure. L'ouverture est tenue au jour, au lieu et à l'heure fixés dans l'avis. Cependant, trois causes sont susceptibles d'intervenir et d'entraîner le report de la séance. D'abord, si **le jour d'ouverture** des plis est déclaré **férié ou chômé**, l'article 36-1 indique

que la réunion se tient le jour ouvrable suivant à la même heure. Ensuite l'article 19-7 dispose que si le maître d'ouvrage introduit des modifications dans le dossier d'appel d'offres et que toutes ces modifications nécessitent le report de la date prévue pour la réunion de la commission, « Dans ce cas, la séance d'ouverture des plis ne peut être tenue que dans un délai ultérieur ». Ce report doit être publié dans les mêmes conditions que pour l'avis initial, tout en précisant le jour, le lieu et l'heure de la nouvelle réunion, conformément aux dispositions de l'article 20-I-1-e du décret. Enfin, le report peut être déclenché à l'initiative du concurrent, et ce en vertu de l'article 19-8 du C.M.P. qui prévoit que lorsqu'un concurrent estime que le délai prévu par l'avis de publicité pour la préparation des offres n'est pas suffisant, il peut, au cours de la première moitié du délai de publicité, demander au maître d'ouvrage le report de la date de la séance d'ouverture des plis.

Ces formalités ont pour objet d'offrir des conditions de nature à assurer le respect de l'égalité entre les candidats et la confidentialité du contenu de leurs offres.

Après la lecture de l'avis ou de la lettre circulaire, le président dépose les plis et invite les concurrents qui souhaitent déposer leurs plis séance tenante. La liste est arrêtée définitivement et aucun pli ne pourra être accepté.

A l'issue de l'ouverture des plis envoyés ou déposés par les candidats, les membres de la commission peuvent formuler leurs réserves le cas échéant. L'article 36-7 permet au président d'ouvrir ensuite les enveloppes portant la mention "**Dossier administratif et technique**", vérifie que les enveloppes contiennent les pièces exigées par le règlement prévu par l'article 18-I-1 et l'article 27 du C.M.P., et dresse un état des pièces fournies par chaque concurrent; à rappeler que toutes ces démarches sont effectuées en public.

Suite à l'accomplissement de ces formalités, la séance publique est levée, et la commission procède à **huis clos**, au cours de la même séance, à l'examen des dossiers administratifs et techniques.

1. L'examen des dossiers administratifs et financiers

L'objet principal de cet examen est d'écarter les concurrents qui ne remplissent pas les conditions prévues par le décret et d'arrêter la liste des candidats admis.

Conformément au l'article 5-2 du C.M.P., le maître d'ouvrage est dans l'obligation d'établir une estimation : « Le maître d'ouvrage établit, avant

tout appel à la concurrence ou toute négociation, une estimation des coûts des prestations à réaliser sur la base de la définition et de la consistance des prestations objet du marché » ; par ailleurs cette estimation « est consignée sur un support écrit et signé par le maître d'ouvrage. » L'article 36-3 prévoit que « Le président remet ensuite, ou à la reprise de la séance en cas de report prévus ci-dessus, aux membres de la commission le support écrit contenant l'estimation du coût des prestations établie conformément à l'article 5 ci-dessus. Les membres de la commission paraphent toutes les pages dudit support. Ce **support doit être conservé** par le président avec le dossier d'appel d'offres », ce qui signifie que le président doit communiquer aux membres de la commission cette estimation au cours de la séance d'examen des offres et avant l'ouverture des dossiers administratifs et techniques.

La commission écarte les concurrents qui ont fait l'objet d'une décision d'exclusion à la suite d'une fausse déclaration sur l'honneur prévue par l'article 5 du décret ou à cause de manquements constatés précédemment lors de l'exécution d'un marché. Cette mesure, prévue par l'article 167 du décret, peut être étendue à tous les marchés publics lancés par l'ensemble des administrations et des établissements publics.

A cet égard, il faut noter que la décision **d'exclusion temporaire ou définitive** du concurrent pour fausse déclaration est prononcée par le ministre concerné sur proposition de la commission des marchés pour les marchés passés par les services relevant de son département.

Quant à **l'extension** de cette exclusion pour actes frauduleux et manquements graves à tous les marchés lancés par l'ensemble des administrations de l'Etat et des établissements publics, la décision, dans ce cas-là, doit être prise par le « Chef du Gouvernement, sur proposition du Ministre concerné pour l'Etat et le Ministre dont relève l'établissement public, selon le cas, après avis de la commission des marchés. » La multiplicité des intervenants, selon le cas, constitue une garantie pour les concurrents et la commission doit veiller à la présence de ces actes relatifs à leurs exclusions.

Les concurrents qui n'ont pas présenté toutes les pièces exigées, notamment celles prévues par les articles 24, 27 et 34 ou qui n'ont pas les capacités techniques et financières requises selon le règlement de la consultation prévu par l'article 18 du C.M.P., sont écartés ipso facto.

Le décret a exclu aussi les concurrents qui n'ont pas la qualité pour soumissionner et qui rentrent dans le champ d'application de l'article 24§2. Il s'agit en particulier des concurrents en **liquidation judiciaire** ou en **redressement judiciaire**. Pour le redressement judiciaire, une autorisation

délivrée par l'autorité judiciaire compétente permet au concurrent de participer à l'appel d'offres. A cet effet, il est difficile d'identifier les entreprises en liquidation ou en redressement judiciaire, sauf si le Ministère de la Justice informe la commission des marchés de la situation de ces entreprises, qui les communique aux différents ministères.

Il faut ajouter aussi que le cahier des prescriptions spéciales peut exiger d'autres conditions pour participer à l'appel d'offres.

2. L'examen des échantillons

L'article 5 du décret dispose que le maître d'ouvrage est tenu, avant tout appel à la concurrence ou toute négociation, de déterminer aussi exactement que possible les spécifications, notamment techniques, et la consistance des prestations demandées objet du marché.

Cependant, la commission des marchés a estimé, dans son avis n° 302/05 C.M. rendu le 14/12/2005, que lorsque le maître d'ouvrage n'est pas en mesure de préciser les spécifications des produits, qui répondent tous aux exigences requises, il peut exiger des concurrents le dépôt d'échantillons. Le choix d'un échantillon retenu oblige à la fois le maître d'ouvrage et le concurrent l'ayant présenté et sert de base pour les vérifications précédant les réceptions des fournitures objet du marché.

La Commission d'appel d'offres qui, aux termes de l'article 38§5 du C.M.P., peut désigner, avant de se prononcer, tout expert ou technicien, peut aussi constituer une sous-commission pour statuer sur les échantillons proposés et écarter les concurrents dont les échantillons n'ont pas été retenus. Les conclusions de cette commission doivent être consignées dans un rapport signé par la sous-commission ou les experts désignés, avec leurs conclusions au sujet des échantillons examinés.

Lorsque le dossier d'appel d'offres exige la production des échantillons, prospectus, notices ou autres documents techniques, la commission se réunit à la demande de son président afin d'examiner les échantillons et autres documents. Cette séance n'est pas publique et en conséquence les candidats ne sont pas admis.

La commission des marchés a rendu l'avis n°165/99 en date du 22 septembre 1999 relatif à l'interprétation de la décision du Premier Ministre n°3.56.99 du 13 juillet 1999, relatif au modèle d'appels d'offres ouvert qui doit préciser le lieu, le jour et l'heure limites pour la réception des échantillons, prospectus, notices, etc. A cet effet, il faut entendre par la date limite celle qui est prévue par ledit modèle d'avis, l'heure et le jour qui constituent la fin du

délai à prévoir pour le dépôt des échantillons, prospectus, etc. et qu'il faut indiquer expressément dans l'avis de publicité.

L'appréciation de la qualité technique des échantillons est matérialisée selon l'article 38§5 du C.M.P. par l'établissement d'un procès-verbal signé par les membres de la commission ainsi que toute personne consultée pour analyser les offres techniques : expert, technicien ou sous-commission. Aussi, pour avoir une vision plus précise, la commission, dans le cadre d'un complément d'information, peut demander par écrit aux concurrents toutes informations et autres éclaircissements et renseignements qui portent sur les produits-échantillons ainsi que les documents explicatifs sur ces produits.

A l'issue de ces démarches, la commission arrête la liste des concurrents admis et ceux écartés, et dresse un procès-verbal signé par le président et les autres membres de la commission.

Chapitre VI

La procédure d'attribution du marché

Trois fonctions sont assignées aux différentes commissions, comme il a été signalé plus haut: examiner, proposer les offres et décider que l'appel d'offres est infructueux.

Section 1

Le déroulement de la procédure

L'attribution se déroule en deux phases : la déclaration des candidats irrecevables et le choix de l'attributaire du marché.

La séance de la **première phase** est **publique**. Le président déclare les candidats irrecevables et leur rend contre décharge leurs dossiers d'appels d'offres. Les enveloppes contenant les **offres financières** et éventuellement les **offres techniques** sont ouvertes et paraphées par les membres de la commission.

Cependant la commission, avant d'arrêter la liste des candidats admis, peut les convoquer par écrit afin d'obtenir tous les éclaircissements relatifs à leurs capacités aux points de vue technique et financier. Ces éclaircissements, à formuler par écrit, doivent se rapporter uniquement aux documents contenus dans les plis.

La séance de la **deuxième phase** est à **huis clos**. Le secret des délibérations est justifié par la liberté dont doivent jouir les membres de la commission

pour choisir l'attributaire du marché sans qu'ils soient gênés ou influencés par le public.

Afin d'analyser les offres, la commission peut faire appel à des experts ou à des techniciens à titre consultatif, comme elle peut également charger une sous-commission d'examiner les offres.

Sont écartés par la commission et non par le maître d'ouvrage du marché, les soumissionnaires qui ont présenté des actes d'engagement non conformes à l'objet du marché ou aux modèles prévus par le dossier d'appel d'offres, ou encore s'ils ont manifesté des réserves.

Si la vérification des calculs de liquidation des offres débouchent sur une erreur matérielle manifeste, la commission rectifie l'erreur et informe par lettre recommandée avec accusé de réception le soumissionnaire concerné, en lui demandant, en cas de doute, soit de confirmer son offre, soit de fournir des explications.

La commission procède à l'évaluation des offres, qui se fait sur la base de critères clairement définis par l'article 37 du C.M.P., soit par le C.P.S., soit par le règlement de la consultation prévue par l'article 18 qui constitue une référence principale.

Les discussions des membres de la commission peuvent déboucher sur trois solutions : le choix de l'offre la plus intéressante, le choix du moins-disant ou celui de ne pas attribuer le marché et de déclarer l'appel d'offres infructueux.

§1- La désignation de l'attributaire

La désignation est collégiale. La commission retient l'offre qu'**elle juge la plus intéressante** sur la base des critères figurant au règlement de la consultation. Dans le cas où plusieurs offres apparaîtraient plus intéressantes, les autorités compétentes demandent aux soumissionnaires de présenter de **nouvelles offres** pour les départager ; en cas de refus ou si les offres présentées sont égales, **un tirage au sort** est effectué pour désigner l'attributaire du marché.

Pour la désignation d'un attributaire d'un concours, le jury doit débattre pour dégager un consensus sur le meilleur projet à partir des critères d'évaluation énoncés dans les différents documents. En effet, le jury n'a qu'une compétence liée, dans la mesure où il est obligé de prendre comme référence, soit le montant de la dépense fixé par le programme comme plafond - à ce moment-là, tous les projets dont le coût de réalisation

dépasserait ce plafond sont écartés -, soit les critères fixés par le règlement de la consultation.

En fonction de la procédure choisie (appel d'offres ou concours) et la prestation à réaliser (travaux, fournitures ou services), le classement des projets est effectué selon des critères financiers, techniques ou esthétiques, compte tenu des conditions de réalisation du projet.

Ainsi, aux termes de l'article 18-2, « Les critères d'admissibilité des concurrents peuvent être assortis de coefficients de pondération » ; selon l'article 66-c-2 « Le règlement du concours exige l'obtention d'une note technique minimale et globale pour l'admission et éventuellement une note minimale d'admission par critère. » Certes l'article 18 du C.M.P. œuvre pour une évaluation juste par l'instauration de critères d'admissibilité des concurrents et d'attribution du marché qui soient objectifs et justes. « Ces critères doivent être objectifs, non discriminatoires et non disproportionnés par rapport à la consistance des prestations et doivent avoir un lien direct avec l'objet du marché à conclure. » Cependant, s'ils sont valables pour l'appel d'offres, nous estimons qu'ils ne le sont pas pour le concours puisqu'il s'agit d'un glissement vers un système mathématique qui peut être considéré comme opposé à l'esprit artistique et architectural des projets objets de concours. Le jugement d'un projet architectural remis par son auteur et concepteur fait appel à des critères subjectifs qui ne peuvent en aucun cas être les instruments d'une notation, a fortiori ceux d'une moyenne arithmétique, c'est-à-dire des critères objectifs.

Cette phase de sélection doit se terminer par un avis motivé du jury ou de la commission, consigné dans un procès-verbal soumis à la signature de l'ensemble de ses membres. A l'issue de cette phase, la commission ou le jury propose au maître d'ouvrage le classement des projets, ainsi que les primes, les récompenses ou les avantages à attribuer.

Dans l'éventualité où aucun projet n'a été jugé admissible ou acceptable, le jury ne donne aucune suite au concours, et l'annulation du concours est prononcée par une décision signée par l'autorité compétente, mais, en tout état de cause, « L'annulation du concours ne justifie pas le recours à la procédure négociée », comme le prévoit l'article 83 du C.M.P. Cependant, malgré l'annulation du concours, et en vertu de l'article 83-6 du C.M.P., le maître d'ouvrage attribue les primes prévues par le programme du concours aux concurrents les mieux classés. Le procès-verbal des réunions et la procédure d'affichage et de notification des résultats définitifs sont assujettis aux dispositions des articles 56 au 58 du décret du 20/03/2013.

§2- Le moins-disant

Le prix en tant que critère de choix a été retenu de nouveau, et par voie de conséquence, le principe de l'adjudication qui avait été abandonné par le décret du 30/12/1998 apparaît de nouveau comme critère de référence. Mais la mise en œuvre de ce principe est encadrée par l'actuel décret. Tout d'abord l'article 18-3-c du décret du 01/07/2013 prévoit que le critère du moins-disant peut être le seul critère de choix pour l'attribution du marché, lorsque la prestation porte sur des travaux ou des services : « Pour l'attribution du marché, **le seul critère d'attribution** à prendre en considération, après admission des concurrents, **est le prix** proposé. » Pour les marchés d'étude « L'attribution du marché est effectuée sur la base de l'offre économiquement avantageuse », or l'offre économiquement la plus avantageuse s'entend l'offre du moins-disant, autrement dit le prix est un élément essentiel de sélection, abstraction faite de la nature de la prestation, travaux, fournitures ou services. Ensuite l'article 41-2 dispose que lorsque le concurrent présente une offre **particulièrement basse** au regard de l'estimation du maître d'ouvrage ou par rapport à l'ensemble des offres des autres soumissionnaires, la commission demande au soumissionnaire concerné, par lettre recommandée avec accusé de réception, de justifier les conditions d'exécution de son offre. L'examen de la réponse reçue peut conduire la commission à accepter ou à écarter l'offre.

§3- L'appel d'offres infructueux

En vertu de l'article 42 du C.M.P., « La commission déclare l'appel d'offres infructueux » : c'est donc du ressort de la commission d'appel d'offres d'apprécier le caractère valable de l'offre et de le désigner comme un appel d'offres **infructueux**.

Elle peut à la suite de cette déclaration proposer à l'autorité compétente, selon les cas prévus, soit de procéder à une nouvelle mise en concurrence dans les mêmes conditions, soit de recourir à la procédure du marché négocié telle qu'elle est décrite dans les articles 42-e, 83-6 et dans l'article 86, soit de ne pas donner suite à l'appel d'offres.

Trois hypothèses ont été énumérées par l'article 42 pour prononcer l'aspect infructueux de l'appel d'offres.

D'abord, lorsqu'à l'issue d'un appel d'offres, **aucune offre n'a été présentée ou déposée**, c'est l'hypothèse selon laquelle aucune entreprise n'a soumissionné. La commission peut, dans ce cas, soit déclarer l'appel d'offres infructueux, soit déclarer la procédure sans suite. En tout cas, le recours à la procédure négociée n'est possible que « dans le cas où cet appel d'offres

a été lancé une deuxième fois, dans les mêmes conditions initiales et a été déclaré infructueux » et ce conformément à l'article 42§e.

La deuxième hypothèse porte sur **les offres déposées mais inappropriées**: la notion d'offre inappropriée regroupe deux cas prévu par l'article 42- b, qui précisent : « lorsqu'aucun candidat n'a été retenu à l'issue de l'examen des dossiers administratifs et techniques ou de l'examen de l'offre technique et des échantillons », et 42-c qui invoque la possibilité qu' « aucun concurrent n'a été retenu à l'issue de l'examen de l'offre technique ou des échantillons » : dans ces cas, la commission peut déclarer l'appel d'offres infructueux.

Il s'agit en fait des offres qui ne correspondent pas aux besoins exprimés par l'autorité compétente tels qu'ils sont indiqués dans les documents de la consultation.

Dans ce cas la présentation d'une telle offre est assimilable à l'absence d'offre, c'est pourquoi le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence est possible dès lors que le maître d'ouvrage ne change pas l'objet de son marché : selon le dernier paragraphe de l'article 42, « Le recours à la procédure négociée n'est justifié que dans le cas où cet appel d'offres a été lancé une deuxième fois, dans les conditions initiales, et a été déclaré infructueux», par exemple, lorsque le règlement prévoit l'achat de transformateurs de faible puissance et les offres portent sur pour des transformateurs d'une grande capacité, ou encore pour une demande de véhicules de tourisme et l'offre reçue porte sur des camions.

Enfin, le dernier cas cité par l'article 42-e est relatif aux **offres inacceptables**. Ce sont des offres qui répondent aux besoins fixés par le maître d'ouvrage mais qui ne sont pas conformes à une exigence fixée par la législation et la réglementation en vigueur, dans le domaine fiscal, environnemental ou relatif aux conditions du travail, ou bien si la capacité juridique ou financière de l'entreprise fait défaut, ou enfin si les offres ne sont pas conforme aux critères fixés par le règlement de la consultation.

§4- L'avis de la commission

La commission élimine les offres irrecevables et **propose** à l'autorité compétente l'attributaire provisoire. C'est un pouvoir de proposition que détient la commission. Il s'agit en fait d'un **avis conforme**. Le refus de donner suite à une décision de la commission d'appel d'offres peut être considérée comme une atteinte au principe d'égalité ou de neutralité posé par les articles 44-3 ou 79-5 qui disposent que « Le choix arrêté par la commission (ou le jury) ne peut être modifié par l'autorité compétente.»

La commission dresse un procès-verbal de ses réunions, qui retrace toutes les étapes. Les motifs d'élimination des soumissionnaires évincés, y compris le moins-disant, ou le choix de l'attributaire retenu, tous les éléments doivent être indiqués.

§5- La notification des résultats

Aux termes de l'article 44 du C.M.P., la décision de l'acceptation de l'offre est notifiée par le maître d'ouvrage au concurrent attributaire retenu par tous les moyens de communication donnant date certaine dans un délai de cinq (05) jours à compter de la date de l'achèvement des travaux de la commission. A cet effet, la notification peut être effectuée par E-mail ou par lettre recommandée avec accusé de réception, par Fax confirmé ou par courrier porté contre décharge.

La portée juridique de cette formalité est que le contrat est formé à partir du moment où l'autorité administrative compétente fait connaître au candidat choisi qu'elle accepte son offre. L'article 44 a utilisé le terme **concurrent attributaire**, et non concurrent, ce qui suppose que cette information par lettre recommandée le transforme d'office en attributaire potentiel qui reste engagé par son offre.

Reste l'éventualité selon laquelle le maître d'ouvrage omet d'informer le concurrent. Ce dernier reste cependant lié par son offre jusqu'à la signature préalable du contrat ou à l'expiration du délai prévu par l'article 153 du décret du 20/03/2013.

En tout état de cause, si le maître d'ouvrage ne donne pas de suite à un appel d'offres, les concurrents ne peuvent en aucun cas réclamer une indemnité.

L'article 43§5 dispose que le maître d'ouvrage publie dans le portail des marchés publics et affiche dans ses locaux **un extrait** du procès-verbal des résultats dans les vingt-quatre (24) heures à compter de la date de l'achèvement des travaux de la commission, et ce pendant quinze (15) jours francs au moins.

§6- L'annulation d'un appel d'offres

Aux termes de l'article 45, l'autorité compétente dispose d'un pouvoir large pour apprécier l'opportunité d'annuler un appel d'offres, quel que soit le stade de la procédure pour la **conclusion** du marché.

La décision peut arriver à tout moment de la procédure. Elle peut intervenir même si l'attributaire a été déjà choisi par la personne publique. L'action

d'annulation arrive à son terme et ne peut plus être valablement mis en œuvre une fois que la personne publique a approuvé le contrat. Seule cette signature fait naître le lien contractuel, à condition que le délai d'attente prévu par la réglementation ait été observé.

L'autorité compétente peut donc décider à tout moment de ne pas donner suite à l'appel d'offres. Elle doit dans ce cas justifier sa décision de mettre un terme à cette procédure. Les motifs de cette décision d'annulation peuvent résulter de l'un de ces quatre cas :

- lorsque les besoins étaient mal définis. En effet l'annulation, dans ce cas, fait suite aux dispositions de l'article 5 qui dispose que « Le maître d'ouvrage est tenu, avant tout appel à la concurrence ou toute négociation, de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance des prestations » ;
- des raisons d'intérêt général, « lorsque des circonstances exceptionnelles ne permettent pas d'assurer l'exécution normale du marché » ou bien « lorsque les données économiques et techniques des prestations objet de l'appel d'offres ont été fondamentalement modifiées » ;
- pour des raisons budgétaires, « lorsque les offres reçues dépassent les crédits budgétaires alloués au marché » ;
- ou enfin, dans un cas litigieux, c'est-à-dire « en cas de réclamation fondée d'un concurrent », et ce dans les conditions prévues par l'article 169 du C.M.P.

Le maître d'ouvrage doit notifier la décision d'annulation au concurrent ou bien à l'attributaire du marché selon le stade de la procédure d'admission. Il doit en outre la communiquer à la commission d'appel d'offres et la publier au portail des marchés publics.

A noter que la réglementation, dans le cas de l'annulation d'un appel d'offres, n'accorde aucune indemnité, dans la mesure où les dispositions de cet article 45-6 prévoient que l'autorité compétente, du fait de la prise de cette décision, ne porte aucune responsabilité à l'égard des concurrents, quel que soit le stade de la **conclusion** du marché ; par voie de conséquence, les concurrents ou l'attributaire ne peuvent prétendre à aucune indemnité.

§7- L'appel d'offre unique

Il reste l'éventualité qu'une seule offre ait été reçue par la commission et que cette offre remplisse toutes les conditions de fond et de forme : faut-il la rejeter et la déclarer infructueuse, à partir du moment où elle est acceptable, appropriée et économiquement avantageuse au regard de l'estimation faite par le maître d'ouvrage, étant donné qu'il n'y a pas de comparaison possible en l'absence de tout autre appel d'offres ?

En effet, le fait qu'une seule offre ait été reçue n'implique pas que la procédure soit déclarée infructueuse, à partir du moment où cette offre remplit les conditions susmentionnées, que par ailleurs la commission déclare l'appel d'offres selon les cas énumérés d'une manière limitative et exhaustive par l'article 42 et que la présentation d'une offre unique ne fait pas partie de ces cas énumérés, ce qui implique que cette offre ne pourra pas être pas rejetée, en conséquence de quoi elle doit être retenue.

Il semble donc qu'il soit difficile, d'une part de rejeter cette offre et de la déclarer infructueuse, dans la mesure où le motif à invoquer ne peut en aucun cas s'appuyer sur les dispositions de l'article 42 du C.M.P., et d'autre part de l'annuler sur la base de l'article 45 du C.M.P., à partir du moment où les conditions soulevées par cet article ne sont pas réunies.

Il est vrai cependant qu'une certaine logique juridique invoque les dispositions de l'article 1§4 qui rappellent l'efficacité de la commande publique, la mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Or, dans le cas d'une offre unique, aucune de ces règles n'est respectée.

Il reste donc la possibilité de ne ***pas donner suite*** à l'appel d'offres, au motif que, sur le plan juridique, les règles de la bonne gouvernance et de la concurrence font défaut et que, sur le plan économique, les règles relatives à la bonne utilisation des deniers publics et au choix de l'offre économiquement avantageuses sont complètement absentes, d'où, d'une part, la disparition du besoin de la personne publique, notion d'intérêt général, et d'autre part l'insuffisance de la concurrence, qu'elle ait été ou non ***provoquée par une entente entre entreprises*** ; c'est en cela qu'elle se distingue de la déclaration d'infructuosité qui exige que les offres n'aient pas été jugées acceptables.

Section 2

L'approbation du marché

L'approbation du marché est la phase finale qui clôt la procédure de la conclusion du contrat. Elle joue le rôle d'une condition suspensive ; une fois celle-ci donnée, le contrat prend effet du jour de l'***accord des volontés***. Le marché ne devient donc exécutoire et opposable à l'administration qu'après l'accomplissement de cette formalité, c'est une règle ***sine qua non*** prévue par l'article 152§1 du C.M.P.

En effet, en l'absence d'une approbation, le marché signé préalablement par les deux parties est régulièrement conclu, mais il ne rentre pas en vigueur et ne crée pas d'obligation contractuelle.

L'approbation pose deux problèmes : l'un lié à l'autorité compétente et l'autre aux dates et au délai prévu pour l'approbation et sa notification à l'attributaire.

Cependant il y a lieu de faire une distinction entre la signature du marché et son approbation.

§1- Signature et approbation du marché

Le marché ou le C.P.S. doit être tout d'abord signé par le maître d'ouvrage avant le lancement de la procédure de passation du marché, conformément à l'article 13-3§2, et par le concurrent ou son mandataire en vertu de l'article 29-2-a qui implique que le cahier des prescriptions spéciales doit être « paraphé et signé par le concurrent ou la personne habilitée par lui à cet effet », en paraphant toutes les pages et en apposant sa signature à la dernière page.

En effet, cette signature fait que le contrat n'est qu'un projet et, que conformément à l'article 33§1, **le concurrent est engagé** fermement pendant un délai de soixante-quinze (75) jours à partir de la date de la séance d'ouverture des plis.

La signature par le maître d'ouvrage ou son représentant permet de définir l'acte de naissance du contrat et consacre donc l'engagement du maître d'ouvrage envers le concurrent en vertu de l'article 33 §3 : « **Le maître d'ouvrage reste engagé** vis-à-vis des concurrents tant qu'ils n'ont pas retiré leurs offres.»

La procédure de passation prend donc fin au moment de l'approbation du marché par le maître d'ouvrage et fait naître, ce faisant, les effets du contrat qui y sont associés. En effet, un contrat administratif n'existe juridiquement et ne prend effet que lorsque l'autorité compétente y a apposé sa signature-approbation.

Enfin, on rappellera utilement que la date du marché, c'est-à-dire la date de l'approbation du marché par le maître d'ouvrage ou son représentant, marque également la fin de la possibilité, pour le concurrent dont l'offre n'a pas été retenue, d'intenter un référé précontractuel conformément aux dispositions de l'article 19 de la loi n° 90-41 relative aux tribunaux administratifs.

Cette approbation par le maître d'ouvrage marque la date de naissance du contrat et empêche toute déclaration de procédure sans suite. Dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage désire renoncer au marché, il doit obligatoirement mettre en œuvre une procédure de résiliation.

Si la signature intervient en amont et donne au contrat son aspect juridique, l'approbation intervient en aval et donne au contrat son aspect exécutoire. L'article 13-B-I du C.M.P. dispose que le C.P.S. doit contenir la mention suivante : « **Approbation du marché par l'autorité compétente** » et en vertu de l'article 152§1 du C.M.P. « Les marchés de travaux, de fournitures ou de services ne sont définitifs qu'après leur approbation par l'autorité compétente. » En outre l'approbation du marché doit intervenir avant tout commencement d'exécution des prestations, et toute exécution qui fait fi de cette règle est à considérer comme une transgression de toute la réglementation instituée en la matière ; de ce fait même, une demande de régularisation ne peut que recueillir un avis défavorable.

L'article 4 du décret a défini cette autorité comme étant « l'ordonnateur ou la personne déléguée par lui **pour approuver** le marché ou toute autre personne habilitée à cet effet par un texte législatif ou réglementaire. » Il en découle que la délégation dont il s'agit est une délégation de signature spéciale et éventuellement sélective qui porte sur un acte déterminé, à savoir celui d'approuver le marché. Dans le cas de la désignation d'une personne déléguée, il s'agit d'une délégation de signature qui doit intervenir dans le cadre de l'article 1^{er} du dahir n° 1.57.068 et du dahir du 10 avril 57 relatifs aux délégations de signature.

Reste à préciser que s'il est possible de déléguer l'approbation du marché, cette délégation doit se faire par le biais d'un **arrêté** du Ministre concerné, en se référant au décret 20 mars 2013 qui doit être désormais la base juridique de la délégation. Les arrêtés de l'espèce, qui comporteront le spécimen de signature du délégataire, sont publiés au Bulletin Officiel pour être portés à la connaissance des tiers.

Au niveau central, la délégation peut être appréhendée sans difficulté : d'une part la Circulaire Royale du 23.02.66 a écarté, pour les membres du Cabinet, la possibilité de recevoir une délégation de signature relative à la gestion des affaires administratives courantes, et d'autre part la réglementation actuelle a restreint la compétence d'approuver à l'ordonnateur ou à une personne déléguée par lui.

Au niveau des services extérieurs la situation est différente et s'inscrit dans le cadre de la délégation de signature et de compétence.

Donc il s'agit des marchés approuvés par l'autorité compétente, conformément aux principes et aux règles établis par le code des marchés publics et à cet égard l'autorité compétente diffère selon que l'organe est l'Etat, un établissement public ou une collectivité territoriale.

Pour *l'Etat*, l'autorité compétente est le Ministre. Ce dernier peut déléguer cette compétence à une autre personne.

Les collectivités territoriales

L'article 47 de la loi 78-00 du 18 février 2009 relative à la charte communale indique que « Le président exécute les délibérations du conseil, prend les mesures nécessaires à cet effet et en assure le contrôle. A ce titre, **il conclut les marchés de travaux, de fournitures ou de services** ».

En effet, il s'agit d'une délégation de compétence et l'assemblée délibérante n'est pas appelée à délibérer, alors que l'exécutif local dispose d'une délégation en matière de commande publique.

La délégation de compétence, contrairement à la délégation de signature, modifie la répartition des compétences, en réalisant un transfert juridique de compétence. En conséquence, **tant que dure la délégation de pouvoir, le délégant est dessaisi de ses propres pouvoirs, ce qui rend son intervention entachée d'incompétence** dans la matière déléguée.

En conclusion, même ponctuellement, une assemblée délibérante ayant délégué sa compétence en matière de commande publique ne peut délibérer pour autoriser l'exécutif local à signer un marché ou un avenant, puisqu'elle a délégué ladite compétence.

La solution serait que celle-ci délibère pour mettre fin à la délégation consentie et ainsi reprendre la compétence d'autoriser l'exécutif local à signer. Ensuite, par une deuxième délibération, elle autorisera ce dernier à signer le marché.

Or l'arrêté n° 3610-13 du 12 décembre 2013 habilite le Ministre de l'Intérieur ainsi que les autorités déconcentrées, les Wali et les Gouverneurs, à approuver les marchés des régions, des préfectures et des communes. Il semble que les autorités de tutelle ont jugé utile, dans l'état actuel des choses, de conserver cette attribution comme un droit de regard afin de limiter les contestations soulevées et relatées par la presse au sujet de la gestion des marchés publics des collectivités locales.

A cet effet, l'arrêté a désigné le **Ministre de l'Intérieur** pour approuver les marchés dont le montant **dépasse dix millions de dirhams**, les **Walis** des régions pour approuver les marchés dont le montant est **inférieur ou égal à dix millions de dirhams** pour les marchés de régions, et un montant qui varie entre deux millions et dix millions de dirhams pour les communes. Enfin, le **gouverneur** est habilité à approuver les marchés des communes dont le montant est **inférieur à deux millions de dirhams**.

Les établissements publics : en vertu de l'article 152§2 du C.M.P., « Les marchés des établissements publics ne sont valables et définitifs qu'après leur approbation par l'autorité compétente et leur visa par le contrôleur financier, lorsque ledit visa est requis. » A cet égard l'autorité compétente est déterminée en fonction de leurs textes statutaires propres. Elle peut être le directeur de l'établissement, le président du conseil d'administration ou une autre entité prévue dans les statuts de l'établissement.

Les services d'Etat gérés d'une manière autonome, dotés de l'autonomie financière mais non de la personnalité juridique, ne constituent pas des personnes juridiques distinctes de leurs départements ministériels ; en conséquence l'approbation relève de l'autorité compétente qui est le ministre du département concerné, sauf dans le cas d'une délégation.

§2- Les délais de notification

Le décret a instauré plusieurs verrous juridiques en amont et en aval de la procédure d'approbation pour éviter les retards qui pénalisaient les attributaires et pour donner aux concurrents la possibilité d'engager des recours le cas échéant.

Aux termes de l'article 152§1, la notification de l'approbation du marché à l'attributaire doit intervenir dans un délai maximum de soixante-quinze (75) jours à partir de la date d'**ouverture des plis** ou de la date de la **signature du marché** par l'attributaire lorsqu'il est négocié. Si aucune notification n'a été effectuée, l'attributaire est libéré de ses engagements ipso facto. Une fois que la notification de l'approbation est prise en charge par l'**attributaire** du marché, ce dernier devient **titulaire** du marché conformément à l'article 4-18 « Titulaire : attributaire auquel l'approbation du marché a été notifiée. »

Cependant, le maître d'ouvrage peut demander par lettre recommandée avant l'expiration du délai de soixante-quinze (75) jours à l'attributaire **la prolongation** du délai pour une période déterminée. La réponse de l'attributaire doit intervenir avant le délai fixé par le maître d'ouvrage, à partir de la réception de la lettre recommandée. En cas d'acceptation, aucune indemnité n'est accordée à l'attributaire, et en cas de refus le cautionnement provisoire est restitué.

Ces dispositions ont rétabli l'équilibre entre les deux contractants, dans la mesure où les dispositions de l'article 7-3° de l'ancien décret du 30/12/1998 liaient le soumissionnaire d'une manière irrévocable à l'exécution du marché, à moins qu'il n'use de son droit pour dénoncer le contrat dans les délais prévus pour approuver le marché.

§3- Le délai d'attente

L'autre verrou juridique qui garantit les droits des concurrents concerne l'introduction d'un délai d'attente prévu par l'article 152 § 3 du C.M.P., qui interdit à l'autorité compétente de procéder à l'approbation du marché avant l'expiration d'un délai de quinze (15) jours à compter de **la date d'achèvement des travaux de la commission ou du jury**, ou bien de la date de **signature du marché** par l'attributaire, lorsqu'il est **négocié** après publicité et mise en concurrence : cette procédure permet aux concurrents non retenus de saisir, le cas échéant, le pouvoir hiérarchique dans les conditions prévues par l'article 170 du C.M.P. Il s'agit d'une période d'attente, qu'on qualifie en anglais de **stand-still**.

La portée juridique de cette procédure de recours est de permettre aux concurrents dont l'offre n'a pas été choisie de demander, avant l'approbation du contrat, d'introduire éventuellement un recours précontentieux auprès des différents pouvoirs hiérarchiques.

Il s'agit en fait d'un **délai suspensif** entre la notification de la décision d'attribution et la date d'approbation du marché. C'est un délai qui permet aux concurrents évincés d'entamer, le cas échéant, les démarches nécessaires pour un **recours administratif** susceptible de contester en temps opportun la méconnaissance par le maître d'ouvrage de ses obligations en matière de publicité ou tous autres manquements ; ces démarches peuvent éventuellement entraîner une rétribution.

Ce recours est introduit dans le cadre d'une procédure purement administrative et non juridictionnelle, dont les étapes sont décrites par l'article 169 du décret qui porte sur les **réclamations des concurrents et la suspension de la procédure**.

Le contenu du § 1 de l'article 152 et de l'article 169 est particulièrement intéressant, mais la démarche qu'ils impliquent est problématique.

Ces articles sont intéressants dans la mesure où ils indiquent que dès que le concurrent évincé a saisi par écrit le maître d'ouvrage, au plus tard cinq (05) jours après l'affichage du résultat dudit appel à la concurrence, de l'introduction d'un tel recours, la procédure de passation ne peut être poursuivie jusqu'à la prise de décision par le pouvoir hiérarchique qui dispose de cinq (05) jours pour statuer à compter de la date de la réception de la réclamation. L'article 169-a et b prévoit aussi que le ministre concerné peut soit ordonner de procéder au redressement de l'anomalie ainsi relevée, soit décider d'annuler la procédure.

Le contenu est problématique eu égard aux dispositions de l'article 169§10 qui dispose que la suspension de la procédure de l'appel d'offres pour une période de dix (10) jours ne peut intervenir que si cette « suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour le maître d'ouvrage ou pour les autres concurrents », ce qui laisse une latitude au maître d'ouvrage.

La suspension ne s'applique pas non plus si « Le ministre concerné ou le président de l'organe délibérant, pour des considérations urgentes d'intérêt général, décide de poursuivre la procédure de passation du marché.»

A cet effet et dans ces deux cas, on peut s'interroger sur la définition et sur les limites d'un « préjudice disproportionné » et des « considérations urgentes d'intérêt général.» Il s'agit en fait de notions élastiques qui relèvent du domaine du clair-obscur.

Ainsi on peut dire qu'en l'absence d'une information écrite au maître d'ouvrage dans ce sens, parvenue dans le délai imparti, l'autorité compétente peut procéder à l'approbation du marché.

Toutefois, il faut noter que ce délai de stand-still doit être nuancé. L'approbation du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins **quinze (15) jours à compter de la date d'achèvement des travaux de la commission** et que les concurrents disposent seulement de **dix (10) jours** et non de quinze (15) jours pour entamer les démarches du recours administratif.

En effet, l'article 44 du décret accorde **au maître d'ouvrage cinq (05) jours** pour **informer** l'attributaire et les concurrents évincés et ce à compter de la date d'achèvement des travaux de la commission : « Le maître d'ouvrage informe le concurrent attributaire du marché de l'acceptation de son offre par lettre recommandée avec accusé de réception ou par Fax confirmé ou **par tout autre moyen de communication** donnant date certaine. Cette lettre doit lui être adressée **dans un délai qui ne peut dépasser cinq (05) jours à compter de la date d'achèvement des travaux de la commission.** Dans le même délai, il avise également les concurrents éliminés du rejet de leurs offres.» Donc il faut déduire cinq (05) jours du délai de quinze (15) jours prévu pour entamer éventuellement les recours.

Ainsi, dès que le délai de stand-still commence à courir à partir **de la date d'achèvement des travaux de la commission** et que le maître d'ouvrage dispose de cinq (05) jours pour **informer** l'attributaire et les concurrents évincés **par tout moyen de communication**, un concurrent évincé ne peut user de son droit qu'à partir du moment où il a appris la décision de son

éviction, c'est-à-dire cinq (05) jours après l'achèvement des travaux et à partir de la réception de la décision de son éviction. Il s'agit en fait de deux délais, un délai de notification de la décision de la commission (cinq jours) et un délai pour procéder à l'approbation de (quinze jours), les deux délais commençant à courir à partir de la même date, soit **la date d'achèvement des travaux de la commission**.

Enfin, un dernier point relatif au mode de comptage des délais doit être clarifié. L'article 7-3 et 4 du C.C.A.G.T. indique que tous les délais mentionnés dans le code des marchés publics sont des délais calendaires, n'incluant pas les jours chômés et fériés et il précise en même temps les modalités de computation de ces délais :

« 3. Tout **délai imparti par le marché** au maître d'ouvrage ou à l'entrepreneur commence à courir **le lendemain du jour** où s'est produit l'acte ou le fait générateur du délai.

4. Le délai est exprimé en jours ou en mois.

Lorsque le délai est fixé en jours, il s'entend en **jours de calendrier** et il expire à la fin du dernier jour de la durée prévue. Lorsque le délai est fixé en mois, il est compté en quantième correspondant dans le mois où se termine ce délai, celui-ci expire à la fin du dernier jour du mois.

5. Lorsque le dernier jour d'un délai est un **jour déclaré férié ou chômé, le délai est prolongé** jusqu'à la fin du premier jour ouvrable qui suit. »

Ce délai que doit s'imposer puis respecter le maître d'ouvrage entre l'envoi aux concurrents évincés de la notification du rejet de leur candidature ou de leur offre et l'approbation du marché est donc un délai « calendaire » dont la computation s'opère de date à date, en n'incluant pas les jours chômés et fériés.

§4- Le refus de l'approbation

L'avis de la commission d'appel d'offres ou le jury est un **avis conforme** qui lie l'autorité compétente dans son choix. L'article 40-4 dispose que la commission **propose** au maître d'ouvrage **de retenir** l'offre qu'elle juge la plus avantageuse. L'article 44-3 prévoit que le choix arrêté par la commission conformément aux articles précédents ne peut être modifié par l'autorité compétente.

La portée de ces dispositions est limitée par les dispositions de l'article 45 du C.M.P. qui prévoit que l'autorité compétente, sous certaines conditions, peut ne pas donner suite à l'appel d'offres quel que soit le stade de la procédure

de la conclusion du marché, ni éventuellement ordonner de recommencer toute procédure ; par ailleurs aucun concurrent ne peut prétendre à une indemnité.

L'article 44-§1 constitue une soupape de sécurité pour prévenir toute décision arbitraire. En effet, pour assurer dans les meilleures conditions la concurrence et dans le but de ne pas décourager les entreprises, notamment celles qui ont répondu pour la première fois à une consultation, une réponse du maître d'ouvrage doit parvenir aux concurrents retenus ou non dans un délai de cinq (05) jours à compter de la date d'achèvement des travaux de la commission.

Le maître d'ouvrage doit justifier, en tout état de cause, l'éviction d'un concurrent, l'annulation d'un appel d'offres ou le fait de ne pas donner suite à un appel d'offres.

L'article 163 du décret a instauré un rapport de présentation qui doit déterminer la justification du choix des critères de sélection des candidatures et de jugement des offres ainsi que le choix de l'attributaire. Cette disposition ouvre des voies de recours pour excès de pouvoir, en cas de détournement de procédure.

§5- L'approbation et ses conséquences

L'article 3 du décret du 04/11/2008 relatif au contrôle des dépenses de l'Etat prévoit que le contrôle des engagements de dépenses intervient préalablement à tout engagement. L'article 11 du même décret impose le visa du comptable pour le contrôle des engagements pour les marchés de l'État, à l'exception des contrats passés dans le cadre des programmes et des projets bénéficiant de fonds de concours extérieurs accordés sous forme de dons, en application de conventions bilatérales.

Ces dispositions, impliquant de s'assurer de l'existence de crédits disponibles et d'assurer la conformité de l'intitulé des crédits budgétaires avec l'objet du marché, doivent être considérées **comme une** garantie avant l'approbation du marché.

L'approbation suppose une disponibilité des crédits qui correspondent au montant du marché et entraîne en même temps la possibilité pour l'attributaire du marché de commencer les travaux dès la réception de l'ordre de service, voire éventuellement de céder ses créances.

Ainsi, l'approbation doit intervenir avant tout commencement des travaux, ce qui la distingue de l'ordre de service. Même en présence d'un ordre de service et en l'absence de l'approbation du marché, l'attributaire doit

s'abstenir d'exécuter l'ordre de commencer les travaux ou d'effectuer des prestations ou des livraisons.

Aussi, un attributaire du marché ne peut pas céder ses droits à une banque avant l'approbation du marché. Le nantissement d'un marché se fait sur la base des droits réels qui résultent de cet acte d'approbation. C'est une validité conditionnelle des cessions de créance éventuelles consenties à titre de garantie. A cette fin, le maître d'ouvrage remet directement au titulaire du marché un exemplaire unique certifié conforme du marché approuvé.

Section 3

Le déroulement de la procédure

Il s'agit de décrire le processus administratif qui entraîne l'engagement de la personne publique.

§1- Le cumul des attributions

Il s'agit des attributions relatives à l'engagement des crédits, à la présidence de la commission d'appel d'offres, à la conclusion et à l'approbation du même marché par la même personne.

L'exécution des dépenses budgétaires et le recours à la procédure contractuelle pour répondre aux besoins de l'État entraînent un pouvoir décisionnel ministériel, sur le plan administratif comme financier. Le Ministre est donc au cœur du dispositif qui engage l'organisme public.

L'article 3 du décret du 21 avril 1967 portant règlement de la comptabilité publique dispose que les opérations financières publiques sont du ressort des ordonnateurs. L'article 5 du même décret prévoit que les ordonnateurs peuvent déléguer leur signature et, sous leur responsabilité et leur contrôle, instituer des sous-ordonnateurs.

L'article 160 § 1 du décret relatif aux marchés publics dispose que « Les marchés de travaux, de fournitures ou de services ne sont valables et définitifs qu'après leur approbation par l'autorité compétente. » On entend par l'autorité compétente au sens de l'article 4 du C.M.P., l'ordonnateur ou la personne ayant reçu une délégation de signature dans le cadre de l'article premier du dahir du 10 avril 1957 sur les délégations de signature en général.

Responsable de la gestion d'un secteur administratif et financier, le Ministre est naturellement le support juridique de toute activité relevant de ces compétences. Aussi toute décision doit-elle émaner de lui ou reposer sur une habilitation de sa part, soit assortie d'un droit de regard.

En effet, les ordonnateurs instituent souvent un sous-ordonnateur en ce qui concerne les opérations financières afférentes aux marchés publics et aussi en tant que déléataire de la signature en ce qui concerne l'approbation des marchés. L'ordonnateur ou le sous-ordonnateur peut désigner quelqu'un pour le suppléer et accomplir la tâche à sa place ; le fonctionnaire investi de cette attribution est nécessairement un subordonné de l'ordonnateur ou du sous-ordonnateur, car la désignation **est sous la responsabilité** de ces derniers.

Il en résulte que l'attribution de présider la commission pourrait bien être exercée par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur et être cumulée avec la faculté de conclure et d'approuver le contrat.

Le décret du 01/07/2013 dispose dans son article 13-B-alinéa 3 que, parmi les mentions que doit contenir un marché, figurent :

- l'indication des parties contractantes ;
- l'approbation du marché par l'autorité compétente.

La première mention signifie que l'administration ayant fait le choix d'un attributaire dont elle accepte ainsi les conditions d'offres, lui-même ayant accepté les conditions préétablies par le cahier des charges, l'accord des parties ou la matérialisation de cette volonté contradictoire est entérinée par la signature de l'attributaire du marché et le représentant de l'administration, qui peut être soit un représentant direct, l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur, soit un représentant désigné par eux et à cet effet l'autorité compétente peut cumuler en même temps la signature et l'approbation du marché.

La seconde mention revêt un caractère particulier : malgré la disposition de l'article 33§3 qui indique que « Toutefois, le maître d'ouvrage reste engagé vis-à-vis des concurrents tant qu'ils n'ont pas retiré leurs offres », le maître d'ouvrage ne peut être engagé sur le plan juridique et comptable qu'après l'approbation du contrat.

En somme l'ordonnateur est la clef de voûte du dispositif contractuel. Il est responsable du déroulement de l'opération en amont et en aval, c'est-à-dire dès la naissance de l'engagement jusqu'à l'extinction de la dette. Il peut assister et participer à toutes les démarches contractuelles d'une façon directe sans qu'il y ait une quelconque incompatibilité entre ces différentes démarches, ce qui signifie que le cumul ne pose aucun problème sur le plan juridique, ce cumul étant entre les mains de l'ordonnateur ou entre les mains d'une autre personne qui reçoit une ou plusieurs délégations pour assurer les différentes étapes de la gestion du marché.

§2- L'ordre de service

La notification de l'approbation est un acte qui lie les deux contractants, notamment le titulaire du marché. Cette approbation doit intervenir avant tout commencement d'exécution, comme nous l'avons déjà mentionné. Afin de pouvoir commencer les travaux, l'article 9 du décret n°2-99-1087 du 30-06-2000 approuvant le cahier des clauses administratives générales (C.C.A.G.) dispose que le maître d'ouvrage, en tant qu'autorité compétente, doit notifier un ordre de service écrit, signé et daté en deux exemplaires à l'entrepreneur. Celui-ci doit renvoyer un exemplaire au maître d'ouvrage après l'avoir signé et y avoir porté la date à laquelle il l'a reçu. En effet, c'est à partir de cette date de réception que le délai d'exécution, exprimé en jours ou en mois, commence à courir. En cas de groupement d'entreprises, les notifications sont faites au mandataire en tant que seul représentant du groupement.

§3- Les modalités de notification de l'ordre de service

L'ordre de service est notifié à l'entrepreneur soit par courrier porté contre récépissé, soit par lettre recommandée avec accusé de réception. A cet égard il faut noter qu'un ordre de service verbal n'a pas de valeur juridique et ne peut pas être opposable à l'entrepreneur, de même qu'un ordre de service qui n'est pas émis par une autorité compétente ou habilitée. L'entrepreneur doit en tout état de cause ne pas obtempérer à un ordre de service contestable. Cependant nous pensons qu'un ordre de service émis par un moyen de communication tel que le Fax est un ordre de service valable, à condition de respecter l'adresse de l'entrepreneur.

L'ordre de service est notifié à l'adresse de l'entrepreneur ou du fournisseur. Les articles 26§1 et 29 du décret du 20/03/2013 exigent que les documents fournis par l'entrepreneur contiennent des renseignements qui portent sur les adresses du concurrent. Cette adresse peut être celle qui est indiquée dans la déclaration sur l'honneur contenue dans le dossier administratif prévu par l'article 26 du C.M.P., qui doit être de ***l'adresse du siège social*** ou celle qui figure dans le dossier administratif, prescrite par l'article 29 du C.M.P., c'est-à-dire une simple adresse personnelle ou autre. L'article 17 du C.C.A.G. prévoit que l'entrepreneur est tenu d'élire domicile au Maroc et qu'il ***doit*** indiquer son adresse dans l'acte d'engagement, d'où la distinction entre ces deux adresses prévues par les articles 26 et 29.

En l'absence d'indication d'adresse élue par l'entrepreneur sur l'acte d'engagement, l'approbation ou l'ordre de service sont notifiés au siège de l'entreprise conformément aux dispositions de l'article 17-1-§2 du C.C.A.G. L'entrepreneur dispose d'un délai de quinze (15) jours pour informer le

maître d'ouvrage par lettre recommandée de tout changement affectant l'adresse de son siège social, faute de quoi les prescriptions du §2 de cet article sont applicables : « Faute par lui d'avoir satisfait à cette obligation, toutes les notifications qui se rapportent au marché sont valables lorsqu'elles ont été faites au siège de l'entreprise dont l'adresse est indiquée dans le cahier des prescriptions spéciales. » - c'est à dire à ses risques et périls.

Cependant la réglementation en vigueur n'a pas jugé utile d'astreindre l'entrepreneur à élire domicile à proximité du lieu des travaux liés à la prestation, à l'instar de la réglementation française.

L'article 36§1 du C.C.A.G. a innové en obligeant le maître d'ouvrage à ordonner le commencement des travaux dans un délai de soixante (60) jours qui suit la date de la notification de l'approbation du marché.

Toutefois, lorsque l'ordre émis est en même temps une notification d'approbation et un ordre de commencement des travaux, l'article 36 §2 susvisé prévoit un délai de quinze (15) jours qui doit s'écouler entre la date de notification de l'ordre de service et le commencement effectif des travaux. C'est une mesure prise dans l'intérêt du titulaire du marché afin de lui permettre de prendre les dispositions nécessaires pour commencer les travaux. Ceci implique que les pénalités de retard doivent être comptabilisées à partir de la date de la notification de l'approbation et du commencement des travaux plus quinze (15) jours.

Chapitre VII

L'exécution des marchés publics

L'exécution du marché découle des engagements contractuels des parties contractantes et des prérogatives reconnues à l'entité publique.

Section 1

Les engagements contractuels

Les engagements contractuels impliquent que le travail doit être réalisé par la personne titulaire du marché, dans le respect des clauses qui corroborent les règles édictées par les lois et règlements en vigueur.

§1- L'exécution personnelle du travail

Nous avons déjà vu que le marché est un contrat synallagmatique, ce qui signifie que les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Tous les contrats publics sont des contrats *intuitu personae*, c'est-à-dire que l'attributaire doit exécuter lui-même le contrat, faute de quoi les

règles du jeu de la concurrence seraient faussées rétroactivement. Le choix d'un titulaire est décidé en fonction de sa capacité et de sa solvabilité ; il porte aussi sur une équipe avec des compétences précisées dans le mémoire technique. L'article 158-§6 du décret du 20/03/2013 relatif aux marchés publics dispose que le titulaire demeure personnellement responsable de toutes les obligations résultant du marché envers le maître d'ouvrage. Cette disposition implique que, lorsqu'il remporte un marché public, l'entrepreneur principal se voit confronté à de nombreuses obligations imposées par la réglementation, puisque le travail ou la prestation doit être exécuté par le titulaire du marché personnellement, ce qui explique l'interdiction de sous-traiter la totalité du marché.

Cependant, même dans le cas de la sous-traitance, le titulaire reste responsable de l'exécution du travail ou de la prestation confié à un tiers, ce qui implique pour le titulaire une responsabilité de coordination, de surveillance et de contrôle. Les commandes faites à des tiers par le titulaire d'un marché, en vue de la fabrication d'objets ou de matières intermédiaires devant entrer dans la composition de la prestation, ou de l'exécution de certaines opérations conditionnant la réalisation de celle-ci, rentrent dans le registre de la sous-traitance. En revanche, dans le cas des commandes nécessaires pour les approvisionnements, l'administration n'a pas à connaître ces tiers, sauf dans le cas de la réquisition prévu par l'article 38-6 du C.C.A.G. qui prévoit que l'entrepreneur doit justifier de la provenance des matériaux.

§2- Le décès de l'entrepreneur

La solution prévue par le C.C.A.G. offre au maître d'ouvrage, dans cette situation, la faculté de décider ou non de la résiliation du marché. En effet, l'article 46-1 du C.C.A.G. dispose que « Lorsque le marché est confié à une personne **physique**, il est résilié de plein droit et sans indemnité si celle-ci vient à décéder.» Cependant le maître d'ouvrage peut ne pas résilier le marché si les héritiers ou les ayants-droit manifestent leur intention de continuer l'exécution du marché en vertu de l'article 29 du C.C.A.G.-E.M.O. du 04 juin 2002. Dans ce cas, les héritiers doivent informer le maître d'ouvrage par lettre recommandée avec accusé de réception, dans les **quinze (15) jours qui suivent le jour de décès**. La décision des autorités compétentes de continuer le contrat doit parvenir aux intéressés dans un **délai d'un mois**.

Si, malgré l'intention manifestée par les ayants-droit d'achever les travaux prévus par le marché, le maître d'ouvrage décide de résilier la prestation, la résiliation est prononcée sans qu'il y ait d'indemnisation.

La résiliation du contrat ne met pas fin aux relations entre l'administration et les ayants-droits, car ces derniers restent responsables financièrement, dans les limites de l'héritage, des malfaçons antérieures au décès du titulaire du marché.

La résiliation est prononcée le jour du décès de l'entrepreneur. Elle n'ouvre droit, pour l'entrepreneur ou ses ayants droit, à aucune indemnité mais les délais prévus pour la réclamation des différents documents, notamment les décomptes, courent contre les héritiers sauf dans le cas de force majeure. Les travaux entrepris ensuite sont considérés comme des travaux supplémentaires.

Le cas des héritiers mineurs obéit à la logique de la procuration. Leurs représentants légaux agissant en leur lieu et place, ils ne peuvent en aucun cas contester l'avenant relatif à la poursuite des travaux contractés par leurs tuteurs ou tutrices. La jurisprudence française a donné la possibilité aux mineurs de se pourvoir contre l'administration de leur tutelle (arrêt du C.E. du 15 janvier 1982, Rec. p. 11.).

§3- La cession du marché

Exiger l'exécution personnelle des prestations a pour objectif d'assurer la stabilité du contrat. C'est pourquoi le C.C.A.G. a prévu la résiliation du contrat en cas de cession du marché car elle crée des liens nouveaux. Or le consentement lors de la signature du marché produit un effet obligatoire attaché à l'accord des volontés.

L'article 26 du C.C.A.G. interdit formellement toute cession du marché, c'est-à-dire son exécution par une tierce personne. On peut opérer cette cession soit via la sous-traitance, soit en faisant apport du marché à une société, sans l'autorisation expresse de l'autorité compétente. Cependant deux situations sont à distinguer :

- La sous-traitance totale est strictement interdite par l'article 158 du décret du 20/03/2013, tandis que la sous-traitance partielle est autorisée sans nécessiter aucun avenant.
- La cession de la totalité ou d'une partie du patrimoine de l'entreprise titulaire du marché, à l'occasion d'une fusion ou d'une scission, exige que l'autorisation du maître d'ouvrage soit obligatoirement demandée.

§4- Le respect de la législation

Il s'agit en fait d'une responsabilité légale qui résulte des dispositions législatives et réglementaires (droit du travail, des assurances, civil...), et d'une responsabilité contractuelle qui est imposée par les stipulations contractuelles.

Section 2

La constatation des réalisations

La constatation de l'avancement des travaux entraîne l'établissement des actes par lesquels le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve et la production des décomptes afin de procéder aux mandatements des sommes dues.

§1- Les approvisionnements

Ce sont des matériaux achetés par l'entrepreneur et effectivement livrés, c'est-à-dire que leur présence sur le chantier est obligatoire. Ces approvisionnements sont nécessaires à l'exécution des ouvrages et donnent lieu à un prix unitaire.

§2- Les attachements

Les opérations de surveillance réalisées donnent lieu à l'établissement d'écrits dénommés attachements.

L'article 56-A-1 du C.C.A.G. définit les attachements comme la constatation sur place de l'avancement des travaux à partir des éléments circonstanciels et quantitatifs relatifs aux travaux exécutés et des approvisionnements réalisés. Ils sont établis au fur et à mesure de l'avancement des travaux, s'agissant de travaux exécutés suivant les pratiques du génie civil. La constatation selon l'avancement des travaux est justifiée par le fait que ces travaux ne peuvent être constatés qu'en cours de construction et dans un temps opportun, avant que le stade d'avancement ultérieur du chantier n'en enlève la possibilité. Sur le vu de ces attachements, des réceptions provisoires partielles peuvent être prononcées.

En cas de mise en régie, il faut établir un attachement contradictoire des travaux exécutés, au moment du commencement de la régie. Le cas de la résiliation est plus compliqué. En effet, si l'entrepreneur en prend l'initiative et adresse une demande de résiliation en vertu d'une clause contractuelle, l'administration doit faire établir un attachement contradictoire dès la réception de la demande.

En cas d'inertie de l'administration ou si elle refuse d'établir l'attachement, l'entrepreneur doit épuiser les recours internes en adressant une mise en demeure avant d'ester en justice.

A. La procédure des attachements

Elle consiste à examiner si l'entrepreneur peut prétendre à un règlement définitif ou provisoire résultant de la nature de la constatation des travaux : travaux terminés ou non terminés, approvisionnements.

L'attachement est une constatation effectuée contradictoirement entre l'agent chargé par le maître d'ouvrage de la surveillance des travaux et l'entrepreneur. C'est cet agent qui est désigné pour convoquer l'entrepreneur ou son représentant afin d'établir un attachement. En cas de refus de l'entrepreneur d'assister ou de se faire représenter, les attachements effectués en son absence sont considérés contradictoires.

Si l'entrepreneur assiste et refuse de signer les attachements ou s'il les signe et émet des réserves, un procès-verbal doit être dressé par l'agent chargé du suivi des travaux et joint aux pièces non signées ou signées avec réserves. L'article 56-A-5-a du C.C.A.G. accorde à l'entrepreneur quinze (15) jours à partir de la présentation des pièces pour formuler par écrit ses observations. Passé ce délai et sauf prescriptions particulières, les attachements sont réputés acceptés par lui. Dans le cas où l'agent chargé du suivi n'établit pas d'attachement, le C.C.A.G. donne l'initiative à l'entrepreneur, qui arrête lui-même les attachements et les présente au maître d'ouvrage, lequel dispose d'un délai de quinze (15) jours pour accepter ou présenter des attachements rectifiés. Après ce délai et en l'absence d'une réponse, les attachements sont réputés acceptés par l'administration.

B. La portée de l'attachement

Pour l'administration, l'attachement ne vaut pas, par lui-même, une acceptation de la conformité des travaux dont elle constate l'exécution. L'agent chargé de la surveillance peut demander à l'entrepreneur de procéder aux modifications qui s'imposent afin que les attachements soient mis en conformité avec les stipulations contractuelles. Une fois cette conformité acquise, les attachements sont acceptés par le maître d'ouvrage et pris en compte dans les décomptes.

Pour l'entrepreneur, l'acceptation des attachements concerne d'une part les quantités, d'autre part les prix. Lorsque l'acceptation est émise avec des réserves relatives aux prix, l'entrepreneur doit formuler par écrit ses réserves dans un délai de dix (10) jours à compter de la présentation.

§3- Les situations de travaux

C'est une constatation de l'état d'avancement des travaux exécutés suivant les pratiques du bâtiment. Les situations sont prises à la diligence de

l'entrepreneur qui doit les établir et les remettre périodiquement au maître d'ouvrage pour vérification. Ce denier dispose d'un délai d'un mois pour apporter des rectifications ou pour donner son accord. Après l'expiration de ce délai, la situation est considérée comme acceptée par le maître d'ouvrage. L'entrepreneur doit renvoyer la situation rectifiée dans un délai de quinze (15) jours, sauf stipulation exceptionnelle prévue au C.P.S.

Si l'entrepreneur ne prend pas l'initiative d'établir la situation, le maître d'ouvrage procède à son établissement d'office aux frais de l'entrepreneur.

§4- Les décomptes

Le décompte est un écrit qui reflète la constatation matérielle des travaux exécutés. Il fixe les quantités des matériaux utilisés pour les travaux ainsi que les prix déterminés par le C.C.A.G. selon la nature et le contenu des prix.

Le décompte provisoire : pour pouvoir prétendre à un paiement, un décompte provisoire doit être établi, dans un délai n'excédant pas en principe un (1) mois après la date de l'acceptation des attachements par l'entrepreneur ou des situations par le maître d'ouvrage. En vertu de l'article 41 C.C.A.G.-E.M.O., « Selon la cadence prévue pour le versement des acomptes, **le maître d'ouvrage établit des décomptes provisoires** dans un délai n'excédant pas un (1) mois à partir de la date de la demande d'acompte présentée par le titulaire », mais dans la pratique et avant la fin de chaque mois, le titulaire remet sa demande de paiement mensuelle au maître d'œuvre, sous la forme d'un projet de décompte. Ce projet de décompte établit le montant total des sommes auxquelles il peut prétendre du fait de l'exécution du marché depuis son début. Ce montant est établi à partir des prix initiaux du marché, mais sans actualisation ni révision des prix et hors T.V.A. Le projet de décompte mensuel est donc établi dans un premier temps par l'entrepreneur est accepté ou rectifié par le maître d'œuvre ; il devient alors le décompte mensuel.

Il s'agit en fait d'un projet de décompte, accepté ou refusé par le maître d'œuvre, qui devient le **décompte provisoire** et qui débouche sur **un acompte mensuel** suivant un état dressé par le maître d'œuvre. Une copie en est transmise à l'entrepreneur dans un délai n'excédant pas quinze (15) jours à partir de son établissement.

Le décompte mensuel comprend, en tant que de besoin, les différentes parties suivantes :

- les approvisionnements ;
- les travaux exécutés ;

- les paiements antérieurs ;
- les indemnités, pénalités, intérêts moratoires, primes et retenues autres que la retenue de garantie ; et éventuellement :
- les avances ;
- les remboursements des dépenses incombant au maître de l'ouvrage dont l'entrepreneur a fait l'avance ;
- le montant à déduire, égal à l'excédent des dépenses faites pour les prestations exécutées d'office à la place de l'entrepreneur défaillant sur les sommes qui auraient été réglées à cet entrepreneur s'il avait exécuté ces prestations.

Le décompte provisoire des travaux exécutés et des approvisionnements réalisés vaut procès-verbal de **service fait**, mais les éléments qui y figurent n'ont pas un caractère définitif et ne lient pas les parties contractantes, car le principe de l'indivisibilité du décompte implique que seul l'achèvement des travaux et l'établissement du solde détermine les obligations définitives des parties.

Cependant l'article 62-A-1 du C.C.A.G. prévoit la possibilité d'établir un décompte partiel et définitif si le maître d'ouvrage use du droit de prendre possession de certaines parties d'ouvrages avant l'achèvement complet des travaux, à condition que cette prise de possession soit précédée d'une réception provisoire partielle.

En vertu de l'article 41-3, le décompte provisoire ne devient définitif, et en conséquence intangible, qu'à compter de sa signature par le maître d'ouvrage, après transmission à l'entrepreneur dans un délai de quinze (15) jours.

La signature du décompte provisoire du marché, établi après vérification du service fait en vue de fixer la rémunération du cocontractant, vaut liquidation de la dépense ; sa transmission au comptable public entraîne le paiement des sommes dues au titulaire du marché. Le décompte provisoire, en principe signé par la personne responsable du marché, peut ainsi l'être par le titulaire de sa délégation de signature pour les actes d'ordonnancement et de liquidation de la dépense.

Le décompte définitif est une procédure contradictoire après l'achèvement des travaux qui aboutit à l'établissement d'un décompte définitif. En effet, conformément à l'article 62-6 du C.C.A.G., le maître d'ouvrage invite l'entrepreneur par un **ordre de service** à se présenter à ses bureaux pour prendre connaissance du décompte définitif et pour le signer. L'entrepreneur peut demander communication des métrés et des pièces justificatives et en faire des copies et des décomptes. Il en est de même pour les autres éléments pris en compte pour le règlement définitif du marché, tels que

les montants résultant de la révision des prix, les indemnités accordées le cas échéant, les pénalités encourues, les réfections et toute autre retenue. L'acceptation du décompte définitif entraîne l'acceptation par l'entrepreneur de tout ce qui y figure, y compris les quantités d'ouvrages exécutées et les prix qui leur sont appliqués. Il s'agit en fait d'une opération qui prépare le décompte définitif et général. Le décompte détermine aussi le montant total des sommes auxquelles peut prétendre l'entrepreneur du fait de l'exécution du marché dans son ensemble. A noter que le décompte définitif ne tient pas compte des approvisionnements et des avances.

En cas de refus de la part de l'entrepreneur de signer le décompte définitif, le maître d'ouvrage dresse un procès-verbal qui relate les circonstances de la présentation du décompte définitif.

Le décompte général et définitif, établi par le maître d'œuvre, fixe le montant total de l'exécution du marché. Le décompte définitif et général récapitule en détails les acomptes perçus ainsi que l'ensemble des éléments pris en compte pour le règlement définitif du marché. Le maître d'ouvrage peut, à partir de ces éléments, dresser un état du solde : le solde est égal au montant du décompte final diminué du montant du dernier décompte mensuel, majoré de l'effet éventuel de la révision des prix, ainsi que du montant de la T.V.A.

En vertu de l'article 62-7 sus-visé , le décompte général définitif doit être notifié quarante (40) jours au plus tard à partir de la date de notification de l'ordre de service invitant l'entrepreneur à prendre connaissance des décomptes définitifs et à signer ceux-ci pour acceptation.

L'article 62 du C.C.A.G. prévoit deux dispositions complémentaires. D'une part l'alinéa 3 implique que le décompte général et définitif ne lie le maître d'ouvrage qu'après son approbation par l'autorité compétente, dans la mesure où ce décompte va entraîner des engagements financiers. D'autre part l'alinéa 9 du dispose que le décompte définitif et général doit être notifié à l'entrepreneur par ordre de service dans un délai de trois (3) mois à partir de la date de la réception provisoire ou de la dernière réception provisoire en cas d'application d'une réception provisoire partielle. Cependant les décomptes partiels ne figurent pas dans le décompte général.

La réglementation qui régit les marchés publics n'a pas prévu de pénalités à l'encontre de l'entrepreneur en cas de non-observation des délais fixés pour l'envoi des projets et décomptes mensuels ou du décompte général. La réglementation française prévoit dans ce cas des pénalités par jour de retard.

Ainsi on peut constater que chaque marché doit donc avoir un et un seul décompte général et définitif. Mais si le marché est alloti, il faut un D.G.D. par lot - et ce, même si on a opté pour une réception globale : dans ce cas, les projets de décompte sont remis simultanément et donnent lieu, selon la procédure définie par le cahier des charges administratives générales, à autant de D.G.D. Pour les marchés reconduits, un seul D.G.D. est à prévoir, à l'issue de l'exécution.

En effet, dans le cadre d'une opération allotie, le maître d'ouvrage dispose de deux possibilités : il peut prévoir une réception par lot ou une réception globale de l'ouvrage. La réception par lot permet à chacun des titulaires de mettre fin aux relations contractuelles et de faire courir les délais de garantie dès qu'il a achevé les prestations de son marché.

A l'inverse, si la réception globale est retenue par le maître d'ouvrage, les titulaires devront attendre l'achèvement complet de l'ouvrage pour qu'il soit mis fin aux relations contractuelles et que les délais de garantie puissent courir.

La réception globale prévue dans le cahier des charges n'implique cependant pas l'établissement d'un seul D.G.D. pour tous les lots. Les projets de décompte seront remis simultanément et donneront lieu, selon la procédure définie par le C.C.A.G., à autant de D.G.D.

En cas de marché reconductible, la reconduction ne fait pas naître un nouveau marché. En conséquence, les marchés reconductibles ne donnent lieu qu'à un seul D.G.D. à l'issue de leur exécution.

Section 3 **Les garanties juridiques**

La concrétisation de la réception des marchés publics de travaux a notamment pour effet de marquer le point de départ des responsabilités et des garanties légales de l'entrepreneur des travaux.

Ces garanties sont notamment la garantie de parfait achèvement (article 67 du C.C.A.G.), la garantie de bon fonctionnement (article 769 du code civil) et la garantie décennale (article 769 du code civil).

§1- La garantie décennale

Ces garanties s'appliquent dès lors que les travaux sont réalisés par une entreprise et protègent le maître d'œuvre contre les vices et malfaçons affectant le sol, le bâtiment et le non conformité à certaines normes obligatoires.

Toute entreprise dont l'objet est la réalisation de tels travaux a pour obligation légale de souscrire une assurance décennale.

§2- La responsabilité du constructeur

Elle est engagée sur les malfaçons qui compromettent la solidité et l'étanchéité d'un édifice, ou le rendent impropre à l'usage auquel il est destiné. Ainsi, gros œuvres, charpente, escaliers, canalisations, plafonds sont concernés par cette garantie ; par extension, les tribunaux considèrent que les travaux importants de rénovation ou d'aménagement sont également couverts par la garantie : charpente, toiture, installation de chauffage, piscine, véranda, ravalement de façade important, réfection du carrelage... ainsi que tous travaux portant sur des éléments liés aux ouvrages de base de la construction et ceux qui affectent la solidité du bâtiment.

Cette garantie est valable pour une période de dix (10) ans et concerne les **vices cachés** et les malfaçons de l'ouvrage. Autrement dit, **les vices apparents** qui n'ont pas fait l'objet de réserves de la part du pouvoir adjudicateur, au moment de la réception de l'ouvrage, **ne relèvent pas de cette réglementation**.

La notion de « constructeur », est définie par l'article 769 du code civil et concerne notamment: « l'architecte ou ingénieur et l'entrepreneur chargés directement par le maître » ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage.

§3- Le délai d'action en garantie

Conformément à l'article 769§3 du code des obligations et des contrats, le délai d'action en garantie décennale commence à courir « à compter du jour de la réception des travaux » et expire dix (10) ans plus tard, que le jour soit chômé ou férié. Le délai de garantie décennale n'est ni un délai franc, ni un délai de procédure.

Afin d'éviter toute surprise, il faut s'assurer **avant la signature d'un contrat**, et au moins avant le début des travaux, que l'entreprise sollicitée est bien à jour des paiements de ses **primes d'assurances**. Les entreprises sont tenues d'offrir à l'administration **un certain nombre de garanties** : décennale, biennale, de parfait achèvement, de livraison.

Si, à l'expiration du délai de garantie, l'entrepreneur n'a pas procédé à l'exécution des travaux et prestations prévus pendant la période de garantie, le délai de garantie peut être prolongé par décision de l'autorité signataire du marché jusqu'à l'exécution complète des travaux et prestations ; ce qui

implique une procédure écrite afin de garder une traçabilité de toutes les démarches effectuées dans ce sens.

§4- La garantie de parfait achèvement

C'est une garantie contractuelle prévue par l'article 66 du C.C.A.G.-Travaux. Pendant le délai de garantie, l'entrepreneur est tenu à une obligation dite « **obligation de parfait achèvement.** »

Cette garantie est la plus étendue : elle couvre tous les désordres et imperfections, mais cette garantie ne s'étend pas aux dommages résultant des effets de l'usure normale ou de l'usage de l'ouvrage.

C'est aussi la plus brève : le délai de garantie est égal à la durée comprise entre la réception provisoire et la réception définitive. Elle ne joue en principe que durant une (1) année et elle est seulement de six (6) mois pour les travaux d'entretien ou des terrassements si le C.P.S. le prévoit.

Cette garantie n'est due que par l'entrepreneur. Les obligations auxquelles est tenu l'entrepreneur correspondent en principe à celles de ses engagements initiaux et par voie de conséquence le maître d'œuvre n'est pas soumis à cette garantie. En effet il s'agit d'une responsabilité objective.

DEUXIEME PARTIE

Le cadre financier des marchés publics

Assurer un montage financier nécessaire à l'exécution d'un contrat est une opération périlleuse, notamment quand il s'agit de l'exécution d'un marché public qui nécessite la mobilisation de fonds importants.

Le titulaire du marché a besoin des ressources, tant pour alimenter sa trésorerie et son fonds de roulement que pour obtenir les cautions et les garanties nécessaires. Dans ce cas, et afin de mener l'opération à son terme, il peut faire appel à des organismes financiers qui accordent des avances en contrepartie d'une cession des créances du titulaire du marché, ainsi que les garanties nécessaires.

Au fur et à mesure de l'avancement des travaux et selon le degré de leur exécution, les ordres de paiement et les factures relatives à ces constats sont transmis au maître d'ouvrage, puis au comptable pour paiement. Seuls sont autorisés les acomptes versés pour des travaux réellement exécutés ou pour des fournitures effectivement livrées. Tout retard constaté dans **l'exécution** ou le **paiement** des prestations est sanctionné. Il s'agit en fait d'engagements réciproques entre le titulaire du marché et le maître d'ouvrage.

Le cadre financier des marchés publics recouvre donc quatre domaines : le financement des marchés, les garanties, le paiement et les sanctions financières.

Chapitre I

Le financement des marchés publics

Les ressources que le titulaire du marché entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché peuvent être de différentes natures : ce sont soit des fonds propres, c'est-à-dire un apport personnel, soit des ressources extérieures, qu'elles soient publiques ou privées, ou encore des contributions des usagers.

La réglementation en vigueur prévoit des mesures en faveur du titulaire du marché qui lui permettent de commencer les travaux sans qu'il subisse une crise de trésorerie. Ces mesures ont pour objectif de faciliter et de garantir l'octroi de fonds par les banques et de permettre éventuellement le concours de l'administration.

Les règlements des prestations exécutées par l'attributaire ne sont pas immédiats et, pour financer ces décalages de trésorerie, les banques peuvent intervenir par un préfinancement. Ce dispositif d'avances permet de financer l'exécution du marché dans de bonnes conditions.

Section 1

Le financement bancaire

L'intervention du système bancaire dans le financement des entreprises chargées d'exécuter un marché public se fait de plus en plus, notamment quand l'opération nécessite des capitaux dont le titulaire du marché ne peut pas disposer. Le rôle de la banque, dans ce cas-là, est d'apporter le concours financier indispensable à l'exécution et à l'achèvement du projet dans des conditions normales.

Les banques peuvent intervenir au profit du titulaire du marché dans le cadre d'un nantissement ou au profit de l'administration dans le cadre d'un crédit documentaire.

§1- Le nantissement

Le paiement d'une prestation ne peut pas être effectué immédiatement. Il ne peut intervenir qu'après l'exécution de la prestation, c'est-à-dire l'accomplissement du service fait, selon une règle de comptabilité publique. En conséquence le paiement n'est effectué que plus tard, après la transmission des pièces justificatives au comptable.

Pour faire face à des dépenses de courte durée, la banque accorde à l'entreprise des facilités de caisse. Cependant, quand les dépenses liées à l'exécution du marché dépassent la capacité financière de l'entreprise, le recours à des fonds avancés par la banque reste un procédé inéluctable.

C'est un préfinancement effectué par un organisme financier agréé au profit de l'attributaire d'un marché public et un moyen pour l'entreprise de se procurer des liquidités immédiates. Sur le plan financier, cette opération se traduit par une avance de fonds à l'entrepreneur ou au prestataire de service, mais sur le plan juridique cette procédure se matérialise par un nantissement des créances au profit de la banque.

Le **nantissement** de créance est **le contrat** par lequel le titulaire du marché public donne en gage à un établissement bancaire la créance qui résultera de l'exécution du marché public, en échange de quoi l'établissement bancaire le financera. **La cession** de créance est **la convention** par laquelle le titulaire du marché public transmet sa créance résultant de l'exécution du marché à un tiers, qui est l'organisme prêteur par le biais du comptable public.

Les acteurs de cette opération sont **le cédant**, c'est-à-dire le débiteur cédé, qui n'est que le titulaire du marché, le **cessionnaire**, qui est l'organisme financier et enfin le **comptable assignataire** qui prend en charge le versement des montants ordonnancés par l'ordonnateur à la banque.

Les paiements relatifs à l'exécution du marché, c'est-à-dire les créances que l'entrepreneur ou le fournisseur détient sur le maître d'ouvrage au titre du marché, constituent des titres de créances futurs et réels qui peuvent servir de gage pour la banque. L'entreprise cède ses créances à son banquier à cet effet. C'est le moyen par lequel la banque obtient une garantie.

Le financement des marchés publics par le biais de la cession de créance à titre de garantie se réalise donc selon un processus facile, mais il est assujéti à certaines formalités simples.

La procédure consistant à céder des créances, dite nantissement, est prévue par le dahir du 28 août 1948, modifiée par les dahirs du 31 janvier 1961 et du 29 octobre 1962 et par la circulaire du 796/SGP du 15 avril 1953, qui organisent les procédures spécifiques relatives à l'affectation des marchés en nantissement.

A. Le principe : l'article 1^{er} du dahir du 28 août 1948 prévoit que tout préfinancement accordé par un organisme de crédit à un titulaire d'un marché de l'État, des collectivités locales et des établissements publics engendre au profit de cet organisme financier la cession ou le nantissement par le titulaire de toute créance née ou à naître de l'exécution d'un marché répondant à la définition de l'article 4-13 du décret du 20/03/2013.

En effet, les marchés constituent des titres de créances futures et peuvent être donnés comme gage pour obtenir des crédits bancaires. Cela signifie qu'un marché qui n'est pas encore approuvé ne peut pas faire l'objet d'un nantissement, dans la mesure où le contrat n'est valable et définitif qu'après son approbation.

B. La procédure : pour son efficacité, la cession de créance nécessite l'accomplissement de certaines formalités :

- la remise de l'exemplaire unique certifié conforme du marché qui constitue en fait un instrument de preuve, et qui constate la créance ;
- la notification du nantissement au comptable assignataire.

L'article 2§2 du dahir du 28 août 1948 prévoit que l'autorité qui a traité avec l'entrepreneur ou le fournisseur remet à celui-ci un exemplaire spécial du marché. Il s'agit en fait d'une copie certifiée conforme, revêtue d'une mention dûment signée, qui constitue l'exemplaire remis par l'autorité compétente, où est clairement indiqué que cette pièce formera titre en cas de nantissement. Selon les termes de la circulaire 796/ S.G.P. du 15 avril 1953, la certification de conformité et l'attestation de délivrance en un unique exemplaire seront assurées par l'autorité qui a signé le marché ou par ses représentants préalablement accrédités auprès du comptable

assignataire, ceci afin d'éviter que le même marché soit présenté en garantie à plusieurs banques. Il ne s'agit pas de délivrer l'original du marché qui constitue l'unique copie du marché approuvé par l'autorité compétente, mais d'un exemplaire spécial certifié conforme de l'original. On peut délivrer « autant d'exemplaires que de comptables », selon les termes de l'article 2§3 du dahir du 28 août 1948. Cette copie, qui doit porter une mention indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de la notification du nantissement de créance, est remise par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur. L'exemplaire certifié conforme établit le montant de la créance et permet de présenter le marché à un seul et unique organisme financier.

Dans le cas où le marché désigne plusieurs comptables chargés du paiement, il est délivré à chacun d'eux un exemplaire portant la mention qui indique qu'il est le seul destiné à former titre entre les mains de tel comptable expressément désigné. Le comptable doit s'assurer que l'acte de nantissement ainsi que le marché précisent le montant des travaux qui sont nantis et assignés sur sa caisse.

Aussi, quand l'exécution du marché est confiée à un groupement conjoint d'entrepreneurs et que chacun d'eux fait l'objet d'un paiement direct, le même cantonnement de l'exemplaire spécial est pratiqué. Mais si le groupement est un groupement solidaire, l'exemplaire spécial est délivré seulement au mandataire.

L'article 2 du dahir 28 août 1948 dispose que chaque marché doit indiquer obligatoirement le comptable assignataire auprès duquel les crédits sont assignés. A cet effet l'article 3 du dahir susvisé spécifie que les nantissements et les subrogations doivent être faits, à peine de nullité, entre les mains du comptable assignataire, c'est-à-dire du comptable chargé du règlement des factures et des décomptes et habilité à apposer la mention « vu, bon à payer ou à virer. »

Une facture ne peut en aucun cas se substituer à l'exemplaire unique. A cet effet, l'identification d'une créance cédée au moyen d'une facture transmise à un comptable public avec un bordereau comportant l'ensemble des mentions légales ne suffit pas à établir la réalité de l'exécution de la prestation que seule permet la délivrance de l'exemplaire unique du marché public.

Le nantissement est notifié par le cessionnaire titulaire du gage au comptable assignataire, par lettre recommandée avec accusé de réception. L'acte de nantissement est émis en triple exemplaire accompagné d'un exemplaire spécial. Cette lettre indique au comptable qu'il doit cesser tout règlement au

titulaire du marché au titre de la créance désignée, pour virer dorénavant à l'organisme financier prêteur les sommes revenant au titulaire du marché.

Dès la réception du pli recommandé, le comptable doit constater si des paiements ont été effectivement effectués ou non, ou si la créance n'est pas frappée par des oppositions ou autres empêchements. Dans le cas d'un paiement déjà effectué, l'avance octroyée par la banque à l'entreprise correspond au reliquat restant du montant du marché.

L'attention du comptable est attirée sur le fait qu'aucun « grattage ni surcharge » n'est autorisé sur l'acte de nantissement. Les corrections doivent intervenir « sous forme de mentions séparées, approuvées et signées » par l'autorité compétente et l'attributaire du marché.

Le comptable dispose d'un délai « de deux jours ouvrables qui suivent celui de la réception de la lettre recommandée » pour retourner le nantissement à la banque, soit par l'acceptation du nantissement, soit par le rejet de l'acte, et dans ce cas-là il doit préciser les motifs du rejet.

Le nantissement n'est opposable au tiers qu'à partir du moment où sont accomplies des formalités qui consistent dans la signification de l'acte de nantissement. Dans la pratique, cette signification est très importante et lourde de conséquence, dans la mesure où, en rendant la cession opposable aux tiers, l'organisme financier prêteur peut se prémunir de toute éventualité qui vient le surprendre. Ces tiers à qu'il s'agit d'opposer le nantissement, c'est d'abord le débiteur cédé qui, tant qu'il n'est pas officiellement prévenu, est en droit de payer celui qui croit être son créancier, c'est-à-dire le cédant, et de s'opposer aux poursuites du cessionnaire.

Dans le cadre d'une gestion saine et afin d'éviter tout rejet éventuel, le cessionnaire est appelé à faire opérer la signification avec la plus grande célérité. A cet effet, il faut que l'exemplaire unique comporte **toutes les clauses**, notamment, les clauses obligatoires relatives à l'objet du marché, les parties contractantes, les modalités de paiement, le comptable assignataire en tant que tiers détenteur, l'affectation du marché en nantissement, ensuite les **visas réglementaires** qui portent sur le visa du contrôleur des engagements de dépenses, l'approbation du marché par l'autorité compétente, les droits d'enregistrement, dans la mesure où le marché ainsi que l'acte de nantissement sont assujettis à des droits d'enregistrement, et enfin **les mentions** apposées sur le marché qui spécifient qu'il s'agit de l'unique exemplaire destiné à former titre entre les mains du comptable, et que le document est un document certifié conforme à l'original avec la mention suivante « Dahir du 28 août 1948. »

De même, les organismes financiers doivent adresser leurs significations au **comptable censé être assignataire** : pour les collectivités locales il faut envoyer le nantissement à un receveur communal ; quand il s'agit d'un sous-ordonnateur, l'acte est à notifier à un trésorier préfectoral ou provincial ; lorsque l'autorité compétente est un ordonnateur, c'est-à-dire un ministre, le comptable assignataire, dans ce cas, est le trésorier ministériel concerné. En ce qui concerne les S.E.G.M.A. et les établissements publics, chaque entité a son comptable respectif et la notification doit être remise entre les mains du comptable de l'entité.

Il existe cependant une autre procédure prévue par l'article 3 du dahir de 1948 qui prévoit la notification du nantissement par un acte extrajudiciaire. C'est une procédure longue, coûteuse et compliquée, c'est pourquoi elle n'est pas utilisée, pour ne pas dire qu'elle est tombée en désuétude.

Si le titulaire du marché est un groupement (articles 4 et 157 du décret du 01/07/2013), un exemplaire unique est délivré au mandataire, lorsque les entrepreneurs ou fournisseur groupés sont solidaires. En revanche, quand il s'agit d'un groupement conjoint, un exemplaire unique est délivré à chacun des cotraitants si les règlements sont effectués à compte ouvert au nom de chacun d'eux ; en revanche, un seul exemplaire unique est délivré au nom du groupement si les règlements sont effectués à un compte unique.

L'article 57-4 du C.C.A.G. exige qu'en cas de nantissement, la copie du décompte transmise à l'entrepreneur doit être accompagnée d'une attestation de **droits constatés** signée par le maître d'ouvrage. En vertu de la circulaire n° 796.SGP du 15-04-1953, cette attestation est un « document par lequel la collectivité contractante reconnaît d'une façon expresse et précise la créance de l'entreprise traitante. Ce document, qui engage la responsabilité de la collectivité, doit être établi en prenant pour base les décomptes provisoires. »

En effet, le principe de droit constaté signifie que les opérations sont décrites en comptabilité **dès la naissance des droits et obligations** affectant le patrimoine, et ce par opposition au principe "**des droits au comptant**", dans laquelle **les opérations financières ne sont décrites qu'autant qu'elles entraînent un mouvement de trésorerie** (encaissement - décaissement).

Or, bien souvent, l'acte de nantissement est transmis avant même le commencement des travaux, en conséquence l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur ne peut que constater le montant initial du marché ou éventuellement le montant du décompte émis. Sa responsabilité est donc limitée, dans la mesure où les virements au profit de la banque sont effectués

par le comptable assignataire qui est le véritable responsable vis-à-vis de la banque.

C. Les effets : l'organisme de crédit bénéficiaire d'un nantissement encaissera seul le montant total de la créance ou la part de la créance qui lui a été cédée. Aussi, et sauf stipulation contraire, la cession des créances nées d'un marché public a pour effet de transmettre à l'établissement bancaire, à la date de remise des bordereaux, les créances en principal comme les droits qui y sont attachés, y compris les intérêts moratoires.

Cependant, si le solde du décompte général est négatif, le comptable n'a pas cette obligation de payer résultant de la cession de créance, dans la mesure où le cédant, l'attributaire du marché en l'occurrence, ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en détient. Dans ce cas, la banque n'a pas d'autre recours que de se retourner contre lui devant le juge.

La cession de créances sur les paiements a pour effet l'obligation pour le comptable de verser le montant du décompte ou de la facture au cessionnaire ; en conséquence il y a un engagement de sa responsabilité personnelle et pécuniaire, d'où la nécessité d'éviter les risques d'erreur.

Cependant un problème essentiel reste sans réponse : le titulaire du marché peut-il céder les créances d'une partie du marché sous-traitée ? Le sous-traitant peut-il exiger du comptable le paiement des sommes correspondant au travail qu'il a exécuté à une banque s'il souhaite lui aussi céder ses créances ? L'articulation de la cession de créance et d'une sous-traitance mise en place en cours d'exécution du marché révèle qu'aucune précaution prise par le code des marchés publics n'a été prévue pour sauvegarder les droits des sous-traitants.

En effet la combinaison de l'article 158§6 du décret du 20/03/2013 et de l'article 8 du dahir du 28 août 1948 montre qu'il n'existe aucun lien juridique entre le maître d'ouvrage, le comptable et le sous-traitant ; en conséquence aucun paiement ne peut être effectué ni au sous-traitant ni à une banque cessionnaire.

Ainsi, dans le cas où l'entrepreneur a nanti l'intégralité de son marché, et en cas d'insolvabilité, le banquier cessionnaire des créances de l'attributaire du marché jouit d'une primauté sur le sous-traitant.

Nous pensons qu'il est nécessaire de combler ce vide juridique afin que l'entrepreneur ne puisse nantir qu'à hauteur des travaux qu'il effectue personnellement, et qu'en cas de nantissement avant la sous-traitance, l'entrepreneur doit avertir son banquier, le maître d'ouvrage ainsi que le

sous-traitant car tous les partenaires de l'entrepreneur doivent disposer d'un droit à l'information sur les conditions d'exécution du marché.

On s'interroge cependant sur la possibilité pour le sous-traitant, qui a été par ailleurs accepté par le maître d'ouvrage, de nantir à concurrence de la part sous-traitée et qu'il exécute personnellement. L'absence de lien juridique entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, mais aussi l'impossibilité d'effectuer le paiement direct par le comptable au sous-traitant, empêche toute possibilité d'appliquer la procédure de nantissement suivie par le titulaire du marché.

En cas de dépôt de bilan, le cessionnaire est un créancier privilégié de l'entrepreneur et ses droits, selon l'article 8 du dahir du 28 août 1948, ne sont primés que par quatre catégories de privilèges prévus par l'article 1248 du D.O.C. :

- les frais funéraires ;
- les frais de dernière maladie du redevable ;
- les créances résultant de la dot de l'épouse et du don de consolation (Mout' à) المتعة, ainsi que celles résultant de la pension alimentaire due à l'épouse, aux enfants et aux parents ;
- le privilège des frais de justice ;
- le privilège résultant au profit des ouvriers, prévu par l'article 1248§4 du D.O.C., et en faveur des fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, prévu par l'article 490 du code de procédure civile, à condition que ce privilège ait préalablement fait l'objet de la signification du nantissement, d'une inscription au greffe du tribunal de première instance du domicile de l'entrepreneur ;
- le privilège accordé au porteur de warrant prévu par l'article 349 de la loi 15-95 formant code de commerce ;
- les privilèges conférés au Trésor pour les impôts directs et taxes assimilées.

En effet le principe du privilège du Trésor est un dispositif qui doit être clarifié face à certaines dispositions législatives. L'article 365 de la loi n° 15-95 formant code du commerce accorde au profit du créancier nanti un privilège qui «s'exerce à l'encontre de tout créancier hypothécaire, et par préférence au privilège du Trésor, au privilège de la Caisse nationale de Sécurité sociale et des Caisses de Crédit agricole, au privilège du vendeur du fonds de commerce à l'exploitation duquel est affecté le bien grevé, ainsi qu'au privilège du créancier nanti sur l'ensemble dudit fonds.»

Cette disposition a été reprise dans le cadre de l'article 107 de la loi n° 19-97 formant code de recouvrement des créances publiques, qui prévoit que le privilège du Trésor s'exerce avant tous autres privilèges à **l'exception**,

entre autres, « du privilège du créancier nanti en application de l'article 365 de la loi n° 15-95. »

A contrario, dans le cadre du nantissement des marchés publics, le dahir du 28 août 1948 a exclu les marchés publics du régime du droit commun en prévoyant dans son article 8 que «les privilèges conférés au Trésor pour le recouvrement des impôts directs et taxes assimilées priment sur les droits des bénéficiaires des nantissements ou des subrogations.»

En effet le Trésor public dispose d'un privilège spécial qui découle des dispositions de l'article 106 du code de recouvrement, qui lui permet d'exercer ce privilège sur les revenus ayant fait l'objet d'un transport ou d'une cession. C'est donc « un privilège assorti d'un véritable droit de suite qui permet au comptable d'appréhender les revenus en quelque main que se passe. » En outre l'article 107 du code de recouvrement prévoit que « Les privilèges des impôts et taxes s'exercent avant tous autres privilèges », selon les termes de l'Instruction relative au recouvrement des créances publiques du mois de mai 2001.

L'avis de la commission des marchés n° 87-IGSA du 28-07-2004 confirme cette position : «Il en découle **qu'à défaut d'abrogation expresse** ni par les dispositions de la loi n° 15.95 formant code du commerce ni par celles de la loi n° 15-97 formant code de recouvrement des créances publiques, le dahir du 28 août 1948 est toujours en vigueur, et de ce fait **les privilèges conférés au Trésor pour les impôts directs et taxes assimilées priment sur les droits des bénéficiaires des nantissements des marchés publics** et ce conformément à l'article 8 dudit dahir.»

D. Le rôle du comptable : la banque transmet le bordereau de nantissement au comptable. Ce dernier l'examine et procède aux contrôles d'usage prévus par l'article 42 du décret royal du 21 avril 1967 portant règlement général de comptabilité publique, notamment quant à la régularité de l'acte de nantissement ; le cas échéant il formule ses observations et rejette l'acte de nantissement. En cas d'acceptation de la notification du nantissement, le comptable mentionne si des prestations ont été déjà réglées, si le marché a été soldé ou si aucun paiement n'a été effectué.

Concrètement, le comptable prend en considération la date d'effet du bordereau indiqué dans la notification. Tous les règlements de prestations et autres oppositions de droit commun antérieurs à la notification sont valables à partir du moment où il n'a pas eu connaissance de l'acte de nantissement des créances et que ces créances ne sont pas privilégiées. Cependant, si ces créances (prestations ou oppositions) n'ont pas encore été exécutées par lui, elles sont primées par le nantissement de créances

à effet antérieur, même si la notification a été effectuée postérieurement à la signification de l'opposition ou à la remise de l'ordre de paiement, sauf si le titre de paiement est revêtu de la mention datée « vu - bon à payer », et ce en vertu de l'article 42 du décret royal du 21 avril 1967 qui dispose que les notification des oppositions ou autres significations « ne peuvent avoir d'effet que si elles interviennent avant que le titre de paiement ait été revêtu par le comptable de la mention datée « **vu - bon à payer.** »

L'établissement de crédit peut requérir du comptable un état détaillé des significations reçues selon les termes de l'article 43 du décret du 21 avril 1967 susmentionné : « Le comptable assignataire est tenu de remettre aux parties intéressées, **sur leur demande**, un extrait ou un état des dites oppositions ou significations ».

Dans l'éventualité d'une pluralité d'oppositions, le comptable devrait en principe sursoir le paiement et attendre soit une solution amiable, soit un jugement rendu par le juge.

§2- Le crédit documentaire

L'administration est amenée à effectuer des achats hors du Maroc. A cet effet, la procédure préconisée pour le règlement de ces achats est le recours à la procédure du crédit documentaire.

Le crédit documentaire s'insère dans le cadre des rapports que nouent l'administration et un fournisseur de part et d'autre d'une frontière. C'est une relation commerciale qui s'exécute par le biais de deux banques : l'une au Maroc - c'est la banque émettrice - et l'autre dans le pays du fournisseur - c'est la banque notifiative - ceci afin de faciliter le règlement des achats à l'étranger.

C'est l'opération par laquelle une banque (la banque émettrice) s'engage d'ordre et pour compte de son client importateur (le donneur d'ordre) à régler à un tiers exportateur le (bénéficiaire) dans un délai déterminé, via une banque intermédiaire (la banque notifiative), un montant déterminé contre la remise de documents strictement conformes justifiant la valeur et l'expédition des marchandises.

Pour comprendre tout l'intérêt du crédit documentaire, il est nécessaire de rappeler que les achats hors Maroc effectués par l'administration sont payés souvent par le biais d'une banque marocaine en faveur du fournisseur. Le financement d'un marché contracté avec un fournisseur étranger suppose que la banque émettrice se substitue à l'administration pour garantir le

règlement du montant de l'achat, ce qui permet à l'administration de différer éventuellement le décaissement des fonds.

En effet les banques maîtrisent bien les mécanismes des relations commerciales internationales, du simple virement jusqu'à la lettre de garantie stand by en passant par la traite avalisée ou le crédit documentaire. Elles appréhendent mieux les risques économiques, financiers, commerciaux et politiques, mais sont aussi en mesure de négocier le moyen de paiement approprié.

Il s'agit donc d'un écrit par lequel une banque accrédite un tiers jusqu'à concurrence d'une somme déterminée et pour une certaine durée auprès d'une de ses agences ou d'un de ses correspondants.

Ainsi, le crédit documentaire permet de faciliter et d'assurer la bonne exécution de l'opération et le règlement du contrat d'un marché public entre l'administration et un exportateur étranger de nationalités différentes. Les banques des deux partenaires, maître d'ouvrage et fournisseur, cautionnent leur client respectif, ce qui limite le risque de livraison non payée, ou de marchandise payée mais non livrée. Après la signature du contrat commercial entre un acheteur importateur et un vendeur exportateur, c'est à l'acheteur qu'il revient d'initier la signature du crédit documentaire en prenant contact avec sa banque qui répercute à une banque correspondante l'ouverture d'un crédit documentaire payable sur ses caisses. Le vendeur pourra retirer les fonds lorsque la banque aura réceptionné et reconnu en ordre les documents exigés.

Le mécanisme du crédit documentaire est réglementé par un ensemble de normes mises au point par la Chambre de Commerce internationale en 1933 par l'adoption d'un code des règles et usances uniformes de la Chambre de Commerce internationale relatives aux crédits documentaires. Ces règles sont revues régulièrement, à peu près tous les dix (10) ans, pour tenir compte des évolutions du commerce international.

Ainsi le code a été révisé en 1951, 1962, 1974, 1983. La précédente révision a eu lieu en 1994 (brochure 500). La commission bancaire de la Chambre de Commerce internationale a révisé ces Règles et Usances par décision du 25 octobre 2006 avec entrée en vigueur le 1er juillet 2007. Il s'agit de la publication n° 600 de la C.C.I. (R.U.U. 500 auparavant). Les principales modifications de cette nouvelle version des R.U.U. consistent en une simplification des principes applicables, le nombre d'articles des R.U.U. ayant d'ailleurs été réduit de 49 à 39. Il est toujours possible d'émettre une lettre de crédit soumise aux R.U.U. 500 de la C.C.I.

C'est là un trait original de cette institution et un instrument de travail qui sécurise les relations commerciales internationales entre les différents partenaires.

Le déroulement des opérations s'effectue en plusieurs étapes et entraîne l'implication de plusieurs acteurs, l'administration et son banquier, le fournisseur et sa banque. Cependant le nombre d'acteurs peut varier de trois à quatre acteurs, voire plus, selon l'opération et son envergure.

A. Le mécanisme du crédit documentaire : l'administration demande à sa banque de lui ouvrir un crédit au bénéfice du fournisseur selon les stipulations contractuelles. Elle convient avec sa banque du montant du crédit consenti, de sa durée et de l'opération que doit financer le crédit. La banque émettrice ouvre un crédit documentaire au bénéfice du fournisseur et transmet la lettre d'émission à une banque indiquée par le donneur d'ordre ou, en l'absence d'indication, à son correspondant afin de le notifier au fournisseur.

La deuxième phase consiste à envoyer la marchandise par le fournisseur à l'administration et les documents à sa banque notificative. C'est à partir de ce moment que la procédure de paiement commence. La banque notificative effectue le paiement au profit du fournisseur et la banque émettrice au Maroc règle la contrevaletur à cette banque. Les paiements bancaires internationaux s'opèrent par un jeu d'écritures entre les comptes des correspondants bancaires, connu sous le nom de jeu d'écritures «NOSTRO et LORO » ou « NOSTRO et VOTRO.» Le paiement des sommes dues est effectué par l'administration à sa banque par l'intermédiaire de la Trésorerie générale du Royaume.

Enfin il est procédé à l'envoi des documents par la banque étrangère à la banque marocaine. Cette dernière expédie à l'administration les documents relatifs à l'achat. Cette formalité constitue l'ultime étape de cette relation à l'échelle internationale et commence les relations entre l'administration et la banque émettrice.

B. La forme juridique du crédit documentaire

Selon les dispositions des articles 9 et 10 des Règles et Usances, trois types de crédit sont prévus : le crédit révocable, le crédit irrévocable et le crédit irrévocable et confirmé.

En effet la **lettre révocable** ne lie pas la banque au fournisseur étranger ou à la banque étrangère. Elle l'informe seulement qu'elle est chargée par l'administration de payer les traites, mais elle demeure libre de les payer

ou non. Elle n'est aucunement liée à l'exportateur. Les avantages en termes de sécurité sont bien moindres que dans l'hypothèse d'une lettre de crédit irrévocable.

La **lettre de crédit irrévocable** contient un engagement ferme de la banque à payer les traites dites « traites documentaires » qu'émettra le fournisseur étranger. Il s'agit en conséquence d'un engagement de la banque à l'égard de l'importateur. L'obligation de la banque ne peut pas être abolie par la volonté de l'administration qui prétendrait que la marchandise livrée ne serait pas conforme.

La lettre de **crédit irrévocable et confirmée** se distingue par une confirmation de la part de la banque émettrice. C'est une procédure utilisée quand la banque étrangère a des doutes sur la situation financière de la banque émettrice et la solvabilité de l'importateur.

C. Les liens entre l'administration et la banque

L'ouverture d'un crédit documentaire peut s'accompagner du dépôt d'un accreditif ou pas. En tout état de cause, l'administration doit engager la concurrence entre les différentes banques qui ont une surface financière et des correspondants à l'étranger afin de tirer avantage des frais financiers prévus.

C'est sur la base d'une convention entre l'administration et la banque que le crédit doit être réalisé. Trois points essentiels sont à respecter dans ce cas :

- la durée du financement doit correspondre à la durée d'amortissement du bien objet du crédit ;
- dans le mode de remboursement il faut prévoir une période de carence de remboursement ; en outre les remboursements doivent être conformes à la réalité économique constante en principal et en intérêts ;
- le montant des différentes commissions doit être négocié à l'avance : par exemple si le crédit est irrévocable et ferme il est utile d'éviter la commission de la confirmation.

La convention doit expliciter la nature du crédit, la date et le lieu de validité, le montant, les frais qui résultent de l'ouverture du crédit et de sa notification, et surtout une clause relative au paiement qui prévoit une période de carence (période de non paiement) au début du règlement des échéances par l'administration selon que le crédit est réalisable par paiement différé ou utilisable par acceptation.

§3- La Caisse marocaine des Marchés

Créée par arrêté du 29 août 1950, la Caisse marocaine des Marchés est un organisme public, mais elle a le statut d'une société anonyme de droit privé. Son capital est composé d'actions détenues majoritairement par l'État par le biais des banques marocaines à hauteur de 66% et d'une participation française de l'ordre de 34%. En matière de préfinancement son rôle est complémentaire à celui des banques. La caisse intervient selon des modalités bien précises et dans des domaines bien ciblés.

A. Les modalités d'intervention

La Caisse intervient dans le financement des marchés en faveur des petites et moyennes entreprises, soit par signature, soit par avances directes sur ses fonds propres.

1. L'apport d'une garantie : il s'agit d'une intervention par signature. La C.M.M. intervient en avalisant les billets souscrits par le bénéficiaire du crédit à l'ordre de son banquier. C'est un apport d'une garantie qui s'effectue soit par voie d'**acceptation**, soit par voie d'**aval**.

La signature sur les effets représentatifs des concours accordés par les banques peut prendre la forme de l'**acceptation** d'une traite tirée sur la Caisse par le client. L'établissement bancaire du titulaire du marché peut escompter auprès de Bank Al-Maghrib ses effets représentatifs.

Cette signature peut prendre la forme d'un **aval**, dans ce cas la C.M.M. examine les billets émis par le titulaire du marché.

Dans les deux cas, la part du risque assurée par la Caisse est matérialisée par la signature inconditionnelle donnée pour le compte du souscripteur du billet, d'où l'annulation du risque.

2. L'intervention par avances directes : la C.M.M. consent directement aux petites et moyennes entreprises des avances directes mises à la disposition des entreprises qui souscrivent, en contrepartie, un billet à vue à l'ordre de la Caisse.

La Caisse accorde des prêts sur ses fonds propres, dans la limite d'un plafond individuel d'un million de dirhams et d'un plafond global fixé actuellement à 28 millions de dirhams.

Pour pouvoir bénéficier de ces avances, les entreprises doivent avoir un chiffre d'affaires égal ou inférieur à 7 millions de dirhams, et le total du bilan doit être égal ou inférieur à 8 millions de dirhams.

3. Le nantissement : la Caisse accorde des crédits aux entreprises pour l'exécution des prestations dans le cadre d'un marché public. C'est une mission classique qui s'effectue selon la procédure légale des nantissements déjà évoqués (*supra* §1).

B. Les domaines d'intervention : en ce qui concerne la nature des opérations menées par la Caisse, les interventions s'étendent aux crédits qui tiennent compte des besoins de trésoreries des entreprises. Ceci facilite les concours bancaires qui sont les crédits de préfinancement, les crédits de mobilisation et les crédits d'accompagnement.

- **Crédit de préfinancement** : le préfinancement est destiné à l'entreprise avant que les approvisionnements ou les travaux exécutés ouvrent droit à paiement, par les moyens de trésorerie nécessaires au financement des découverts afférents aux opérations réalisées avec le secteur public. La garantie et les crédits accordés varient selon l'importance et la nature des opérations à financer, mais ils ne dépassent jamais le montant des paiements prévus pour une durée de douze mois, avec une possibilité de reconduction si l'exécution du marché dépasse une année.
- **Crédit de mobilisation** : la mobilisation est destinée à permettre à l'entreprise de disposer sans délai des sommes qu'elle attend du maître d'ouvrage, au fur et à mesure de l'exécution des prestations reconnues par la délivrance d'une attestation de droits constatés. Le montant du crédit peut atteindre 90% de ces crédits.
- **Crédit d'accompagnement** : le crédit est accordé au vu d'un état récapitulatif des décomptes ou des situations de travaux établis par l'entreprise seule, mais non encore reconnus par le maître d'ouvrage.

§4- Les marchés financés

Il s'agit des marchés financés par les organismes internationaux tels que la Banque mondiale ou l'Union européenne.

1. Le champ d'application

La passation des marchés financés par la Banque mondiale est menée en application des directives de la Banque, en particulier pour les marchés soumis à un appel d'offres international. Les procédures nationales sont d'une façon générale en accord avec les directives de la Banque et il n'y a pas eu de cas de marchés publics importants qui n'aient pas été passés conformément aux procédures fixées dans les accords de prêt.

La Banque joue également son rôle de contrôle financier qui exige un examen a priori ou a posteriori des dossiers de marchés et des audits des décisions de l'emprunteur en matière d'attribution des marchés, dépendant des seuils spécifiés dans l'accord de prêt.

De façon générale, il existe un nombre suffisant d'entreprises nationales, y compris de fournisseurs et de bureaux d'études, qui ont les compétences requises et sont parfaitement en mesure de fournir des prestations dont le montant peut atteindre 50 millions de dirhams pour les travaux, 5 millions de dirhams pour les fournitures, et 2 millions de dirhams pour les études. Pour la passation des marchés de ces montants, les procédures nationales sont normalement admises. Pour les prestations d'un montant supérieur à ces seuils, il est requis dans les accords de prêt entre le Gouvernement marocain et la Banque mondiale que ces marchés soient lancés à l'échelle internationale. Toutefois, l'examen préalable des dossiers de passation des marchés par la Banque s'applique à des seuils qui peuvent être inférieurs aux montants précités, soit : 5 à 10 millions de dirhams pour les travaux, 5 millions de dirhams pour les fournitures, et 1 million de dirhams pour les bureaux d'études.

2. Gestion, suivi et audit des marchés financés

Pour les nouveaux projets à financer, la Banque mondiale a mis en place un nouveau système d'administration des prêts : « Initiative pour l'aménagement de l'administration des prêts » - (L.A.C.I.). Le nouveau système requiert la présentation de rapports trimestriels de gestion de projets (R.G.P.) qui intègrent la gestion des contrats, les décaissements et les audits, aussi bien que l'avancement physique des projets. Le nouveau R.G.P. implique que la supervision des projets financés au Maroc s'orientera de plus en plus vers des contrôles a posteriori et des audits des différentes phases de l'exécution d'un projet. La nouvelle procédure de supervision permettra de relever les seuils pour lesquels l'examen préalable des dossiers d'appel d'offres d'attribution des marchés est requis par la Banque mondiale. Les déboursements seront effectués selon des étapes achevées dans la programmation des travaux et fournitures, plutôt que sur la base des justifications des paiements spécifiques. Ceci permettra aussi aux administrations marocaines de prendre les décisions dans le cadre des procédures et des seuils spécifiés dans l'accord de prêt, sans examen préalable par la Banque mondiale.

Ainsi, les risques des projets financés sont jugés minimes, en particulier parce que la réglementation et les pratiques de passation de marchés publics offrent un environnement favorable pour l'exécution des projets de façon satisfaisante. Les conditions principales qui limitent les risques dans la passation des marchés reposent sur les éléments suivants :

La culture des résultats est au cœur de la démarche de la Banque mondiale lorsqu'elle met en œuvre des programmes et fournit des conseils sur les politiques à suivre avec ses partenaires parmi les pays à bas revenu ou

à revenu intermédiaire, par résultats des activités de développement. Le groupe de la Banque mondiale et ses pays partenaires collectent des données sur les produits et les résultats du développement, afin d'avoir une meilleure connaissance des facteurs qui pèsent le plus sur les performances. Par exemple, l'accent est mis sur le dénombrement des hôpitaux ou des dispensaires ruraux et sur l'évaluation de l'impact de ces services sur la vie des populations qui les utilisent. L'accès aux services de santé s'est-il amélioré ? Combien d'enfants ont-ils été vaccinés contre les maladies infectieuses ?

Les cadres de résultats sont constamment améliorés afin d'obtenir une meilleure restitution des données et de comprendre ce qui a fonctionné ou non et pourquoi. La Banque mondiale continue à ajuster ses systèmes chargés de rassembler et de traiter l'information ayant trait au développement. Par exemple :

- toutes les stratégies d'aide aux pays de la Banque mondiale prennent désormais en compte les principales évaluations mesurables, ce qui permet aux Gouvernements, aux donateurs et aux parties prenantes de collaborer de manière plus efficace pour déterminer et atteindre les objectifs communs de développement ;
- toutes les nouvelles stratégies de secteur de la Banque mondiale comprennent des indicateurs de résultats ;
- tous les projets de la Banque mondiale s'appuient sur des cadres de résultats et de surveillance afin de guider la mise en œuvre, d'effectuer des corrections à mi-parcours si nécessaire, de mesurer l'impact et de sélectionner les enseignements à retenir ;
- l'I.D.A. utilise son système de mesure des résultats pour identifier et suivre les résultats des activités de développement dans les pays où les politiques et les opérations bénéficient du soutien de l'I.D.A. et pour évaluer la performance de l'institution dans le processus en cours.

Section 2

Le financement administratif

Les textes qui régissent la matière sont laconiques. L'article 41 du décret du 21.04.67 portant règlement général de comptabilité publique ainsi que l'article 58 du décret du 04.05.2000 approuvant le C.C.A.G. offrent une possibilité conditionnelle pour accorder des avances.

Les C.C.A.G. relatifs aux marchés financés par des organismes financiers étrangers prévoient la possibilité d'accorder aux entreprises des avances à concurrence de 15% du montant du marché.

La Caisse marocaine des Marchés accorde aux petites et moyennes entreprises des « avances » sous certaines conditions.

§1- L'avance

Considérée comme une dérogation exceptionnelle à la règle comptable du service fait, l'avance constitue une exception à ce principe comptable. Il s'agit en d'autres termes d'un **paiement anticipé**, avant que le marché ait été exécuté. La réglementation antérieure s'appuyait sur une panoplie juridique qui limitait l'accès à l'avance.

Dorénavant les modalités et les conditions de financement des marchés publics par le système des avances sont encadrées par le décret n° 2-14-272 du 14/05/2014) relatif aux avances en matière de marchés publics et par les différents textes ainsi que les règles de la comptabilité publique.

A. Le régime juridique des avances

L'avance n'est pas accordée après le service fait, mais plutôt pour **un service à faire**. Elle constitue, par là-même, une dérogation à la règle comptable du service fait prévue par l'article 41§3 du décret du 21.04.67 relatif à la comptabilité publique qui dispose qu'« aucun paiement ne peut intervenir avant l'exécution du service fait » ; toutefois « des avances peuvent être consenties aux fournisseurs et entrepreneurs dans les conditions qui sont fixées par décret », ce qui signifie qu'aucun versement d'avance forfaitaire ou facultatif ne peut être accordé, sauf si un document contractuel en prévoit les modalités d'octroi et de remboursement.

Cette position a été confirmée par l'avis n° 200/2001 du 19/03/2001 de la Commission des Marchés, « considérant qu'en ce qui concerne la possibilité de prévoir des avances dans le marché, il y a lieu de préciser que la règle posée par la comptabilité publique qui subordonne le paiement au « service fait » ne s'oppose pas, en principe, à ce que « les marchés publics donnent lieu à des acomptes ou avances » et qu'il est « de pratique courante que, pour la réalisation des grands ouvrages, notamment les barrages, les marchés y afférents contiennent des stipulations permettant à l'entrepreneur de bénéficier d'une avance. Celle-ci est accordée, au cas par cas, par décision du Ministre des Finances. »

L'article 58 du C.C.A.G. du 04/05/2000 dispose qu' « aucune avance ne peut être consentie à l'entrepreneur, sauf si le cahier des prescriptions spéciales en prévoit » et que « le remboursement des avances est effectué par déduction sur les acomptes et le solde de l'entrepreneur. »

La note n° 0056 du 23 novembre 1984 du Ministre des Finances - relative aux avances sur travaux, fournitures et transports - demande aux différentes administrations, y compris aux comptables, d'accepter de viser les avances

qui seront proposées par le maître d'ouvrage en attendant la publication du décret qui réglemente les conditions d'octroi des avances : « Je vous demande d'accepter de viser les avances qui vous seront proposées en attendant la publication du texte en question ».

Ces textes permettaient donc à l'entrepreneur d'obtenir des avances lorsque certaines conditions sont réunies et dans un cadre contractuel. En effet, l'assise juridique pour accorder des avances existait mais dans un contexte étriqué pour qu'elle soit applicable. Il faut que le C.P.S. ou le C.P.C. stipulent expressément la possibilité d'accorder des avances et de prévoir aussi les modalités d'octroi et de remboursement.

L'article 116 du C.C.A.G. des marchés financés par l'Union européenne dispose que des avances facultatives peuvent être accordées « si le C.P.S. le prévoit, et sur une demande expresse de l'attributaire du marché » : donc deux conditions cumulables doivent être réunies, l'annonce du C.P.S. et la demande expresse de l'attributaire.

L'idée sous-jacente du régime d'octroi des avances vise en effet à faciliter l'exécution des marchés et à assurer par là-même l'égalité d'accès aux marchés publics pour les entreprises qui n'ont pas les moyens d'exécuter le marché dans des conditions financières acceptables.

Le décret du 14/05/2014 a formalisé l'octroi des avances, outre diverses améliorations. Le but annoncé par le décret est « la consolidation des mécanismes de préfinancement » et par voie de conséquence l'amélioration de la trésorerie des entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises (P.M.E.). L'objectif voulu par les pouvoirs publics est d'arriver à une amélioration du financement du marché dans le respect de la réglementation financière : il ne peut en effet y avoir de sur-financement. L'optimisation des clauses de financement au profit du titulaire du marché doit créer les conditions d'une optimisation des prix puisque le recours au secteur bancaire peut être ainsi évité et à partir de là des frais bancaires qui risquent d'aggraver les charges des entreprises. Il permet en outre de faciliter l'exécution du marché et d'assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas, notamment les P.M.E.

A cet effet, l'avance permet aux organismes publics de verser au titulaire d'un marché public une partie du prix du marché et ce, avant tout commencement d'exécution des prestations. Il s'agit en fait d'un « **prêt** » qui permet aux entreprises titulaires de marchés publics de faire face aux décalages de trésorerie engendrés par l'importance à la fois des dépenses

qu'elles effectuent (travaux, fournitures...) et des délais de règlement des acomptes.

L'attribution de l'avance n'est pas **automatique**. Le décret a utilisé deux termes : tout d'abord le verbe « donner lieu » qui signifie « fournir l'occasion » et le verbe « octroyer » qui signifie « attribuer quelque chose à quelqu'un, le lui concéder d'un supérieur à un subordonné ou comme une faveur ». Ensuite le versement de l'avance est tributaire d'un préalable relatif à « **l'engagement des dépenses** » par le titulaire du marché. En effet conformément à l'article 1 §1 du décret relatif aux avances « L'avance s'entend des sommes que le maître d'ouvrage verse au profit du titulaire du marché pour assurer le financement **des dépenses engagées** en vue de l'exécution des travaux, fournitures ou services objet dudit marché », ce qui signifie expressément **qu'il faut engager des dépenses avant de demander une avance** dans la mesure où l'avance est octroyée pour un service à faire. La demande d'avance dans ces conditions doit être appuyée par la conclusion d'un contrat d'achat de matériaux ou d'outillage qui justifie « **les dépenses engagées** », accompagnée par la constitution d'une **caution bancaire**.

Par conséquent il s'agit en fait d'une **autorisation** et **non d'une obligation** pour le maître d'ouvrage d'octroyer une avance et le C.P.S. doit prévoir cette éventualité. L'autre point concerne la **possibilité** pour le titulaire du marché qui peut refuser le bénéfice de l'avance. Il peut également y renoncer même si le C.P.S. la prévoit, même après notification, à condition que l'avance ne lui ait pas encore été payée. Il doit, dans ce cas, saisir par courrier la personne publique. L'octroi de l'avance dans ces conditions devient possible à condition que le C.P.S. le prévoie.

B. Les modalités d'octroi des avances

L'article 2 du décret permet de distinguer trois conditions cumulatives concernant les avances dans les marchés publics. D'une part, en fonction du **montant** de la prestation, de **la durée** d'exécution du marché public et enfin du **type du marché**.

- Le montant initial du marché ou de la tranche ferme ou du lot doit être égal ou supérieur à **500.000** Dirhams TTC, ce qui exclut de facto tout marché dont le montant est inférieur à cette somme ;
- le délai d'exécution du marché doit être supérieur à **quatre mois** exprimés en mois ;
- **le type du marché** conditionne l'avance.

Dans un certain nombre de cas, l'assiette du versement ne correspond pas au montant total du marché et le montant de l'avance est calculé par référence au type du marché. Ainsi pour :

- **les marchés reconductibles**, l'avance est accordée en une seule fois sur la base du montant total de la première année supérieur à 500.000 Dirhams TTC;
- **les marchés à tranches conditionnelles**, l'avance est accordée en une seule fois et ne s'applique qu'au montant de la tranche ferme supérieur à 500.000 Dirhams TTC. Or rien n'a été prévu pour les autres tranches qui seront affermées une fois la tranche ferme achevée ;
- **les marchés allotis**, l'avance est accordée sur la base du montant de chaque lot, si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, la base du montant de chacun des lots est supérieure à 500.000 Dirhams TTC ;
- **les marchés cadres**, le seuil de 500.000 Dirhams TTC s'apprécie par rapport au montant minimum du marché.

La constitution d'une caution

Certes l'objectif du décret est d'une part la réduction en amont des délais de paiement et d'autre part l'allègement des charges de trésorerie des entreprises, notamment la petite et moyenne entreprise, mais si le premier objectif, sans nul doute, peut être atteint, le second doit être nuancé, dans la mesure où le décret exige la constitution d'une **caution bancaire**.

L'introduction d'une telle exigence, qui **génère des frais financiers** pour le titulaire du marché, est en fait guidée par une logique de protection des deniers publics. A cet effet il est nécessaire de savoir que la caution constituée a pour seule finalité de couvrir la défaillance de l'entreprise titulaire du marché dans la mesure où elle est **destinée à rembourser la totalité du montant des avances consenties** par le maître d'ouvrage et nullement pour couvrir autre chose. L'attestation de la main levée doit être délivrée au titulaire du marché dès le remboursement de la dernière échéance de l'avance.

Les articles du décret ne prévoient pas de mécanisme pour la constitution de la caution par un groupement. Une clause contractuelle doit par conséquent être insérée dans le marché pour prévoir les modalités de versement de l'avance au groupement et de constitution de la garantie couvrant son remboursement.

A cet égard on peut imaginer que lorsqu'une caution est constituée par un groupement pour l'obtention de l'avance, deux cas de figure se présentent :

- lorsque le titulaire est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour la totalité de l'avance ;
- lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre fournit une garantie correspondant à l'avance qui lui est consentie. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire, il peut constituer la caution pour la totalité de l'avance.

L'assiette du calcul de l'avance

Le décret prévoit expressément les règles relatives au pourcentage et au plafond des avances qui varient selon une fourchette de 5% à 10% en fonction du montant initial du marché TTC, assorties de deux conditions : il est tout d'abord diminué du montant des éventuelles prestations confiées aux sous-traitants, ensuite ce montant ne peut pas être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

Conformément à l'article 5 du décret, le dispositif du calcul fixe le pourcentage de 10% du montant du marché toutes taxes comprises (TTC), pour le montant **inférieur ou égal à dix millions (10.000.000)** de Dirhams. Si le montant du même marché est **supérieur à dix millions (10.000.000)** de Dirhams toutes taxes comprises (TTC), le taux de l'avance est fixé à **5%** de ce montant, sans pour autant que le montant total de l'avance n'excède le plafond de 20.000.000 Dirhams. Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché et ils ne peuvent être modifiés par avenant.

Ces mesures doivent en fait **coexister** avec le système des avances prévues par les dispositions du C.C.A.G. des marchés financés par l'Union européenne et qui sont plus généreuses mais confinées dans un cadre juridique plus contraignant.

L'alinéa « a » de l'article 116 C.C.A.G.-UE susvisé prévoit des avances à titre forfaitaire dans les limites de 10% et 20% du montant initial du marché pour l'ensemble des autres avances, c'est-à-dire les avances complémentaires qui ne doivent pas dépasser ce plafond.

Ces avances prévues par l'article 116 sont accordées selon les cas suivants :

- des avances de **démarrage**, notamment pour faire face aux dépenses de personnel ou au règlement des charges sociales ;
- des avances pour **la commande ou l'achat** de machines ou d'outillage de travaux publics ou de matériel de valeur considérable ;
- des avances à raison d'une **commande** des **approvisionnements entrant** dans la composition des travaux ou fournitures qui font l'objet du marché.

Le montant de l'avance est ferme et par voie de conséquence elle ne doit pas subir l'incidence de la révision ou du changement éventuel du montant du marché. C'est pour cette raison que l'article 95-2 du cahier des charges des marchés de **fournitures** financés par l'Union européenne prévoit l'octroi d'une avance de 30% du montant initial du marché lorsque le prix est ferme et de 35% lorsqu'il est révisable.

Avance et sous-traitance

L'article 2 dispose expressément que « Toutefois, l'avance ne peut être octroyée au titulaire du marché pour la part du marché qui fait l'objet de sous-traitance », sauf que le titulaire du marché peut sous-traiter une partie du marché postérieurement au versement de l'avance. Faut-il alors rembourser l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées ou non ? Il semble que, eu égard à l'absence de prise de position dans le décret, rien ne laisse présager cette possibilité, ni même autorise à refuser l'agrément d'un sous-traitant, et ce en l'absence d'une assise juridique.

C. Les modalités de règlement des avances

Si le décret fixe les **conditions** du **remboursement** de l'avance, il n'évoque pas les **modalités** de son **règlement**, c'est-à-dire à partir de quelle date l'avance est octroyée. Tout d'abord, dans sa note de présentation, le décret prône l'idée que l'avance a pour objet « la consolidation des mécanismes de préfinancement des marchés publics » ; ensuite et conformément à l'article premier du décret du 14/05/2014, l'avance vise à « assurer le financement des dépenses engagées en vue de l'exécution des travaux, fournitures ou services objet dudit marché. » Cependant, aucun calendrier ni aucun délai de versement des sommes destinées à cet effet n'a été fixé. Or, pour atteindre ces objectifs, il est nécessaire de réduire les délais de versement de l'avance sur le marché public, en précisant une date à partir de laquelle le délai de versement commence à courir. La date de l'approbation du marché ou sa notification au titulaire semble constituer le point de départ du délai de versement de l'avance au titulaire du marché, dès lors que ce dernier a constitué la caution bancaire et a reçu les justificatifs relatifs aux clauses conditionnelles éventuellement prévues pour les versements de cette avance afin d'alléger le poids qui pèse sur les entreprises, notamment les P.M.E. C'est surtout le cas dans le secteur des travaux publics, car leurs capacités de financement sont souvent en deçà des dépenses induites par le lancement des travaux. Cette réduction des délais de paiement n'affecterait pas les budgets des organismes publics puisque les crédits sont disponibles lors de l'attribution des marchés. Une chose est sûre : le paiement de l'avance ne peut être effectué avant l'approbation du marché et la constitution d'une caution personnelle et solidaire prévue par le décret.

Il appartient à l'ordonnateur de procéder au mandatement de la totalité de l'avance à l'attributaire du marché, dès la constitution de la caution bancaire et la présentation du contrat d'achat du matériel, des outils ou des matières premières. C'est pourquoi il faut inclure une clause qui prévoit la restitution de l'avance si les achats n'ont pas été livrés par le fournisseur.

Lorsque le titulaire est un groupement d'entreprises, le droit à l'avance s'apprécie par rapport au montant total du marché, de la tranche ou du marché cadre et non par rapport au montant de la part des prestations devant être exécutées par chacun de ses membres. Lorsque le marché est attribué à un groupement d'opérateurs économiques au sein duquel il est possible d'individualiser les prestations respectives de chaque membre ainsi que leur montant, le maître d'ouvrage verse la part de l'avance revenant à chacune des entreprises. A défaut d'une telle identification, l'avance est versée sur le compte du groupement ou du mandataire commun qui aura la charge de la répartir entre les membres du groupement.

D. Les modalités de remboursement de l'avance

Les avances sont des versements effectués au titulaire avant le début d'exécution du marché. En vertu de l'article 8 du décret, son bénéficiaire en reste débiteur auprès de l'administration jusqu'à ce que la prestation soit menée à bien, ce qui signifie que les avances doivent être récupérées par prélèvement sur les acomptes au fur et à mesure de l'avancement du marché selon le rythme de l'émission des décomptes, c'est-à-dire au cours de l'exécution du marché.

Si le décret laisse une certaine liberté aux organismes publics pour déclencher le mécanisme du remboursement, il prévoit qu'en tout état de cause, le remboursement doit être achevé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire du marché atteint 80% du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre :

- du marché pour les marchés ordinaires ;
- de la tranche ferme pour les marchés à tranches conditionnelles ;
- du montant minimum du marché pour les marchés cadres ;
- du lot pour les marchés allotis.

Aux termes de l'article 58-2 du C.C.A.G., « le remboursement des avances est effectué par déduction sur les acomptes et le solde ». Toutefois, le remboursement ne peut être commencé qu'une fois que les sommes dues au titre des prestations exécutées suffisent à garantir la bonne exécution du marché. Par conséquent on ne peut pas précompter dès le premier acompte, sinon cette avance qui constitue une bouffé d'oxygène pour la trésorerie de l'entreprise serait sans effet : c'est là où réside la latitude des maîtres d'ouvrage pour commencer les précomptes du remboursement du montant de l'avance.

Il reste à attirer l'attention au fait que cette dérogation est limitée dans le temps. Elle ne **s'applique qu'aux marchés en cours d'exécution** à la date

de l'entrée en vigueur du décret du décret du 14/05/2014, c'est-à-dire 30 jours après sa publication au bulletin officiel.

§2- L'acompte

L'acompte est une notion **financière** tandis que le **décompte** est une notion **administrative**.

Le décompte est un document qui retrace les opérations réalisées et matérialisées par les visas réglementaires prévus à cet effet (signatures du maître d'ouvrage, de l'architecte, de l'ingénieur, de l'entrepreneur...).

L'acompte constitue un règlement partiel qui survient **après l'accomplissement** d'un travail ou d'une prestation. Il rémunère une partie des prestations déjà exécutées et figurant dans le décompte. C'est un versement obligatoire pour un service fait et de droit acquit. Mais on peut mandater un acompte pour la totalité du marché s'il s'agit d'un paiement unique et non subséquent.

De ce fait, et comme on l'a annoncé plus haut, le décompte est une notion administrative qui débouche sur l'établissement de l'acompte, tandis que l'acompte est une notion financière qui ouvre droit à un paiement.

L'article 41§3 du décret du 21 avril 1967 a assimilé l'avance à l'acompte, d'où une confusion dans la distinction entre les deux notions. Cependant l'article 59 du C.C.A.G. a clarifié la situation dans la mesure où le paiement des acomptes est effectué au même rythme que l'établissement des décomptes provisoires. Le critère adopté est donc le service fait, tandis que l'avance est un service à accomplir par la suite. L'article 58 du C.C.A.G. a prévu le remboursement des avances par déduction sur les acomptes.

Le projet de décompte mensuel établi par le titulaire constitue en fait la demande de paiement ; cette demande est datée et mentionne les références du marché. Le titulaire envoie cette demande de paiement mensuelle au maître d'œuvre par tout moyen permettant de donner une date certaine. Le maître d'œuvre accepte ou rectifie le projet de décompte mensuel établi par le titulaire. Le projet accepté ou rectifié devient alors le décompte mensuel.

Les éléments figurant dans les décomptes mensuels dès qu'ils ont un caractère définitif servent comme base de liquidation des sommes dues et donnent lieu à un ordre de paiement, c'est-à-dire à un acompte.

A. Le système des acomptes

La règle du service fait et des droits acquis implique que le montant de l'acompte ne doit pas dépasser la valeur de ce que l'entrepreneur ou le fournisseur a réalisé et sur la base de l'établissement d'un décompte provisoire, d'une facture, d'un mémoire ou du 4/5^{ème} des achats en cas d'approvisionnement.

Elle implique aussi, pour le titulaire du marché et l'ordonnateur, d'honorer les obligations réciproques :

- pour le maître d'ouvrage, c'est une manifestation ferme d'acquiescer le produit. En cas de rétraction, il est tenu de payer des intérêts moratoires ;
- pour le titulaire du marché, c'est l'obligation de réaliser le travail, de fournir la marchandise objet du marché. En cas de retard il est tenu de payer des pénalités de retard.

1. Les modalités de liquidation

Les modalités de liquidation sont prévues par l'article 59 du C.C.A.G. Le montant de l'acompte doit inclure une retenue de garantie qui correspond à 10%. Cette retenue cesse d'être prélevée lorsqu'elle atteint 7% du **montant initial du marché** augmenté, le cas échéant, du montant des avenants.

Si l'entrepreneur décide de remplacer cette retenue de garantie par une caution bancaire, le montant de l'acompte correspond à la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. Si l'administration a consenti des avances, le remboursement est effectué par déduction sur les acomptes.

L'article 20-5° du C.C.A.G. prévoit que si le maître d'ouvrage constate que le salaire payé aux ouvriers engagés par l'entrepreneur est inférieur au salaire minimum légal, il indemnise les ouvriers lésés et effectue des retenues sur les acomptes. L'alinéa 7 du même article autorise le maître d'ouvrage à payer directement les arriérés des salaires non payés, par des retenues sur les décomptes.

2. Acompte et approvisionnement

L'article 57-2 du C.C.A.G. a prévu un moyen de financement administratif par le versement des acomptes pour couvrir l'achat effectué des approvisionnements sans qu'il y ait une exécution effective de la prestation, c'est-à-dire l'achat des produits de construction sans que la construction soit encore commencée. La seule condition est que ces approvisionnements doivent être destinés à entrer dans la composition de la prestation à réaliser et qui fait l'objet du marché.

Les acomptes sur approvisionnement destinés à faire partie intégrante des travaux sont payés à concurrence du 4/5^{ème} de leur valeur, à condition de justifier de la matérialité des approvisionnements et que ceux-ci soient devenus la propriété de l'entrepreneur.

A cet effet, l'attributaire du marché doit justifier, d'une part, que ces approvisionnements ont été effectivement livrés, et d'autre part, qu'il est devenu propriétaire de la marchandise par le règlement effectif et intégral des sommes dues au véritable fournisseur. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 57-2 du C.C.A.G. qui prévoit : « Les approvisionnements ne peuvent être portés aux décomptes que s'ils ont été acquis en toute propriété et effectivement payés par l'entrepreneur.»

La justification de l'acquisition et du paiement doit être matérialisée par la présentation des factures au maître d'ouvrage, qui doit les joindre au procès-verbal.

Le maître d'ouvrage doit constater, sur pièce et sur place, le paiement, la livraison et la destination des approvisionnements. Cette constatation doit être consignée dans un procès-verbal établi par l'administration, qui précise la nature, la quantité et le lieu de l'enquête des approvisionnements ainsi que le paiement intégral de la marchandise.

La clause du marché qui prévoit le paiement d'un acompte au titre des approvisionnements doit indiquer le lieu de stockage des produits, les modalités de versement de l'acompte ainsi que les conditions du contrôle exercé par l'administration.

Cependant, il ne faut pas confondre le cas de l'octroi d'une **avance** au titre d'un achat éventuel d'approvisionnements prévu par l'article 116 du C.C.A.G.-U.E. susvisé et l'**acompte** pour régler des approvisionnements déjà achetés, consacré par l'article 59-4 du C.C.A.G. du 04 mai 2000.

Dans le premier cas, l'octroi de l'avance a pour objet l'achat des matériaux, ce qui nécessite la constitution d'une garantie, tandis que dans le deuxième cas, il s'agit du paiement par un acompte des matériaux de construction déjà achetés par l'entrepreneur et déposés dans le chantier, lieu d'exécution du marché. Il n'y a donc pas lieu d'exiger une caution car d'une part, il y a une retenue du 1/5^{ème} du montant de la marchandise et d'autre part le paiement par acompte de la marchandise, qui est appelée à être incorporée dans l'ouvrage faisant l'objet du marché et qui doit rester sur le chantier, n'est mandaté qu'à concurrence de 4/5^{ème} de sa valeur.

Ceci étant, l'administration contractante jouit d'une liberté totale pour accorder ou non des avances. En revanche, elle est dans l'obligation de verser des acomptes.

3. Les modalités de règlement des acomptes

Aucun acompte ne peut être établi uniquement pour des travaux réalisés ou des fournitures réceptionnées. Ainsi, au fur et à mesure de l'approvisionnement des matériaux et du degré d'avancement des travaux, des constats de la situation peuvent être dressés.

Le rythme des paiements des acomptes est aligné sur celui de l'établissement des décomptes provisoires qui sont, en principe, dressés mensuellement ou chaque fois que nécessaire, et ce à partir des attachements pour les travaux. Dans ce dernier cas, les décomptes provisoires sont établis un mois après l'acceptation des attachements.

La cadence de versement des acomptes et l'inclusion ou non de la retenue de garantie peuvent être modulées selon les prescriptions du C.P.S.

L'ordonnateur établit l'ordre de paiement correspondant aux constats et en fonction du décompte appuyé par le procès-verbal et de la facture du règlement de la marchandise, déduction faite des 10% qui constituent une retenue de garantie, sauf si le titulaire décide de remplacer la retenue de garantie par une caution bancaire. Cet ordre de paiement est émis au profit de l'attributaire du marché.

Le montant à mandater est fixé en principe au montant des débours du titulaire du marché, mais seulement à concurrence des 4/5^{ème} du montant du décompte, selon les dispositions de l'article 59-4 qui précise qu'« Il est délivré des acomptes sur le prix des matériaux approvisionnés sur le chantier jusqu'à concurrence des quatre cinquième de leur valeur. »

En principe, l'établissement d'un acompte pour travaux ouvre le droit à l'architecte de réclamer ses honoraires, sauf quand il s'agit d'un acompte établi au titre des approvisionnements. La raison principale en est que la valeur des approvisionnements incorporés dans la partie exécutée de l'ouvrage donne lieu à un acompte dont le service fait a été constaté, dans un deuxième acompte qui déduit le montant des approvisionnements déjà mandatés. C'est sur la base de ce dernier décompte que comporte les travaux exécutés réellement que les honoraires sont calculés.

§3- Le solde

C'est l'acte qui fixe le montant définitif résultant de l'exécution du marché et qui règle définitivement les droits et les obligations financières des parties. Le maître d'ouvrage dresse à partir du **décompte général et définitif** un état de solde. La demande de paiement du dernier acompte, transmise à la personne désignée pour exécuter le marché, doit être traitée conformément aux dispositions des articles 58-2 et 62 du C.C.A.G.

Le **solde** retrace les acomptes perçus et la récapitulation générale, ce qui implique que le montant du solde est égal au montant du décompte final diminué du montant du dernier acompte, majoré éventuellement de l'effet de la révision des prix, et ce conformément à l'article 62-2 du C.C.A.G. : « Le montant définitif résultant de l'exécution du marché est arrêté par un décompte général et définitif. Celui-ci récapitule en détail l'ensemble des éléments pris en compte pour le règlement définitif du marché », mais aussi le remboursement des avances : « Le remboursement des avances est effectué par déduction sur les acomptes et le solde dû à l'entrepreneur », c'est-à-dire après avoir réglé par acomptes successifs la totalité du marché au fur et à mesure de son exécution. Le montant versé des acomptes cumulés représente alors 93 % du montant du marché si une retenue de garantie est prévue dans le contrat, ou 100 % du montant du marché dans le cas contraire.

Le paiement du dernier acompte ne saurait être assimilé au règlement du solde du marché. En effet, le paiement de l'ensemble du marché dans le cadre de l'acompte ne peut dispenser la personne publique de procéder aux opérations de « **clôture** » du marché, en particulier d'effectuer les opérations de réception qui font courir le délai de garantie et, s'il s'agit d'un marché de travaux, d'établir le décompte général et définitif, qui peut donner lieu à un solde nul (si toutes les prestations ont été déjà réglées), positif (s'il s'agit d'une révision des prix ou autres), ou négatif (si l'attributaire du marché est débiteur suite à des pénalités de retard ou à une résiliation). Cela signifie que le règlement des avances et des acomptes ne peut avoir le caractère d'un paiement définitif. A cet effet, il y a lieu de distinguer les deux phases que constituent le dernier acompte et le solde.

Ainsi et afin d'éviter toute ambiguïté, il est plausible de procéder à la certification par l'ordonnateur du dernier acompte lors du mandatement de ce dernier si le montant total du marché est atteint.

Chapitre II

Le régime général des prix

Nous avons déjà mentionné que les marchés publics sont des contrats administratifs conclus à titre onéreux entre une personne publique et un attributaire du marché en vue de la réalisation de travaux, de fournitures ou de services, moyennant paiement d'une somme d'argent, ce qui renvoie à la notion de **prix**. Il s'agit en fait de l'une des **mentions substantielles** du marché prévues par l'article 13-B-6 du C.M.P. dont l'absence entraînerait la nullité du contrat. Le prix dans les marchés public conditionne en effet le succès même d'une procédure de passation, le montant des offres présentées, la bonne exécution du marché et le sort des éventuels contentieux.

Élément clé du contrat, le prix dans un marché public doit être défini selon tous ses aspects. Il est réputé couvrir toutes les charges du titulaire du marché. L'article 49 du C.C.A.G. dispose que « Les prix du marché comprennent le bénéfice ainsi que tous droits, impôts, taxes, frais généraux, faux frais et d'une façon générale toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe du travail.»

Selon les cas prévu par l'article 11 du C.M.P., le prix des marchés **en fonction des modalités de réalisation** peut être à prix global, prix unitaires, prix mixtes ou au pourcentage ; en **fonction des conditions de réalisation** du marché qui peuvent en affecter l'exécution, les prix sont **fermes, révisables ou provisoires**.

Le marché peut également comporter, à titre accessoire, des prestations exécutées sur la base de **dépenses contrôlées** visées aux articles 10 §4 du C.M.P. et 55-c du C.C.A.G.

Il y a d'abord le **contenu du prix** : l'attributaire du marché **est rémunéré pour l'ensemble des prestations** définies dans le marché, indépendamment des quantités mises en œuvre pour réaliser cette prestation. On parle dans ce cas d'un **prix forfaitaire**. Lorsque la rémunération est effectuée sur la base d'une formule qui vise à multiplier le prix d'une unité par la quantité effectivement livrée ou exécutée pour déterminer le montant du règlement, on parle d'un marché à **prix unitaire**, mais quand le prix de la prestation est fixé selon une formule à appliquer au taux global, on parle de **prix au pourcentage**.

Le marché, dans ce cas, peut comporter soit des **prix unitaires**, soit des prix **forfaitaires**, soit les deux à la fois. Dans cette dernière éventualité, le contrat doit préciser si le prix du marché est unitaire ou forfaitaire. Si les deux caractères de prix sont appliqués dans le marché, il faut déterminer

à quelles prestations s'applique le prix unitaire et à quelles prestations s'applique le prix forfaitaire.

Ensuite la **détermination du prix** à l'avance doit être intangible. A cet effet le code des marchés publics prévoit la possibilité d'établir des prix **fermes, révisables** ou **provisoires** dans des cas déterminés.

Cette fluctuation des prix nous conduit à distinguer le **prix initial du marché**, du **prix de règlement**. En effet, le prix et les modalités de sa détermination sont fixés **initialement** dans les documents contractuels du marché. Par voie de conséquence, le prix de règlement est le prix déterminé par application des règles contractuelles au prix initial. Il risque de changer en fonction de l'application de ces règles. Le montant définitif du marché à ce moment-là ne peut être déterminé qu'à la fin du marché, et les quantités réellement exécutées sont alors connues.

Section 1 **Le contenu des prix**

En vertu de l'article 11 du C.M.P., le contrat peut comporter un prix global, un prix unitaire, un prix mixte ou un prix au pourcentage. La forme du prix est un élément essentiel du dispositif du règlement du marché, qui doit préciser à quelles prestations les prix s'appliquent exactement, de manière à éviter tous risques de confusion.

§1- Prix unitaire

Dans l'hypothèse d'un marché à prix unitaire, le maître d'ouvrage donne la liste des travaux et des fournitures demandés dans l'appel d'offres, leur quantité (par ex : achat d'ordinateurs) ou leur métrique (par ex : mètre linéaire de trottoir). Les concurrents remplissent soit le bordereau de prix unitaire (article 55 -1-A du C.C.A.G.), soit le détail estimatif (article 11-2 du C.M.P.) en indiquant le prix applicable à chaque prestation demandée. Le prix unitaire est le prix à l'unité d'une prestation bien déterminée et l'offre d'une entreprise est obtenue grâce à la multiplication du prix unitaire par les quantités estimées.

Le prix unitaire est un prix à l'unité d'une prestation; il s'applique aux quantités réellement livrées ou exécutées. Conformément à l'article 11-2-paragraphe 2, « Les sommes dues au titre du marché sont calculées par application des prix unitaires aux quantités réellement exécutées conformément au marché», ce qui signifie que le montant définitif d'un marché à prix unitaire ne peut être connu qu'à son parfait achèvement à partir du volume des quantités réellement exécutées.

Le prix unitaire, tel qu'il est défini par l'article 11-2§1 du C.M.P., peut se présenter en tant que « forfaitaire » : cela signifie que le prix unitaire est forfaitaire par rapport au prix à l'unité d'une prestation déterminée.

A. Bordereau de prix unitaire : c'est un document contractuel listant les prix unitaires relatifs à chaque produit ou élément de la prestation à réaliser telle que prévue par le contrat. C'est une pièce constitutive du marché. Il est utilisé en amont pour la comparaison des prix lors de la soumission, et en aval, comme base de calcul des sommes dues à l'attributaire du marché. Conformément à l'article 55-A-1 du C.C.A.G., « Le **décompte est établi** en appliquant aux quantités d'ouvrage réellement exécutées et régulièrement constatées les prix unitaires de la série ou du **bordereau des prix.**»

Ceci explique qu'en cas de constatation d'une différence de prix entre le montant mentionné dans l'état d'engagement et celui porté sur le bordereau de prix, le prix figurant sur le bordereau de prix doit être pris en considération.

A cet effet, l'article 27-b-§7 du C.M.P. dispose qu'« En cas de discordance entre le montant total de l'acte d'engagement et celui du détail estimatif, du bordereau des prix-détail estimatif ou du bordereau du prix global, selon le cas, le montant de ces derniers documents est tenu pour bon pour établir le montant réel de l'acte d'engagement.» Autrement dit, l'acte d'engagement se contente en fait de donner un **montant approximatif** du prix du marché.

B. Détail estimatif et quantitatif : c'est un document non contractuel dans lequel les prestations sont décomposées en différents postes avec indication pour chacun d'eux du prix unitaire **proposé**. Établi par le maître d'ouvrage et complété par le soumissionnaire, il donne le détail des quantités approximatives à mettre en œuvre. Il est destiné à permettre la comparaison des prix. Selon l'article 4 du C.C.A.G., le bordereau des prix et le détail estimatif peuvent constituer un document unique, dit « bordereau des prix-détail estimatif.»

§2- le prix global

Conformément à l'article 11-1-§1, « Le marché à prix global est celui dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations qui font l'objet du marché.» Cette disposition signifie que lorsque le marché est conclu à prix global, le prix forfaitaire rémunère le titulaire pour **un ensemble de prestations**, un ouvrage ou une partie d'ouvrage définis dans le marché, quelle que soit la quantité livrée et abstraction faite des quantités mises en œuvre pour réaliser cette prestation.

Le prix forfaitaire, dans ce cas, ne peut en aucun cas être diminué au motif que la quantité réellement mise en œuvre est inférieure à ce qui a été prévu. En conséquence, le maître d'ouvrage doit maîtriser parfaitement la définition des besoins afin d'éviter que des écarts importants entre les prix proposés soient le résultat d'une mauvaise définition de ses besoins.

En revanche, et conformément à l'article 11-1-§2 du C.M.P., « Une quantité forfaitaire est la quantité pour laquelle le titulaire a présenté un prix forfaitaire qui lui est payé quelle que soit la quantité réellement exécutée », autrement dit le titulaire du marché est l'unique responsable des estimations qu'il propose.

A cet effet l'article 55-B-2 §2 du C.C.A.G. indique que « Les divergences éventuellement constatées, pour chaque nature d'ouvrage ou chaque partie d'ouvrage, entre les quantités réellement exécutées et les quantités indiquées dans la décomposition de ce prix, même si celle-ci a valeur contractuelle, ne peuvent conduire à aucune modification dudit prix global ; il en est de même pour les erreurs que pourrait comporter cette décomposition », ce qui veut dire que le titulaire ne peut pas non plus réclamer des compensations pour des réalisations supplémentaires dues à une mauvaise appréciation de sa part, sauf si ces travaux supplémentaires sont demandés par le maître d'ouvrage.

Pour aider les deux parties du contrat à mieux gérer la gestion du marché et à maîtriser leurs prévisions, l'article 11-1 du C.M.P. prévoit que le prix forfaitaire est calculé sur la base de la **décomposition du montant global** : «Ce prix forfaitaire est calculé sur la base de la décomposition du montant global, chacun des postes de la décomposition est affecté d'un prix forfaitaire.» Il s'agit en fait d'un document préparé par le maître d'ouvrage et complété par le titulaire du marché afin de l'aider à présenter son offre, à fournir le détail du prix forfaitaire et à pouvoir contrôler le mode de calcul. En outre il permet au maître d'ouvrage d'analyser et de comparer les différentes offres, et de demander des éclaircissements si certains prix apparaissent « excessifs. »

Conformément à l'article 55 du C.C.A.G., au stade de l'exécution, la décomposition du montant global permet « l'établissement des décomptes provisoires et de calculer, s'il y a lieu, la révision des prix », ce qui signifie que le prix global et forfaitaire s'applique toujours à un travail réellement exécuté et achevé : « Le prix global est dû dès que l'ouvrage ou l'ensemble de la prestation auquel il se rapporte a été exécuté. » C'est la matérialisation de la règle comptable du service fait et de droit acquis.

Par opposition au **prix unitaire**, où la rémunération du titulaire du marché est calculée en **multipliant** le prix unitaire par les quantités livrées ou exécutées, le **prix global** de la prestation est calculé par **addition** des différents prix forfaitaires indiqués pour tous les postes.

Le prix global se distingue par son **caractère global et agrégé** des prix. Une opération de gros œuvre peut être décrite dans le document retraçant la **décomposition du montant global** comme suit : (Fondations - soubassement - ossature / dallage m²- réseau sous dallage - socle béton), tandis que le **bordereau des prix unitaires** retrace le détail de cette opération comme suit : (Travaux préparatifs - terrassement manuel et mécanique - béton de fondation - isolation de sol - hourdis - maçonnerie de parement et en élévation - ossature bois-béton armé - linteaux- éléments métalliques).

La lecture du contenu du C.P.S. par le concurrent est nécessaire, notamment le détail des conditions, obligations, engagements, sujétions et instructions de toutes natures auxquels il sera soumis, ainsi que l'analyse de la décomposition du montant global des travaux décrits, y compris tous les frais généraux et bénéfiques, ce qui permet de faire face aux dépenses incidentes, imprévus et risques de toutes sortes en vue de l'achèvement des prestations objet du marché.

Afin de faciliter la gestion financière on opère donc une répartition du montant global et forfaitaire appelée « décomposition. » Cette décomposition peut se faire de trois façons différentes :

***Utilisation directe de la décomposition du prix forfaitaire (D.P.F.)**

Cette méthode est intéressante surtout pour des travaux limités en masse et en durée. On fait correspondre à chaque poste de la D.P.F. l'avancement constaté et le montant correspondant.

Décomposition en 1000^e 10000^e

Cette méthode est la plus fréquemment utilisée. On définit le nombre de 1000^e (10000^e) correspondant à chaque poste par rapport au montant total du marché.

***Décomposition en points**

Le principe est proche de celui de la décomposition en 1000^e. On attribue une valeur " arbitraire " au point (par exemple 100 Dh/point) puis on définit le nombre de points (entiers) correspondant à chaque poste.

§3- Les dépenses contrôlées

Prévues par l'article 55-C du C.C.A.G., les **difficultés exceptionnelles** d'ordre technique **imprévisibles** rencontrées au **moment de la passation** d'un marché **de travaux** peuvent conduire à recourir à des prestations **rémunérées sur la base de dépenses contrôlées**. Il s'agit en fait d'une modification de prestations décidées par le maître d'ouvrage qui peuvent donner lieu à une adaptation et, a fortiori, à une augmentation de sa rémunération.

Ce sont des prestations présentant une particularité exceptionnelle et imprévisible non prévues au marché de maîtrise d'œuvre au moment de sa passation et qui ont été décidées par le maître d'ouvrage. Revêtant un caractère dont la cause est extérieure aux parties, ces prestations ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat.

Dans ce cas, l'entrepreneur doit, lorsqu'il en est requis par le maître d'ouvrage, mettre à la disposition de celui-ci le personnel, les fournitures et le matériel qui lui sont demandés pour l'exécution des travaux accessoires à ceux que prévoit le marché. L'effet de cette obligation pour l'entrepreneur d'exécuter des travaux en dépenses contrôlées cesse son effet lorsque « le montant de la prestation rémunérée atteint 2% du montant du marché initial. » L'entrepreneur doit cesser l'exécution des travaux réalisés en dépenses contrôlées dès que les travaux atteignent le seuil prévu.

Certes ce procédé permet d'éviter les montants prohibitifs de travaux difficilement prévisibles et permet au maître d'ouvrage d'effectuer un paiement équitable de ces travaux, mais en même temps il nécessite une bonne connaissance de l'étude des prix et une vérification approfondie des marchés de travaux de bâtiment.

En ce qui concerne le règlement de ces travaux, l'entrepreneur est rémunéré sur la base de ses dépenses **réelles et contrôlées**. C'est un prix moyen qui agrège généralement des coûts de fournitures, des salaires et les frais généraux. Il est convenu à l'avance et inclut donc une part d'aléas.

A. Les caractéristiques du marché sur dépenses contrôlées

Les travaux en dépenses contrôlées ne sont pas réalisés sur la base d'un contrat séparé du marché, mais ils doivent être inclus dans le marché au moment de sa passation, et ce en vertu de l'article 55-C du C.C.A.G. En outre ce procédé ne concerne que les marchés de travaux.

Le recours aux travaux sur dépenses contrôlées est justifié par des considérations techniques liées à des obstacles non imputables au

maître d'ouvrage et constitutifs de difficultés matérielles imprévisibles et exceptionnelles constatées lors de la passation du marché.

A noter que le code des marchés publics a réservé ce procédé uniquement aux marchés de travaux ; en conséquence en sont exclus les marchés de fournitures et de services.

B. Les modalités de règlement

Avec ce procédé, les dépenses réelles et contrôlées engagées par l'entrepreneur pour réaliser les travaux exécutés lui sont intégralement remboursées sur la base des justificatifs appropriés par l'autorité contractante qui ajoute des sommes relatives aux frais généraux, les taxes ainsi qu'une marge de bénéfice.

Dans le cas des travaux exécutés en dépenses contrôlées, le marché ne contient pas de prix mais les modalités de rémunération du titulaire du marché. C'est sur la base d'un mode de décompte et des éléments qui concourent à la détermination du prix de règlement que cette rémunération est effectuée. L'article 55-C du C.C.A.G. dispose que « Chaque décompte relatif aux travaux comportant des prestations sur dépenses contrôlées fait l'objet de dispositions prévues dans le C.P.S. », c'est-à-dire prévoit un prix moyen qui agrège généralement les coûts de fournitures et de salaires, outre les frais généraux. Ce prix, convenu à l'avance, inclut donc une part d'aléas :

- remboursement des dépenses de salaires, indemnités, charges salariales, matériaux, matières consommables, emploi de matériels, frais généraux et taxes imputables au chantier ;
- rémunération du titulaire pour couvrir les autres frais généraux, impôts, taxes et marge bénéficiaire.

Afin d'évaluer la somme due à l'entrepreneur, les dépenses contrôlées feront l'objet d'attachements écrits reprenant tous les ouvrages exécutés dans la période considérée et précisant en jours et en heures le temps passé par les ouvriers de chaque catégorie et les quantités de matériaux de fournitures mis en œuvre. Ces attachements provisoires, reprenant tous les ouvrages exécutés dans la période considérée, sont effectués contradictoirement. Plus précisément, ils sont établis par l'entrepreneur qui devra les soumettre en temps opportun pour acceptation au maître d'ouvrage car ils engagent la responsabilité de l'entrepreneur au regard de ses travaux et des dommages pouvant être causés aux tiers, responsabilité pour laquelle l'entrepreneur doit contracter toutes les assurances utiles et en justifier.

C. Les modalités de contrôle

A partir du moment où la réalisation des travaux sous le régime des dépenses contrôlées comporte des risques, un contrôle a priori et exhaustif s'impose. Le C.P.S. doit indiquer les contrôles auxquels sera soumis le titulaire du marché. Ainsi un contrôle au niveau du maître d'ouvrage doit porter sur le déroulement des travaux, mais aussi sur la vérification des pièces justificatives présentées par l'entrepreneur : c'est donc un contrôle en amont. Le comptable, quant à lui, procède à un contrôle en aval de l'acte de liquidation des sommes mandatées.

§4- Le prix au pourcentage

Le pourcentage est une somme établie à partir d'un montant dû suite à l'exécution d'un travail, c'est-à-dire sur la base du montant des prestations par rapport aux travaux réellement exécutés. Il est établi à partir des prix de base figurant au marché, y compris les rabais ou majorations qui peuvent y être indiqués, mais les dispositions de l'article 95§2 du C.M.P. impliquent que le montant global du marché des travaux est à appliquer **hors taxes, et sans application** éventuelle des clauses de **révision de prix**, des indemnités ou des pénalités de retard.

A cet égard, l'article 3 de la loi n°30-85 relative à la taxe sur la valeur ajoutée fait obligation aux personnes effectuant des opérations soumises à la taxe de mentionner dans leurs factures ou dans leurs mémoires le montant de la T.V.A. en sus du prix ou comprise dans le prix, ce qui explique d'une part l'exclusion de la T.V.A. du calcul des honoraires et son application une fois les honoraires calculés. L'article 95§4 du C.M.P. indique que « Les honoraires de l'architecte sont majorés du taux de la T.V.A. », d'où une distinction entre la T.V.A. applicable au prix du marché, et qui n'est pas intégrée, et celle à laquelle sont soumises les prestations fournies par l'architecte.

En effet, le recours à la rémunération du cocontractant d'un maître d'ouvrage sous forme d'un pourcentage peut être envisagé dans le cadre « des prestations architecturales. » L'article 95 du C.M.P. détermine le barème des honoraires des architectes. Celui-ci sert de référence, suivant la catégorie du projet et les différentes missions, pour établir le pourcentage des honoraires. Pour les prestations de **construction de bâtiment**, les honoraires ne peuvent être inférieurs à 4% ni supérieurs à 5%. Pour **les prestations d'entretien et de réparation de bâtiment**, le taux ne peut être inférieur à 3% ni supérieur à 4%. Toutefois il est possible d'établir un **montant forfaitaire** à l'hectare, lorsqu'il s'agit d'une opération de **lotissement** pour laquelle un accord préalable aura été fixé dans le contrat d'architecte. Toutefois

les prestations architecturales réalisées par voie de concours font l'objet **d'attribution de primes.**

Section 2

Les honoraires d'architecte

Les honoraires d'architecte sont fermes et non révisables mais éventuellement réajustables. A cet égard, le paragraphe 7 de l'article 90 du C.M.P. indique que ces taux « peuvent être modifiés par arrêté du Chef de Gouvernement. » Les honoraires doivent être clairement définis par contrat.

La rémunération de l'architecte est à la charge exclusive du maître d'ouvrage, telle qu'elle est précisée par l'article 90 du C.M.P. et réaffirmée par l'article 22 du contrat d'architecte.

Elle est calculée en fonction des missions qui lui sont confiées selon les deux phases prévues par l'article 30 du contrat d'architecte : la phase de conception et la phase du suivi et du contrôle.

Deux **modalités** sont prévues pour fixer les honoraires d'architecte : un prix déterminé et un prix déterminable et par ailleurs deux **bases** pour calculer le montant des honoraires : un calcul sur la base de l'estimation sommaire et un autre sur la base du montant des travaux réellement exécutés.

§1- Les modalités de fixation des honoraires

Deux formes sont prévues: la rémunération de l'architecte peut être calculée sur la base des frais réels ; elle peut aussi faire l'objet d'un forfait.

A. Calcul sur la base des frais réels : un prix déterminé

Le décret a eu le mérite de résoudre le problème de la "course à la baisse" des honoraires, sur des projets dont on peut estimer qu'ils atteignent un niveau "anormalement bas", au sens strict du terme. L'article 90 du C.M.P. indique que « Pour les **prestations de construction** de bâtiments, les honoraires de l'architecte ne peuvent être inférieurs à **(4%)** quatre pour cent), ni supérieurs à **(5%)** cinq pour cent ; pour les **prestations d'entretien et de réparation** de bâtiments, le taux ne peut être inférieur à **(3%)** trois pour cent, ni supérieur à **(4%)** quatre pour cent ». Cette disposition a été renforcée par l'article 124 - 2 qui dispose que « Le jury vérifie ensuite les actes d'engagements et écarte les architectes dont les actes portent des taux d'honoraires supérieurs aux maximum ou inférieurs aux minimum prévus à l'article 90 du C.M.P. », et ce afin d'éviter tout marchandage qui peut porter atteinte à la profession des hommes de l'art. A cet effet il convient

de rappeler que les honoraires proposés par l'architecte ne constituent pas un critère d'attribution obligatoire.

B. Les honoraires forfaitaires : un prix déterminable

Les honoraires de l'architecte sont **forfaitaires** pour le projet architectural défini à l'article 90§4 du C.M.P., les opérations de **lotissement**. Cela signifie que la mission de maîtrise d'œuvre, dans le cas des lotissements, donne lieu à une rémunération forfaitaire fixée contractuellement. Si les parties contractantes en conviennent, dans ce cas, elle est déterminée avant le début de la mission et fixée en valeur absolue. Cette valeur ne peut alors plus être reconsidérée que d'un commun accord entre les parties, lorsqu'il y a modification du programme initial ou de l'importance de la mission. Elle peut également, sous certaines conditions, être réajustée dans le temps en fonction des situations qui se présentent.

Le montant de cette rémunération tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux. Les honoraires dépendent par ailleurs de la nature du projet et chaque mission doit faire l'objet d'une discussion des honoraires en fonction de son ampleur et des tâches qu'elle englobe. L'architecte estime à l'avance le travail qu'il devra accomplir et y attribue un prix forfaitaire.

Cependant, puisque le prix est forfaitaire, le règlement des sommes dues ne peut être effectuée que par phases, par conséquent nous proposons le calendrier suivant qui doit se dérouler selon les pourcentages suivants :

- Un acompte convenu
- 20 % lors de l'avant-projet
- 20 % lors des appels d'offres aux entrepreneurs
- 50 % selon l'avancement des travaux
- Le solde à la réception

Cette méthode de définition des honoraires se différencie de celle prévue pour les marchés publics, qui opte pour les primes qui sont les sommes destinées aux candidats, généralement les mieux classés, ayant pour objet de rétribuer l'effort particulier qui est demandé aux entreprises.

§2- Les bases de calcul des honoraires

Le contrat d'architecte détaille la décomposition des honoraires de l'architecte selon un barème et les modalités de leur règlement.

Conformément à l'article 30 du contrat d'architecte, les bases de calcul des honoraires portent sur deux phases distinctes, la phase de conception et la phase de suivi, de contrôle et d'exécution.

A. La phase de conception : cette phase est répartie sur six stades :

Phase	Contenu de la phase	Taux de règlement
A	Etude d'esquisse	5%
	Avant-projet sommaire (APS)	10%
	Avant-projet détaillé (APD)	10%
	Permis de construire ou autorisation de lotissement	5%
	Projet d'exécution (PE)	10%
	Dossier de consultation des entreprises (DCE)	10%

Dans ce cas, l'architecte est rémunéré par application du **taux** qu'il a proposé dans son offre, par rapport à **l'estimation sommaire** des travaux hors taxes établis par lui, ce qui implique l'application de trois éléments : le taux proposé (article 90 du C.M.P.), l'estimation sommaire et enfin le taux de règlement (articles 29 et 30 du contrat d'architecte).

B. La phase du suivi et du contrôle d'exécution des travaux : les honoraires sont calculés par rapport au montant hors taxes des travaux réellement exécutés et selon, d'une part, le rythme de paiement des décomptes provisoires ou définitifs et, d'autre part, le stade d'achèvement des travaux.

Phase	Contenu de la phase	Taux de règlement
B	Suivi et contrôle d'exécution des travaux	35%
	A la réception provisoire	10%
	A la réception définitive	5%

Les honoraires, dans ce cas, sont calculés sur la base de chaque décompte provisoire des travaux réellement exécutés par le titulaire du marché hors taxes.

§3- Le seuil de tolérance

La construction n'est pas un produit fini ; la conception d'un projet de construction et sa mise en œuvre sont des expériences chaque fois uniques, même si certaines opérations peuvent sembler répétitives. C'est la raison pour laquelle le degré « zéro défaut » est impossible en construction. Une question s'impose: quel sera le montant de la dépense présumée du projet ? En conséquence, des tolérances sont admises.

En effet, à partir du moment où l'estimation sommaire a été à la base de l'attribution du contrat, il est tout à fait légitime que les conséquences soient assumées par l'architecte en cas de dépassement dudit seuil de tolérance ; ainsi, la fixation du budget relève de l'objet même du contrat d'architecture.

Les tolérances permettent de se prononcer de manière objective quant à la conformité d'un produit ou d'un ouvrage. La nécessité de les définir tient au fait que la perfection absolue est matériellement impossible. Des imprécisions peuvent en effet intervenir à chaque stade de l'acte de construire (écarts de fabrication, d'implantation, de mise en œuvre et de pose) ou de mesurer (écarts par rapport aux dimensions souhaitées). Ces écarts, qui justifient la tolérance, doivent toutefois être mesurés le plus objectivement possible.

Dans ce contexte, le décret du 20/03/2013 prévoit un seuil de tolérance en cas de dépassement de l'estimation par rapport au montant des travaux réellement exécutés, mais c'est le contrat d'architecte, dans son article 31-2, qui détermine l'étendue de cette responsabilité. Le contrat fixe le seuil de tolérance à vingt pour cent (20%) d'augmentation par rapport à l'estimation de base. Un dépassement budgétaire permet au maître d'ouvrage d'appliquer une pénalité de cinq pour cent (5%) des honoraires dus à l'architecte. Cette pénalité doit être déduite d'office des sommes dues.

Dans ce type de situations, on peut aussi estimer que le maître d'ouvrage devrait porter sa part de responsabilité s'il ne veille pas à ce que le maître d'œuvre dispose des moyens de bien travailler. En effet, la mauvaise qualité d'une prestation architecturale ne risque-t-elle pas surtout de se traduire par un surcoût à moyen terme, lorsqu'il faut "défaire et refaire" avant l'heure et aux frais des finances publiques ?

Pour cette raison, le code des marchés publics a laissé une part de marge de manœuvre avec l'article 90 § 9 qui envisage que « Le contrat d'architecte **doit prévoir un seuil de tolérance** par rapport à l'estimation sommaire ayant été à la base de l'attribution du contrat et **au regard des conséquences** pour celui-ci **en cas de dépassement dudit seuil de tolérance** ».

Il semble que cette disposition signifie que le maître d'ouvrage se réserve le droit de contrôler la réalité des **moyens** mis en place par rapport aux missions confiées à l'architecte. Pour les travaux neufs faisant l'objet d'un programme précis et complet annexé au contrat, une clause du contrat doit stipuler que la **surestimation** du coût de réalisation, si elle est supérieure à une marge de tolérance convenue, entraîne une diminution de la rémunération

de l'architecte initialement prévue. Le décret évoque seulement le cas de surestimation et non la **sous-estimation**, ce qui implique de poser des questions dans cette éventualité.

Cette idée est basée sur le principe de ***l'engagement sur le coût objectif*** : si le maître d'œuvre ne respecte pas l'estimation initiale précisée dans son contrat, assortie d'un seuil de tolérance, le maître d'œuvre est pénalisé sur ses honoraires. Par ailleurs, la rémunération du maître d'œuvre est fixée par un barème.

Rappelons-le : le code de déontologie prévoit, dans son article 33, que l'architecte doit "adapter le nombre et l'étendue des missions qu'il accepte à ses aptitudes, à ses connaissances, à ses possibilités d'intervention personnelle, aux moyens qu'il peut mettre en oeuvre". L'architecte dépend également de l'entrepreneur. Si celui-ci ne s'acquitte pas correctement de sa tâche, l'architecte doit être davantage présent sur le chantier pour suivre l'évolution des travaux. Il perd là aussi un temps précieux mais absolument nécessaire pour assurer un bon résultat final.

Section 3 La détermination des prix

La liquidation et le mandatement des sommes dues est effectué sur la base des prix stipulés dans le C.P.S. Ces prix peuvent être fermes, révisables ou provisoires.

§1- Le prix ferme

L'article 12-1 du C.M.P. donne la définition suivante du prix ferme : « Le prix du marché est ferme lorsqu'il ne peut être modifié pendant le délai de son exécution », c'est-à-dire dans le cas d'un prix invariable pendant la durée du marché.

Le marché à prix ferme est donc invariable, le prix ferme ne peut pas évoluer, notamment au gré des variations éventuelles des conditions économiques et financières qui entourent le marché. En principe, il est également intangible, puisque l'introduction par avenant d'une clause de révision du prix est illégale car elle remettrait en cause les conditions de la concurrence. Ainsi, lorsque l'on est en présence d'un prix ferme, le prix initial constitue normalement le prix de règlement puisque le prix initial reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations.

Cette invariabilité du prix ferme est appliquée même quand les produits acquis par le prestataire de service connaissent des baisses ou si les droits de douane ont connu une baisse. A cet égard, la commission des marchés

a estimé dans son avis n° 160/99 CM du 07 mai 1999 qu'« En optant, dans le C.P.S., pour le principe des prix fermes et non révisables, les parties au marché, en signant ce cahier, se sont donc engagées à exclure toute possibilité de révision des prix quelle qu'en soit la cause, même s'il s'agit d'une baisse des droits de douane.»

Les hypothèses de recours au prix ferme sont généralement réservées aux cas où le titulaire du marché et l'administration contractante n'encourent pas de risques majeurs. Ce type de prix convient surtout aux marchés conclus pour répondre à des besoins qui ne risquent pas d'être affectés par des aléas économiques ou dont la durée d'exécution est limitée dans le temps. C'est ce qui ressort de l'article 12-1-§4 du C.M.P. : « Les marchés de fournitures et de services sont passés à prix fermes » ; quant aux marchés d'étude, « Quand le délai d'exécution est inférieur à quatre (4) mois, ils sont passés à prix ferme », ce qui exclut de facto les marchés de travaux.

Deux éléments conditionnent donc le choix de la forme d'un prix ferme :

- la nature de la prestation objet du marché, en l'occurrence les marchés de fournitures et de services;
- sa durée d'exécution : les marchés d'études dont le délai de réalisation est inférieur à quatre (04) mois.

Cependant la réévaluation d'un prix ferme n'est pas exclue par le code des marchés publics, notamment lorsque des éléments intrinsèques réglementés par des textes législatifs ou réglementaires ont pour objet de changer l'équilibre financier du contrat. L'article 12-1§2 et 3 prévoit que le prix ferme peut être réévalué dans deux situations réglementaires afin de tenir compte de l'augmentation du taux de la taxe sur la valeur ajoutée, ou bien suite à une modification des prix des services et des produits réglementés, éléments qui ne sont pas assujettis à la loi du marché.

La réévaluation est donc obligatoire et s'applique au prix initial figurant dans le marché si « le taux de la T.V.A. est **modifié postérieurement** à la date limite de **remise** des offres » ou si « la modification des dits produits et services est intervenue entre **la date de remise** des offres et la **date de livraison.**» Le prix ainsi réévalué reste ferme pendant toute la durée d'exécution des travaux.

La réévaluation est dans ce cas un moyen comptable destiné à compenser les conséquences de changements survenus dans la réglementation par les pouvoirs publics et leurs effets dans les contrats. Le maître d'ouvrage doit supporter et répercuter cette modification sur le prix de règlement.

A noter que la réévaluation ne concerne que les marchés conclus à prix fermes, ce qui exclut de facto les marchés conclus à prix variables, révisables ou provisoires.

Cependant, le fait qu'un marché est conclu à prix initial définitif ne signifie pas que le prix réglé reste invariable : il peut être différent en raison de modifications dans les prestations réalisées ou livrées réellement. Ces modifications doivent faire l'objet soit d'un avenant, soit d'une décision prise par le maître d'ouvrage de continuer la réalisation de la prestation, lorsqu'elles excèdent les limites de variations prévues au marché.

§2- Le prix révisable

Les hypothèses d'utilisation du prix révisable sont généralement réservées aux cas où le titulaire du marché encourt des risques majeurs du fait de l'évolution des conditions économiques pendant la durée d'exécution du marché.

Le principe de l'adoption de la révision des prix découle des éléments liés à la nature de la prestation à réaliser et par ailleurs à la conjoncture économique.

A l'inverse du prix ferme, le prix révisable évolue pendant toute la durée de l'exécution du marché et peut être appliqué chaque fois que les conditions l'exigent afin de tenir compte des variations économiques. Il permet en conséquence de faire varier le prix en fonction d'une formule paramétrique représentative du coût de la prestation.

A. Le principe : l'article 12 du C.M.P. prévoit la révision des prix lorsqu'il s'agit de **marchés de travaux ou de services**. Dans ce cas le prix révisable est modifié en fonction des **variations économiques** et de facteurs objectifs du coût des éléments de la prestation concernée, notamment la réévaluation des salaires, la modification des prix de matériaux, matières premières, produits fabriqués, énergie, etc. L'arrêté du Premier Ministre n° 3-17-99 du 10 mars 2008 fixant les règles et les conditions de révision des prix des marchés de travaux, fournitures ou services passés pour le compte de l'administration indique dans son article 2 que « L'objet de la révision des prix du marché est de tenir compte des variations économiques constatées entre la date d'établissement des prix initiaux définis par les cahiers des charges et les dates d'expiration des délais fixés contractuellement pour l'achèvement de la réalisation des prestations objet du marché. » Cependant, le code des marchés publics prévoit la révision des prix aussi en fonction de **la nature de la prestation** et parfois de son **délai d'exécution**. L'article 12-2-§2 prévoit que « Les marchés de travaux sont passés à prix révisables. Pour

les marchés d'études ayant un délai d'exécution supérieur ou égal à quatre (4) mois, le maître d'ouvrage peut prévoir que les prix sont révisibles. » Dans ce cas, la clause de la révision des prix constitue une soupape de sécurité pour le titulaire du marché.

Les clauses de prix sont essentielles et les contractants doivent les préciser et déterminer qu'il s'agit d'une révision des prix, d'une avance, d'un acompte. Cependant, le maître d'ouvrage a parfois des difficultés à les rédiger et à les mettre en œuvre. Il doit veiller au respect des textes mais il doit aussi connaître les modalités de détermination des prix et mesurer les conséquences sur l'exécution du marché.

En effet, si cette clause de révision des prix a été omise au moment de la rédaction du marché, elle ne doit pas y être introduite par voie d'avenant, même à l'initiative de l'une des deux parties. Il faut rappeler à ce propos qu'il n'est pas possible d'introduire par voie d'avenant une clause de révision à un marché passé sur la base d'un prix ferme. Cette modification serait en effet de nature à remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale, mais elle pourrait être considérée aussi comme un détournement de procédure.

B. Les modalités de calcul : les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation.

C. L'application d'une formule : lorsqu'un marché est conclu à prix révisable, il doit prévoir une clause de révision des prix. L'arrêté du Premier Ministre susvisé prévoit dans son article 2 que lorsque le marché est passé à prix révisable, les prix de ce marché « sont modifiés par application de la (ou des) formule(s) de révision dont les formes sont définies dans les articles 4 et 7 ci-dessous et qui doivent figurer au dit marché.»

Les formules de révision sont fondées sur des indices de coûts unitaires, en particulier de main d'œuvre. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe. La détermination de la partie fixe se fera en fonction de la structure du coût de la prestation à prix révisable considérée.

Toutefois, plusieurs notes depuis 1953 recommandent aux administrations de ne multiplier inutilement ni les formules, ni les index. Pour la plupart des marchés de faible ou moyenne importance, le nombre des index peut être réduit à 4 ou 5 au maximum ; une formule unique affectée de coefficients variables selon la nature des ouvrages peut souvent suffire.

La formule peut s'appliquer avec un seuil de déclenchement : les hausses ne sont prises en compte que lorsque le résultat de la formule paramétrique fait apparaître une hausse supérieure au seuil de déclenchement. Seule est prise en compte la différence entre la hausse constatée et le seuil de déclenchement.

Ces formules se présentent sous la forme suivante:

- $P = P_0 [k + a (X/X_0) + b (Y/Y_0) + c (Z/Z_0)]$
- P : est le montant hors taxe révisé de la prestation considérée ;
- P_0 : est le montant initial hors taxe de cette même prestation ;
- K : est la partie fixe dont la valeur doit être supérieure ou égale à 0,15 ;
- k, a, b, c : sont des coefficients invariables, tels que $k + a + b + c = 1$;

P/P_0 : étant le coefficient de révision des prix ; X_0, Y_0, Z_0 : sont les valeurs de référence des index du mois :

- de la date limite de remise des offres pour les marchés passés à prix révisables ;
- de la date de la signature du marché par l'attributaire lorsque ce dernier est négocié et passé à prix révisables ;
- qui suit la date de l'expiration du délai prévu pour la notification de l'approbation des marchés passés à prix fermes qui deviennent révisables en application de l'alinéa 4 du § 2 de l'article 14 du décret précité n° 2-06-388.

X, Y, Z : sont les valeurs des index du mois de la date de l'exigibilité de la révision.

A cet égard il faut préciser que l'index « S », coefficient des salaires, représente l'ensemble des salaires versés par une entreprise aux différentes catégories de son personnel (ouvriers, personnel de maîtrise ou d'encadrement) ; en conséquence la commission des marchés a estimé dans son avis n° 25/s/14 du 16 janvier 1979 que « Le salaire ne doit pas être lié exclusivement au S.M.I.G. mais aux salaires en général tels qu'ils résultent des décisions gouvernementales prises par décret. »

D. La date d'exigibilité : la date d'exigibilité de ces montants commence à courir dès la constatation des variations. L'article 3 de l'arrêté du Premier Ministre dispose que « Cette modification des prix sera appliquée aux prestations qui **restent à exécuter à partir de la date de variation de la valeur des index** constatée par les décisions prises à cet effet par le Ministre de l'Équipement. » En conséquence, même en cas de mandatement d'une période sans prendre en considération la révision des prix, et si l'arrêté relatif à la liste des index est publié ultérieurement, le réajustement est effectué dans le décompte suivant.

L'article 11 de cet arrêté complète et clarifie cette position en prévoyant que « La révision des prix des prestations réalisées au cours d'un mois donné est obtenue en utilisant dans la formule de révision des prix les valeurs des index de ce mois. »

Toutefois, si ces valeurs ne sont pas encore publiées au moment de l'établissement des décomptes provisoires, le maître d'ouvrage peut valablement réviser les prix par application des dernières valeurs connues. Le réajustement sera fait dès publication des valeurs applicables. » En effet ces différentes opérations, préalables à toute publication officielle, exigent un délai minimum de deux à trois mois. Il en découle qu'il existe toujours ce décalage entre la période d'exécution des travaux, qui fait l'objet d'une demande de paiement dès la fin du mois et la date de publication de l'index ou des indices qui permettront de calculer la variation des prix du mois considéré.

Le C.C.A.G. des marchés publics, tout comme l'article 11 de l'arrêté susvisé, préconisent de procéder à une révision provisoire de l'acompte avec les derniers index connus, étant entendu que cette révision sera complétée par la suite par la révision définitive, lorsque les index afférents au mois de l'acompte concerné seront publiés.

E. Les limites de la révision des prix : si l'application de la révision des prix est automatique sans que le titulaire du marché ait besoin de présenter une demande spéciale à cet effet, sa mise en œuvre se trouve limitée par des considérations financières.

A cet égard, les dispositions de l'article 50 du C.C.A.G. impliquent que, quand le montant total des travaux objet de la révision des prix se trouve augmenté ou diminué de plus de 50% par rapport au montant de ces mêmes travaux établis sur la base des prix initiaux du marché, « L'autorité compétente peut résilier le marché d'office. »

Cette possibilité de résiliation peut être aussi demandée par l'entrepreneur à condition que « le montant non révisé des travaux restant à exécuter n'excède pas 10% du montant initial du marché. » Cette demande de résiliation n'a pas un effet suspensif immédiat du contrat.

L'entrepreneur, dans ce cas, doit continuer l'exécution des travaux jusqu'à la notification de la décision par l'autorité compétente qui doit intervenir au plus tard dans un délai de deux (02) mois à partir de la formulation de la demande de résiliation.

Ceci étant, et à condition que la demande de résiliation soit présentée par l'entrepreneur, les prestations réalisées entre la date de la demande de résiliation et la notification de la décision de l'autorité compétente seront mandatées sur la base de la formule de révision des prix telle qu'elle est prévue par le contrat. Une autre condition est l'acceptation de la demande de résiliation par l'autorité compétente, qui doit être notifiée dans le délai réglementaire de deux mois. Passé ce délai, deux modes de paiement des travaux exécutés sont prévus : la **partie exécutée dans le délai de deux mois** est payée sur la base de la **formule de révision des prix** telle qu'elle est prévue par le contrat. Quant aux **prestations exécutées au-delà** des deux mois, elles sont « **indemnisées** » **sur la base de dépenses réelles majorées de 5%** ; le cas échéant le maître d'ouvrage fixe un montant provisoire en attendant le règlement du différend.

§3- Le prix provisoire

En principe un marché est conclu à prix définitif ou révisable, sauf dans certaines hypothèses où le prix peut être provisoire. C'est une technique **dérogatoire** prévue par la réglementation afin de faire face à des circonstances extraordinaires qui ne permettent pas la « préparation des documents constitutifs du marché. »

Le marché est passé dans ce cas-là à **prix provisoire**, lorsque la **nature précise de la prestation n'est pas connue** au moment de la manifestation du besoin par les pouvoirs publics, et d'autre part vu son **caractère urgent**. Dans ces circonstances, son exécution doit être commencée alors que toutes les conditions indispensables à la détermination d'un prix initial définitif ne sont pas réunies.

Le prix provisoire est adopté lorsque la définition d'un prix définitif est de nature à faire encourir des aléas majeurs au deux contractants à raison de l'évolution imprévisible des conditions spécifiques de la prestation considérée pendant la période de son exécution.

Le code des marchés publics encadre le déroulement de cette procédure dans la mesure où il apporte, à travers l'article 12-3, le moyen de **fixer le principe**, l'article 86-5 pour énoncer **le motif du recours** à ce mode de prix, et enfin l'article 87-b pour prévoir **le cadre juridique** tandis que le C.C.A.G. complète le processus par le biais de l'article 51-3 à 6 portant sur **l'aspect comptable**.

Cette technique permet aux pouvoirs publics de conclure un marché, non pas par la procédure classique, mais dans un premier temps par une procédure de **droit commun**, suite à un échange de lettres ou de conventions spéciales

à prix provisoire et de régulariser par la suite, en changeant la lettre ou la convention en marché et le prix provisoire en prix définitif.

Le choix de cette procédure exceptionnelle est motivé par des conditions qui ne permettent pas d'obtenir immédiatement les pièces constitutives des marchés, et par l'impossibilité de définir initialement les prestations avec suffisamment de précision. La régularisation et la définition du prix définitif sont arrêtées une fois que l'ensemble des paramètres relatifs au contrat et aux coûts sont connus.

A. Les motifs du mécanisme : les circonstances exceptionnelles qui justifient le recours à ce mécanisme sont énumérées par l'article 86-5 du C.M.P. : « Les prestations **urgentes** qui intéressent la **défense** du territoire, la sécurité de la population ou la **sécurité** des circulations routières, aériennes ou maritimes. » Ainsi, en cas d'urgence impérieuse justifiée par des circonstances imprévisibles et pour satisfaire à des besoins résultant d'une situation grave ou d'une catastrophe naturelle (intempérie, incendie de forêt, séisme, épidémie, ouvrage effondré ou menacé d'effondrement) dont les conséquences exigent une réparation immédiate ou une intervention expéditive, les pouvoirs publics doivent réagir rapidement.

Dans ce cas, la personne responsable du marché engage directement avec le prestataire les discussions qui lui paraissent utiles en vue d'obtenir les conditions les plus avantageuses et les prestations doivent se limiter strictement aux besoins nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

B. L'assise juridique : comme il s'agit d'une situation d'exception et d'urgence, il faut agir immédiatement : « Les prestations dont l'exécution doit commencer avant que toutes les conditions du marché aient pu être déterminées » et « dont la réalisation est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché », ne permettent pas de recourir à la procédure classique et habituelle. Le contrat est alors conclu dans un premier temps sous forme d'échange de lettres ou de conventions spéciales, selon les termes de l'article 3 du C.M.P., autrement dit sous l'égide du droit commun mais surtout sans appel d'offres.

Le contrat sous cette forme précise seulement le minimum d'informations, notamment la nature des opérations à engager, les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel et sur lesquelles s'engage le maître d'ouvrage, ainsi que la durée de la réalisation des prestations. Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que les prestations s'insèrent dans le programme ou l'opération objet du contrat.

Si un prix provisoire doit être déterminé par le contrat, la rémunération de l'entrepreneur ou du prestataire de service ne sera pas fixée provisoirement, dans la mesure où l'article 87-c indique que la détermination du prix provisoire « ne peut donner lieu à aucun versement d'avance ni d'acomptes. » Le motif est simple : les prix provisoires sont des prix d'attente qui n'impliquent « ni l'acceptation du maître d'ouvrage, ni celle de l'entrepreneur », précise l'article 51-3 §4 du C.C.A.G.

En tout état de cause, l'échange de lettres ou de conventions spéciales doit être régularisé au plus tard dans un délai de trois (03) mois pour que ces documents prennent la forme d'un marché. Il sera alors possible de déterminer un prix définitif et de fixer la rémunération du titulaire du marché.

Ce mécanisme comporte des risques et le passage du prix provisoire au prix définitif risque de remettre en cause les caractéristiques financières du marché, d'où la tendance de gonflement des coûts par le titulaire du marché pour qu'il puisse faire face à toute éventualité.

Pour contrecarrer cet inconvénient, le maître d'ouvrage doit définir dans la lettre ou la convention un plafond estimatif et définir en même temps les règles auxquelles le titulaire devra se conformer. Il devra en outre procéder à des vérifications sur pièces et sur place sur les produits et le déroulement de l'opération. En outre l'administration doit procéder à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations et d'autre part se réserver le droit d'effectuer des contrôles sur le coût de revient.

C. Prix et travaux supplémentaires: les travaux supplémentaires indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage, survenus en cours d'exécution mais imprévus au moment de la passation du marché, sont **décidés par le maître de l'ouvrage** et **font l'objet d'un avenant** passé avec l'entreprise titulaire du marché : « Ces marchés sont établis sous forme d'avenants aux marchés initiaux y afférents. » Bien entendu ces travaux sont intégrés dans le décompte général définitif dont le montant sera à la charge du maître de l'ouvrage.

Conformément à l'article 86-7 du C.M.P., « Les prestations supplémentaires (sont) à confier à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déjà attributaire d'un marché », ce qui implique que les travaux supplémentaires constituent le **prolongement de l'exécution du contrat**, étant donné que les modalités de prix ont déjà été définies. En vertu de l'article 51 C.C.A.G., s'il s'agit d'un prix unitaire, **les prix provisoires** sont assortis d'un sous-détail. Si le prix est global, une décomposition du montant global s'impose.

Cependant on peut supposer que les travaux supplémentaires sont exécutés sur la base d'un ordre de service sans qu'un avenant soit nécessaire. Ces travaux exécutés sont réputés valides dans la mesure où d'une part ils constituent un prolongement du contrat initial « lorsque les prestations en question, **imprévues** au moment de la passation du marché principal, sont considérées comme **l'accessoire dudit marché** » D'autre part l'article 51-1 du C.C.A.G. indique clairement la nécessité de se conformer à l'ordre de service donné par le maître d'ouvrage quand ce dernier « juge **nécessaire d'exécuter** des ouvrages ou travaux (...) l'entrepreneur **se conforme immédiatement** aux ordres de service qu'il reçoit à ce sujet. » Donc beaucoup d'éléments valident ces travaux sans avenant : notamment les prestations sont considérées comme **l'accessoire du marché initial**, outre le caractère **imprévu** au moment de la passation du marché, **l'aspect obligatoire** de l'ordre de service et l'intégration de ces travaux dans le décompte général et définitif.

Le maître d'ouvrage est donc tenu de payer les travaux supplémentaires qu'il a demandés **par ordre de service**, lorsque le titulaire en a accepté le principe et le prix. **Il ne peut exciper ensuite de l'absence d'avenant** pour se refuser à exécuter l'obligation qu'il a lui-même contractée.

En effet, à partir du moment où le maître d'ouvrage a ordonné, par ordre de service, à l'entrepreneur d'exécuter des travaux supplémentaires, il ne peut pas différer le paiement au motif que le règlement de ces prestations nouvelles est subordonné à la passation d'un avenant si celui-ci n'a pas été établi auparavant eu égard à l'urgence ou à tout autre motif. Cette disposition d'établir un avenant a pour seul objet d'organiser un contrôle a posteriori des travaux supplémentaires, et elle ne saurait être interprétée comme habilitant le maître d'ouvrage à différer le paiement de travaux supplémentaires dans l'attente de la passation d'un avenant.

Cette obligation de régler immédiatement le montant des prestations supplémentaires découle des dispositions du décret de la comptabilité publique et du C.C.A.G. D'une part, les stipulations de l'article 51 du cahier des clauses administratives générales applicables au marché n'imposent pas la passation d'un avenant, ensuite cet article impose à l'entrepreneur de « se conformer immédiatement aux ordres de service qu'il reçoit à ce sujet. » D'autre part la règle du service fait et du droit acquis implique que l'entrepreneur doit recevoir la contrepartie de ce qu'il a réalisé, faute de quoi le paiement des intérêts moratoires est applicable en cas de retard de paiement.

Chapitre III

Les garanties pécuniaire

Dans le but de protéger l'administration contractante contre les risques qui résultent d'une défaillance éventuelle de l'autre partie contractante, la réglementation a instauré un système de cautions et de garanties.

Toutefois d'autres garanties spéciales viennent se greffer : elles sont imposées soit par le cahier des charges, soit par des textes particuliers.

Les textes de base qui organisent le dispositif des garanties pécuniaires exigées des soumissionnaires de marchés publics par le C.M.P. et le C.C.A.G. sont le dahir n° 1.56.211 du 11 décembre 1956 ainsi que la circulaire d'application n° 72/cab du 26 novembre 1992.

L'article premier du dahir du 11 décembre 1956 susvisé a fixé trois (03) types de garanties pour couvrir les engagements pris par les concurrents et les titulaires de marchés publics : le cautionnement provisoire, le cautionnement définitif et la retenue de garantie.

Section 1

La forme juridique de la caution

Cette forme juridique d'engagement n'est pas récente. Elle est utilisée depuis les Égyptiens puis par les Grecs dans un sens fondé sur des liens familiaux. L'idée d'engagement accessoire s'est dégagée par la suite, permettant à la caution de se retourner contre le débiteur principal défaillant.

L'article 1117 du code civil prévoit que « Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'oblige envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même » c'est-à-dire une personne qui se substitue au véritable contractant en cas du défaillance de ce dernier.

Le cautionnement est donc un contrat, c'est-à-dire une convention génératrice d'obligations, et plus précisément un contrat spécial nommé. Il constitue aussi une sûreté personnelle car il s'agit d'une garantie pour le créancier quant au recouvrement de sa créance en cas de défaillance du débiteur principal, et par voie de conséquence cette sûreté personnelle ne confère au créancier aucun droit particulier sur les biens de son débiteur, c'est-à-dire ni droit de suite, ni droit de préférence. Le créancier titulaire d'une sûreté personnelle demeure un créancier chirographaire, mais il accroît le nombre de ses chances d'être remboursé.

En effet, si le cautionnement doit être accepté par les deux parties, le créancier et la caution, « d'où son **caractère consensuel** », le cautionnement ne comporte d'obligation qu'à la charge de la caution, ce qui lui confère son **caractère unilatéral**.

Le régime juridique des garanties est un **régime contractuel** dans la mesure où le dahir susvisé ne fixe que **le cadre légal** des garanties ; les modalités d'application sont laissées aux cahiers de charges et aux stipulations contractuelles du C.P.S.

L'article 12, alinéas 1 et 4 du C.C.A.G. renvoie au C.P.S. la détermination de l'importance des garanties pécuniaires et des dispenses éventuelles, d'où leur aspect contractuel. Ces cahiers peuvent exiger d'autres garanties particulières.

A cet égard, le C.P.S. peut dispenser l'attributaire de fournir une garantie. La circulaire du Premier Ministre n° 72/cab du 26.11.92 prévoit que l'administration dispense d'une **manière** discrétionnaire de l'obligation de fournir le cautionnement provisoire ou / et définitif et même de subir la retenue de garantie dans le règlement des sommes dues au titre du marché. C'est à l'autorité compétente qu'il appartient d'apprécier l'opportunité d'exiger ou non un cautionnement et d'y recourir en fonction des risques liés à l'exécution du marché.

D'une manière générale le C.C.A.G. a adopté une position souple pour la constitution des cautionnements provisoires, définitifs ou de la retenue de garanties, outils qui peuvent être remplacés par une caution personnelle et solidaire.

§1- Les modalités de constitution des garanties

La caution peut être constituée au choix du soumissionnaire (s'il s'agit d'une caution provisoire) ou de l'attributaire du marché (s'il s'agit de la caution définitive ou de la retenue de garantie), au choix en numéraire, en valeur, par prélèvement automatique ou via une caution personnelle et solidaire.

En vertu de l'article 2 du dahir n° 1-56-211 du 11 décembre 1956 relatif aux garanties pécuniaires des soumissionnaires et adjudicataires de marchés publics, «Les cautions provisoires ou définitives sont constituées en numéraire, en valeurs, en fonds d'Etat ou en valeurs du Trésor, entièrement libérés et au porteur. Les fonds garantis par l'Etat peuvent être acceptés sur autorisation spéciale du Ministère des Finances.»

Le cautionnement peut donc être constitué en numéraire, dans ce cas les montants sont versés auprès des caisses des comptes de la Trésorerie

Générale du Royaume et sont consignés ensuite auprès de la Caisse des Dépôts et de Gestion. Comme il peut s'agir des valeurs d'Etat ou jouissant de la garantie de l'Etat, les bons du Trésor sont acceptés par leur valeur nominale. Ces cautionnements sont reçus à la C.D.G.

Il s'agit en fait des possibilités offertes pour la constitution des cautions, mais l'administration a un droit de regard qui lui permet d'accepter ou de refuser certaines cautions, même si l'organisme est agréé par le Ministère des Finances, à condition de motiver ce refus.

Lorsque le cautionnement est constitué en titres nominatifs, l'attributaire du marché doit souscrire une déclaration d'affectation de ces titres et donner à la C.D.G. un pouvoir irrévocable à l'effet de les aliéner s'il y a lieu.

La caution peut être remplacée par l'engagement d'une caution personnelle et solidaire, dans les conditions fixées par la réglementation en vigueur, et doit être choisie parmi les personnes ou établissements ayant été agréés par le Ministère des Finances (tels que les banques) et ayant constitué un cautionnement général unique auprès de la C.D.G.

Le **retrait de l'agrément** par le Ministère des Finances de l'organisme habilité à porter caution entraîne **la nullité de la caution** déjà constituée et présentée comme garantie. L'attributaire du marché doit dans ce cas reconstituer une autre caution auprès d'un autre organisme agréé, et ce dans un délai de vingt (20) jours qui suivent la notification du retrait de l'agrément. Le cas échéant, deux possibilités se présentent : soit le montant de la caution définitive est précompté d'office sur les décomptes présentés au paiement, soit l'administration procède purement et simplement à la résiliation du contrat avec les conséquences qui sont subies dans le cas de la résiliation.

En effet, dans le cas de la non reconstitution d'une autre caution auprès d'un autre organisme financier agréé, l'article 14-3 du C.C.A.G. ne prévoit qu'une retenue d'office « sur les décomptes des sommes dues à l'entrepreneur d'une somme égale au montant du cautionnement définitif, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance. » On est donc loin de l'aspect coercitif et contraignant de l'Instruction du Premier Ministre n°72 du 26 novembre 1992 qui offre à l'administration la possibilité, dans le cas de la non reconstitution de la caution définitive, de résilier le contrat. Cette position coercitive est pour le moins incompréhensible, dans la mesure où l'attributaire a déjà constitué un contrat en bonne et due forme et qu'il a engagé et supporté des frais financiers. En outre, l'Etat est débiteur vis-à-vis du titulaire du marché suite aux travaux que ce dernier a exécutés, ce qui implique l'application, au moins, de la règle de la compensation légale prévue par l'article 189 du code des obligations.

En tout état de cause, cette mesure prévue par l'Instruction du Premier Ministre est à éviter car elle ne corrobore absolument pas l'esprit manifesté par le nouveau code des marchés publics.

Pour les marchés financés par l'Union européenne, l'article 74-2 du C.C.A.G. prévoit que le cautionnement est constitué dans la monnaie dans laquelle est libellé le marché. La caution peut être délivrée par un organisme financier habilité appartenant soit au pays bénéficiaire, soit à un Etat membre de l'Union européenne, soit à un pays tiers jouissant d'une dérogation. L'administration garde toute liberté pour accepter ou refuser une caution solidaire délivrée par un organisme financier étranger, à condition que « le refus éventuel de la caution solidaire » soit motivé.

Dans ces conditions, l'administration peut accepter la caution à condition que l'organisme financier qui l'a délivrée soit assujéti aux mêmes règles exigées par la réglementation marocaine, notamment l'agrément des autorités financières du pays de l'organisme étranger.

A cet effet, il est souhaitable que les administrations tiennent un registre indiquant les opérations relatives aux cautionnements, à leur nature ainsi qu'aux mesures prises. Le dit registre doit contenir des pages numérotées, datées, sans vide ni rature, mentionnant les opérations passées en cas de restitution partielle, par exemple, ou de saisie.

§2- La caution provisoire

C'est une caution de soumission qui est exigée de chaque **concurrent** au moment du dépôt des offres afin d'écartier le dépôt des offres peu sérieuses et de garantir, selon les dispositions de l'article 12 du C.C.A.G., la participation du candidat à la concurrence, mais qui permet aussi de se prémunir contre un refus éventuel de l'entrepreneur ou du fournisseur d'exécuter le marché s'il en est le titulaire et ce conformément à l'article 15 du C.C.A.G.

Si la constitution de la caution provisoire est exigée, l'article 25-A-b du décret du 20/03/2013 prévoit, dans ce cas, que le dossier administratif comprenne l'original du récépissé du cautionnement provisoire ou l'attestation de la caution personnelle et solidaire en tenant lieu. Le corollaire naturel de cette disposition est que ***l'absence de cette caution entraîne l'éviction du concurrent.***

L'article 20-g du décret du 20/03/2013 dispose que l'avis d'appel d'offres fait connaître le montant en valeur du cautionnement provisoire conformément à l'article 12-1 du C.C.A.G. Cela signifie que l'annonce de la caution provisoire doit être insérée dans l'avis d'appel d'offres, et par ailleurs aucun montant

ne doit être exprimé en pourcentage pour que le secret de l'estimation administrative soit assuré.

Pour la détermination du montant du cautionnement provisoire, il faut noter que ni le dahir précité n° 1.56.211, ni la circulaire du Premier Ministre n° 72/cab précitée, ni le cahier des clauses administratives générales ne donnent d'indication sur le mode de fixation du montant du cautionnement provisoire que les concurrents doivent constituer. L'article 21 du C.M.P. renvoie au C.P.S. pour son montant : «Le cahier des prescriptions spéciales détermine l'importance des garanties pécuniaires à produire par chaque concurrent, à titre de cautionnement provisoire.» Il en découle que la **détermination** du montant du cautionnement provisoire est du ressort du **pouvoir discrétionnaire du maître d'ouvrage** qui l'arrête en fonction de l'importance et de la valeur de chaque marché qu'il envisage de lancer. Toutefois la commission des marchés a estimé que « Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que le montant du cautionnement provisoire soit **proportionnel à la valeur et à l'importance du marché à réaliser et non en tenant compte des dimensions des entreprises** existant sur le marché et du montant de leur capital.»

§3- La caution définitive

Elle est constituée par **le titulaire** du marché dans les trente (30) jours qui suivent la notification de l'approbation du marché. Selon l'article 12-2 du C.C.A.G., la caution définitive est destinée à **garantir les engagements contractuels** du titulaire du marché jusqu'à l'achèvement des travaux.

C'est un champ très vaste que la caution définitive est appelée à garantir durant l'exécution du marché. Il peut couvrir la mauvaise exécution de la prestation objet du marché (vice de construction ou marchandise qui ne correspond pas aux normes), ou bien le recouvrement des sommes dont le titulaire serait reconnu débiteur au titre du marché, ou encore les dommages causés à des tiers par lui ou par le sous-traitant.

En effet, l'article 158§6 du C.M.P. dispose qu'en ce qui concerne la sous-traitance, « le titulaire demeure personnellement responsable de toutes les obligations résultant du marché.» Donc la caution définitive couvre aussi la mauvaise exécution du marché par le sous-traitant.

Le montant de la caution définitive est fixé à trois pour cent (3%) du montant initial du marché. L'article 12 du C.C.A.G. ne prévoit nullement que ce montant doit être augmenté, le cas échéant, du montant des avenants, ce qui laisse supposer que même dans le cas de la modification du prix initial du marché, suite à la révision des prix ou suite à un avenant, il n'y

pas lieu de constituer une autre caution définitive qui couvre l'équivalent de l'augmentation du prix initial à défaut des stipulations particulières du C.P.S. D'ailleurs la réglementation prévoit la constitution de la caution définitive après la notification de l'approbation du marché et aucune allusion n'est faite à l'approbation d'un avenant. En revanche, dans l'hypothèse d'une diminution des travaux supérieure à 25% et qui donne lieu à « un avenant fixant le nouveau montant du marché », une restitution partielle de la caution définitive en fonction de cette diminution est possible.

§4- La retenue de garantie

La retenue de garantie est un précompte à la source opéré d'office par l'administration sur le montant des règlements des prestations effectuées par l'attributaire du marché, au cas où des malfaçons sont constatées, à condition que le C.P.S. prévoit la constitution de cette caution.

Donc, il s'agit d'une partie destinée, en principe, au paiement des prestations réalisées, tel que précisé par l'article 59 du C.C.A.G. : « Le paiement des acomptes s'effectue au même rythme que celui fixé pour l'établissement des décomptes sauf retenue d'un dixième (1/10^{ème}) pour garantie. »

L'article 59-3 du C.C.A.G. offre au titulaire du marché la possibilité de constituer une caution personnelle et solidaire qui correspond au montant égal à la valeur de la retenue de garantie de chaque décompte. A cet égard, aucun paiement ne peut être effectué par le comptable en l'absence de cette caution personnelle et solidaire.

La retenue de garantie a pour objet de garantir la bonne exécution des prestations, dite « obligation de parfait achèvement. » Cette obligation est prévue par l'article 67-A§1 du C.C.A.G. Elle permet à l'administration d'opérer une retenue sur le règlement des prestations effectuées par le cocontractant en vue de garantir le remboursement des sommes dont le titulaire du marché pourrait se trouver éventuellement redevable.

Elle ne peut être utilisée à d'autres fins et doit couvrir les réserves à la réception des prestations objet du contrat, « comprise entre la réception provisoire et la réception définitive, » y compris pour les travaux réalisés par des sous-traitants.

C'est une sûreté complémentaire du cautionnement définitif. Elle peut être prélevée par fractions, au moment de l'ordonnancement des sommes dues au titulaire du marché sur les acomptes qui seront payés au fur et à mesure de l'exécution du marché.

Le montant prévu pour la retenue de garantie est fixé par l'article 59 du C.C.A.G. qui prévoit un plafond de dix pour cent (10%) du montant de chaque acompte, ou l'un-cinquième (1/5^{ème}) de l'acompte lorsqu'il s'agit des approvisionnements.

En outre, et **sauf stipulations particulières** du C.P.S., la retenue de garantie cesse de croître lorsqu'elle atteint sept pour cent (7%) du montant du marché, toutes taxes comprises.

Faut-il interpréter les **stipulations particulières** d'une manière extensive, ce qui laisse supposer que l'organisme public contractant peut prévoir, à ses risques et périls, une retenue de garantie moins élevée s'il le souhaite ? Rien en fait n'interdit au maître d'ouvrage de prévoir cette possibilité.

Ceci étant, lorsque le montant initial du marché fait l'objet d'une augmentation, la clause de retenue de garantie prévue par le marché s'applique également aux sommes dues au titre de **l'avenant** ou des avenants origines de l'augmentation.

Toutefois, si l'augmentation du montant initial du marché résulte d'une décision de poursuivre les travaux dans le cadre de l'article 52 du C.C.A.G. qui dispose que « L'entrepreneur est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, tant que l'augmentation de la masse des travaux n'excède pas 10% de la masse initiale des travaux », dans ce cas la retenue de garantie n'est pas appliquée. L'ordre de service donné par le maître d'ouvrage de poursuivre les travaux ne constitue pas un document à caractère contractuel tel que le contrat du marché ou l'avenant.

§5- La restitution

Les modalités de restitution des différentes cautions sont déterminées et encadrées par plusieurs textes réglementaires ou législatifs, notamment par le dahir du 11/12/1956, la circulaire 72 /cab du 26/11/1992 et le C.C.A.G.

En vertu de l'article 16 du C.C.A.G., la **caution provisoire** est restituée d'office. A cet effet l'administration doit prononcer la mainlevée et délivrer à l'intéressé un certificat sur le vu duquel le cautionnement sera libéré, soit d'office si la caution définitive n'est pas exigée, soit après la réalisation de la caution définitive dans les délais.

La restitution d'office signifie aussi pour les organismes financiers une libération de la caution, et si le maître d'ouvrage n'a pas réalisé les diligences nécessaires à l'intérieur des délais pour confisquer la caution provisoire auprès de ces organismes, il doit procéder selon les dispositions de l'article 15-3 du C.C.A.G.-Travaux.

A noter que l'administration doit restituer ou libérer la caution provisoire au moment où il informe le concurrent de son éviction.

La **caution définitive** est restituée au plus tard dans les trois (03) mois suivant la date de **la réception définitive des travaux** si le titulaire a honoré ses obligations vis-à-vis de l'administration, et ce suivant les dispositions de l'article 16 §2 du C.C.A.G., ou une fois que le titulaire du marché a honoré ses obligations vis-à-vis de l'administration selon les dispositions de l'article 16 du C.C.A.G., ou encore, conformément aux dispositions de l'article 67-a du C.C.A.G. une fois que le titulaire a honoré l'obligation dite « obligation de parfait achèvement ».

Dans l'éventualité d'une résiliation du contrat, l'article 70 du C.C.A.G. prévoit que la résiliation doit être « précédée, immédiatement, en présence de l'entrepreneur, de la constatation des ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés », autrement dit précédée de la réception des prestations réalisées, mais à défaut la résiliation vaut réception. Cependant, les termes de l'article 16 du C.C.A.G. sont assortis de la confiscation du cautionnement définitif si des mesures coercitives ont été prises à l'encontre du titulaire du marché ; dans ce cas, « Le cautionnement définitif est restitué au cocontractant sauf le cas d'application de l'article 70 du C.C.A.G.-T relatif aux mesures coercitives. » Or, même dans cette éventualité, l'autorité compétente reste souveraine pour confisquer ou non la caution définitive ou la retenue de garantie.

Dans son avis n° 331/08 du 28 janvier 2008, la commission des marchés a émis un avis favorable à la restitution de la caution définitive en dépit de la résiliation du marché suite à des mesures coercitives : « Le choix de la sanction à prendre à l'encontre du cocontractant défaillant relève de la discrétion de l'autorité compétente, celle-ci peut éventuellement décider de résilier le marché sans ordonner la confiscation du cautionnement définitif ; dans ce cas, le cautionnement ne doit être restitué au cocontractant qu'après apurement de la situation. »

La commission s'appuie dans ses arguments sur les dispositions de l'article 16 du C.C.A.G. : « L'article 16 du C.C.A.G.-T prévoit que le cautionnement définitif est restitué au cocontractant sauf si **l'autorité compétente décide** de prendre à son égard l'une des mesures coercitives prévues par l'article 70 dudit C.C.A.G.-T » et que « La résiliation prévue par l'article 16 du C.C.A.G.-T de ne pas restituer le cautionnement définitif en cas d'application de mesures coercitives ne concerne que le cas où l'autorité compétente décide de confisquer le cautionnement, » selon les dispositions de l'article 70-c du C.C.A.G.

Ceci étant, l'article 12-3 du C.C.A.G. prévoit la possibilité de la restitution partielle de la caution définitive. En effet, si le C.P.S. prévoit la réception partielle d'une ou plusieurs parties de l'ouvrage à réaliser, le maître d'ouvrage peut restituer une partie du cautionnement définitif à hauteur des travaux réceptionnés.

C'est une mesure qui peut certes soulager la trésorerie de l'entreprise, eu égard aux frais financiers engendrés suite à la constitution des garanties, mais qui ne sauvegarde pas les intérêts de l'administration, d'autant plus qu'elle va à l'encontre de l'esprit de l'exigence des garanties par les textes, qui a pour objet de protéger les deniers publics et de garantir la solvabilité du titulaire du marché.

La **retenue de garantie** est remboursée dans les mêmes conditions que la caution définitive. Dans l'hypothèse où la retenue de garantie n'a pas été remboursée dans un temps opportun, c'est-à-dire si un retard de remboursement a été constaté, à ce moment les **intérêts moratoires** sont applicables et doivent être versés selon les modalités définies par le décret du 13 novembre 2003.

Cependant il faut nuancer les modalités de restitution de la retenue de garantie selon le mode de sa constitution, c'est-à-dire sous forme d'une retenue à la source ou d'une caution auprès d'une banque.

Dans la première hypothèse, si la retenue de garantie n'est pas restituée dans les délais impartis et en l'absence de réserves ou de constatations de malfaçon, le titulaire du marché est en droit de réclamer l'application des intérêts moratoires, à condition que le **prélèvement soit effectué à la source**, c'est-à-dire si l'acompte est amputé du montant de la retenue de la garantie. La retenue, dans ce cas-là, est une partie intégrante du paiement qui est assujéti aux intérêts moratoires, et par voie de conséquence ce qui est valable pour le paiement doit être appliqué à la partie précomptée de l'acompte au titre de la retenue de garantie (l'accessoire suit le principal).

En revanche, si le paiement effectué au profit du titulaire du marché est intégral et si la retenue de garantie est remplacée par une caution bancaire, dans ce cas le mécanisme de l'application des intérêts moratoires est inopérant et ne peut pas être déclenché.

Quant au délai de garantie, il faut entendre par là la période fixée par le C.P.S. ; le plus souvent, il porte sur les douze (12) mois qui suivent la réception provisoire de la prestation, un délai qu'il faut distinguer du **délai technique** prévu dans certains marchés de fourniture, qui, lui, peut s'étaler sur une période plus longue.

Une autre conséquence en défaveur du titulaire du marché réside dans le fait que s'il ne réclame pas la restitution de la retenue de garantie dans un délai de quatre (04) ans, le montant de la garantie tombe sous le coup de la prescription quadriennale.

§6- La dispense

Sur la base des dispositions du dahir du 11 décembre 1965, notamment l'article premier §2 dispose que « Les cahiers de charges peuvent, s'il y a lieu, dispenser de l'obligation de l'une ou de plusieurs de ces garanties » et de la circulaire 72/cab du 26/11/92 précitée qui prévoit que la dispense totale de toutes sortes de garanties **s'impose** pour tous les types de marchés conclus par « **entente directe** » avec **les services publics** gérés en régie, les concessionnaires de services publics, les entreprises publiques ou d'économie mixte ou les organismes privés reconnus d'utilité publique, ou encore quand la nature de la prestation porte sur des **fournitures courantes** c'est-à-dire sur des produits fongibles.

La raison de cette dispense réside dans le fait que le principe de la solvabilité et de la protection des deniers publics ne peut pas être invoqué à propos de ces organismes publics ou des organismes chargés d'une mission de service public ; la dispense doit donc être automatique.

Quand le mode de dévolution est la **procédure de concurrence**, la circulaire indique que « pour la **dispense** à la fois du **cautionnement provisoire et du cautionnement définitif**, il doit être **tenu compte** notamment de **la nature** des prestations, de **la durée** d'exécution du marché ou du **montant du marché**. » Mais quand il s'agit d'une procédure de **concurrence restreinte**, « Une dispense plus limitée peut être retenue, soit une dispense du **seul cautionnement provisoire**. » Cela signifie que le mode d'attribution d'un marché conditionne l'économie générale des dispenses et que la procédure de la concurrence met un certain nombre de verrous qui limitent cette liberté de dispense ; l'administration jouit donc d'une compétence liée. Ainsi, quand l'appel d'offres ouvert prévoit la dispense, le maître d'ouvrage doit prendre en considération la nature de la prestation (fourniture ou travaux), la durée de l'exécution (paiement unique ou subséquent, plus d'un an ou davantage) et le montant du marché (à partir d'un seuil raisonnable).

Ceci étant, la dispense relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration car c'est une simple faculté laissée par le dahir de 1956 à l'appréciation de l'administration concernée.

Section 2 Les sanctions financières

Le marché est un contrat qui engendre des droits et des devoirs. Le titulaire du marché doit exécuter le travail dans les délais prévus par le contrat et l'administration doit payer la prestation réalisée dans un temps convenable prévu par les textes afin de ne pas créer une crise de trésorerie au sein de l'entreprise.

Pour permettre aux deux contractants d'éviter tout retard dans l'exécution ou le règlement du marché, la réglementation a prévu une série de sanctions dissuasives à l'égard des deux parties du contrat. Il peut s'agir de la saisie des différentes cautions, mais aussi de pénalités pour le retard d'exécution des prestations, et d'intérêts moratoires pour le retard du règlement des sommes dues.

§1- Les sanctions relatives aux garanties

Si le concurrent ou le titulaire du marché n'a pas rempli tous ses engagements, les différents textes ont prévu les cas dans lesquels la caution est acquise à l'administration.

La caution provisoire : l'article 15-1 du C.C.A.G. dispose que le maître d'ouvrage doit retenir la caution provisoire si le concurrent ne respecte pas les dispositions de l'article 33 du C.M.P. **et retire son offre avant l'expiration du délai de soixante-quinze (75) jours**, délai pendant lequel « les soumissionnaires restent engagés par leurs offres » ; ainsi, le non respect des dispositions de cet article entraîne la saisie de la caution provisoire dans le cas où **le concurrent ne maintient pas son offre après la notification de l'approbation** du marché dans le délai de soixante-quinze (75) jours à compter de l'ouverture des plis ou de la date de la signature du marché par l'attributaire, lorsqu'il est négocié selon les dispositions de l'article 153 du C.M.P.

La **caution provisoire** reste acquise à l'administration si les soumissionnaires **retenus** n'acceptent pas de procéder aux corrections des opérations arithmétiques des offres, lorsque la commission constate des erreurs matérielles évidentes. Cependant, en cas de doute, le soumissionnaire doit fournir les explications nécessaires.

Enfin la caution n'est pas restituée si l'attributaire, c'est-à-dire le concurrent dont l'offre a été retenue avant l'approbation du marché, **refuse de signer le marché** ou s'il **ne réalise pas la caution définitive dans un délai de trente (30) jours** après la notification de l'approbation du marché.

L'article 15-3 du C.C.A.G. dispose qu'en cas d'absence d'une caution provisoire, et si le titulaire ne réalise pas la caution définitive dans les délais prescrits, une pénalité qui ne doit pas dépasser 1% du montant initial du marché est appliquée d'office.

La **caution définitive** : les sanctions relatives à la **caution définitive** sont liées à l'exécution du marché et à son règlement. Si le titulaire du marché ne remédie pas aux malfaçons constatées, les sommes qui peuvent être dues suite à l'exécution d'une prestation non conforme aux prescriptions techniques du marché sont prélevées du cautionnement définitif.

Outre les sommes qui peuvent être dues et prélevées du cautionnement de l'attributaire, il faut citer les excédents de dépenses qui résultent de la régie ou du nouveau marché. En outre, si l'administration constate une malfaçon ou si l'entrepreneur a reçu des acomptes excessifs, la compensation du cautionnement est régulière.

Cependant, la réglementation est moins sévère quand il s'agit de la résiliation du contrat. L'article 70-c du C.C.A.G. a laissé à l'administration le soin de décider de la confiscation ou non de la caution définitive et de la retenue de garantie.

Quant aux modalités de la saisie, l'article 11 du dahir du 11 décembre susvisé donne le droit à l'administration de saisir la caution définitive par décision prise par l'autorité ayant passé le marché tout en respectant une procédure bien définie. En effet, cette décision doit être appuyée d'un certificat indiquant la date de la notification par l'administration à l'entrepreneur de la saisie de son cautionnement, et faisant également connaître qu'il n'a pas été formé d'opposition à la saisie à l'expiration du délai de quinze (15) jours qui a suivi cette notification.

§2- Les modalités de la saisie des cautions

La saisie des cautions constituées par un concurrent ou par un titulaire d'un marché public obéit à des règles édictées par les textes qui gouvernent le domaine de la comptabilité publique et par les textes relatifs aux différentes garanties.

Tout d'abord la règle générale fait que le maître d'ouvrage et le comptable sont les seuls habilités à procéder à la saisine et au recouvrement des cautions saisies : le maître d'ouvrage, en tant que cocontractant et le comptable, en tant que personne habilitée à manier les deniers publics et en sa qualité de comptable assignataire.

Ensuite la saisie est prononcée par **une décision** de l'administration qui doit être rendue exécutoire par le maître d'ouvrage. Cette décision doit être appuyée par **un certificat**, par lequel l'administration indique au titulaire du marché la date de la notification de la saisie de son cautionnement. Enfin doit être établi **un ordre de recette** qui constitue un titre exécutoire.

Au niveau du comptable, le recouvrement est effectué sur la base de la décision et de l'ordre de recette, même s'il n'a pas reçu le marché et que le maître d'ouvrage a procédé à la confiscation de la caution provisoire. A cet effet, s'il s'agit d'une caution bancaire, il lui appartient de saisir la banque pour la restitution de la caution.

§3- Les pénalités de retard

L'article 13-B-g du C.M.P. précise, parmi les mentions obligatoires que le marché doit contenir, le délai d'exécution ou la date d'achèvement des travaux. Cette clause importante permet à l'administration de veiller au respect des dates prévues pour l'exécution des prestations et d'infliger éventuellement des pénalités, suite au retard constaté dans l'exécution du marché.

L'article 60 du C.C.A.G. du 4 mai 2000 prévoit qu'en cas de retard dans l'exécution, une pénalité est prévue, et précise aussi que le C.P.S. fixe les modalités d'application de cette sanction. Ces mesures corroborent les articles 260 et suivants du code civil qui prévoient des dommages et intérêts résultant de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur pour l'inexécution d'une obligation. Il s'agit en fait d'une évolution car l'ancien C.C.A.G. faisait de l'application des pénalités pour retard seulement une éventualité et non une obligation.

Ces mesures sont appliquées à l'architecte en vertu de l'article 11 du contrat d'architecte en cas de « **retard dans l'exécution des prestations architecturales** ». Le montant des pénalités est plafonné à cinq pour cent (5%) du montant des honoraires calculés sur la base de l'estimation sommaire des travaux. Une autre pénalité est appliquée, « **en cas d'absence injustifiée** ». Cette pénalité s'élève à mille (1.000) dirhams par visite.

Lorsque le montant atteint le plafond de cinq pour cent (5%), l'autorité compétente est en droit de résilier le contrat d'architecte, à condition qu'il soit précédé d'une mise en demeure.

A. Le régime juridique des pénalités de retard : l'article 60 du C.C.A.G. a prévu une **pénalité journalière**. A cet effet, le retard doit être démontrable,

ce qui implique que le marché doit prévoir un délai d'exécution et une date à compter de laquelle les pénalités sont applicables.

Cette pénalité doit être prévue dans le marché et son application est obligatoire ; en conséquence, la renonciation aux pénalités de retard n'est pas prévue par la réglementation, dans la mesure où les termes de l'article 60 C.C.A.G. sont clairs, notamment le paragraphe premier qui prévoit qu'« En cas de retard dans l'exécution des travaux, il **est appliqué** une pénalité de retard. » Le deuxième paragraphe du même article confirme cette obligation : « Les pénalités sont encourues du **simple fait de la constatation** du retard par le maître d'ouvrage. » Aussi, à partir du moment où les intérêts moratoires sont prévus en faveur du titulaire du marché en cas de retard de paiement, pourquoi renoncer aux pénalités de retard ?

Le montant est fixé en pourcentage de la valeur des prestations qui figurent sur le décompte de la facture ou du montant du marché s'il s'agit d'un paiement unique. Cette pénalité est égale à une fraction de millième du montant de la prestation.

Les pénalités de retard sont applicables automatiquement par le maître d'ouvrage. Cependant, si ce dernier ne les applique pas pour une raison ou une autre, le comptable doit suspendre systématiquement le règlement de la dépense. Si le maître d'ouvrage ne rectifie pas l'erreur ou s'il ne fournit pas les pièces justificatives pour justifier le retard, notamment un ordre d'arrêt et un ordre de reprise, le comptable procède à leur déduction du montant des sommes dues au titulaire du marché.

Si le montant des sommes auxquelles pourrait encore prétendre le titulaire du marché ne couvre pas le montant des pénalités appliquées, un ordre de recette est émis à son encontre. A cet égard, le comptable doit observer l'application des dispositions de l'article 23 de la loi n° 15-97 du 3 mai 2000 formant code de recouvrement des créances publiques, qui prévoit une majoration de six pour cent (6%) l'an pour le paiement tardif des ordres de recettes.

B. La notion d'achèvement des travaux : le C.C.A.G. du 04 mai 2000 a pris une position nette à l'égard de l'inobservation des délais d'exécution, dans la mesure où les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'ouvrage et que leur application ne nécessite aucune procédure particulière. L'article 65-3 du C.C.A.G. dispose que la réception provisoire prend effet à la date d'achèvement des travaux constatée par le maître d'ouvrage. L'alinéa 4 du même article évoque la réception provisoire assortie des réserves. Dans ce cas l'application des pénalités de retard

cesse et le maître d'ouvrage fait appel aux dispositions des articles 41 et 70 du C.C.A.G. (infra).

Pour le calcul du nombre de journées de retard, l'article 60-2 du C.C.A.G. a inclus les samedis, dimanches et jours fériés ou chômés. En cas de résiliation du contrat, les pénalités de retard courent jusqu'au jour de la notification de la résiliation.

Afin de préserver l'équilibre financier du contrat, notion fondamentale de droit administratif, l'article 60-3 du C.C.A.G. a introduit le plafonnement des pénalités de retard à dix pour cent (10%) du montant initial du marché éventuellement modifié ou complété par les avenants intervenus. Le risque de ce plafonnement réside dans le fait que l'article 60-4 dispose que le maître d'ouvrage est en droit de résilier le contrat lorsque le plafond des pénalités est atteint après une mise en demeure.

Si le retard incombe au sous-traitant, ceci n'exempte pas le prestataire de sa responsabilité directe. Le maître d'ouvrage doit appliquer les retenues pour le retard constaté.

C. Les modalités d'application des pénalités de retard : le recouvrement des pénalités de retard est une obligation qui incombe à l'ordonnateur en premier lieu et au comptable en cas d'inertie de l'administration contractante, dans la mesure où elle doit les précompter d'office.

Ainsi, après déduction du montant des pénalités de retard, et conformément aux dispositions du C.C.A.G., l'ordonnateur procédera à l'établissement d'un ordre de recette à l'encontre du titulaire du marché à concurrence du montant des pénalités infligées et devra établir deux ordres de paiement distincts au nom du bénéficiaire, récapitulés dans un même bordereau d'émission :

- le premier ordre de paiement concerne le montant net à payer au créancier après déduction du montant de l'ordre de recette;
- le deuxième ordre de paiement est relatif au montant des pénalités encourues portant la mention « à reverser en règlement de l'ordre de recette ci-joint n°.....du.....».
- Le comptable assignataire doit procéder :
- au règlement du premier ordre de paiement au véritable créancier ;
- à l'exécution simultanée de l'ordre de paiement émis pour le montant des pénalités de retard encourues et de l'ordre de recette y afférent qui doit être soldé par **le versement** de son montant au **budget général**, sous la rubrique « Recette diverses et accidentelles », ou au budget du S.E.G.M.A., ou encore au compte spécial concerné.

A cet égard, il faut noter que le versement du montant de la pénalité au budget général vise à ce que les déductions effectuées ne se traduisent en aucun cas par une contraction entre recettes et dépenses, et ce conformément à l'article 9 alinéa 1^{er} de la loi organique relative à la loi de finances et à l'article 21 du D.C.P. du 21/04/1967 portant règlement général de la comptabilité publique.

§4- Les intérêts moratoires

Nous avons déjà expliqué que l'exécution de la loi de finances est confiée à deux personnes : l'ordonnateur et le comptable, chacun dans la sphère qui le concerne. Dans ce sens, les opérations aboutissant aux paiements des marchés publics sont strictement partagées entre l'ordonnateur et le comptable public.

Le comptable est chargé, sous sa responsabilité personnelle et pécuniaire, de contrôler en aval les opérations qui relèvent de ses compétences et l'ordonnateur se charge en amont des opérations de liquidation et de mandatement qui aboutissent au règlement de la dépense.

Par ailleurs, l'ordonnateur et le comptable public ont l'obligation conjointe de respecter d'une part, le délai global de mandatement et de paiement sous peine de payer des intérêts moratoires, et d'autre part de veiller au respect de la règle fondamentale de la comptabilité publique, soit la règle du service fait et des droits acquis. Cette règle permet au titulaire du marché de recevoir la contrepartie de l'exécution des prestations objet du contrat. En outre le paiement doit intervenir dans les délais réglementaires.

Dans ce sens, les **intérêts moratoires** sont une somme destinée à réparer le préjudice causé par le retard dans l'exécution d'une obligation. Ils représentent les indemnités qui sont dues en cas de non mandatement ou de non paiement d'un règlement dans les délais impartis, car les textes parlent désormais de paiement et de mandatement. Cette démarche, qui s'inscrit dans la logique de l'article 263 du D.O.C., dispose que « Les dommages-intérêts sont dus, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard de l'exécution. »

Ce système, qui s'applique aussi bien au règlement des acomptes qu'à celui du solde, est prévu et explicité par le décret n°2-03-703 du 13 novembre 2003 relatif aux délais de paiement et aux intérêts moratoires, dont l'article 1^{er} qui dispose que « Toute dépense résultant de l'exécution d'un marché pour le compte de l'Etat dans les conditions et les formes prévues par la réglementation applicable aux marchés de l'Etat, doit être ordonnancée et

payée dans un délai n'excédent pas quatre-vingt-dix (90) jours. » Le cas échéant, des intérêts moratoires sont payés au titulaire du marché.

En effet les intérêts moratoires constituent un élément du dispositif du processus de la dépense publique (**ordonnancement et paiement**), et ce dans le but de sauvegarder les intérêts de l'attributaire du marché, puisque le non mandatement par l'ordonnateur, ou le non paiement par le comptable dans les délais fixés dans le marché porte préjudice à l'attributaire du marché, ce qui lui ouvre la voie pour réclamer des intérêts moratoires à l'ordonnateur ou au comptable.

A. Le champ d'application : l'article 2 du décret du 13/11/2003 dispose que le titulaire du marché **peut obtenir** le paiement d'intérêts moratoires en cas de retard dans l'**ordonnancement** ou le **paiement** des sommes dues au titre de ces marchés, **à condition que ce retard incombe à l'administration.**

Cet article précise que le versement des intérêts moratoires est possible lorsque le délai écoulé entre la date de la constatation du service fait et celle du règlement du mandat de paiement ou de l'avis de virement est supérieur à quatre-vingt-dix (90) jours francs.

Cependant, les délais au niveau de l'ordonnancement ou du paiement peuvent être suspendus en raison de l'absence de pièces justificatives, non **fournies par le titulaire** du marché ou pour des motifs liés à la non observation des dispositions relatives à la validité de la dépense prévue par le règlement général de la comptabilité publique, ou encore à la non production par le **maître d'ouvrage** des pièces justificatives prévues par les nomenclatures fixées par arrêté du Ministre chargé des Finances ou du Ministre de l'Intérieur.

Dans ce cas, une lettre recommandée avec accusé de réception est adressée par le maître d'ouvrage au titulaire du marché quinze (15) jours au moins avant l'expiration du délai d'ordonnancement, l'informant de la suspension du mandatement jusqu'à la remise des pièces justificatives manquantes. Quant à la suspension de la phase comptable, le redressement de la situation reste entre le comptable et l'ordonnateur.

Cependant, lorsqu'une partie du paiement d'un acompte ou du solde est litigieuse, l'ordonnancement n'excède pas, dans ce cas, la partie admise par l'administration concernée. Si les montants ordonnancés sont inférieurs à ceux réellement dus au titulaire, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence de la partie litigieuse.

B. L'application des intérêts moratoires : avant d'appréhender le sujet du délai qui entraîne l'application de ces intérêts, il faut souligner l'ambiguïté qui caractérisait les textes antérieurs par rapport à l'ordonnancement et le paiement, notamment le dahir de 1948 qui évoquait le **paiement des sommes dues**, et l'instruction qui faisait référence **à l'envoi du mandat de paiement ou de l'avis de virement** et l'article 61 du C.C.A.G. qui reprend les termes du dahir de 1948 modifié.

Cette ambiguïté a été clarifiée par le décret de 2003 qui s'aligne sur la distinction entre les deux phases : la phase administrative et la phase comptable telle qu'elle est prévue par le décret sur la comptabilité publique.

En effet, le décret Royal du 21 avril 1967 portant règlement général de comptabilité publique fait une nette distinction entre la phase administrative, qui incombe à l'ordonnateur ou au sous-ordonnateur, et la phase comptable, qui relève de la compétence du comptable assignataire.

L'article 35 du décret prévoit que **l'ordonnancement** est l'acte administratif donnant, conformément aux résultats de la liquidation, l'ordre de payer la dette de l'organisme public ; cet acte incombe à **l'ordonnateur**.

L'article 40 dispose que les ordonnances ou mandats ne peuvent être **payés** qu'après visa du **comptable** assignataire de la dépense. Cet acte relève de la compétence du comptable.

L'examen des termes du décret montre que les **intérêts moratoires sont applicables en cas de retard dans le mandatement et le paiement des sommes dues** ; autrement dit, la phase administrative et la phase comptable sont incluses dans le calcul du délai.

Cette période est répartie dans la phase administrative qui ne doit pas dépasser soixante-quinze (75) jours à compter de la constatation du service fait. Quant à la phase comptable relative au visa et au règlement, elle doit être effectuée dans un délai de quinze (15) jours à compter de la date de la réception de l'ordre de paiement.

L'envoi du mandat ou de l'avis de virement et la constatation du service ne suffisent pas pour procéder au paiement, notamment au regard des termes de l'article 93 du décret du 21 avril 1967 qui oblige le comptable à ne pas obtempérer à l'ordre de payer en cas d'indisponibilité des fonds ou des crédits, même si l'ordonnateur fait usage du droit de réquisition. Or si les **crédits** ou les **fonds** ne sont pas disponibles, comment peut-on appliquer les intérêts moratoires en cas de non paiement des sommes dues par le

comptable ? C'est une situation qui peut arriver notamment au niveau de certaines collectivités locales.

Cette **ambiguïté** semble persister quant à l'application automatique et de facto des intérêts moratoires. Certes, l'article 2 du décret du 13/11/2003 dispose que « Le défaut d'ordonnancement et de paiement **fait courir** de plein droit et sans formalité préalable des intérêts moratoires au bénéficiaire dudit», mais cette phrase « **fait courir** » signifie à notre sens tout simplement que les intérêts moratoires « **sont comptés** » : on dit en effet des intérêts qu'ils courent à partir de telle date : depuis une semaine, un mois, un an etc. D'ailleurs l'article 6 du décret dispose que « Les intérêts moratoires **courent** à compter du jour qui suit la date d'expiration du délai prévu à l'alinéa 1 de l'article premier du décret susmentionné jusqu'à la date effective de paiement de la dette en principal par le comptable assignataire.» Ceci laisse supposer que le déclenchement de la **procédure de comptage** du nombre des jours de retard est une chose et que l'application effective des intérêts moratoires en est une autre, et cela peut être vérifié à la lumière de plusieurs textes.

Tout d'abord, l'article 61 §1 du C.C.A.G. indique que « L'entrepreneur **peut demander** l'application du dahir de 1948 (modifié par le décret du 13/11/2003 autorisant le paiement des intérêts moratoires) », ce qui signifie que **l'entrepreneur doit formuler une demande** auprès de l'ordonnateur qui doit statuer sur la demande.

Les articles (127-105-107) du C.C.A.G. (travaux, fournitures et services) des marchés financés par l'Union européenne disposent également que « Si le délai fixé pour le paiement est dépassé, l'attributaire bénéficie de plein droit et sans mise en demeure d'un intérêt calculé au pro rata du nombre de jours de retard. Toutefois, le paiement de l'intérêt est subordonné à l'introduction par l'attributaire d'une **demande écrite**. »

Ces deux textes subordonnent donc l'application des intérêts moratoires à l'introduction d'une demande écrite et d'un délai, faute de quoi le non respect de cette formalité peut entraîner la forclusion et par voie de conséquence le rejet de la demande de bénéficiaire d'intérêts moratoires.

A cet égard la commission des marchés a émis l'avis N° 190/2001/CM du 26/02/2001 dans lequel elle précise sans ambiguïté la nécessité d'une **demande préalable** : « Toutefois, le paiement des intérêts de retard est **subordonné à l'introduction, par l'attributaire, d'une demande écrite** valant déclaration de créance au plus tard dans le soixantième (60^{ème}) jour suivant le paiement pour solde » (article 107 du C.G.C. Union européenne).

Le titulaire **a droit à des intérêts moratoires**, du fait que le délai écoulé entre la date de la réception par l'Office des mémoires de paiement et celle du virement du solde au compte indiqué au contrat est supérieur à soixante (60) jours, et par ailleurs **s'il a présenté une demande dans ce sens dans le délai prévu** à l'article 107 dudit cahier général des charges. »

A cela s'ajoute une autre contrainte pour les ordonnateurs et les comptables, du fait de leur responsabilité devant le juge de la Cour des Comptes en cas de paiement des intérêts moratoires. Cette responsabilité découle des dispositions de la loi 61-99 relative à la responsabilité des ordonnateurs, des contrôleurs et des comptables du 03/04/2002, notamment l'article 6 bis qui prévoit : « La **responsabilité de l'ordonnateur peut être engagée** au cas où le budget de l'un des organismes visés à l'article premier ci-dessus, dont il assure l'exécution, aura supporté **le paiement d'intérêts moratoires** pour retard de paiement des sommes dues au titre d'un marché public, tels que prévus par la réglementation en vigueur, suite à un retard d'ordonnancement dont il se serait rendu personnellement responsable. »

La **responsabilité du comptable** peut également être engagée au cas où le budget de l'un des organismes visés à l'article premier ci-dessus, dont il assure l'exécution, aura supporté **le paiement desdits intérêts moratoires**, suite à un retard de paiement dont il serait rendu personnellement responsable. En somme on peut dire que l'application des intérêts moratoires n'a pas l'aspect d'automatisme que certains veulent lui donner.

C. Les modalités de calcul : l'article 3 alinéa 1° du décret dispose que « Le taux des intérêts moratoires est déterminé sur la base du taux moyen pondéré des bons du Trésor à trois (3) mois souscrits par adjudication au cours du trimestre précédent. Le taux ainsi déterminé est arrondi au dixième (10^{ème}) supérieur.

En l'absence d'émission par adjudication des bons du Trésor à trois (3) mois pendant un trimestre donné, le taux en vigueur au titre de ce trimestre sera maintenu pour le trimestre suivant. »

Les intérêts moratoires sont donc calculés à un taux moyen pondéré des bons du Trésor à trois (03) mois. Si ce taux a varié au cours de la période durant laquelle les intérêts sont dus, il doit être tenu compte pro rata temporis des taux successifs majorés uniformément.

Une note émanant de la Trésorerie générale du Royaume fixe trimestriellement ce taux. A titre d'exemple, les taux fixés au titre de l'année 2004 et du 1^{er} trimestre 2005 étaient déterminés comme suit :

Période	Taux des intérêts
1 ^{er} trimestre 2012	3,30%
2 ^{ème} trimestre 2012	3,40%
3 ^{ème} trimestre 2012	3,40%
4 ^{ème} trimestre 2012	2,30%
1 ^{er} trimestre 2013	3,40%
2 ^{ème} trimestre 2013	3,90%

Quant à la liquidation des intérêts moratoires, elle s'effectue selon la formule suivante :

$$\text{Intérêts moratoires} = \frac{\text{Créance} \times \text{jours} \times \text{Taux}}{365}$$

Créance = montant de la créance payée en retard

Jours = nombre de jours de retard

Taux = taux d'intérêts au titre du trimestre au cours duquel les intérêts moratoires sont applicables

Le problème de l'assiette pour calculer la base des intérêts moratoires reste entier, dans la mesure où, soit le prix inclut ou non le montant de la T.V.A., soit les intérêts moratoires sont calculés sur le montant du solde impayé du marché, T.V.A. comprise car la T.V.A. n'est effectivement pas dissociable du montant des sommes dues. Nous pensons que les intérêts moratoires sont appliqués au montant total des sommes dues hors T.V.A.

En revanche, les intérêts moratoires versés n'ont pas à être majorés du montant de la T.V.A. et ne sont pas passibles de majoration de retard. L'indemnité versée par le débiteur à son créancier du fait du retard apporté au paiement de la somme due au titre de l'exécution d'un marché n'est pas la contrepartie d'une prestation de service entrant dans le champ de la taxe sur la valeur ajoutée ni dans le champ des paiements, mais constitue la réparation d'un préjudice qui est dissociable de la prestation fournie par l'entreprise bénéficiaire du versement.

L'ancien mode de calcul s'appuyait sur les dispositions de l'article 1^{er} alinéa 1^o de l'instruction du 16 avril 1949 qui disposait que les intérêts moratoires sont calculés à un taux supérieur de 1% au taux d'escompte de Bank al Maghrib. Si ce taux a varié au cours de la période durant laquelle les intérêts sont dus, il doit être tenu compte pro rata temporis des taux successifs majorés uniformément à un pour cent (1%). Le problème de l'assiette sous l'égide du dahir du 1^{er} juin 1948 pour calculer la base des intérêts moratoires était posé en ce qui concerne l'inclusion ou non de la T.V.A.

Le taux des intérêts moratoires était fixé de la manière suivante : taux au moment du mandatement, soit le taux d'escompte de Bank al Maghrib + 1% en application des taux successifs ;

- l'année est comptée pour 360 jours, le mois pour trente jours, et tout mois commencé équivaut à un mois entier.

Le montant des intérêts moratoires est toujours imputé sur les chapitre, article et paragraphe, supportant la dépense en principal. Cette disposition prévue par l'article 7 §1 laisse un vide relatif aux intérêts moratoires : s'ils sont applicables quand le retard est imputable au comptable, par qui sont-ils payés ?

Si le montant des S.A.V. ne suffit pas, l'ordonnateur doit prendre les dispositions qui s'imposent en vue de la mise en place des crédits nécessaires pour payer le reliquat des intérêts moratoires.

D. La renonciation aux intérêts moratoires

Eu égard au caractère non obligatoire des intérêts moratoires, il semble qu'ils n'ont pas un caractère d'ordre public, mais seulement une valeur supplétive ; les titulaires du marché peuvent donc renoncer à les réclamer et le comptable ne doit pas obliger l'ordonnateur à les mandater. En effet, en l'absence d'une disposition claire qui interdit cette renonciation, une liberté de décision doit être laissée au bénéficiaire.

Chapitre IV Le paiement

L'article 41 du décret Royal du 12 avril 1967 sur la comptabilité publique définit le paiement comme l'acte par lequel l'organisme public se libère de sa dette. Cet acte ne peut être effectué qu'après la justification du service fait. Le caractère libératoire du règlement est une autre formalité qui doit être respectée par le comptable, notamment quand il s'agit d'un nantissement ou d'un autre empêchement (avis à tiers détenteur, opposition juridique), ou quand il s'agit d'un paiement au profit d'un groupement d'entrepreneurs solidaires ou non, car le paiement peut être unique ou à chaque entrepreneur.

Les paiements sont effectués soit par acomptes, soit par solde sur la base d'un décompte ou d'une facture ; ils doivent contenir la mention du service fait, c'est-à-dire que pour bénéficier des paiements, il faut que l'attributaire ait exécuté les prestations qui en sont la contrepartie.

La certification de la sincérité de l'exécution de la prestation est un acte qui concrétise la réalisation de la prestation et de la dette de la personne publique, c'est-à-dire une reconnaissance qui permet de s'assurer que le titulaire du marché a honoré ses engagements vis-à-vis de la personne publique, dans les conditions prévues, et dans le cadre des obligations qui lui étaient imposées. C'est l'accomplissement de ces obligations qui fait naître la dette à la charge de la personne publique.

Section 1

Le service fait

La règle du paiement après service fait est un dispositif protecteur des droits pécuniaires d'autrui qui interdit de payer une dépense avant que les prestations qu'elle rémunère aient été effectivement exécutées par le cocontractant.

L'article 776 du D.O.C. indique que « Le paiement du prix n'est dû qu'après l'accomplissement de l'ouvrage ou du fait qui est l'objet du contrat. ». Ceci implique l'appréciation matérielle du service fait et la vérification que les prestations sont réellement exécutées.

La règle comptable implique que tout paiement ne peut être effectué qu'à la condition de la réalisation de la prestation objet du marché. Le comptable ne peut procéder au paiement qu'à la condition que le service soit constaté et les pièces justificatives fournies.

§1- La constatation du service fait

C'est une règle fondamentale de la comptabilité publique qui gouverne et conditionne le règlement des sommes dues. Le service fait est constaté par la personne habilitée qui doit vérifier la réalité de la dette. Il sert comme référence pour la liquidation (le calcul) des pénalités de retard, les intérêts moratoires ou l'achèvement des travaux.

L'article 34 du décret Royal du 21 avril 1967 sur la comptabilité publique, ainsi que l'article 8 du décret du 04 /11/2008 relatif au contrôle des dépenses de l'État, prévoient que la certification de la dette est faite par **le chef du service** compétent, sous sa responsabilité, au vu des titres établissant les droits acquis aux créanciers. C'est la règle du service fait.

La certification est un acte qui concrétise la dette de l'administration puisque cette certification permet de s'assurer que le titulaire du marché a bien accompli, selon les prescriptions contractuelles prévues par le marché, les obligations qui lui étaient imposées. C'est l'accomplissement de ces

obligations qui fait naître la dette à la charge de la personne publique et par ailleurs permet au comptable de régler le montant de ces prestations.

En effet, il appartient à l'ordonnateur ou à son délégué, **au moment de la liquidation, de vérifier la réalité de la dépense**. Il s'agit de s'assurer qu'il y a droit acquis et service fait ; à défaut, il doit s'abstenir d'effectuer l'ordonnancement qui serait dépourvu de force obligatoire pour le comptable.

Cependant, s'il n'est pas demandé à l'ordonnateur ou au sous-ordonnateur d'attester eux-mêmes de la réalité de la dépense, il faut que **la constatation de cette règle soit faite par une personne habilitée**. Cette habilitation doit s'inscrire dans le cadre du dahir du 10 avril 1957 sur les délégations de signature et de pouvoir, notamment l'article 2, faute de quoi la constatation doit être faite par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur.

L'article 57- 1° du C.C.A.G. dispose que le décompte provisoire des travaux exécutés et des approvisionnements réalisés **vaut procès-verbal de service fait**. L'article 62 §3 indique que « Les décomptes partiels et définitifs ainsi que le décompte général ne lient le maître d'ouvrage qu'après leur approbation par l'autorité compétente », ce qui signifie que cette approbation constitue une reconnaissance de la réalité de la dépense. Donc le service fait peut être constaté aussi bien par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur que par un chef de service détenant un pouvoir de signer par délégation de signature.

§2- Les pièces justificatives

La liste des pièces justificatives est obligatoire. Elle constitue donc, pour les dépenses qu'elle référence, à la fois le minimum et le maximum exigibles par le comptable. Elle est opposable aux ordonnateurs, aux comptables et aux juges des comptes.

Le corollaire de ce caractère obligatoire est que les ordonnateurs doivent produire au comptable toutes les pièces prévues par la liste des pièces justificatives. Il ne leur est donc pas possible de substituer ou de supprimer, de leur propre chef ou en application d'une délibération ou d'un contrat par exemple, des justifications particulières autres que celles définies par cette liste.

Ainsi, pour procéder au paiement, le comptable assignataire doit disposer des pièces justificatives prévues par la nomenclature, notamment d'un bordereau transmis par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur ; ce bordereau doit contenir, notamment pour un premier paiement, les originaux du C.P.S., de l'acte d'engagement, de la facture ou du décompte, enfin de l'ordre

de service qui peut servir éventuellement pour le calcul des pénalités de retard.

L'acte d'engagement est une pièce maîtresse qui permet de vérifier que l'imputation budgétaire est exacte et que les crédits budgétaires couvrant le montant de la dépense sont réalisés.

Section 2

Le recouvrement des indus

Au moment du mandatement d'un décompte ou d'une facture, l'ordonnateur peut mandater un excédent de versement qui résulte d'un montant supérieur à la recette constatée. Aussi, le comptable, en tant que payeur, peut recevoir des actes d'ordre administratif, juridictionnel ou contractuel pour procéder à un précompte à la source du montant mandaté au profit du titulaire du marché. Dans les deux cas - trop-perçu ou opposition - le comptable doit obtempérer.

§1- Recouvrement du trop-perçu

Lorsque l'ordonnateur procède au mandatement à tort d'un montant, l'opération de récupération des créances qui résultent des paiements indus effectués par le comptable se traduit par l'émission d'un ordre de recette par l'ordonnateur pour le montant correspondant au trop-perçu.

Le comptable doit prendre en charge cet ordre de recette, ce qui permet de reverser au Budget général le montant recouvré du trop-perçu. Cette opération de recouvrement de l'ordre de recette doit être complétée par le rétablissement des crédits pour l'équivalent du montant recouvré.

§2- Les oppositions

Trois types d'opposition peuvent être introduits contre le titulaire du marché : juridictionnelle (saisie-arrêt), administrative (avis à tiers détenteur) et contractuelle (cession de la créance). Le comptable, en tant que tiers détenteur, doit en tout état de cause précompter le montant figurant sur l'acte émis à l'encontre du titulaire du marché.

La saisie-arrêt est un **jugement** rendu par un tribunal à titre conservatoire ou exécutoire. C'est l'acte par lequel un créancier (saisissant) rend indisponible entre les mains d'un tiers, le comptable assignataire en l'occurrence, les sommes appartenant à son débiteur.

L'avis à tiers détenteur : conformément à l'article 102 du code de recouvrement, la procédure de l'avis à tiers détenteur (A.T.D.) s'applique

pour le recouvrement des impôts, taxes et autre créances publiques tels que définis à l'article 2 du même code. A cet effet l'article 101 considère le comptable comme tiers détenteur.

L'A.T.D. est donc un document administratif émis par un comptable (percepteur ou receveur communal), qui lui permet de recouvrer un impôt impayé par le titulaire d'un marché, étant donné que l'A.T.D. n'appréhende que les deniers.

La **cession des créances** : la cession de créance est le contrat par lequel un créancier, appelé cédant, transmet sa créance à son cocontractant, appelé cessionnaire. Le consentement du débiteur n'est pas nécessaire. C'est une manière, pour un créancier dont la créance n'est pas encore arrivée à terme, de se procurer des liquidités immédiates.

Pour son efficacité, la cession de créance nécessite l'accomplissement des mêmes formalités que le nantissement, notamment la remise du titre et la signification de l'acte de cession de créance.

La "cession" diffère du "nantissement" en ce que, dans le premier cas, la propriété des créances cédées est transférée au cessionnaire, alors que dans le second elle demeure celle du titulaire du marché. A noter que l'exigence d'une signification de l'acte – que ce soit sous forme de saisie-arrêt, d'A.T.D. ou de cession de créances - entre les mains du comptable assignataire, garantit une meilleure protection des tiers. Le principe d'inopposabilité de l'acte au débiteur est exercé en cas d'absence d'une signification de l'un des actes susmentionnés.

Chapitre V

Les aléas financiers, économiques et naturels

Il est assez difficile de se prémunir contre les aléas économiques dans une époque de crise et de turbulence qui engendre des hausses imprévues et anarchiques des matières premières au détriment des entreprises, lesquelles trouvent des difficultés à répercuter ces hausses de prix sur des commandes passées à prix fermes.

En effet, la réglementation constitue parfois un obstacle pour prévoir une révision des prix, dans la mesure où cette révision n'est pas autorisée pour une certaine catégorie de prestations, et quand le délai est court. A cet égard, aucune soupape de sécurité n'est prévue pour faire face à cette éventualité. L'article 12 du C.M.P. indique expressément que « Le prix du marché est ferme lorsqu'il **ne peut être modifié** pendant le délai d'exécution », même

lorsque cette forme de prix est de nature à exposer l'attributaire du marché à des aléas majeurs.

La seule indication qui laisse une ouverture pour pallier aux aléas économiques imprévisibles est donnée par l'article 64 du C.C.A.G., selon laquelle « Lorsque l'octroi d'une indemnité est décidé par l'autorité compétente au bénéfice de l'entrepreneur, cette indemnité est déterminée soit sur les bases définies au cahier des prescriptions spéciales, soit, en l'absence d'indication de ce dernier, fixée à l'amiable. »

Ainsi, dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le **bouleversement de l'économie d'un contrat**, il est admis que l'administration participe sous forme d'une indemnité aux pertes que le titulaire du marché a subies, sans pour autant lui garantir un bénéfice.

Le bouleversement de l'économie du contrat peut être aussi le résultat des intempéries qui occasionnent des sujétions ou des dommages dus à des cas de force majeure.

Section 1

Les aléas imprévisibles

L'augmentation importante du coût de certaines matières premières peut-elle permettre au titulaire du marché de demander des indemnités au titre des aléas économiques imprévisibles ? La réponse est positive, seulement il faut rappeler que la mise en œuvre de l'imprévision économique répond à celle de certains critères restrictifs. Il faut un **événement extérieur** aux parties, **imprévisible** au moment de la conclusion du contrat, et qui a pour effet de **bouleverser l'économie du contrat**. Ainsi, selon la jurisprudence en France, l'augmentation du prix des produits pétroliers ne présente pas de caractère imprévisible ouvrant un droit à indemnité au titulaire du marché.

§1- Le déséquilibre ultérieur

C'est un déséquilibre survenant par la suite, une fois que le titulaire du marché a commencé l'exécution de la prestation. Il est dû à un défaut de prévision de la part du titulaire du marché qui fait que l'exécution du contrat devient seulement plus onéreuse.

Souvent, il s'agit d'un contrat de fourniture ou de construction de courte durée, mais qui comporte des matières premières dont il est malaisé de prévoir l'évolution brusque des prix, d'où le recours à la théorie de l'imprévision pour justifier une indemnisation adéquate.

Or, la tendance au Maroc, dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le bouleversement de l'économie d'un contrat, est de ne pas admettre que l'administration participe sous forme d'une indemnité aux pertes que l'attributaire a subies.

§2- Les sujétions

Les sujétions sont des altérations de l'exécution du marché du fait de circonstances imprévisibles, induisant la survenance de frais supplémentaires pour le titulaire du marché. En conséquence, les prestations objet du marché ne peuvent pas être réalisées dans les conditions et les circonstances normales, et ce sans qu'il y ait une erreur de la part du titulaire du marché ni une intervention de la part de l'administration.

À la différence de ce qui se passe dans le cas de la force majeure, l'exécution du marché est possible, mais elle se révèle aléatoire eu égard au caractère imprévisible, et engendre des frais qui occasionnent un bouleversement de l'économie du contrat.

Les événements affectant l'exécution du contrat sont prévus par les dispositions de l'article 42 du C.C.A.G. qui fait allusion au caractère imprévisible dans le cas des sujétions **techniques** et **naturelles** à la date de la signature du contrat ou de l'un de ses avenants, mais qui ne donne aucune définition à la notion du sujétion.

Les **sujétions techniques** sont prévues par l'article 42-a du C.C.A.G. : «L'entrepreneur ne peut se prévaloir, ni pour éluder les obligations de son marché, ni pour élever aucune réclamation, des sujétions qui peuvent être occasionnées : **l'exploitation normale** du domaine public et des services publics et notamment par la présence et le maintien de canalisations, conduites, câbles de toutes nature ainsi que par les chantiers nécessaires au déplacement ou à la transformation de ces installations. »

Quant aux **sujétions naturelles**, le même article 42-3 du C.C.A.G. indique que « L'entrepreneur doit prendre, à ses frais et risques, **les dispositions nécessaires** pour que les approvisionnements, le matériel et les installations de chantier ainsi que les ouvrages en construction ne puissent être enlevés ou endommagés par les tempêtes, les crues, la houle et les autres **phénomènes naturels** qui sont **prévisibles** dans les circonstances où sont exécutés les travaux.»

Pour que les difficultés rencontrées lors de l'exécution du marché soient qualifiées de sujétions techniques imprévues, l'article 42-2 pose la condition de l'absence de négligence de l'entrepreneur : « Il n'est alloué à

l'entrepreneur aucune indemnité au titre des pertes, avaries ou dommages **causés par sa négligence.** »

La reconnaissance des sujétions techniques et naturelles imprévues auxquelles le titulaire doit faire face et qui ont conduit au bouleversement du marché sont des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible « **dans les circonstances où sont exécutés les travaux** » et dont la cause est extérieure aux contractants. L'événement matériel doit être étranger à la volonté de l'entrepreneur, anormal et imprévisible lors de la conclusion du contrat, ce qui implique donc que les charges financières supplémentaires qui ne sont pas contractuelles et qui sont le fait de sujétion doivent être indemnisées.

§3- La force majeure

1. Définition de la force majeure

La force majeure ou le cas fortuit se définit comme un événement qui implique la non-exécution d'une prestation en raison d'événements imprévisible - « caractère d'**imprévisibilité** » - et de circonstances anormales - « caractère **irrésistible** » -, au-delà du contrôle de la personne qui invoque la force majeure - « caractère d'**extériorité** » -, dont les conséquences n'auraient pas pu être évitées malgré l'exercice de **toute sa vigilance.**

Comme la notion de force majeure n'est pas facile à cerner, la signification de cette notion doit être déterminée sur la base des dispositions juridiques, notamment les articles 268 et 269 du code des obligations du 12 août 1913 et dans un cadre dans lequel il est destiné à prendre effet, notamment l'article 43 du C.C.A.G. ainsi que les stipulations contractuelles du cahier des prescriptions spéciales ainsi que de la jurisprudence.

2. Les critères de la force majeure

La force majeure ou le cas fortuit, les deux termes sont utilisés par l'article 268 du D.O.C., se définit comme un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à l'activité de l'attributaire du marché.

A cet effet, la demande d'indemnités lors de la rupture contractuelle d'un marché public pour force majeure doit être justifiée par l'imprévisibilité de l'événement lors de la conclusion du contrat et par l'irrésistibilité de ce même événement lors de son exécution.

a. L'irrésistibilité : l'article 269 du D.O.C. définit la force majeure comme « tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels, l'invasion ennemie, le fait de prince, et qui rend impossible l'exécution de

l'obligation. » Ce sont des conditions telles que le tremblement de terre, les inondations, qui mettent le titulaire du marché dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution du marché pour des raisons indépendantes de sa volonté en raison d'obstacles qui ne peuvent être surmontés.

b. L'imprévisibilité : l'imprévisibilité de l'événement s'oppose à ce qu'on puisse reprocher au titulaire du marché que les dommages soient causés « par sa négligence, son imprévoyance, son défaut de moyens ou ses fausses manœuvres. »

Autrement dit, pour évoquer l'exonération de la responsabilité, l'imprévisibilité doit être absolue et à l'égard de tout le monde, c'est-à-dire que personne ne pouvait la prévoir : nul ne saurait se prémunir contre ce qui est imprévisible et le titulaire du marché doit être prévoyant.

Si la force majeure est la cause unique du dommage, il y aura exonération totale de la responsabilité de l'attributaire du marché et cette situation lui ouvre droit à des indemnités. Dans un avis n° 263/03, la commission des marchés a estimé que « Les essais relatifs aux matériels installés dans le périmètre X devant permettre sa réception n'ont pu être réalisés, **faute d'une pluviométrie adéquate** permettant le remplissage du barrage pour pouvoir faire fonctionner le système pendant la période de trois mois requise par l'article 47 du CPS.»

Il s'agit donc **d'une situation imprévisible** au moment de la passation du marché et indépendante de la volonté des parties signataires du contrat, situation susceptible de relever du cas de force majeure tel que défini par les articles 268 et 269 du D.O.C., auxquels il est fait référence au niveau du C.C.A.G. pour traiter des cas de force majeure.

En conséquence, dans la mesure où il s'agit dans le cas d'espèce d'un cas résultant de la force majeure, il y a lieu de se référer aux dispositions prévues par le cahier des clauses administratives générales applicables en la matière sans qu'il y ait besoin de conclure d'avenant dérogeant aux stipulations du cahier des prescriptions spéciales.

c. L'extériorité : c'est un élément extérieur à la volonté de l'attributaire du marché. Elle l'empêche de se prévaloir d'un événement qui serait lié à son activité.

Section 2

Modalités d'indemnisation du préjudice

Abstraction faite des cas où l'indemnisation est prévue par le décret des marchés publics, dans les autres cas non prévus, l'indemnisation se trouve

devant deux alternatives : soit de régler le différend à l'amiable soit de recourir au juge qui doit trancher.

§1- L'indemnisation

Bien que de portée générale, l'indemnisation et la résiliation pour cause d'imprévision ne s'appliquent pratiquement que rarement ; il appartient aux contractants de procéder à l'amiable pour trouver un compromis. A défaut d'accord sur ce point, le C.C.A.G. renvoie à une procédure précontentieuse et éventuellement contentieuse selon laquelle les tribunaux se réservent le droit de prononcer l'indemnisation ou la résiliation du contrat.

Le palliatif que constitue l'indemnité d'imprévision dans la réglementation des marchés publics est, en effet, insuffisant pour assurer dans de bonnes conditions la continuité du service public. D'ailleurs l'article 64 du C.C.A.G. relatif au calcul des indemnités indique que l'octroi de l'indemnité « est décidé par l'autorité compétente », ce qui peut être interprété comme une faveur de la part de l'administration et non comme un droit.

L'indemnisation n'est prévue ni dans le cas d'un marché à prix ferme, ni dans le cas de force majeure, tandis que dans le cas de la sujétion elle est déduite à partir du moment où le titulaire n'a commis aucune faute et qu'il a pris toutes les dispositions nécessaires prévues par l'article 42 du C.C.A.G., qui précise que l'entrepreneur ne peut élever aucune réclamation concernant des sujétions qui peuvent être occasionnées « par l'exploitation normale du domaine public, notamment par la présence et le maintien de canalisations, conduites, câbles de toute nature. » Or la découverte d'ouvrages enterrés et non signalés doit donner lieu à une indemnité pour sujétion.

En revanche et conformément à l'article 43 du C.C.A.G., « En cas de survenance d'un événement de **force majeure**, l'entrepreneur a droit à une **augmentation raisonnable des délais d'exécution** qui doit faire l'objet d'un avenant, étant précisé toutefois **qu'aucune indemnité ne peut être accordée** à l'entrepreneur pour perte totale ou partielle de son matériel flottant », ce qui signifie que le cas de force majeure **ne donne pas lieu à une indemnité**, mais à **une décharge** de l'attributaire du marché de ses obligations afin d'éviter les pénalités de retard.

Cependant la commission des marchés, dans un avis n° 63.86 du 22 janvier 1986, a admis le principe d'indemnisation même si les marchés ont été conclus sur la base de prix fermes et non révisibles, mais dont l'exécution a connu des retards imputables à la personne publique qui a dû, de ce fait, procéder à leur **révision**.

Toutefois le comptable payeur a refusé le paiement des décomptes définitifs établis suivant les nouveaux prix, au motif qu'ils dérogent ainsi aux clauses contractuelles initiales du C.C.A.G.

En effet cette procédure prévue par le C.C.A.G. n'a pas été utilisée par la commune qui, au lieu de statuer sur les demandes **d'ajustement des prix** sur le plan **indemnitaire**, a procédé à une **révision des prix** qu'elle a tenté de régulariser ensuite par des avenants aux marchés initiaux.

La commission des marchés a proposé à cette occasion que la question soit réglée dans le cadre du C.C.A.G., c'est-à-dire en **indemnisant** les entreprises cocontractantes pour le préjudice qu'elles ont subi **du fait du retard d'exécution** à la charge de la commune. En tout état de cause le principe d'indemnisation a été retenu.

La demande d'indemnités lors de la rupture contractuelle d'un marché public pour force majeure doit être justifiée par l'imprévisibilité de l'événement lors de la conclusion du contrat et par l'irrésistibilité de ce même événement lors de son exécution.

§2- Une application restrictive

Cet aspect d'imprévisibilité n'est pas opérant dans certains cas, notamment quand le produit fait l'objet de fluctuations sporadiques, telles que les produits énergétiques, notamment le pétrole. Le titulaire d'un marché de produits bitumés ne peut faire fi du cours du pétrole dans un contexte de hausse continue sur les marchés internationaux, et compte tenu de la situation du marché des produits pétroliers soumis à de brusques variations des prix. De telles variations des prix des produits utilisés ne présentent pas un caractère imprévisible, du fait des flottements réguliers des cours sur une période très longue.

Dès lors, même si les clauses de révision des prix ne corrigent pas l'évolution des prix des produits pétroliers, le titulaire ne peut obtenir une indemnité d'imprévision couvrant une charge supplémentaire.

Section 3

Les clauses financières particulières

Le code des marchés publics a introduit une innovation qui porte sur la prise en charge des droits de douanes. Il prévoit aussi des mesures relatives aux sommes à valoir.

§1- La prise en charge des droits de douane

Conformément à l'article 12 du C.M.P., « Le prix du marché comprend le bénéfice et tous droits, impôts, taxes, frais généraux, faux frais et d'une façon générale toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe de la prestation objet du marché jusqu'au lieu d'exécution de ladite prestation. » Cela signifie qu'**en principe** les biens importés dans le cadre de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services conclus par l'Etat, un établissement public à caractère administratif ou une collectivité territoriale sont soumis aux droits et taxes.

Cependant le même article indique que le paiement de ces droits et taxes est pris en charge par l'Etat : « Toutefois, le maître d'ouvrage peut prévoir, dans le cahier des prescriptions spéciales, de prendre en charge les frais de dédouanement et/ou de transport », mais sans préciser si les droits de douane concernent les matériaux achetés utilisés pour la construction de l'ouvrage objet du marché, ou bien portent aussi sur les engins et les machines et outil techniques importés pour exécuter l'ouvrage objet du marché.

Il semble qu'en ce qui concerne le matériel de production ou d'exploitation, les outillages lourds et autres biens d'équipement appartenant au titulaire du marché ne peuvent être pris en charge par l'administration. Ce genre d'outils est assujéti au régime de l'admission temporaire qui peut être accordé aux entreprises étrangères sur demande.

Pour les autres matériaux et produits imposables, le titulaire du marché public doit, dans un premier temps, déclarer les marchandises destinées à la réalisation du marché à la douane qui procède à la liquidation des droits et taxes et il doit ensuite déposer aux services de la direction de la douane un dossier de demande de paiement des droits et taxes auquel est joint un exemplaire du marché public.

§2- Les sommes à valoir

La somme à valoir est une provision prévisionnelle destinée à faire face à d'éventuelles dépenses. Cette somme à valoir est laissée à l'appréciation du maître d'ouvrage mais elle ne devra pas être supérieure à cinq pour cent (5%) du montant initial du marché ou de son avenant. Elle doit être engagée au même titre que le montant du marché.

L'ordonnateur ou le sous-ordonnateur peut ou doit proposer l'engagement d'une somme à valoir dans cinq cas :

1- La hausse éventuelle des prix

Pour tenir compte des hausses des prix éventuelles, les marchés et leurs avenants, le cas échéant, sont engagés pour leur montant majoré d'une somme à valoir pour couvrir la révision des prix.

Sont concerné par cette mesure deux sortes de marchés : ceux conclus sur la base de **prix fermes** et non révisables d'une part, et tous les autres marchés à **prix révisable** d'autre part.

Dans le cas des marchés à **prix révisable**, le comptable, dans le cadre de son rôle de contrôleur des engagements, peut exiger que l'engagement d'une somme à valoir pour hausses éventuelles des prix ne soit opéré que pour ceux qui contiendront la clause de révision ; dans ce cas, il doit vérifier que son montant ne soit jamais inférieur à un vingtième (1/20^{ème}) du montant du marché, en veillant à ce que la limite inférieure ne soit pas franchie.

Bien sûr, le contrôle de cette somme à valoir en cours de travaux pose quelques interrogations. Lorsque la révision des prix n'est effectuée, au vu des notes de calcul, qu'en fin de travaux, la garantie que procure la somme à valoir engagée à l'origine doit être, si elle est égale au un vingtième (1/20^{ème}) du montant du marché, maintenue dans son intégralité jusqu'à la présentation du décompte définitif accepté par l'entrepreneur ou jusqu'à la fourniture du décompte provisoire, ce dernier appuyé des notes de calcul acceptées par l'entrepreneur pour toutes les variations constatées au cours du délai contractuel.

En ce qui concerne les marchés à **prix ferme**, ces marchés doivent faire l'objet d'une révision ou d'un réajustement dans le cadre des conditions évoquées par l'article 12-1§2 : « Si le taux de la taxe sur la valeur ajoutée est modifié **postérieurement à la date limite de remise des offres**, le maître d'ouvrage répercute cette modification sur le prix de règlement.

Pour les marchés portant sur l'acquisition de produits ou de services dont les prix sont réglementés, le maître d'ouvrage répercute la différence résultant de la modification des prix desdits produits ou services intervenue entre la date de remise des offres et la date de livraison sur le prix de règlement prévu au marché. »

Dans ce cas, l'article 15 de l'arrêté du Premier Ministre du 10 mars 2008 relatif à la révision des prix indique que la somme à valoir ne doit être engagée que **si le délai de notification de l'approbation est dépassé**.

Cependant, si au cours de l'exécution du marché, ces sommes à valoir s'avèrent insuffisantes, elles peuvent être augmentées par voie d'engagements complémentaires sur production de pièces justificatives.

2. Les travaux supplémentaires

D'après la jurisprudence, **les travaux supplémentaires** et les ouvrages nouveaux nécessitent une nouvelle approbation et ne peuvent être imputés sur la somme à valoir.

En conséquence, seuls **les ouvrages imprévus** entraînant une augmentation dans la masse des travaux peuvent être engagés sur les crédits de la somme à valoir et cela en respectant les conditions imposées par l'article 52 du cahier des clauses administratives générales, c'est-à-dire lorsque cette augmentation n'excède pas vingt pour cent (20%) du montant du marché.

3. Travaux exécutés en régie

Lorsqu'un marché comporte des prestations à exécuter en régie, une somme à valoir doit être demandée et engagée mais elle ne pourra pas être supérieure à deux pour cent (2 %) du montant du marché, puisqu'il s'agit là de la limite de l'obligation imposée à l'entrepreneur pour la réalisation de ces prestations.

4. Droits de douane et frais de transport

Quand un marché passé avec un prestataire de service étranger contient une clause stipulant expressément que les droits de douane et les taxes à l'importation sont à la charge de l'administration et ce conformément à l'article 12 §1 du C.M.P., il est exigé qu'une somme à valoir couvrant ces dépenses soit engagée en même temps que le marché.

Pour les frais de transport, une somme à valoir doit être engagée pour couvrir les dépenses à la charge de l'administration relatives soit à des frais de transport, soit à l'intervention de techniciens ou d'experts devant assurer une surveillance en cours de fabrication en usine ou une vérification. Il existe d'autres possibilités de sommes à valoir (différence de taux de change, remboursement de taxes).

Les conditions d'acquiescement de ces droits et taxes dont sont passibles les marchandises importées destinées aux administrations publiques sont fixées par la loi du 9 octobre 1977 (modifiée et complétée par la loi n° 02-99 du 05 juin 2000) formant code des douanes et le décret n° 2-77-862 du 9 octobre 1977 pris pour son application.

5. Règlement des intérêts moratoires

Si l'entité publique paie le prestataire de service avec retard, elle lui doit des intérêts moratoires, calculés en fonction du nombre de jours de retard. Ces intérêts moratoires sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

Afin de faire face à ces intérêts, l'article 6 de l'arrêté d'application du Ministre des Finances n°617-04 du 31/04/2004 relatif aux délais de paiement et aux intérêts moratoires indique que « Pour tenir compte du paiement éventuel d'intérêts moratoires, tout marché ou avenant est engagé pour son montant majoré d'une somme à valoir à hauteur d'un pour cent (1 %) du montant initial du marché ou de l'avenant. »

Section 4

La compensation industrielle

L'accès aux marchés publics et aux services est désormais conditionné par le fait que les pouvoirs adjudicataires ne signent des contrats qu'en échange de contreparties, dans la mesure où les **compensations** (industrielles, commerciales ou financières) et les **offsets** sont au cœur du dispositif de la réciprocité des marchés publics.

Depuis 1986, un mouvement à l'échelle mondiale qui portait sur les marchés publics a commencé à s'accélérer à Punta Del Este dans le cadre du cycle d'Uruguay. Il s'est achevé, le 15 avril 1994 à Marrakech, par l'adoption de l'Accord plurilatéral sur les **Marchés publics** (A.M.P.) qui établit un cadre convenu de droits et d'obligations entre les parties pour ce qui est de leurs lois, règlements, procédures et pratiques nationaux dans le domaine des marchés publics. Un principe fondamental à cet égard est la non discrimination.

Dans ce contexte, pour trouver un moyen d'équilibrer les relations commerciales entre les pays du Nord et du Sud, l'idée de **compensation** ou de **contrepartie** a fait son chemin. A cet effet, **la condition de signature des contrats de marchés** est, pour les firmes étrangères, de contribuer au développement économique local, souvent sous la forme de transferts de technologie ou de localisation des fabrications qui s'y attachent. Les accords A.M.P. qualifient ces opérations de « traitement spécial et différencié ».

En principe, l'Accord plurilatéral sur les Marchés publics interdit explicitement l'utilisation des opérations de compensation, mesures destinées à encourager le développement local ou à améliorer le compte de la balance des paiements au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, à l'octroi de licences pour certaines technologies, à l'investissement, aux échanges compensés ou prescriptions similaires. Les

pays en développement peuvent toutefois négocier, au moment de leur accession, des conditions pour l'utilisation des opérations de compensation, pour autant que celles-ci soient utilisées uniquement aux fins de la qualification pour la participation au processus de passation des marchés et non pas comme critères pour l'adjudication des marchés.

La question qui se pose est de savoir si ce concept pourrait être validé entre pays en développement et pays développés en introduisant un élément de rattrapage appelé **compensation**.

§1- Le principe

Le Maroc compte conditionner les avantages aux investisseurs par **l'introduction** de la clause de la **compensation industrielle** dans son ordonnancement juridique.

Dans ce sens, une circulaire du Premier Ministre, datée du mois d'avril **2009**, avait demandé à tous les établissements publics d'exiger pour tous les marchés de taille importante la signature de contrats offset ; l'objectif étant **d'assurer un transfert de technologies** aux entreprises marocaines et de développer l'industrie locale en vue de l'émergence des P.M.E.

Dans le plan d'action **2012**, la Commission nationale de l'environnement des affaires (C.N.E.A.) a validé la proposition qui vise à introduire la compensation industrielle, ce qui permet d'assurer une meilleure intégration industrielle le long de la chaîne de valeur, générant ainsi des activités économiques supplémentaires.

Le décret **2013** sur les marchés publics indique dans son article 13-B qu'« En outre, les cahiers de prescriptions spéciales **peuvent** comporter, selon les cas, **une clause** relative à la **compensation industrielle** et ce dans le respect des engagements internationaux du Royaume du Maroc. »

C'est une exigence que le pays peut mettre en œuvre pour que les marchés publics de taille importante soient accompagnés d'un engagement du fournisseur, quand il est étranger, à réaliser des activités économiques.

Le Maroc a commencé à cueillir les fruits de ses démarches par la conclusion d'une première convention signée par ALSTOM. En effet, pour accompagner la réalisation de contrats d'infrastructure majeurs que le conglomérat a décrochés au Maroc, notamment dans le transport, ALSTOM s'est engagé dans la voie de la compensation industrielle. Parmi les projets on peut citer une unité industrielle qui réalisera à terme 310 millions d'euros à l'export, des contrats avec des entreprises marocaines, 535 millions d'équipements à acheter auprès de fournisseurs marocains. **Ces engagements ont fait**

l'objet d'une convention signée entre le groupe français et le Gouvernement marocain. En outre, ALSTOM promet de contribuer à la création d'un institut de formation aux métiers du transport ferroviaire. Ces engagements d'ALSTOM ont été mis en œuvre au courant de l'année 2011 et devraient générer près de 5.000 emplois.

Dans le solaire, cette compensation industrielle est prévue et permettra d'assurer une meilleure intégration industrielle le long de la chaîne de valeur, générant ainsi des activités économiques supplémentaires.

Si, actuellement, la compensation industrielle est permise dans le code des marchés publics du 20/03/2013, elle n'a pas un caractère obligatoire et une telle exigence ***n'est pas en contradiction avec le droit international***, ni avec les engagements du Maroc vis-à-vis de l'Union européenne ou de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). ***En revanche, l'accord de libre-échange entre le Maroc et les Etats-Unis s'y oppose***. Cela signifie que les entreprises américaines ne seront pas soumises à la clause de la compensation industrielle ; par voie de conséquence, au moment du choix d'une entreprise étrangère, il faut intégrer cette donnée.

En outre les pays membres du groupe BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud) ne sont pas signataires de cet accord. La Chine assiste en tant «qu'observateur » depuis 2007, sans avoir eu à ce jour le feu vert pour intégrer les A.M.P. Son engagement en tant que membre est attendu par l'ensemble des autres parties.

Outre l'aspect juridique, l'aspect financier est à prendre en compte, dans la mesure où ce type de contrat est particulier au marché dont le montant dépasse 200 millions de dirhams. Il s'agit d'une exigence que les pays peuvent mettre en œuvre pour que les marchés publics de taille importante soient accompagnés d'un engagement du fournisseur, quand il est étranger, à réaliser des activités économiques. Cependant rien n'empêche de faire jouer cette clause quand le marché porte sur des sommes importantes, même si elles n'atteignent pas le montant sus-indiqué.

§2- Définition

La ***définition légale de la compensation*** est indiquée par l'article I-1 de l'Accord des Marchés publics tel que révisé le 16 décembre 2011. Ces opérations sont normalement interdites (art. IV-6), excepté pour les pays en voie de développement (article V-3-b) signataires de cet accord.

La compensation est une opération commerciale par laquelle le vendeur prend l'engagement d'effectuer dans le pays de son client des achats, des

transferts, des services ou toute autre opération en échange d'une vente qui n'est obtenue qu'à cette condition. Il s'agit par exemple d'exiger du fournisseur qu'il réalise trente pour cent (30 %) de la valeur ajoutée de l'équipement acheté auprès d'entreprises nationales ou locales.

La compensation constitue un trait d'union qui permet de poursuivre la conclusion de grands contrats. Ce concept apporte une réponse à la raréfaction des devises dans les pays émergents et à leur besoin d'équipement.

L'expression **opération de compensation** s'entend de toute condition ou de tout engagement qui encourage le développement national ou local ou qui améliore le compte de la balance des paiements d'une partie, comme l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences pour certaines technologies, l'investissement, les échanges compensés et les actions ou prescriptions similaires. Il s'agit tout simplement d'une politique de contrepartie industrielle.

Les pays peuvent mettre en œuvre cette exigence pour les marchés publics de taille importante, soit supérieurs à 200 MDH. La compensation doit se situer à cinquante pour cent (50 %) du montant du marché ; cette condition doit être accompagnée d'un engagement du fournisseur, quand il est étranger, à réaliser des activités économiques.

En d'autres termes, le fournisseur étranger s'engage sur un montant représentant un pourcentage du marché public à réaliser dans le pays sous une forme ou une autre. A titre d'exemple, le fait de construire une école ou de réhabiliter une route rurale ne s'inscrit pas dans la logique d'une action de compensation industrielle ou autre.

La compensation industrielle se décline généralement sous forme d'achat de produits ou de services auprès du tissu industriel local, sous forme d'investissements directs, de sous-traitance ou de transfert de technologies.

§3- Nature de l'accord

Le contrat cadre de coopération peut avoir comme objet une alliance stratégique qui consiste en une collaboration commerciale officielle et convenue entre deux ou plusieurs parties. Les partenaires mettent en commun, échangent ou intègrent certaines ressources commerciales pour en tirer un avantage réciproque.

Il est important de bien identifier où se situe la figure du contrat cadre. Celui-ci se trouve en fait dans le contrat de contre achat qui ne constitue pas juridiquement parlant une vente internationale. C'est uniquement l'accord

par lequel l'exportateur s'engage à acquérir durant toute la durée du contrat des produits de compensation pour un montant déterminé. Cependant, les précisions relatives à la livraison des produits sont laissées à des contrats complémentaires conclus sur la base de l'accord de compensation.

Cette clause ou ce contrat prévoira en effet, plus ou moins précisément, les produits éligibles pour constituer la compensation. Ensuite, en fonction de la conjoncture et de leurs intérêts, les parties se montreront d'accord au fur et à mesure des contrats d'exécution sur le choix et la quantité des produits.

Les engagements économiques du fournisseur sont repris dans une clause qui fait normalement partie intégrante du marché.

En vue d'assurer l'exécution des obligations économiques du fournisseur, le contrat contiendra des mesures contraignantes pour celui-ci. Une garantie bancaire exigible couvrira les pénalités prévues en cas d'inexécution de l'obligation économique.

§4- Les formes de la compensation

On relève l'existence de trois formes de compensation.

A. La compensation commerciale

Les compensations commerciales englobent le **troc**, le **contre-achat** et la **compensation au sens strict**. La contrepartie consiste en l'achat de produits de compensation différents des produits vendus.

a) Le **contre-achat** ou **counter purchase** est un achat en contrepartie de la vente de biens de consommation, d'un certain pourcentage en marchandises locales avec aussi un règlement financier distinct pour la valeur du contre-achat. C'est le cas le plus fréquent. C'est un accord par lequel l'exportateur s'engage à acheter ou à faire acheter des produits de compensation pour un montant correspondant à un pourcentage déterminé du contrat principal d'exportation.

b) Le **troc** ou **barter** est un échange, comme à l'ancienne, de marchandises sans transfert financier. Cette opération - très rare - consiste à échanger directement et simultanément des quantités déterminées de marchandises sans transfert financier et sans mentionner la valeur globale de la transaction, ni le prix unitaire des produits.

c) La compensation «stricto sensu» ressemble au troc mais fait mention de la valeur de la livraison de l'exportateur et de la contre-valeur des produits

livrés par l'importateur ; par ailleurs elle fait l'objet d'un règlement en monnaie de part et d'autre.

B. La compensation industrielle

Les **compensations industrielles** qui se fondent sur une implantation locale ou sur les transferts de technologie, englobent l'**achat en retour (buy-back)** et les **accords d'offset**. A cet effet, la contrepartie prend la forme d'un accord de coproduction ou de sous-traitance.

a) L'**achat en retour** ou **buy-back** consiste pour l'exportateur à s'engager à acheter tout ou partie de la production issue des installations et des équipements exportés ou de la licence cédée dans le cadre du contrat principal. L'importateur peut ainsi autofinancer son achat et obtenir la garantie qu'il écoulera une partie de sa production sur les marchés étrangers sans devoir prospecter. Le **buy-back** ou **achat en retour** est un paiement par crédit export classique plus achat d'une partie de la production élaborée grâce à l'équipement qui fait l'objet de la vente. On peut citer comme exemple la vente d'une usine en contrepartie de l'achat de dix pour cent (10 %) de la production.

b) L'**offset** est de la sous-traitance avec transfert de technologie dans le pays de l'acheteur. C'est une forme de compensation dans laquelle le pays importateur participe lui-même à la production du bien qu'il achètera. Elle se traduit par des opérations de coproduction, de sous-traitance et de transfert de technologie. Le pays importateur peut ainsi améliorer ses capacités technologiques. Les offsets concernent généralement de grands groupes industriels issus de secteurs à haute valeur ajoutée technologique (aéronautique, armement,...) et s'appliquent à des échanges dont les montants sont élevés.

On ne doit pas confondre un transfert de technologie avec une cession de licence, formule en usage, même si la terminologie et le droit varient suivant les nations. Le transfert de technologie comporte un volet important: la communication d'un savoir-faire, adapté au contexte de l'acquéreur.

A titre d'exemple la Chine a décroché la réalisation d'une usine d'assemblage aéronautique de la compagnie Airbus dans le cadre d'un contrat d'achat de 150 avions A320 à Pékin.

De même, la Pologne a pu obtenir un programme d'investissement américain de 12 milliards de dollars sur une période de dix ans contre un contrat d'armement de 3,5 milliards de dollars avec la société Lockheed Martin.

Cependant, cette opération prend parfois l'allure d'une guerre de position économique entre pays développés. En septembre 2004, la Chine a lancé un appel d'offres pour la construction de quatre réacteurs nucléaires de troisième génération. Ce contrat a fait l'objet d'une âpre concurrence entre le groupe français AREVA et son principal concurrent américain Westinghouse (racheté par la firme japonaise Toshiba).

Cherchant à acquérir les moyens de son autonomie technologique et énergétique, la Chine tire parti de l'acuité de la concurrence entre les deux firmes Westinghouse et AREVA, afin d'obtenir le maximum de concessions (prix et transfert de technologies).

Appuyée par les dirigeants américains, Westinghouse a obtenu le marché, en acceptant de transférer une technologie de pointe – les plans de son réacteur AP 1000 – pour permettre à la Chine de fabriquer elle-même les futurs réacteurs. Ce transfert prouve la détermination américaine, autant pour en retirer des bénéfices financiers que pour écarter et affaiblir durablement son concurrent français. Celui-ci a choisi de ne pas céder sa technologie et de refuser la stratégie chinoise de captation du savoir.

A cet égard il faut noter que l'offset a beaucoup été utilisé par l'Afrique du Sud, l'Inde et la Chine pour développer la coopération industrielle à l'occasion d'achat de technologie civile et militaire.

C. La compensation financière

Les **compensations financières** comprennent notamment les **accords de clearing** et les mécanismes de **switch**. La contrepartie réside en une conversion de la dette. Ces formes de compensation généralement conclues d'Etat à Etat ont le plus souvent pour objectif d'aider les pays surendettés à éteindre une partie de leur dette (cessions de créances) en échange d'achats de matières premières ou de produits manufacturés.

Le **clearing**, forme financière de la compensation, est le règlement de mouvements financier. C'est un mécanisme permettant à des banques et des institutions financières, membres de la chambre de compensation, de régler les montants dus et de recevoir les actifs correspondant aux transactions qu'elles ont effectuées sur les marchés. Une transaction, matérialisée par l'achat d'une part, la vente d'autre part, a toujours un débiteur et un créateur.

Le clearing n'est surtout pas à confondre avec un financement, même complexe. En revanche, pour sa mise en œuvre, il utilise toutes les formes possibles de crédits bancaires internationaux.

Un **accord de clearing** est un accord bilatéral entre deux Etats qui se fonde sur l'échange de leurs marchandises sans transfert de devises pendant une période déterminée. En fin de période, les deux parties établissent la balance entre les livraisons réciproques. Il est possible de réaliser des opérations de switch sur ces clearings. Par le mécanisme du **switch financier**, l'Etat qui dispose d'une créance en monnaie clearing sur l'autre pays peut vendre à un pays tiers sa créance contre un paiement en devises fortes et convertibles. Par le mécanisme du **switch commercial**, ce même Etat créancier peut céder sa créance contre un approvisionnement en marchandises.

TROISIEME PARTIE

Le contentieux des marchés publics

Les différends qui naissent des contrats trouvent un terrain propice dans le domaine des marchés publics. Pourtant la jurisprudence n'est pas aussi riche qu'on l'imagine, car les titulaires des marchés préfèrent trouver des compromis à l'extérieur des palais de justice que de s'engager dans une démarche de contestation longue et coûteuse.

Ceci est dû au poids que représente l'État, aux modalités d'octroi des marchés, à une procédure judiciaire lente et à un relâchement dans l'exécution des jugements rendus par les tribunaux.

Les marchés publics génèrent de nombreux litiges qui peuvent survenir à n'importe quel stade d'une procédure, lors de la passation, en cours d'exécution du marché ou après le terme de ce dernier, notamment après la réception pour les marchés de travaux. Afin d'assurer une certaine sécurité juridique, la réglementation offre une panoplie juridique variée qui permet au soumissionnaire et à l'attributaire de faire valoir leurs droits.

La réglementation permet que ces différends ne se résolvent pas obligatoirement devant le juge administratif. Il existe des outils de règlement amiable des litiges dans le domaine des marchés publics. Toutefois, de nombreux outils sont spécifiques à la matière.

Tous les marchés passés par l'administration ne sont pas du ressort du juge administratif. C'est le régime juridique du contrat qui détermine la juridiction compétente.

Les bons de commande ainsi que les contrats conclus sous le régime de droit commun, par exemple, relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires, étant assimilés à des contrats de droit commun. Les contrats administratifs sont de la compétence du juge administratif.

La règle de la décision administrative consacrée par l'article 8 de la loi 41/90 instituant les tribunaux administratifs implique que le juge administratif ne peut être saisi que par la voie d'un recours formé contre une décision.

Cependant, la saisine du juge administratif ne peut être engagée qu'après épuisement des recours administratifs préalables imposés par les textes, notamment les articles 71 et 72 du C.C.A.G. et 169 du C.M.P., qui organisent les recours administratifs mis à disposition au profit du **concurrent en amont** auprès du maître d'ouvrage - s'il n'est pas satisfait, auprès du Ministre concerné - et **en aval au titulaire du marché** au cours de l'exécution du marché, par un recours auprès de l'autorité compétente et éventuellement auprès du Ministre.

Les modes de règlement des litiges issus des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics sont variés. La saisine d'une juridiction administrative, en premier lieu, n'est pas le seul mode de résolution des conflits. Il existe des voies différentes pour « **régler autrement les conflits** » : le règlement amiable des litiges par une décision unilatérale de l'administration, le règlement des litiges par la saisine de la Commission marocaine des Marchés, le recours à la médiation, à la réclamation, à la transaction mais aussi à ce qu'on appelle le protocole d'accord, à la conciliation et à l'arbitrage, sont autant de moyens de règlement non contentieux des litiges.

La réforme opérée par la loi 08-05 du 30 novembre 2007 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de la procédure civile (C.P.C.) a permis le recours à la procédure d'arbitrage pour résoudre les différends qui naissent des marchés publics. L'arbitrage, en tant que mode de règlement des conflits entre le titulaire d'un marché public et l'administration, trouve donc sa place en tant que moyen pour trouver une solution amiable aux conflits.

Chapitre I

Procédures du règlement amiable

Un ensemble d'outils est mis à la disposition des soumissionnaires et des titulaires de marchés publics par la réglementation pour gérer « à l'amiable » les litiges et éviter par ce moyen des contentieux lourds, longs et coûteux. Clauses contractuelles pour gérer les litiges à l'arbitrage, commission des marchés ou transaction par le biais de la médiation, les outils ne manquent pas.

Section 1

L'arbitrage

L'arbitrage est un mode **consensuel** de règlement des différends nés ou susceptibles de naître concernant un rapport de droit déterminé à caractère **commercial** qui consiste à remettre d'un commun accord le règlement de ce différend à une autorité non juridictionnelle ou à une instance non investie par l'État, sans recourir à des juridictions compétentes, afin de trouver une solution acceptable par les deux parties.

La notion de volonté et de liberté des parties est au cœur du dispositif contractuel et arbitral : la liberté de préférer à la juridiction étatique une forme privée de règlement des conflits, de choisir leur arbitre juge, de fixer la procédure qui leur paraît la plus appropriée et son déroulement et de déterminer les normes applicables au litige. C'est l'équilibre entre le

domaine privé, qui lui confère sa souplesse, et le domaine public, qui lui garantit son efficacité.

L'arbitrage peut être **interne** ou **international**. La distinction entre ces deux sphères est faite sur la base de deux critères: un critère matériel et un critère organique.

Critère matériel : quand l'intérêt du commerce international est en jeu, l'arbitrage international peut être invoqué ; en revanche l'arbitrage interne a un caractère strictement national qui est régi par des lois du pays.

Critère organique : il peut être invoqué quand l'une des parties en conflit a son domicile ou son siège à l'étranger. En revanche, quand les deux parties ont leurs raisons sociales au Maroc, le recours à l'arbitrage national est prévu par le C.P.C.

L'arbitrage international s'oppose donc à l'arbitrage interne, à caractère strictement national, qui est gouverné par l'ordonnancement juridique du pays.

On distingue aussi l'arbitrage organisé sur la base du mandat **ad hoc**, qui se déroule en dehors de toute institution permanente d'arbitrage et qui est entièrement organisé par les parties en litige, de **l'arbitrage institutionnel**, dans lequel les parties font appel à une institution d'arbitrage. En tout état de cause, l'arbitre est amené à prendre une décision et non à exprimer une opinion.

Historiquement, le Maroc a connu l'arbitrage depuis 1693, date de la signature du traité de Saint-Germain entre l'État marocain et l'État français pour recourir à l'arbitrage afin de régler les différends qui étaient susceptibles de naître.

Actuellement, le droit marocain de l'arbitrage est régi par la loi n°08-05 du 30 septembre 2007 abrogeant et remplaçant le chapitre VII du titre V du code de procédure civile, notamment les articles 306 à 327-36. En ce qui concerne l'arbitrage international, la loi 05-08 relative à la création des tribunaux du commerce a déjà consacré un cadre juridique pour ce genre d'arbitrage.

Le code des obligations détermine dans quelle mesure des personnes peuvent compromettre et le code de procédure civile fixe les règles procédurales propres à l'arbitrage, que ce soit l'arbitrage interne ou international.

§1- L'arbitrage interne

Les articles 306 à 327-38 du code de la procédure civile (C.P.C.) ont fixé les règles relatives à l'organisation des règlements des litiges par le recours à l'arbitrage interne.

La lecture de l'article 310 § 3 du C.P.C. permet de constater que le recours à l'arbitrage dans les affaires qui portent sur les litiges concernant **les actes** ou les biens **soumis à un régime de droit public** rentre dans le champ d'application des dispositions relatives à l'arbitrage : « Les litiges relatifs aux contrats conclus par l'État, les collectivités locales ou les établissements publics » peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage.

Cela signifie que le maître d'ouvrage peut conclure un compromis ou insérer une clause d'arbitrage dans un marché public et que le contrat peut faire l'objet d'un compromis formel.

§2- L'arbitrage international

En effet, le problème est posé depuis deux décennies par l'entrepreneur étranger qui soumissionne dans d'autres pays : il doit rechercher la sécurité de son investissement, une crainte qui découle du caractère étatique de son contractant, et par ailleurs rechercher des formules juridiques permettant ainsi de minimiser les risques.

C'est pourquoi on trouve dans les contrats de marchés publics dont le financement est assuré par des bailleurs de fonds étrangers ou par des entreprises dont les sièges sont à l'étranger, des clauses qui ont pour but de neutraliser le **pouvoir normatif** de l'État contractant à travers le recours à l'arbitrage international ou à la médiation.

L'arbitrage international n'est rattaché à aucun droit étatique. Cela signifie qu'il n'existe pas de **for** pour un arbitre international. A partir de ce constat, les praticiens peuvent affirmer que l'arbitrage international est autonome par rapport à l'ordonnement juridique du pays.

Le Maroc est signataire des conventions de New York du 10 juin 1958 et de Genève du 21 avril 1961 relatives à la reconnaissance des sentences arbitrales internationales ; il est aussi membre de la Chambre de Commerce franco-arabe. Il reconnaît donc officiellement les sentences arbitrales rendues à l'étranger.

Les réformes amorcées par la loi 05-08 promulguée par le dahir du 30/11/2007 s'inscrivent dans cette logique qui vise à sécuriser les investisseurs étrangers.

Aux termes de l'article 327-40 du code de la procédure civile, l'arbitrage international est défini comme un arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international, l'une des parties au moins au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage ayant son domicile ou son siège à l'étranger.

D'autres critères de rattachement à l'arbitrage international sont fixés par l'article 327-40, tels que le lieu de l'arbitrage, le lieu d'exécution d'une partie substantielle des obligations issues des relations commerciales...

Ce dernier critère du lieu d'exécution d'une partie substantielle de la prestation permet de conclure que, dans le cas de deux entrepreneurs marocains qui ont respectivement leur établissement et leur domicile au Maroc et qui sont liés par un contrat de marché en vue d'une opération à l'étranger, l'arbitrage est qualifié d'international.

A. Condition de la validité du recours à l'arbitrage

Le recours à l'arbitrage repose sur quelques principes prévus par le C.P.C. : la capacité, l'écrit, le consentement.

La capacité : l'arbitrage résulte tout d'abord de la notion de capacité des parties prévue par l'article 306 du code de la procédure civile. Cette capacité doit être comprise dans le sens de la capacité de contracter ou d'ester en justice selon les dispositions de l'article 3 du code des obligations et des contrats, mais surtout quant à la capacité des parties sur les droits dont elles ont la libre disposition ; par voie de conséquence il est impossible de compromettre sur des droits dont on n'a pas la libre disposition.

Le consentement : le recours à ce mode de résolution résulte nécessairement du consentement des deux parties.

Ce consentement peut s'exprimer soit sous forme d'un compromis prévu par l'article 314 du C.P.C., soit sous forme d'une clause d'arbitrage prévue par l'article 316 du C.P.C. Ce sont les deux catégories de conventions d'arbitrage reconnues par le code de la procédure civile.

La **clause d'arbitrage** est incluse au contrat liant les parties au moment de sa conclusion. Elle intervient donc avant que le litige naisse entre les parties selon la formulation de l'article 316 : « La clause d'arbitrage est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui **pourraient** naître... »

En revanche le **compromis** n'apparaît que lorsque le litige est déjà né. Ce qui différencie les deux procédures, c'est donc leurs dates de conclusion.

L'article 314 § 1 dispose que « Le compromis d'arbitrage est la convention par laquelle les parties à un litige **déjà né** soumettent... »

Aussi, les termes de l'article 314 § 2 prévoient que le compromis peut intervenir même si le juge a déjà été saisi du litige : « Le compromis peut être conclu même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction. »

La volonté exprimée par les parties dans ce cas d'espèce est de renoncer à toutes les démarches juridictionnelles afin de permettre la désignation de la cour arbitrale ainsi que du lieu de l'arbitrage.

En effet le compromis constitue une échappatoire pour les parties, dans l'éventualité où la clause d'arbitrage insérée dans le contrat est entachée d'un élément qui la rend inopérante : clause nulle, inefficace ou pathologique ; c'est-à-dire si la rédaction de la clause d'arbitrage ne permet pas de dégager la volonté des deux parties d'une manière exacte, ou si la rédaction de la clause contient une erreur matérielle manifeste.

Dans ce cas, les arbitres vont soit procéder à la rectification de la clause d'arbitrage ou de son interprétation, soit déclarer qu'ils sont incompétents pour statuer ; dans ce cas, la procédure du compromis est déclenchée, sauf si les parties en décident autrement.

L'écrit : le législateur a prévu l'écrit comme moyen de preuve, soit formel - c'est le cas de la convention d'arbitrage - soit informel, s'appuyant sur d'autres moyens de communication tels que l'échange de lettres, E-mails, Fax, Télex, Télégrammes. Est gardé toujours présent l'élément de preuve qui constitue l'idée sous-adjacente de l'article 313 §2 du C.P.C., qui prévoit que la preuve peut être faite par «tout autre moyen qui en atteste l'existence», notamment quand il s'agit d'échange de conclusions.

En effet, ce n'est pas parce que l'**écrit** est dématérialisé, c'est-à-dire que le texte n'est plus inscrit sur du papier mais sur un écran, après sa transmission également dématérialisée, qu'il perd pour autant sa qualité d'**écrit**. Il y a toujours une traçabilité de ces échanges qui peut être présentée comme preuve.

L'article 317 du C.P.C. prévoit que **la clause d'arbitrage** doit être stipulée par **écrit**, soit dans la convention principale, soit dans un document auquel celle-ci se réfère. Il s'agit ici d'éviter toute incertitude sur l'existence de la clause d'arbitrage qui permet de recourir directement à l'arbitrage. En cas de non respect de cette formalité, la sanction prononcée est la nullité de la clause d'arbitrage.

Quant au **compromis**, il doit être constaté lui aussi par **un écrit** sans équivoque, et ce conformément à l'art. 317 du C.P.C. Cet écrit est exigé «ad probationem» - c'est une forme dont l'utilisation est exigée par la loi en vue d'apporter la preuve de son contenu - et non pas «ad validitatem», qui signifie « pour être valide », autrement dit, pour produire des effets juridiques, comme c'est le cas pour la clause d'arbitrage. L'article ci-dessus précise que la preuve écrite du compromis peut résulter d'un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties. Elle peut également être établie par un acte notarié, par un acte sous seing privé ou encore par un échange de lettres.

En exigeant un écrit, le législateur ne vise que la protection des intérêts des contractants et non la simple pré-constitution de preuve. Seulement le problème de la preuve est occulté par celui de la validité, en ce sens qu'en l'absence d'un écrit dressé dans les formes légales, l'acte ne peut pas être prouvé parce que, juridiquement, il n'existe pas.

B. Les conséquences du recours à l'arbitrage

A l'occasion d'un différend, le législateur a donné la priorité aux tentatives nécessaires de conciliation amiables. Avant de saisir la juridiction compétente pour statuer sur la question objet du conflit, le recours à un tribunal arbitral est exigé, même en cas de résiliation du marché. La sentence arbitrale règle le litige d'une manière définitive et acquiert l'autorité de la chose jugée.

Cette procédure s'appuie sur trois éléments : la primauté de l'arbitrage, l'autonomie de la clause d'arbitrage et enfin l'exequatur.

La primauté de l'arbitrage : les articles 314 et 327 imposent aux parties, mais aussi aux tribunaux de prononcer l'irrecevabilité du litige et de soumettre les parties à l'arbitrage, jusqu'à épuisement de cette procédure.

Cela signifie qu'il y a **une primauté de l'obligation de déférer** au tribunal arbitral les litiges visés par la convention arbitrale. L'article 327 § 1 dispose que « Lorsqu'un litige soumis à un tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction, celle-ci doit prononcer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure d'arbitrage ou annulation de la convention d'arbitrage. »

La compétence du tribunal arbitral pour régler les différends visés par la convention d'arbitrage résulte du principe de « la compétence de la compétence. » A partir de là, il est impossible pour une juridiction de statuer dans un premier temps sur un litige, ou de soulever d'office l'incompétence du tribunal arbitral en la présence d'une convention d'arbitrage.

Dans un contrat conclu en France et qui contenait une contradiction entre une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction, le juge du fond a écarté la clause d'arbitrage au motif qu'il y avait une contradiction entre ces deux clauses.

La cour d'appel avait confirmé cette **décision** et en avait déduit que la commune intention des parties de recourir à l'arbitrage n'était pas établie (Paris, 1^{ère} Chambre, section D, 12 décembre 2001).

Or, la cour de cassation, dans un **arrêt** rendu le 18 décembre 2003, a rappelé qu'il appartenait à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. Elle affirme par cette position la règle selon laquelle cette apparente contradiction ne suffit pas à elle seule à caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage et qu'il revient à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence.

Cependant le législateur marocain a prévu une exception qui permet aux parties de saisir de l'urgence le juge administratif, qui ne juge pas du principal (ex : ne prononce pas l'annulation d'une décision), mais permet d'obtenir des mesures provisoires et rapides destinées à sauvegarder les droits et libertés des cocontractants, et ce, soit avant d'engager la procédure d'arbitrage, soit au cours de celle-ci. C'est ce qui ressort des termes de l'article 327-1 du C.P.C. : « La convention d'arbitrage ne fait pas obstacle aux parties, soit avant d'engager la procédure d'arbitrage, soit au cours de celle-ci, d'avoir recours au juge des référés en vue de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire conformément aux dispositions prévues par la présente loi. Les parties peuvent se rétracter au sujet desdites mesures de la même manière. »

L'autonomie de la clause d'arbitrage : il s'agit d'une règle matérielle du droit international (par opposition à une règle de conflit des lois) faisant partie des principes généraux du droit international de l'arbitrage commercial notamment. Cette autonomie signifie que l'existence et la validité de la clause d'arbitrage doivent être examinées au regard de cette règle matérielle, abstraction faite de tout conflit de lois. Les sentences rendues par la Chambre de Commerce internationale sont constantes dans le même sens.

En effet, ce principe doit être apprécié d'une manière indépendante du contrat du marché auquel il se rapporte, mais aussi par rapport à la législation nationale régissant le contrat, car la clause sera acceptée quelle que soit la solution donnée en droit interne.

L'article 318 du C.P.C. prévoit que « La clause d'arbitrage est réputée être une convention indépendante des autres clauses du contrat. » La nullité, la résiliation ou la cessation du contrat n'entament en aucun cas la validité de cette clause et la question de la nullité du contrat absolue ne pose aucune difficulté.

En revanche, la notion de l'inexistence du contrat est une notion acceptée en droit public et susceptible de mettre en cause cette autonomie. Or l'arbitrage dans le domaine des marchés publics oppose bien entendu des personnes publiques à des personnes privées, et l'application du droit public est la règle. Ceci implique que l'application de la notion de l'inexistence du contrat risque de déboucher sur la position selon laquelle il n'y a jamais eu de contrat et par voie de conséquence, il n'y a jamais eu de clause d'arbitrage.

L'exequatur : l'exequatur est défini comme un ordre d'exécution donné par une autorité judiciaire à une sentence rendue par une justice privée. Dans le cas de la sentence arbitrale, il s'agit en fait « d'un bon à exécuter » et nullement « d'un acte d'exécution. »

En principe, une sentence arbitrale définitive n'est passible d'aucun recours dans la mesure où le législateur lui a reconnu l'autorité de la chose jugée, et ce en vertu de l'article 327-26 qui dispose que « Dès qu'elle est rendue, la sentence arbitrale a la force de la chose jugée. » L'article 327-34 confirme l'aspect exécutoire de la sentence : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'aucun recours. »

Cependant, quand il s'agit d'un différend auquel est partie une personne morale de droit public, la force de la chose jugée ne lui est reconnue que lorsqu'elle est homologuée ou reconnue exécutoire par un acte qui émane d'une autorité publique.

En effet, aux termes de l'article 327-26§2, « La sentence arbitrale n'acquiert la force de la chose jugée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur. » Selon l'article 327-31, « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur du président de la juridiction dans le ressort de laquelle la sentence est rendue. »

En vertu de l'article 310 §4 C.P.C., la demande de l'exequatur est présentée sous forme de requête à la juridiction administrative selon une compétence territoriale, locale ou nationale.

L'exequatur des sentences arbitrales est assimilé à leur exécution forcée, en conséquence aucun débat ne peut avoir lieu, ce qui débouche sur une

ordonnance d'acceptation ou de refus. Le contrôle exercé par le juge est assez restreint et permet seulement au juge de l'exequatur de contrôler que la sentence n'est pas entachée d'un vice trop grave.

Dans le cas d'un refus, l'article 327-33 exige la motivation de l'ordonnance, ce qui ouvre la voie à l'appel dans les formes ordinaires prévues à cet effet.

Aux termes des dispositions de l'article 327-24 C.P.C., lorsque l'exequatur est obtenu, il est apposé sur la minute de la sentence arbitrale. L'ordonnance d'exequatur n'est susceptible d'aucun recours. L'effet principal que produit la sentence est pour les parties d'exécuter la décision prise par l'arbitre et de considérer le litige comme un point obscur clarifié durant la procédure de l'arbitrage.

Section 2 L'arbitrage *ad hoc*

Parallèlement à l'arbitrage institutionnel, l'article 319 du C.P.C. prévoit le recours à l'**arbitrage *ad hoc***, un mode de règlement **moins structuré** et **moins hiérarchisé**, dans la mesure où le tribunal arbitral se charge seulement de fixer la procédure à suivre.

Ad hoc est une locution latine qui signifie **qui va vers ce vers quoi il doit aller**, c'est-à-dire **formé dans un but précis** ou qui a été institué spécialement pour répondre à un besoin précis. Il s'agit en fait d'un **mandat**.

Personne **ad hoc** signifie, pour un individu donné, qu'il a une connaissance accrue d'une matière, et que cette personne est parfaitement qualifiée pour exécuter la tâche qui lui est confiée. La méthodologie est conçue spécifiquement pour résoudre le problème posé.

Si le tribunal arbitral fixe la procédure, les parties peuvent suggérer au Président du Tribunal, sous réserve de son appréciation, le nom d'un **mandataire ad hoc**.

Le mandat *ad hoc* permet aux parties de négocier sous l'égide d'un mandataire **ad hoc**, désigné par les parties ou à défaut par le tribunal arbitral afin de permettre une négociation confidentielle et à l'amiable.

La durée diffère selon la procédure envisagée par le tribunal arbitral mais elle ne peut pas dépasser le délai prévu pour la médiation.

La mission du mandataire **ad hoc** peut avoir une durée plus longue. Il est généralement nommé pour trois (03) mois. La mission est renouvelable

plusieurs fois. Elle aboutit à la signature d'un accord contractuel négocié entre les parties.

Cependant, l'article 319 C.P.C. prévoit que la procédure de l'arbitrage ad hoc peut être aussi utilisée pour caractériser une procédure d'arbitrage dont les parties n'ont pas confié l'organisation à une institution spécialisée, le Tribunal arbitral en l'occurrence, mais qui l'ont organisée elles-mêmes, en suivant les conseils de leurs avocats et conseillers.

Section 3 La médiation

A moindre degré d'importance que l'arbitrage, **la convention de médiation** pourra être utilisée dans le cadre d'un marché pour régler un litige. Il s'agit d'un contrat par lequel les parties s'accordent pour désigner un **médiateur** chargé de faciliter la conclusion d'une **transaction** mettant fin au litige né ou à naître.

La médiation est prévue par l'article 327-55 du C.P.C. : « Afin de prévenir ou de régler un différend, les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de **faciliter** la conclusion d'une **transaction** mettant fin au différend.»

Aux termes de cet article, on constate que ce qui caractérise la médiation, c'est l'intervention d'une tierce personne physique ou morale, en vue d'obtenir un arrangement entre les parties.

Le **médiateur** suit l'évolution du différend et **propose** lui-même aux parties **un projet** de solution du litige qui constitue une plateforme de discussion.

L'**accord** conclu à l'issue de la médiation **débouche** sur une **transaction** selon les dispositions de l'article 327-68 § 4 et 5.

La transaction suppose trois conditions :

- La présence d'un litige entre les parties, comme le prévoit l'article 327-55 susmentionné et l'article 1108 du code des obligations ;
- La volonté de trouver une issue par le biais d'un accord : l'article 327-56 prévoit que « La convention de médiation est le contrat par lequel les parties **s'accordent** sur un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction pour mettre fin au litige né ou à naître » ;
- Une solution qui suppose de part et d'autre des **concessions mutuelles**, telle que prévue par l'article 1098 du code des obligations et des contrats constituant le régime juridique de la transaction: « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un

droit à l'autre partie. » La transaction met donc fin au litige de telle sorte qu'un recours contentieux pour faire trancher celui-ci serait irrecevable, à partir du moment où le consentement des deux parties est acquis en amont.

Les C.C.A.G. des marchés publics financés par l'Union européenne prévoient une tentative préalable d'un règlement **amiable** des différends relatifs aux marchés financés par l'Union européenne, et ce dans un délai de quatre (04) mois, notamment à travers les articles 54 du C.C.A.G.-Services, 61 C.C.A.G.-Travaux et 65 C.C.A.G.-Fournitures, qui disposent dans des termes identiques que « Tout différend survenant entre le maître d'ouvrage et l'attributaire ne peut faire l'objet d'un recours contentieux s'il n'a pas été soumis préalablement à une tentative de règlement amiable. »

La médiation peut être soit un compromis de médiation, lorsqu'elle est conclue après l'éclatement du litige, soit une clause de médiation lorsqu'elle figure dans le contrat de base. Qu'elle soit un compromis ou une clause, la convention de médiation est, en règle générale, constatée par écrit. Selon les termes de l'article 327-57 C.P.C., l'écrit peut prendre les mêmes formes que celui prévu pour l'arbitrage.

Section 4 **La commission des marchés**

Les textes de création, notamment le décret n° 2-78-840 du 30/12/1975 portant réforme de la commission des marchés, organisent les modalités de saisine et prévoient le mécanisme de fonctionnement de la Commission.

Placée auprès du Secrétariat général du Gouvernement et présidée par un haut fonctionnaire nommé par le Chef du Gouvernement (article 1 du décret 30 septembre 1975), la Commission a une composition hétérogène et diversifiée : y siègent les représentants d'administrations intervenant dans le domaine des marchés publics (article 3 de son statut), ce qui lui offre une indépendance dans la prise de décision, loin des intérêts limités de telle ou telle administration. En outre, elle peut faire appel à tout moment à des techniciens experts pour l'éclairer sur des questions spéciales et complexes.

On peut distinguer deux sphères d'intervention de la commission : d'une part elle est appelée à **émouvoir des avis** sur les projets de textes législatifs ou réglementaires qui portent sur les marchés publics, et d'autre part - ce qui nous intéresse - elle joue un rôle de catalyseur par les attributions qui lui sont assignées par les différents textes, notamment du fait qu'elle a la mission de **statuer sur les litiges** objets de sa saisine, et la mission de

conseil au profit des administrations et des organes intervenant dans les marchés publics.

L'ancienne compétence consultative de la commission est maintenue, voire enrichie et élargie, dans la mesure où elle veille à la stricte application des dispositions de la réglementation qui gouvernent les marchés publics. Ainsi, elle est habilitée à donner des avis et à assumer **un rôle d'arbitrage**.

Chargée de trouver une solution amiable au litige, la commission rend un avis, puis la décision est prise éventuellement par l'administration concernée. En vertu de l'article 170 du C.M.P., « Tout concurrent peut, sans recourir ni au maître d'ouvrage, ni au Ministre concerné ou au président de l'organe délibérant, adresser directement une requête circonstanciée à la commission des marchés. » Cela signifie que **le recours à la commission** pour un règlement amiable des litiges est **souhaitable, mais non préalable** à tout engagement d'une procédure contentieuse selon l'article.

§1- Les attributions de la commission

Dans le domaine précontentieux, plusieurs textes donnent à la commission des marchés des compétences pour que chacun des contractants puisse remplir sans arrière-pensée ses obligations, sachant que toute infraction à la législation sera dénoncée. Elle assure ainsi un climat de confiance entre les acteurs économiques et l'administration et permet de disposer d'une proposition de solution dans un délai sensiblement plus court que par les autres voies amiables ou judiciaires.

En premier lieu, l'article 7 du décret de 1975 susvisé confie à la commission la tâche de donner un avis sur :

- les **problèmes généraux ou particuliers** relatifs à la préparation, à la passation, à l'exécution et au règlement des marchés de travaux, de fournitures ou de services ;
- les **contestations** relatives à la procédure et aux résultats des adjudications, des appels d'offres et des concours ;
- les **consultations** demandées par les ordonnateurs et qui portent sur les projets de contrats de droit commun ou de marchés publics.

Ensuite, la confirmation de cette mission par l'article 178-1 du C.M.P. est un témoignage de son efficacité. En effet, cet article a confié à la commission des marchés la mission de statuer sur les requêtes en matière de marchés conclus par les services centraux de l'Etat, les E.P.A. et les collectivités locales. Ces requêtes qui portent sur :

- le non respect des règles de la procédure de passation ;

- la présence de clauses discriminatoires ou de conditions disproportionnées par rapport à l'objet du marché dans le dossier d'appel à la concurrence ;
- la contestation des motifs d'élimination de l'offre d'un soumissionnaire.

Enfin, l'article 61 du C.C.A.G.-Travaux des marchés financés par l'Union européenne indique qu'« A défaut de règlement, le différend est porté devant la commission des marchés qui fait connaître son avis dans un délai de deux mois à compter de la date de la saisine.»

§2- La saisine de la commission

C'est en fonction de la nature de l'objet de la saisine que la personne habilitée à saisir la commission est désignée. En effet, l'article 11 du décret du 30 décembre 1975 a fixé les catégories qui induisent la saisine de la commission.

En ce qui concerne la première catégorie, elle englobe le Secrétaire général du Gouvernement, le Trésorier général du Royaume (après la fusion du C.G.E.D. et de la T.G.R.) ou l'administration concernée.

La **saisine directe** est confiée par l'article 11 du décret de 1975 au **Chef du Gouvernement** pour « toute demande de consultation sur toute question de son ressort » et à **tout concurrent** qui peut, conformément à l'article 178 C.M.P., « adresser directement une requête circonstanciée à la commission des marchés » sans recourir ni au maître d'ouvrage, ni au Ministre concerné.

Cependant, lorsque la saisine est introduite par un concurrent non satisfait de l'issue des recours prévus par l'article 169 du C.M.P. et en l'absence d'une réponse du Ministre concerné pour les marchés de l'Etat, du Ministre de l'Intérieur pour les marchés des collectivités locales, le Ministre de tutelle de l'établissement public ou de l'entreprise publique doit, parallèlement à la saisine de la commission des marchés, informer le maître d'ouvrage de l'introduction de cette réclamation.

Quand il s'agit d'une contestation relative à la procédure et aux résultats des adjudications, des appels d'offres et des concours, **l'ordonnateur** peut saisir la commission. Faut-il en conclure que les autres modes et procédures de passation des marchés sont exclus du champ de la saisine de la commission ? La réponse nous semble affirmative.

§3- Modalités de fonctionnement de la commission

La commission tient un certain nombre de réunions, les unes obligatoires, les autres si nécessaire.

En vertu de l'article 9 du décret de 1975, la commission s'assemble en session obligatoire chaque mois, et d'une manière sporadique, « aussi souvent qu'il est nécessaire. »

La durée de chaque réunion est variée en fonction de l'importance de la question à examiner ; elle peut être prolongée si la nécessité exige ce prolongement.

Toute convocation est faite par le président de la commission. Elle contient l'indication de l'heure et du lieu de la réunion, en conséquence une réunion prise sans qu'aucune convocation n'ait été adressée à ses membres serait nulle de droit.

Les délibérations ne sont valables que si le quorum de huit (08) des membres de la commission est atteint. Mais pour le vote il y a lieu de tenir compte dans le calcul des votants, des membres à voix délibérative ou consultative : le président, le vice-président et les membres de la commission visés à l'article 3 ont une voix délibérative. Les rapporteurs, techniciens ou experts dont l'avis est recueilli et le secrétaire permanent de la commission assistent avec une voix consultative.

L'aspect collégial des réunions de la commission implique que tous les actes pris et avis rendus doivent l'être d'une manière collégiale.

Quant aux modalités de la saisine de la commission, elles doivent être énoncées dans un mémoire précis et chiffré rappelant les faits et la situation juridique, auquel sont jointes l'ensemble des pièces justificatives et éventuellement les pièces contractuelles du marché.

Ceci étant, conformément aux dispositions de l'article 178§1 : « Les concurrents **peuvent** adresser directement une requête à la commission des marchés », la saisine de la commission des marchés chargée d'examiner les recours n'est pas un préalable obligatoire à l'introduction du recours pour excès de pouvoir.

Chapitre II

Le recours précontentieux et contentieux

Le **recours administratif** est adressé par le soumissionnaire, l'attributaire ou le titulaire du marché aux **autorités administratives** concernées. Le **recours contentieux** est introduit devant **une juridiction** compétente.

Le recours administratif, gracieux ou hiérarchique est motivé par des considérations d'opportunité. L'administration n'est pas tenue de statuer sur la demande présentée. Il lui appartient ou non de statuer et de se prononcer sur les arguments avancés par le demandeur.

Un recours contentieux doit être motivé par des arguments de droit. Il est destiné au respect du droit ; le juge n'est pas tenu de prendre en compte les considérations d'opportunité, mais seulement la légalité de la décision administrative.

Section 1

Le recours précontentieux

Nous avons déjà mentionné que les marchés publics génèrent de nombreux litiges qui peuvent apparaître lors de la passation, en cours d'exécution du marché ou après le terme de ce dernier, notamment après la réception pour les marchés de travaux.

La réglementation permet que ces derniers ne soit pas différés d'emblée devant le juge administratif. Elle prévoit à cet effet des outils de règlement amiable des litiges dans le domaine des marchés publics. Toutefois, dans ce domaine, de nombreux outils sont spécifiques à la matière.

Dans ce cas, la saisine de l'autorité de recours est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux. A défaut, le recours contentieux tendant à l'annulation de la décision administrative se verrait opposer une exception d'irrecevabilité. L'irrecevabilité tenant à l'absence d'exercice du recours administratif préalable est d'ordre public, c'est-à-dire que le juge est tenu de la soulever d'office.

Le respect de cette procédure est opposable à toute personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire ce recours contentieux ; elle s'impose donc non seulement au bénéficiaire de la décision, mais aussi, le cas échéant, aux tiers.

Les outils mis à la disposition du maître d'ouvrage pour régler sans l'intervention du juge des différends ou des litiges éventuels sont nombreux.

Le règlement peut être effectué dès l'instant où le litige naît ou en fonction de l'outil utilisé.

Chaque procédure contentieuse est conditionnée par l'instant du litige. Dans le cadre des marchés publics, **trois grandes phases** doivent être distinguées. Chacune d'entre elles peut faire l'objet de litige entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services ; ces litiges peuvent éventuellement être réglés de manière amiable.

En premier lieu, le litige ou le différend peut naître **avant la notification du marché** à l'attributaire du marché, c'est-à-dire en matière de mise en concurrence. La procédure applicable à ce stade est le **référé précontractuel**, avec pour finalité procédurale d'annuler la procédure de passation. Un ou plusieurs soumissionnaires qui s'estiment lésés en considérant qu'ils ont été évincés à tort peuvent introduire un recours en annulation.

En deuxième lieu, le litige peut naître « **durant l'exécution** du marché », enfin le conflit peut naître à la **clôture de la procédure** du marché.

Certes, dans la plupart des cas, ces litiges se règlent devant les tribunaux ; toutefois, dans certains cas précis, le litige peut être réglé par un outil du « précontentieux. » Ce sont aussi toutes les situations qui précèdent les recours de plein contentieux: recours gracieux et recours hiérarchique. Le recours préalable gracieux doit être formé devant l'autorité compétente et le recours hiérarchique devant le Ministre.

Le terme de « précontentieux » est un terme issu de la pratique pour désigner un règlement non juridictionnel des différends qui surgissent entre les parties du contrat. Il regroupe l'ensemble des outils, des règles et des démarches d'ordre administratif qui permettent un règlement administratif des litiges sans l'intervention du juge.

Le recours précontentieux est une phase préliminaire de règlement d'un différend à l'amiable avant d'entamer une action en justice en poursuivant des démarches internes afin d'éviter un contentieux devant le juge. Le respect de cette procédure s'impose alors, sous peine d'irrecevabilité du recours contentieux, aux personnes qui sont expressément énumérées par les dispositions qui en organisent l'exercice. L'objet du recours administratif est de régler à l'amiable un différend qui oppose le titulaire du marché à l'administration. Ceci étant, l'existence des recours administratifs ne fait pas obstacle à l'exercice du recours juridictionnel.

L'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de service peut s'adresser à cet effet à l'administration elle-même. Cette demande est adressée soit au

supérieur hiérarchique à l'égard des actes de son subordonné, soit à l'auteur même de l'acte. Dans le premier cas, on parle d'un recours hiérarchique ; dans le second cas, il s'agit d'un recours gracieux.

Le recours administratif peut être fondé sur tout moyen utile. Il peut être étayé par de simples considérations d'opportunité. C'est ce qui ressort de la formulation de l'article 71 du C.C.A.G., qui dispose : « Si, dans le cours de l'exécution du marché, **des difficultés s'élèvent avec l'entrepreneur**, celui-ci adresse à **l'autorité compétente** un mémoire de réclamation. » Il appartient à l'administration d'apprécier dans quelle mesure elle doit ou non tenir compte des raisons invoquées par le requérant.

Il peut aussi s'agir d'un recours fondé sur des moyens juridiques établissant que l'autorité compétente n'avait pas le droit d'agir comme elle l'a fait. L'article 72 du C.C.A.G. prévoit qu'«En cas de contestation avec l'autorité compétente, **l'entrepreneur** peut adresser un mémoire au **Ministre** où il indique les motifs et le montant de sa réclamation. »

Les dispositions de ces deux articles impliquent un recours non juridictionnel en deux étapes : le recours devant l'autorité compétente et le recours devant le Ministre en cas de contestation avec cette autorité.

La décision prise par cette autorité administrative sur un recours gracieux ou hiérarchique est une décision exécutoire de caractère non juridictionnel.

Conformément aux dispositions de l'article 4 du décret du 01/07/2013, par autorité compétente il faut entendre l'ordonnateur ou la personne déléguée par lui pour approuver le marché ou toute autre personne habilitée à cet effet par un texte législatif ou réglementaire.

A ces deux personnes il faut ajouter le maître d'ouvrage habilité à recevoir ce recours dans les cas prévus par les articles 38, 39 et 41 du C.C.A.G.

§1- La procédure

Pour que le recours soit recevable, il doit remplir certaines conditions de fond et de forme. Tout d'abord il doit être un véritable recours administratif : sa **finalité est l'annulation ou la réformation de l'acte** entrepris. Ensuite il doit impérativement avoir été **formé dans les délais prévus** par la réglementation afin d'éviter la forclusion. Enfin il doit être **adressé à l'autorité administrative compétente**, c'est-à-dire à l'auteur de l'acte pour un recours gracieux et à son supérieur hiérarchique pour un recours hiérarchique.

Cependant une question s'impose : une autorité administrative saisie d'un tel recours et incompétente a-t-elle l'obligation ou non de le transmettre à

l'autorité compétente? Rien dans les textes ne l'oblige à transmettre l'acte soumis par erreur à son appréciation.

§2- Les conséquences

En principe, l'existence de recours administratifs ne fait pas obstacle à l'exercice du recours juridictionnel. Seulement le recours administratif constitue un préalable obligatoire à l'exercice du recours juridictionnel, lorsqu'une telle procédure a été instituée :

- soit par un texte législatif ou réglementaire,
- soit par une clause contractuelle.

A cet effet, le non respect de ce préalable est opposable au requérant, tant devant le juge du fond que devant le juge des référés :

- Lorsqu'un texte prévoit l'obligation d'un tel recours, celui-ci a le même effet suspensif que le recours juridictionnel. Si le recours juridictionnel a un effet suspensif, le recours précontentieux administratif préalable à la saisine de la juridiction produit le même effet :
- L'autorité hiérarchique saisie apprécie la demande en se situant à la date à laquelle elle statue, et peut donc prendre en compte des circonstances postérieures à la décision initiale.
- La décision prise sur ce recours préalable se substitue dans tous les cas, quels qu'en soient le sens ou la forme (explicite ou implicite), à la décision initiale contestée. Le recours contentieux doit donc être formé contre cette décision et non contre la décision initiale.
- Lorsque le recours préalable obligatoire est un recours hiérarchique, un recours gracieux ne conserve pas les délais de recours contentieux.

« Sous réserve des dispositions prévues à l'alinéa suivant du présent article, les recours en annulation pour excès de pouvoir contre les décisions des autorités administratives doivent être introduits dans un délai de soixante jours à compter de la publication ou de la notification de la décision attaquée.

Toutefois, les intéressés ont la faculté de saisir, avant l'expiration du délai du recours contentieux, l'auteur de la décision d'un recours gracieux ou de porter devant l'autorité administrative supérieure un recours hiérarchique. Dans ce cas, le recours à la Cour suprême peut être valablement présenté dans un délai de soixante jours à compter de la notification de la décision expresse de rejet, total ou partiel, du recours administratif préalable.

Le silence gardé plus de soixante jours par l'autorité administrative sur le recours gracieux ou hiérarchique vaut rejet. Si l'autorité administrative est un corps délibérant, le délai de soixante jours est prolongé, le cas échéant, jusqu'à la fin de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande.

Lorsque la réglementation en vigueur prévoit une procédure particulière de recours administratif, le recours en annulation n'est recevable qu'à l'expiration de ladite procédure et dans les mêmes conditions de délais que ci-dessus.

Le silence conservé par l'administration pendant un délai de soixante jours, à la suite d'une demande dont elle est saisie, équivaut à un rejet. L'intéressé doit alors introduire un recours devant la Cour suprême dans un délai de soixante jours à compter de l'expiration du premier délai ci-dessus spécifié.

Le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent pour faire valoir leurs droits du recours ordinaire de pleine juridiction. »

Section 2

Le recours gracieux et le recours hiérarchique

Les recours administratifs sont soit **gracieux**, soit **hiérarchiques**. En principe les deux recours sont indépendants et liés en même temps : indépendants dans la mesure où, lorsque le recours doit être adressé au Ministre, il n'implique pas un recours gracieux. Ils sont liés car pour saisir l'autorité hiérarchique il faut tenter d'abord un recours gracieux.

Le C.C.A.G. distingue les différends qui surviennent entre l'attributaire du marché et le maître d'œuvre « dans le cours de l'exécution du marché » de ceux qui opposent l'entrepreneur et la personne responsable du marché « en cas de contestation avec l'autorité compétente. »

Les articles 71 et 72 du C.C.A.G.-Travaux et 53 et 54 du C.C.A.G.-Services évoquent respectivement l'intervention de l'autorité compétente dans un premier temps, et l'intervention du Ministre après la réponse de l'autorité compétente par la suite. Il faudrait donc deux niveaux d'intervention, un recours gracieux devant l'autorité compétente et un recours hiérarchique devant le Ministre.

§1- Le recours gracieux

C'est le recours qui est porté **devant l'autorité même qui a pris la décision** dont on veut obtenir la réformation ou l'annulation. Ce recours est organisé par l'article 71 du C.C.A.G.-Travaux (53 du C.C.A.G.-Services), qui dispose qu'« En cas de difficulté au cours de l'exécution du marché, l'entrepreneur doit adresser à l'autorité compétente un mémoire qui expose les motifs de sa réclamation. »

L'alinéa premier de l'article 71 susvisé prévoit un délai de deux (02) mois pour que l'autorité compétente notifie à l'entrepreneur sa proposition pour le règlement du litige. Si aucune réponse n'est formulée, l'entrepreneur peut considérer ce silence comme un rejet de sa demande.

L'alinéa 2 dispose que, dans le cas des différends qui résultent de la non conformité des produits à des spécification techniques, ou si les constructions ne sont pas conformes aux dispositions techniques et contractuelles, ou encore en présence de vices de constructions, un procès-verbal est dressé et notifié à l'entrepreneur, qui doit présenter ses observations relatant les points contestés dans un délai de cinq (05) jours. Le procès-verbal est transmis à l'autorité compétente.

La formulation des deux alinéas de l'article 71 appelle quelques remarques :

- la question des réclamations prévue par l'article 71-1 du C.C.A.G.-Travaux est devenue plus simple grâce à la suppression de la phase intermédiaire qui faisait transiter le mémoire par « l'ingénieur en chef » dans l'article 50 de l'ancien C.C.A.G. ;
- l'article 71-2 du C.C.A.G. préconise que « Si l'entrepreneur conteste les faits, il est dressé un procès-verbal qui est transmis à l'autorité compétente pour qu'il y soit donné suite.» ; il désigne sans nul doute une autorité différente de l'ordonnateur (ministre, gouverneur ...). Il s'agit en fait d'une autorité délégataire qui se contente d'un procès-verbal succinct et plus rapide.
- Ensuite ce procès-verbal est un document confirmatif qui ne constitue nullement une nouvelle décision.
- L'attributaire du marché ne peut user de ce droit qu'une seule fois. Un second recours gracieux, même intenté moins de deux mois après le premier, n'aura pas pour résultat de prolonger le délai prévu à cet effet.
- L'attributaire du marché doit s'adresser à l'autorité administrative compétente. Le recours gracieux à une autorité incompétente ne proroge pas le délai des autres recours.

Les réclamations relatives à la procédure de passation des marchés ou au dossier d'appel d'offres, ou bien pour des motifs qui relèvent de l'éviction d'un concurrent, sont assujetties à des règles de fond et de formes.

Conformément à l'article 169 du C.M.P., tout concurrent peut saisir le **maître d'ouvrage** par **écrit** dans un délai de (05) **cinq jours** après l'affichage des résultats de l'appel à la concurrence, ou de la notification de la lettre relative aux résultats de l'appel à la concurrence, s'il constate le non respect des règles de procédure de passation des marchés, ou si le dossier d'appel d'offres contient des éléments discriminatoires, ou encore s'il considère son éviction comme non fondée.

§2- Le recours hiérarchique

Il s'agit d'un recours par lequel le demandeur saisit le supérieur hiérarchique de l'autorité qui a formulé la décision. Ce recours peut être déclenché sans qu'un recours gracieux soit formulé pour autant. En effet, en vertu de l'article 72-1 C.C.A.G., « En cas de contestation avec l'autorité compétente, l'entrepreneur peut faire parvenir la réponse de l'autorité compétente au Ministre. »

La procédure prévue pour le recours hiérarchique diffère selon que le marché est un marché de travaux ou de service.

L'article 72 du C.C.A.G.-**Travaux** prévoit la saisine du Ministre en cas d'échec des démarches entreprises lors du recours gracieux. L'entrepreneur qui n'accepte pas les propositions qui lui ont été faites bénéficie d'un délai de trois (03) mois à partir de la notification de la réponse de l'autorité compétente pour adresser au Ministre un mémoire qui doit indiquer « **les motifs et le montant** » de sa réclamation.

L'absence de notification d'une réponse dans un délai de trois mois à partir de la réception du mémoire de l'entrepreneur par le Ministre est considérée comme un rejet.

C'est à partir de l'expiration du délai de trois mois que le requérant peut saisir l'autorité juridictionnelle. Il ne doit évoquer devant la juridiction que **les griefs énoncés** dans le mémoire transmis à l'autorité compétente.

Réflexion faite, lorsque le recours hiérarchique est exercé, il a une certaine influence sur le délai du recours pour excès de pouvoir. En effet, quand l'attributaire du marché intente ce recours hiérarchique et si le supérieur hiérarchique donne une réponse, on est face à un acte nouveau (la décision du supérieur hiérarchique) qui pourra faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dans les délais impartis. En effet, conformément à l'article 72-4 C.C.A.G., « Si l'entrepreneur ne donne pas son accord à la décision prise par le Ministre dans les conditions prévues au paragraphe 3 ci-dessus, les modalités fixées par cette décision sont appliquées à titre de règlement provisoire du différend : le règlement définitif relève alors de la juridiction compétente. »

Après la notification de la décision du Ministre, l'entrepreneur, s'il n'accepte pas la décision prise par le Ministre, dispose d'un délai de six (06) mois pour porter l'affaire devant la justice. Dans ce cas, le contenu de cette décision est applicable à titre provisoire, le règlement définitif étant du ressort du tribunal.

Au delà du délai de six mois et en l'absence d'un recours devant la juridiction compétente, l'entrepreneur est considéré comme ayant accepté la décision, selon l'article 72-3 C.C.A.G. : « Si, dans le délai de six (6) mois à dater de la notification de la décision du Ministre intervenue sur les réclamations auxquelles aura donné lieu le décompte général et définitif, l'entrepreneur n'a pas porté ses réclamations devant le tribunal compétent, il sera considéré comme ayant adhéré à ladite décision, et toute réclamation se trouvera alors éteinte. »

Cependant, force est de constater qu'avec ce système on arrive à une solution qui risque de porter atteinte à la notion de sécurité juridique de l'acte administratif initial, au motif que le recours gracieux et hiérarchique peut être intenté très longtemps après la parution de l'acte que ce recours conteste.

L'article 54 du C.C.A.G. –Service réduit les délais accordés soit au Ministre, soit au titulaire du marché.

Dans l'éventualité où la réponse de l'autorité compétente ne satisfait pas le titulaire du marché, celui-ci doit adresser à cette autorité, dans un délai de soixante (60) jours à partir de la notification de cette décision, un mémoire sous pli recommandé avec accusé de réception. Il doit préciser dans son mémoire les motifs et le montant de sa réclamation. L'autorité compétente transmet le mémoire au Ministre qui dispose de soixante jours pour trancher. Le délai commence à courir à partir de la remise du mémoire à l'autorité compétente.

A partir de l'expiration du délai de soixante jours et en l'absence d'une réponse du Ministre, le titulaire du marché peut saisir la juridiction compétente. Il ne doit évoquer devant cette juridiction que les ***griefs énoncés*** dans le mémoire transmis à l'autorité compétente.

Si le Ministre notifie sa décision, l'entrepreneur dispose d'un délai de soixante jours pour porter l'affaire devant la justice s'il considère que la décision prise par le Ministre n'est pas satisfaisante. Dans ce cas, le contenu de cette décision est applicable à titre provisoire, le règlement définitif étant laissé au tribunal.

Au-delà du délai de six (06) mois et en l'absence d'un recours devant la juridiction compétente, l'entrepreneur est considéré comme ayant accepté la décision.

Chapitre III

Le recours contentieux

Les règles de la responsabilité qui découlent des stipulations contractuelles des marchés publics impliquent l'obligation qui incombe à toute personne de réparer un préjudice subi par l'autre partie du contrat.

Le titulaire d'une action relative aux marchés publics, devant une juridiction administrative, tient son droit des clauses contractuelles et de la loi elle-même.

L'épuisement des recours internes prévus par le décret ouvre la voie à ce que les litiges relatifs à la passation des marchés publics soient soumis aux tribunaux compétents.

Ceci étant, il faut s'adresser à la juridiction compétente, faute de quoi la forclusion est opérante, dans la mesure où la Cour suprême a jugé que « Le fait d'avoir saisi une juridiction incompétente ne permettait pas de prolonger le délai du recours pour excès de pouvoir. » Un candidat n'a le choix entre une branche de contentieux ou une autre que si l'objet à laquelle sa requête se rattache ne relève pas nécessairement par sa nature même d'une branche contentieuse déterminée. « Le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent pour faire valoir leurs droits du recours ordinaire de pleine juridiction. »

La procédure est dite *inquisitoire* lorsqu'elle est dirigée par le juge, par opposition aux procédures dites *accusatoires*, laissées à la discrétion des parties. La question est de savoir si les pouvoirs inquisitoriaux reconnus au juge administratif ne lui laissent pas toute latitude pour orienter l'évolution de la procédure.

Section 1

Contentieux des référés précontractuels

Le référé précontractuel est une procédure rapide qui peut être diligentée lorsqu'il y a traditionnellement « urgence » ou « absence de contestation sérieuse » permettant d'obtenir l'annulation partielle ou totale du marché qui a abouti au rejet d'une offre.

Prévu par *l'article 149 du code de procédure civile*, il est en principe un recours contentieux introduit devant une juridiction administrative, et ce selon les termes de l'article 19 du C.P.C. : « Le président du tribunal administratif ou la personne déléguée par lui est compétent, en tant que *juge des référés* et des ordonnances sur requête, pour connaître des demandes provisoires

et conservatoires. » C'est une procédure d'urgence, qui concerne le non respect des principes de mise en concurrence et d'égalité de traitement des soumissionnaires. Le référé peut être donc utilisé pour demander des mesures **provisoires et conservatoires ou de remise en état destinées à prévenir un dommage imminent**. Cependant, si le juge décide qu'il n'y a pas d'urgence, il se déclare incompétent. Cette appréciation est **susceptible d'être soumise au contrôle de la Cour d'appel**. Cependant, compte tenu du risque de voir que la demande formulée devant le juge des référés n'aboutit pas, ce qui ferait perdre un temps précieux, le requérant doit faire une analyse approfondie de l'urgence avant de saisir le juge des référés.

La loi prévoit donc deux catégories d'ordonnances de référé : les unes, dites de sauvegarde, tendent à « **geler** » la situation, tandis que les autres, dites de réglementation, se traduisent par des **mesures provisoires** qui empêchent la survenance de dommages liés au caractère tardif de la décision principale du juge.

Fixant un délai d'au moins vingt (20) jours pour que le maître d'ouvrage puisse statuer sur la requête d'un concurrent évincé, l'article 169-b du C.M.P. facilite le recours au référé précontractuel. Ensuite, l'article 152 du C.M.P. impose un délai d'attente de quinze (15) jours pendant lequel le contrat ne peut pas être approuvé « **L'approbation des marchés ne doit être apposée par l'autorité compétente qu'après expiration d'un délai de quinze (15) jours à compter de la date d'achèvement des travaux de la commission ou du jury ou de la date de signature du marché par l'attributaire lorsqu'il est négocié après publicité et mise en concurrence.** » Cette disposition doit permettre aux concurrents évincés de disposer de suffisamment de temps pour exercer les recours administratifs prévus par l'article 169 du C.M.P. susvisé et d'entamer les démarches pour un recours précontractuel.

§1- Champ d'application

Ce recours est ouvert aux personnes ayant un intérêt à conclure et qui sont susceptibles d'être lésées, autrement dit il est ouvert aux seuls concurrents évincés, et non à toute personne qui s'estimerait lésée par le contrat mais qui ne fait pas partie du marché. Ces tiers ne peuvent pas exercer de recours direct contre ce contrat. La preuve de l'atteinte aux intérêts du concurrent évincé repose sur le raisonnement du juge et sur la production de pièces et de preuves.

L'objectif de cette limitation est double : ne pas risquer de remettre en cause la stabilité des relations contractuelles et assurer ainsi la sécurité juridique manifestée par la réglementation qui gouverne les marchés publics.

Donc, cette opportunité de recours n'est ouverte qu'aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif. Par le biais d'un recours leur permettant de contester directement devant le juge compétent la validité de ce contrat, les concurrents évincés peuvent ainsi demander à ce juge de contraindre l'administration à respecter les règles de publicité ou de mise en concurrence, et donc de suspendre la procédure de passation du marché.

Toutefois, si les mesures provisoires prises par le juge de référé ont pour objet de sauvegarder les intérêts des concurrents face à l'administration, les ordonnances de référés ne statuent qu'au provisoire et sans préjudice de ce qui sera décidé au fond, car ces ordonnances ne lient pas le juge du fond et n'ont pas autorité sur la chose jugée.

Ainsi, le fait de ne pas communiquer les motifs du rejet d'une candidature constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de motiver une mesure de référé précontractuel. Le recours doit être introduit avant la conclusion du contrat, et seuls peuvent être invoqués les manquements aux règles de publicité.

Lorsque le soumissionnaire d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière, il appartient au juge de vérifier si le requérant qui le saisit a été lésé ou susceptible de l'être, s'il était ou non dépourvu de toute chance de remporter ce marché.

En vertu de l'article 44-2 du C.M.P., « Aucun concurrent ne peut prétendre à indemnité si son offre n'a pas été acceptée », s'il s'avère que l'éviction est justifiée. Dans le cas contraire, il a le droit d'être indemnisé. Le montant de cette indemnité correspond aux frais engagés pour participer à la consultation. En revanche, aucun montant en guise d'indemnisation pour le manque à gagner ou le préjudice commercial ne peut être alloué.

Cela signifie, d'une part, qu'il ne revient pas au requérant lui-même d'établir la certitude du lien existant entre le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et l'existence du préjudice, et d'autre part de confiner l'action du juge du référé à la seule présomption de lésion.

§2- Les critères du recours

La notion **d'urgence** constitue la pierre angulaire pour qu'il y ait un examen de l'affaire par le juge. Il s'agit en fait, à ce niveau de recours pour excès de pouvoir, d'un recours contre un acte préalable détachable du contrat qui permet au candidat évincé de contester la légalité de cet acte détachable du contrat puis, une fois cet acte annulé, de faire saisir le juge administratif pour que le contrat lui-même soit reconnu illégal et annulé.

Cependant la jurisprudence n'a pas voulu accorder aux dispositions de l'article 19 du C.P.C. susmentionné la dimension souhaitée, ni donner à ce recours une efficacité maximale et son effet platonique qui permettrait aux candidats à un marché public de saisir le président du tribunal administratif d'un manquement aux obligations de publicité et de concurrence qui s'imposent par la force de la loi aux personnes publiques ; les concurrents évincés pourraient donc choisir entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Ainsi le juge administratif a-t-il pu juger dans l'affaire de la société Chicopat vs le Ministre de l'Enseignement supérieur (affaire n°437 du 21/03/04) relatif à l'affichage des résultats prévu par l'article 42 du C.M.P. du 31/12/1998 indiquant que « Si l'administration était tenue de respecter un délai de quinze (15) jours francs à partir du moment où elle reçoit la demande pour motiver les raisons de l'élimination d'un candidat, c'est pour laisser le délai du recours ouvert afin d'exprimer les motifs de l'éviction du candidat. » Or ces arguments relèvent des dispositions de l'article 44 qui portent sur la justification des éliminations, et non de l'article 42 qui concernent les résultats définitifs, notamment l'affichage de ces résultats. Il semble que le juge se soit égaré dans sa tentative d'arguer.

Dans cette affaire, le juge n'a pas à se prononcer sur l'aspect d'éviction du candidat (article 44 du C.M.P. de 1998), mais devrait seulement trancher sur cette question : la méconnaissance des règles d'information des candidats par l'affichage dans les locaux du maître d'ouvrage (article 42 du C.M.P. de 1998) ont-ils ou non pour conséquence la nullité du marché ?

§3- L'acte détachable

Par acte détachable il faut entendre les actes qui ont par rapport à l'acte principal une autonomie suffisante. Il s'agit par exemple d'un acte pris **en amont** du contrat en vue de sa conclusion ou **en aval**, c'est-à-dire dans le cadre des prérogatives dévolues à l'administration, en vue de son exécution, tel que la modification unilatérale ou la résiliation du contrat. C'est **un acte unilatéral**, ayant le caractère d'une décision faisant grief, pris en vue de la conclusion ou de l'exécution du marché, détachable de son contenu. Il est alors susceptible de recours pour excès de pouvoir.

Il s'agit, par exemple, d'une décision de rejet d'une candidature ou d'une offre, sélection ou choix de l'entreprise attributaire ou d'une délibération d'un conseil municipal autorisant son président à signer le marché avec une entreprise déterminée. Cette délibération, qui est un acte détachable du contrat proprement dit, fait grief aux autres soumissionnaires évincés et peut donc être attaquée par voie du recours pour excès de pouvoir.

Il n'en reste pas moins que l'annulation d'un acte détachable ne peut aboutir automatiquement à l'annulation d'un contrat : «**Il appartient à l'administration, selon les circonstances propres à chaque affaire et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de l'annulation.**»

Section 2

Contentieux des référés contractuels

Le référé contractuel peut être engagé par toute personne ayant un intérêt à agir, à condition de porter le litige devant le juge avant la signature du marché.

§1- Action et recours pour contentieux

L'article 73 du C.C.A.G. prévoit que « Tout litige entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur est soumis aux tribunaux compétents. »

L'article 8 de la loi 90/41 susvisée précise les actions susceptibles d'être déférées pour excès de pouvoir : « Les tribunaux administratifs sont compétents sous réserve des dispositions des articles 9 et 11 de la présente loi, pour juger, en premier ressort, **les recours en annulation pour excès de pouvoir** formés contre les décisions des autorités administratives, ou les litiges relatifs aux **contrats administratifs**. » Cela signifie d'une part que tout acte administratif, quelle que soit l'autorité dont il émane, est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et d'autre part que les conclusions à fin d'annulation dirigées contre des stipulations contractuelles pour excès de pouvoir sont recevable par un tribunal administratif.

En matière de marchés publics, seuls les actes administratifs préalables qui peuvent être détachés des procédures de passation de marchés publics sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir qui porte essentiellement sur deux types de recours contentieux :

- Recours pour excès de pouvoir signifie que l'existence d'un droit permet à l'attributaire du marché l'exercice d'une **action** en justice, qui a pour objet de faire reconnaître ce droit. A cet effet, le requérant demande au juge de reconnaître l'illégalité de la décision administrative et d'en prononcer **l'annulation**.
- Le plein contentieux a pour fonction de **constater** par le juge un **droit contesté**. Dans ce cas, le requérant demande au juge d'utiliser l'ensemble de ses pouvoirs juridictionnels et de prononcer des condamnations pécuniaires. Cela revient à dire que tout contentieux spécifiquement **pécuniaire** est par nature de pleine juridiction.

§2- Le recours pour excès de pouvoir

En recours pour excès de pouvoir, les moyens invoqués contre l'acte détachable du contrat sont limités à l'illégalité de l'acte ou à l'existence d'un vice de forme ou de procédure.

Cela implique que, dans le cas d'un acte postérieur à la conclusion du contrat, les moyens ne pourront pas porter sur la méconnaissance par l'une ou l'autre des parties des stipulations contractuelles, mais bien sur des décisions unilatérales de l'administration.

Le recours pour excès de pouvoir est ouvert, même sans texte. Le but est l'annulation d'un acte administratif ou d'un acte matériellement détachable. Il ne peut avoir d'autre objet que de faire prononcer par le juge l'annulation de l'acte avec effet rétroactif et de le faire disparaître comme s'il n'avait jamais existé. C'est un procès « fait à un acte », selon l'expression de Laferrière.

Cela peut être le cas de l'exclusion d'un candidat d'un appel d'offres sans que cette exclusion soit fondée sur des critères objectifs. C'est ce que le tribunal administratif d'Agadir a affirmé dans son jugement n°27/99 du 06/05/1999 suite au recours introduit par la société Tirs Layoune le 20/12/1996 : la société contestait son élimination de participer à l'appel d'offres au motif que l'administration est souveraine de choisir son prestataire et par ailleurs que la société ne remplissait pas les conditions exigées par le C.M.P. du 14/10/1976, notamment l'article 33. Le tribunal a rendu son jugement sur cette affaire le 22/10/1996 en annulant la décision de la commission d'appel d'offres réunie le 22/10/1996.

Les actes détachables ont été regroupés par le Commissaire du Gouvernement Kahn dans ses conclusions sur l'arrêt de section du 5 décembre 1968, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture vs Union des Pêcheurs à la ligne, dans quatre catégories : autorisation, adjudication, passation et approbation :

- décision antérieures : il s'agit des actes qui font partie de l'opération de préparation du contrat : exclusion ;
- décision d'accompagnement de la conclusion du contrat : refus d'approbation d'un contrat par l'autorité de tutelle ;
- décision prise au moment de l'exécution du contrat ;
- décision prise par l'administration en tant que pouvoir public et non en tant que contractant.

§3- Le recours de plein contentieux

Le juge administratif est le juge du contrat de droit public et de son exécution. Il peut condamner l'un des cocontractants à payer à l'autre une somme

d'argent, soit dans le cadre du règlement financier du contrat, soit au titre de la responsabilité contractuelle. Ce recours donne lieu à un procès au cours duquel les prétentions des parties s'opposent et à l'occasion duquel le juge administratif dispose de pouvoirs très étendus.

Contrairement au recours pour excès de pouvoir, le juge saisi d'un tel recours jouit de pouvoirs très étendus; c'est un contentieux subjectif qui tend à la reconnaissance d'un droit subjectif résultant d'un contrat ou d'un droit à des dommages et intérêts. Ce type de recours a notamment pour objet de mettre en jeu la responsabilité de l'administration. L'attributaire du marché devient ainsi titulaire d'un droit de créance. Par ailleurs, c'est un contentieux objectif qui ne pose rien d'autre qu'une question de légalité, si une règle de droit a été méconnue et que le procès est intenté à un acte et non à une personne.

Ainsi, toutes les actions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur relèvent de la seule autorité administrative, la juridiction administrative n'étant, en fin de compte, qu'une partie de l'autorité administrative. Aux termes de l'article 18 des Tribunaux administratifs, « Par dérogation à l'alinéa 1 de l'article 15 du code de procédure civile, la juridiction ordinaire saisie de la demande principale est compétente pour statuer sur toute demande reconventionnelle ayant pour objet de déclarer une personne publique débitrice. »

Ceci étant, il est à rappeler que toute illégalité commise par l'administration est fautive et engage donc la responsabilité de celle-ci. Cette responsabilité découle en fait des dispositions de l'article 79 du D.O.C. : « L'Etat et les municipalités sont responsables des dommages causés directement par le fonctionnement de leurs administrations et par les fautes de service de leurs agents. »

La jurisprudence distingue plusieurs causes juridiques à la reconnaissance de la responsabilité administrative, qui peut être extracontractuelle, contractuelle, voire quasi-contractuelle. La garantie biennale ou décennale, la garantie de parfait achèvement par exemple, sont des demandes subsidiaires susceptibles d'être accueillies comme causes distinctes de la responsabilité contractuelle.

Le juge du référé précontractuel est juge de plein contentieux. Il apprécie la légalité de la décision qui lui est déférée d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre des parties à la date de son jugement. Le juge de plein contentieux se prononce lui-même sur le droit des intéressés ; il peut substituer sa propre décision à celle de l'administration.

Pour déclarer recevable l'action dans le recours de pleine juridiction, la demande obéit à certaines conditions telles que l'intérêt personnel pour agir, la nécessité d'une **décision préalable**, etc.

Le requérant ne peut pas saisir immédiatement le juge administratif. Il doit au préalable s'adresser à l'administration et provoquer de sa part une décision refusant de lui faire droit.

Or il arrive que le requérant attributaire du marché se trouve dans l'impossibilité de se prévaloir de cet acte préalable. C'est le cas pour une réclamation qui porte sur l'établissement du décompte définitif et général. En effet, l'article 62-4 prévoit que l'entrepreneur est invité par ordre de service afin de prendre connaissance du contenu du décompte général et définitif. Si l'entrepreneur refuse de signer le décompte définitif et général, le paragraphe 7 du même article lui accorde quarante (40) jours pour formuler ses doléances. Dans cette éventualité, deux hypothèses se présentent : soit l'entrepreneur ne formule pas ses griefs dans le délai de 40 jours, son abstention étant censée signifier son acceptation, soit il formule une réclamation et dans ce cas il est procédé comme indiqué aux articles 71 et 73 du C.C.A.G.

A. Recours en indemnité : ce contentieux relatif à la nature de l'action analogue à celui que connaissent les tribunaux judiciaires, donne lieu à une indemnité. Cependant, l'Etat ou toute autre collectivité ne peut être condamné à payer une indemnité que si le demandeur justifie d'une créance.

La responsabilité d'une collectivité publique est engagée sur le terrain extracontractuel ou contractuel dès qu'il existe un lien contractuel. Ainsi, lorsque le paiement des prestations prévu par le marché connaît des retards, le juge n'hésite pas à condamner l'administration à verser des indemnités.

Dans l'affaire El Bachir Belkhalfi vs Municipalité de Boujaad, le tribunal administratif a rendu son jugement le 07/02/2005 « Considérant que l'article 1^{er} du dahir du 1^{er} juin 1948 prévoit que l'administration est obligée à verser à l'entrepreneur des intérêts moratoires dans le cas où les sommes dues n'ont pas été liquidées et réglées dans les délais », ce qui signifie que la réciprocité des engagements fonctionne dans les deux sens : en faveur de l'administration comme en faveur de l'entreprise. Cette position a été confirmée par le jugement rendu le 30/11/2005 dans l'affaire de la société Aniblic, service électrique vs Conseil municipal d'Oued Zem.

Si un marché est passé par une personne qui n'est pas habilitée, le contrat est nul et la faute commise engage la responsabilité quasi-délictuelle et non la responsabilité contractuelle.

B. Le recours parallèle : le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que si le requérant n'a pas à sa disposition un autre recours, dit recours parallèle, autrement dit lorsque le requérant dispose d'une autre voie que le recours pour excès de pouvoir.

En effet, conformément à l'article 23 de la loi relative aux tribunaux administratifs, « Le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent pour faire valoir leurs droits du recours ordinaire de pleine juridiction. » L'objectif est d'amener le requérant à privilégier le recours pour excès de pouvoir à toute autre voie de droit spécialement aménagée dans la matière en cause, à condition qu'il fournisse au requérant le même résultat. C'est ce que le Tribunal administratif de Rabat a confirmé dans son jugement rendu le 11/04/1996 dans l'affaire S.I.G.T. vs Office national de l'Electricité qui a annulé un marché passé avec cette société : « La décision de résiliation du contrat est une partie intégrante de l'exécution du contrat qui entre dans le domaine du recours de pleine juridiction et la décision objet du recours est à considérer comme une décision liée au contrat principal et non pas comme un acte détachable. En conséquence, la voie du recours parallèle est ouverte dans cette affaire et la requérante pouvait obtenir satisfaction en exerçant un recours parallèle, chose que la requérante n'a pas faite. »

Section 3

Procédure et répartition des compétences

Une action en justice ne présente pas nécessairement un caractère d'unité. L'action **principale** qui porte sur l'objet principal du litige peut se voir greffer soit d'une action **subsidaire** formée à titre éventuel pour le cas où l'action principale ne serait pas admise, soit d'une action **accessoire** formée comme conséquence de l'action principale.

En vertu de l'article 12 de la loi 41/90, « Les règles de compétence à raison de la matière sont d'ordre public. L'incompétence à raison de la matière peut être soulevée par les parties à tout stade de la procédure. Elle est relevée d'office par la juridiction saisie. » Cette situation explique la modification de la rédaction de l'article 52 du C.C.A.G. du Décret Royal du 19 octobre 1965 qui prévoyait que « Tout litige entre l'administration et l'entrepreneur sera soumis aux **tribunaux statuant en matière administrative** » ; dans le même sens, l'article 73 du C.C.A.G. du 04 mai 2000 dispose que « Tout litige entre l'administration et l'entrepreneur sera soumis aux **tribunaux compétents**. »

La compétence est déterminée par le fondement juridique de la demande. Le juge ne doit considérer que ce que la requête présente à juger : c'est cela seul qui commande la compétence.

Ainsi, la répartition entre tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires porte sur les matières qui prêtent par définition à interprétation, mais dont le ressort relève de la juridiction administrative ou judiciaire selon que le contrat litigieux est un contrat administratif ou un contrat qui tombe sous le coup de droit commun.

Compétence selon le critère matériel

Le critère retenu pour déterminer l'ordre juridictionnel compétent est normalement un critère matériel tenant à la nature du litige, par contraste avec des critères formels qui tiendraient à la nature de l'autorité contre laquelle l'action est engagée, voire à la nature de l'acte litigieux.

Compétence selon le critère territorial

Aux termes de l'article 8 de la loi 41/90, « Les tribunaux administratifs sont compétents sous réserve des dispositions des articles 9 et 11 de la présente loi, pour juger, en premier ressort, les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions des autorités administratives, les litiges relatifs aux contrats administratifs et les actions en réparation des dommages causés par les actes ou les activités des personnes publiques, à l'exclusion toutefois de ceux causés sur la voie publique par un véhicule quelconque appartenant à une personne publique ». La finalité de ces termes est de faciliter les démarches entreprises par le défendeur, c'est-à-dire l'administration, qui se trouve face à un recours pour excès de pouvoir dirigé contre ses décisions. En effet, chaque Tribunal administratif a son ressort géographique et pour résoudre le problème d'organisation du ressort contentieux, la juridiction compétente, dans plusieurs cas, sera le domicile du défendeur.

L'article 10 de la loi 90/41 dispose que « Les règles de compétence territoriale prévues par les articles 27 à 30 du code de procédure civile sont applicables devant les tribunaux administratifs. »

L'article 28 §7 et 8 du C.P.C. précise que « Les actions sont portées devant les juridictions suivantes :

- en matière de fournitures, travaux, locations, louage d'ouvrages ou d'industrie, devant le tribunal du lieu où la convention a été contractée ou exécutée, lorsque l'une des parties est domiciliée en ce lieu ; à défaut, devant le tribunal du lieu du domicile du défendeur ;

- en matière de **travaux publics**, devant le tribunal du **lieu** où les travaux **ont été exécutés** ;
- en matière de contrats dans lesquels l'Etat ou une autre collectivité publique est partie, devant le tribunal du **lieu où le contrat a été signé**.

A travers cette qualification, deux critères de compétence peuvent être dégagés : un critère matériel, celui des travaux publics, et un critère organique qui fait référence à l'Etat et à la collectivité publique.

Quant à la définition d'un travail public, elle renvoie soit à la notion d'un ouvrage à faire, soit d'un ouvrage fait, mais le dénominateur commun entre les deux cas est qu'il s'agit d'un **travail immobilier** qui peut avoir le caractère d'un travail public :

- les travaux d'aménagement, d'entretien et de réparation des bâtiments...
- les travaux d'aménagement, d'entretien et de réparation des ouvrages...

La définition d'une collectivité publique correspond en fait à une personne morale de droit public, c'est-à-dire soit à l'Etat, soit à une collectivité locale ou à un établissement public. Or toutes ces entités sont impliquées dans la réalisation des travaux publics par le biais des marchés publics.

Or les travaux publics sont l'œuvre des personnes publiques citées par le second alinéa de cet article.

Ainsi, la combinaison de ces éléments de réponse permet d'affirmer que les dispositions de l'article 28 du C.P.C. sont tout à fait applicables, car elles permettent au juge de constater sur pièce et éventuellement sur place les violations dénoncées par l'une ou l'autre partie lors de l'exécution du marché.

Cette position règle le problème soulevé par les dispositions de l'article 17 du C.C.A.G. qui prévoit que « L'entrepreneur est tenu d'élire domicile au Maroc. » Or cette élection de domicile n'a pour objet que la notification des actes qui se rapportent au marché, conformément à l'alinéa 2 de cet article.

Ce critère d'élection de domicile prendra une importance au moment où le recours pour excès de pouvoir vise à l'annulation de l'acte.

En effet, conformément à l'alinéa 2 de l'article 10 de la loi n°41-90 instituant des tribunaux administratifs, les recours en annulation pour excès de pouvoir sont portés devant le tribunal administratif du **domicile du demandeur** ou devant celui dans **le ressort territorial duquel la décision a été prise**. C'est une atténuation des dispositions prévues par l'article 27 du

code de procédure civile qui prévoit que le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

Le tribunal administratif est saisi par une requête écrite, signée par un avocat inscrit au tableau de l'un des barreaux du Maroc.

La requête doit être présentée dans les formes prévues par le code de procédure civile.

Après enregistrement de la requête, le Président du Tribunal administratif transmet le dossier au Commissaire de la Loi et du Droit et à un juge rapporteur qu'il désigne pour instruire l'affaire.

Dans le cadre de son instruction, le juge rapporteur est soumis aux dispositions prévues par le code de procédure civile.

La requête ne peut être présentée que dans un délai de deux (02) mois à compter de la date à laquelle la conclusion du contrat est rendue publique, par des mesures de publicité appropriées.

Chapitre IV

Les pratiques frauduleuses

La fraude constitue un danger permanent pour le bon déroulement de la procédure de préparation et d'exécution des marchés publics. Le phénomène n'est pas nouveau, mais les risques de généralisation ont incité les pouvoirs publics à réagir. La réglementation des marchés publics apporte-t-elle une réponse efficace au besoin de déontologie ? Ethique et déontologie, une réponse à la corruption contemporaine dans les marchés publics ?

Il semble que l'orthodoxie voulue par tous les acteurs n'est pas encore à l'ordre du jour. Les méthodes frauduleuses utilisées, sources de contentieux, portent généralement sur les trois phases des marchés publics : au stade de la préparation du marché pour faute de transparence, lors du lancement de l'appel d'offres, au stade de la remise des candidatures, de leur analyse et de celle des offres, et pendant la phase de l'exécution du marché. Les mécanismes frauduleux qui sont utilisés ont toujours pour but de donner une apparente régularité aux divers stades de la procédure et de détourner éventuellement les fonds destinés au marché.

Section 1

La responsabilisation de la personne publique

Tout contrat non conforme à l'ordre public est affecté d'une clause de nullité et toute personne intéressée peut saisir le tribunal pour prononcer sa validité ou sa nullité. Cette démarche peut être effectuée en fonction des circonstances de fait et de droit : tantôt le contrat est objectivement contraire à l'ordre public, tantôt il est objectivement conforme à l'ordre public mais lui est **subjectivement contraire**, en raison des **motifs** qui ont inspiré l'un des cocontractants.

En se fondant sur le code des obligations et des contrats, l'article 62 dispose que « La cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi » ; le juge peut alors procéder à une démarche psychologique pour déceler les motivations qui sont contraires à l'ordre public ou aux mœurs, telles que la corruption.

Le terme de "corruption" renvoie à toutes les formes de déviance consistant à abuser de l'autorité publique à des fins essentiellement privées ou, plus globalement, le fait d'abuser de prérogatives officielles pour en tirer un gain personnel. Le code pénal distingue la corruption passive (articles 248 et 249) de la corruption active (article 251-253). **La corruption passive** correspond à la situation de l'agent public qui sollicite ou agréé les offres et promesses, c'est-à-dire **la personne corrompue**. **La corruption active** est le fait de la personne auteur des offres et promesses : **le corrupteur**. Passive ou active, la corruption est punie par ce qu'elle est immorale.

Signataire de la Convention des Nations unies contre la Corruption depuis 2003, ratifiée le 09/05/2007, le Maroc a lancé en 2005 son premier plan d'action, qui vise au renforcement de la lutte contre la corruption et la transparence dans la gestion des marchés publics.

Les démarches entamées depuis ont été jugées suffisamment importantes pour qu'elles fassent l'objet de l'article 36 de la Constitution de 2011, qui a abordé la question de la probité dans la gestion publique, dans la passation des marchés publics et dans le traitement des contrats publics. « Les infractions relatives aux **conflits d'intérêts**, aux **délits d'initié** et toutes **infractions d'ordre financier** sont sanctionnées par la loi. Les pouvoirs publics sont tenus de prévenir et de réprimer, conformément à la loi, toutes formes de délinquance liées à l'activité des administrations et des organismes publics, à l'usage des fonds dont ils disposent, à la passation et à la gestion des marchés publics. Le **trafic d'influence** et de privilèges, l'abus de position dominante et de monopole, et toutes les autres pratiques contraires aux

principes de la concurrence libre et loyale dans les relations économiques sont sanctionnés par la loi. »

La volonté actuelle des pouvoirs publics est d'intégrer plus d'éthique dans la pratique des marchés publics. Il s'agit de démontrer que le choix des entreprises est effectué en fonction des critères objectifs mentionnés dans les documents de consultation destinés aux entreprises.

Cette volonté est manifeste dans le contenu du décret des marchés publics qui affirme dans son article 1^{er} que « La passation des marchés publics **doit obéir** aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des concurrents et de transparence dans le choix du maître d'ouvrage. » Cette disposition essentielle de l'achat public correspond au droit par son caractère impératif, mais aussi à l'éthique par ses principes fondamentaux de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité entre les candidats : ces conditions ne sont pas des sous-entendus, mais figurent bel et bien dans le code des marchés publics avec comme leitmotiv la bonne utilisation des deniers publics. Sur la base de cette disposition, le délit de favoritisme est susceptible de s'appliquer en cas de manquement commis à l'occasion de la mise en œuvre de procédures bien spécifiées par le maître d'ouvrage et dont les modalités ont été précisément prévues par le code des marchés.

Ces principes auront, certes, des incidences importantes sur la thématique de l'intégrité dans les marchés publics, qui constituent une activité vulnérable à la corruption et à la fraude. La transgression de ces principes déclenche l'application des règles coercitives qui sanctionnent les délits de favoritisme, d'initié, de conflit d'intérêts. Il **semble** donc que cette réglementation apporte une réponse efficace au besoin de déontologie et une parade à la corruption contemporaine dans les marchés publics.

§1- Le conflit d'intérêts

La notion de conflit d'intérêts couvre une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme pouvant influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.

L'intérêt privé d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public s'entend d'un avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquelles elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou

avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou par des obligations financières ou civiles.

A cet égard il y a urgence pour la mise en place d'un mécanisme préventif qui consiste à instaurer un dispositif de **déclaration d'intérêts** pour les ordonnateurs et les sous-ordonnateurs, notamment au niveau des collectivités locales, mais il semble que l'administration soit irréformable de l'intérieur.

Un membre du conseil communal intéressé ne peut, à aucun titre, participer au débat de la commission d'appel d'offres. En effet, la présence d'un représentant d'une entreprise candidate au marché est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement. Un conseiller municipal candidat à un marché ne peut participer ni à la réunion d'ouverture des plis, ni à la commission d'examen des offres. La participation d'un membre intéressé vicia la procédure d'attribution de tous les lots auxquels l'entrepreneur concerné avait soumissionné, y compris ceux que ce dernier n'a pas obtenus.

Cette interdiction pour les élus locaux d'entretenir des intérêts privés avec la collectivité est prévue par l'article 22 de la loi 78-00 de la Charte communale du 18 février 2009 qui dispose qu'« **Il est interdit**, à peine de révocation prononcée dans les formes prescrites à l'article 21, sans préjudice de poursuites judiciaires, **à tout conseiller communal d'entretenir des intérêts privés avec la commune dont il est membre**, de conclure des actes ou des contrats de location, d'acquisition, d'échange ou toute transaction portant sur des biens de la commune, ou de passer avec elle des marchés de travaux, de fournitures ou de services, ou des contrats de concession, de gérance et toutes autres formes de gestion des services publics communaux, soit à titre personnel, soit comme actionnaire ou mandataire, soit au bénéfice de son conjoint, ses ascendants et ses descendants directs. » Si le membre intéressé est le président de la commune, il doit se faire remplacer par un suppléant n'ayant aucun lien avec un candidat dans les conditions prévues par les dispositions de l'article 56 de la Charte communale.

Cependant la formulation de l'article 21 susvisé, qui prévoit que cette participation est « sans préjudice de poursuites judiciaires », signifie que la participation de la personne intéressée investie d'un mandat électif peut s'analyser comme une prise illégale d'intérêt **sanctionnée pénalement** et tombe sous le coup de l'article 250 du code pénal.

§2- Le trafic d'influence

C'est un délit qui consiste à recevoir des dons (argent, biens) pour favoriser les intérêts d'une personne physique ou morale auprès des pouvoirs publics. C'est une forme de corruption. L'art. 250 du code pénal donne une définition large de l'influence et multiplie la peine par deux si la personne incriminée est un magistrat ou un fonctionnaire public. Le code pénal prévoyait aussi la multiplication par deux pour les élus. En 1972, la Cour spéciale a étendu aux **Ministres la qualité de fonctionnaires** dans les affaires de corruption et de trafic d'influence.

§3- Délit de favoritisme

C'est l'octroi d'un avantage injustifié qui consiste à procurer ou à tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès aux marchés publics ainsi que l'égalité des candidats, ce qui constitue une infraction économique de droit commun.

Le droit français en fait une catégorie à part entière. Le droit marocain doit se référer à des incriminations plus classiques : ainsi, l'intention de commettre ce délit nécessite d'être caractérisée ; cette intention est assez librement appréciée par le juge, compte tenu de l'absence d'une définition des éléments susceptibles de constituer le favoritisme.

Sont directement concernées les procédures réglementées, puisque le code des marchés publics définit les conditions réglementaires dans lesquelles le maître d'ouvrage et/ou l'autorité compétente respectent les obligations relatives à la liberté d'accès à la commande publique et à l'égalité des candidats.

L'avantage est injustifié dès l'instant où le fournisseur ou l'entrepreneur est choisi par le maître d'ouvrage alors qu'il n'aurait pas dû l'être si les règles de passation des marchés publics avaient été respectées : par ces règles il faut citer notamment les procédures normales de mise en concurrence, les délais de publicité, l'appel d'offres, la composition de la commission ou du jury de concours. Aussi, par un fractionnement indu du marché et son partage entre plusieurs entrepreneurs, autant on peut morceler, autant on peut regrouper afin d'obtenir des lots importants et empêcher ainsi certaines entreprises de prendre part au marché afin de limiter la concurrence. La définition des clauses techniques «sur mesure», la désignation d'une marque ou d'un procédé technique de sorte qu'une seule entreprise soit en mesure de répondre à l'appel d'offres, ou encore l'information exclusive d'un acteur économique peuvent caractériser ce délit, tout comme l'exercice,

par l'exécutif ou son représentant, de son influence pour conditionner ou entériner, avant même la réunion de la commission d'appel d'offres, le choix de l'attributaire d'un marché.

Sont concernées toutes les personnes physiques dépositaires de l'autorité publique, investies d'un mandat électif ou public ou chargées d'une mission de service public. S'y ajoutent les personnes exerçant les fonctions de représentant, d'administrateur ou d'agent de l'Etat, des collectivités, des établissements publics et des syndicats d'économie mixte, ou toute personne agissant pour leur compte.

La pénalisation constitue un dispositif efficace de protection des marchés publics, dans la mesure où les infractions de favoritisme ont un caractère très technique qui repose sur une réglementation complexe. Seul le juge peut pousser les investigations plus loin afin de déceler les moyens illégaux pour détourner la procédure réglementaire de passation des marchés. Le droit de la concurrence constitue aussi une arme pour lutter contre la collusion et la corruption.

§4- Délit d'initié

Le délit d'initié est le fait d'utiliser pour son propre compte ou celui de quelqu'un d'autre des informations qui ne sont pas encore connues pour les autres candidats, des informations censées confidentielles que l'on obtient grâce à sa profession. On dit d'une personne qu'elle est **initiée** soit en vertu de ses fonctions de direction (ordonnateur ou sous-ordonnateur), soit parce que, dans l'exercice de ses fonctions, elle est amenée à détenir des informations privilégiées. Cette notion se décompose donc en deux éléments : il faut que l'intéressé dispose d'une information et que celle-ci soit une information privilégiée.

Il faut rappeler néanmoins que, selon certains, la qualité de l'information reçue ne peut s'apprécier qu'en fonction de la personne qui l'a reçue. Or les concurrents sont en situation d'inégalité en raison de leurs différences de position ; en conséquence le juge ne pourra en aucune manière retenir le critère de la qualité de la personne qui reçoit l'information pour se prononcer sur son caractère privilégié, ce serait faire mauvaise justice que de trancher si une information est privilégiée ou ne l'est pas. Toutefois il faut reconnaître que l'information doit avoir une certaine qualité : elle doit être précise, particulière et certaine.

Le devoir de secret professionnel ne doit pas être transgressé par qui que se soit. La justification des capacités professionnelles est un volet essentiel de la sélection des candidatures par les acheteurs publics. Divulguer des

informations relatives à tel ou tel marché public par des moyens frauduleux est strictement interdit.

Les initiés de droit ou directs, en premier lieu, sont des personnes censées être les responsables du marché : le maître d'ouvrage avant tout, mais aussi l'ordonnateur, le sous-ordonnateur ou toute personne ayant participé directement dans l'établissement du contenu de la prestation objet du marché en raison des fonctions qu'ils exercent, avec une présomption d'initiation irréfragable concernant les détails du marché. L'article 4 de la loi relative à la responsabilité des ordonnateurs et des comptables dispose que « Les ordonnateurs sont, en vertu des lois et règlements en vigueur, personnellement responsables du respect de la réglementation relative aux marchés publics. » On peut citer à titre d'exemple l'octroi à un candidat **«d'informations privilégiées»** qui lui permettent de proposer l'offre la plus avantageuse au projet, au détriment des autres candidats.

Ensuite on peut citer les **initiés indirects**, toutes les autres personnes du fait qu'elles disposent d'informations privilégiées dans le cadre de l'exercice de leur profession. Cette catégorie se voit aussi peser sur elle une présomption simple, et ce conformément à l'article 7 de la loi 66-91 susvisée : « Tout fonctionnaire ou agent placé sous les ordres d'un ordonnateur, d'un comptable public ou agissant pour le compte de l'un d'entre eux, peut être rendu personnellement responsable en lieu et place de l'ordonnateur ou du comptable, lorsqu'il est établi que la faute commise est imputable audit fonctionnaire ou agent. »

§5- L'indépendance de l'architecte

L'engagement professionnel de l'architecte vis-à-vis du maître d'ouvrage fait l'objet d'un contrat écrit préalable, définissant la nature et l'étendue de ses missions ou de ses interventions ainsi que les modalités de sa rémunération.

A cet effet, il doit assumer ses missions en toute intégrité et clarté, en évitant toute situation ou attitude incompatibles avec ses obligations professionnelles ou susceptibles de jeter un doute sur cette intégrité.

Dans sa mission de contrôle, l'architecte doit s'assurer que l'exécution des travaux est conforme aux plans qu'il a établis ; en outre il doit donner aux exécutants des directives précises et intervenir chaque fois qu'une tâche délicate requiert normalement sa présence. Ainsi l'architecte trouve son rôle essentiel d'acteur de l'intérêt général tel qu'il résulte du contrat avec l'administration.

En effet, dans l'optique de préserver l'indépendance de l'architecte et pour que cette indépendance ne puisse être mise en danger si l'architecte est subordonné à l'entrepreneur, l'article 90 du C.M.P. indique que « L'architecte est rémunéré **exclusivement** par le maître d'ouvrage par des honoraires ». L'article 22 du contrat d'architecte ajoute que l'architecte ne doit accepter des titulaires du marché aucun avantage, ni recevoir aucune redevance, gratification ou commission sur un article. Cette ligne de conduite implique que l'architecte est tenu de garder une indépendance d'action absolue vis-à-vis du titulaire du marché.

Son **rôle de surveillance** suppose une attention particulière à l'égard de l'entrepreneur dont il doit suivre les travaux, quantitativement et qualitativement, en l'empêchant, le cas échéant, de contrevenir aux règles de construction, ce qui suppose une présence permanente sur le chantier ; son **rôle de contrôle** consiste dans la vérification de ce qui a été accompli par l'entrepreneur ou le sous-traitant ; enfin, son **rôle de conseiller et de maître d'œuvre** implique que, dans toutes les circonstances susceptibles de faire varier le coût des travaux, toute augmentation par rapport au coût initial doit être portée à la connaissance du maître d'ouvrage, sans délai et par écrit, de façon détaillée, afin qu'il puisse voir clairement l'origine de cette augmentation du coût, puisqu'il s'agit de la gestion des deniers publics.

Pour cette raison, l'alinéa 2 de l'article 22 du contrat d'architecte prévoit des mesures coercitives, ce qui n'exclut pas des poursuites pénales.

Section 2

La responsabilisation des concurrents

Intégrer l'autre partie du contrat, le concurrent en l'occurrence, constitue un élément essentiel dans le dispositif de moralisation des marchés publics. Il s'agit d'inculquer des normes et des valeurs d'ordre moral qui vont de pair avec les principes de légalité.

A cet effet, obligation est faite aux soumissionnaires, par l'article 24-1-d et e, d'avoir une conduite irréprochable durant la phase de soumission. Ainsi, ils doivent certifier l'exactitude des informations contenues dans leurs offres et sont obligés de s'engager par une déclaration sur l'honneur à ne pas recourir à des pratiques de fraude ou de corruption dans la passation des marchés.

Aussi le délit de complicité défini par les articles 128 et 129 du code pénal inclut le concurrent qui participe ou qui prend part à l'exécution matérielle de l'infraction. En matière d'infraction au devoir de probité, comme pour les

autres infractions, l'élément intentionnel exige que l'auteur ait eu conscience de l'aide apportée à l'action principale.

Pour constituer une atteinte à la probité, il faut la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral ou intentionnel ; la matérialité étant le fait d'avoir accompli des faits délictueux, l'élément moral étant lié à l'intention de son auteur. Par ailleurs, une simple négligence ne peut être assimilée à une participation intentionnelle.

Pour soumissionner, le candidat doit constituer un dossier administratif dont la déclaration sur l'honneur est une pièce maîtresse. Il doit la rédiger, dater et signer pour attester qu'il respecte les dispositions du code des marchés, notamment quant au recours à des pratiques de fraude ou de corruption.

§1- L'exactitude des informations

Au stade du dépôt de l'offre, le candidat atteste sur l'honneur qu'il a satisfait aux obligations prévues par le code des marchés, et que, par sa simple participation à une procédure de marché public, il déclare expressément qu'il ne se trouve pas dans l'un des cas d'exclusion, c'est-à-dire qu'il ne fait l'objet d'aucune interdiction de concourir, qu'en outre les références et qualifications ainsi que les capacités professionnelles, techniques et financières nécessaires à l'exécution du marché public sont exactes.

Si, après vérification, la déclaration sur l'honneur ne correspond pas à la réalité, ou si l'administration détecte des actes frauduleux ou un non respect des engagements pris par le soumissionnaire, la décision d'exclusion temporaire ou définitive du soumissionnaire est prise par le ministre concerné après avoir consulté la commission des marchés. Une régularisation a posteriori n'est pas possible.

Aussi, la violation de cette règle de sincérité des déclarations du candidat peut être constitutive d'une infraction pénale. Conformément à l'article 351 du code pénal, une fausse déclaration est toute altération frauduleuse de la vérité par la fabrication d'un document ou par sa modification intentionnelle. L'altération de la vérité est l'élément matériel de l'inexactitude de la réalité juridique et financière de l'entreprise. La production d'un faux commis dans une attestation fiscale délivrée par la Trésorerie générale aux fins de constater que l'entreprise se trouve dans telle ou telle situation fiscale est punie par la loi, notamment par l'article 360 du code pénal.

§2- Le délit de faux

Lorsqu'un document dépourvu, de par sa nature, de force probante (cas des documents comptables ou des documents constitutifs du marché) peut

constituer un faux dès lors qu'il produit certains effets juridiques, il convient de se référer à l'utilisation du document – et donc à ses effets juridiques – plutôt qu'à sa nature.

Si une entreprise a conclu un marché avec une administration mais n'a pas réalisé de travaux tout en adressant à l'administration des faux décomptes, elle a ainsi faussement affirmé posséder une créance sur l'administration.

Il s'agit en fait d'une altération de la vérité par désignation dans les factures d'une personne censée être le véritable titulaire de la créance, dans la mesure où ces factures ont été établies mensongèrement pour créer l'apparence d'une participation aux travaux réalisés pour l'administration.

C'est une falsification matérielle, c'est-à-dire une altération physique du document, qui peut être considérée comme une atteinte à son authenticité. Dans cette éventualité, il faut noter que cette opération avait donc bien pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ; ces fausses factures étaient bien de nature à occasionner un préjudice éventuel, privant la commune de la possibilité de conclure tel ou tel marché, exposant cette collectivité à des actions pouvant avoir des incidences sur ses finances. Aussi, la responsabilité de l'administration se voit engagée pour méconnaissance du principe d'égalité devant les marchés publics, si le délit de faux consiste dans le fait qu'une personne, tenue de justifier sur le plan comptable les mouvements de fonds effectués en vertu de son mandat, établit des pièces justificatives inexactes concernant les opérations correspondantes.

Si tout ou partie de ces cas de figure sont réunis, la faute présente bien le caractère d'un titre entrant dans les dispositions des articles 150 et 151 du code pénal alors applicables et, sur les plans comptable et financier, l'entrepreneur peut être déclaré **comptable de fait** puisque il a manié des deniers publics.

Section 3 **Les outils et les moyens de moralisation**

Moyen au service d'une politique, la loi est fréquemment présentée et utilisée comme un procédé de nature à permettre l'instauration d'une société nouvelle, plus juste. En effet elle constitue une approche pour appréhender les différents problèmes que la société risque d'affronter et c'est aux individus qui composent la société de les appliquer ou de les transgresser.

Le décret des marchés publics offre des moyens et des outils pour moraliser l'environnement des marchés. Cette moralisation est un processus pour inculquer des normes et des valeurs morales. Or la soumission des administrés et de l'administration aux principes de la légalité est la règle. Pour éviter le clientélisme et le détournement de fonds, la transparence et les contrôles sont en fait des moyens et des outils préconisés par le décret.

§1- Le programme prévisionnel

En continuité avec les modalités de publicité et de mise en concurrence qui permettent de respecter les principes généraux du code des marchés, et en complémentarité avec l'action pédagogique conduite à travers la démarche de dématérialisation des procédures, l'article 14 du C.M.P. prévoit la publication d'un programme prévisionnel des achats établi par le maître d'ouvrage et la mise à jour de ce programme. Celui-ci est à porter à la connaissance des personnes intéressées par tous les moyens de publication, y compris sur le portail des marchés publics.

Le maître d'ouvrage publie au début de chaque année budgétaire et au plus tard avant la fin du premier trimestre un programme prévisionnel qui retrace les marchés qu'il compte passer au titre de l'année considérée. La publication doit être effectuée dans un journal à diffusion nationale au moins et sur le portail des marchés publics. Le maître d'ouvrage a aussi l'obligation d'afficher le programme prévisionnel des marchés dans ses locaux pendant une durée de trente (30) jours au moins.

Ce programme doit permettre aux opérateurs économiques de disposer d'une vision globale des appels d'offres à l'échelle nationale, afin qu'ils puissent prendre les dispositions adéquates et élaborer à leur tour un programme cohérent avec les objectifs définis, tout en prévoyant les investissements matériels, car il est également indispensable de trouver des partenaires financiers si le volume du marché l'exige, et de planifier les moyens humains appropriés. Il s'agit, pour les opérateurs économiques, d'anticiper les opérations, selon un programme prévisionnel en adéquation avec le volume de production.

Il revient en effet aux services des différentes administrations de déterminer les actions les plus appropriées aux besoins de chaque entité, en les articulant suivant un calendrier avec des objectifs par priorités selon les régions.

Le programme prévisionnel recense et hiérarchise les marchés qui seront lancés dans l'année. Il doit orienter les opérateurs économiques en indiquant par un schéma directeur : l'objet de l'appel à la concurrence, la nature

de la prestation, le lieu d'exécution, le mode de passation envisagé et la période prévisionnelle de la publication de l'avis d'appel à la concurrence concernant les marchés qu'il envisage de lancer au titre de l'année budgétaire considérée. A cet effet, le programme prévisionnel, dans sa phase de préparation et dans sa phase d'application, doit être conçu comme un support de communication entre les différents acteurs concernés.

§2- Rapport de présentation du marché

C'est le premier filtre qui permet de constater le respect des règles de transparence et d'égalité des candidats ainsi que la bonne gestion des deniers public.

Prévu par l'article 171, le rapport, établi par le maître d'ouvrage, est censé retracer l'ensemble des démarches entreprises qui ont amené à la définition de l'objet du marché et à sa conclusion. Son objectif est de structurer une démarche suffisamment en amont, à l'occasion de stratégies d'acquisition ou d'achat, au moyen d'une planification rigoureuse, en développant une connaissance du marché, afin d'optimiser le facteur temps au bénéfice de la constitution des offres.

Le rapport constitue en fait un tableau de bord qui va permettre de suivre l'application de l'objet du marché. Il comporte, au-delà des indicateurs administratifs, des indices permettant de suivre qualitativement l'atteinte des objectifs avancés. Ainsi le but recherché est d'informer toutes les personnes impliquées dans sa conception, sa réalisation et son contrôle.

Ce rapport présente une vue synoptique du marché. Dans ce sens, il doit présenter un résumé de l'économie générale du marché et du processus de déroulement prévu. Ce descriptif doit inclure la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avec une description des quantités et de leur échelonnement dans le temps ainsi que de leurs montants, ce qui renvoie à l'objet du marché. Il doit fournir des informations relatives aux critères du choix du titulaire potentiel du marché, décrire les parties qui ne peuvent faire l'objet de sous-traitance. A cet effet l'administration ne doit pas masquer les éléments qui se retrouveront dans l'avis d'attribution.

Si le rapport permet à l'autorité signataire du marché d'avoir une vision synthétique de la procédure et de ses attendus, il est en premier lieu destiné à informer tous ceux qui ont participé à l'opération de soumission, car ce rapport participe au respect du principe de transparence énoncé à l'article 1 du code des marchés publics. Le soumissionnaire aura la possibilité de juger par lui-même des conditions du déroulement de l'opération d'évaluation des offres et des circonstances dans lesquelles son offre a été écartée.

Cependant, toute mention dans le rapport, de nature à divulguer des informations à caractère nominatif concernant les autres concurrents, doit respecter le secret professionnel, notamment la protection de la propriété intellectuelle et industrielle de chaque candidat.

§3- Rapport d'achèvement de l'exécution du marché

Le rapport relate l'historique du processus de l'exécution du marché et indique si les objectifs fixés et si la stratégie d'exécution sont atteints. Sa **finalité** est de consigner toutes les informations pertinentes et les événements qui auront été constatés tout au long de la période de son exécution à partir de la date de l'ordre de service jusqu'au moment de la phase de son extinction. C'est une évaluation interne qui constitue un document de référence, car il est censé faciliter la consultation et le contrôle du déroulement de l'exécution des opérations relatives au marché à tous ceux qui ont un intérêt à contrôler ce processus, notamment l'objectif défini ; les composantes prévues et effectivement réalisées ; le coût et le financement ; le respect de certaines règles édictées par le code des marchés, notamment compte tenu des enjeux environnementaux et d'autres questions connexes telles que les modalités de passation de marchés, les fluctuations rencontrées qui impactent le volume des réalisations et les coûts prévus et réels.

Conclusion

Plusieurs avancées ont été apportées par le décret du 20/03/2013, soit par l'introduction de nouveaux thèmes (marchés conception réalisation, enchères électroniques, prestations architecturales, organismes publics assujettis au décret), soit par la simplification des procédures et les retouches relatives aux modes de passation.

Toutefois la moralisation de l'environnement des marchés publics constitue un élément primordial ; de par leur importance dans la vie économique du pays et les conséquences sur le tissu social, les principaux acteurs sont appelés à respecter une ligne de conduite irréprochable.

L'enjeu est d'insuffler une dynamique pour inculquer des normes et des valeurs morales. Les dispositions du décret ont instauré une ligne de conduite d'éthique et de moralisation des relations contractuelles des parties impliquées dans la réalisation des marchés publics.

Ethique et déontologie constituent une réponse à tous les maux qui entachent le déroulement d'une procédure : corruption passive ou active, conflits d'intérêt, trafic d'influence, délits de faux, etc.

Néanmoins, dans un contexte de renforcement continu des exigences de transparence et d'amélioration de la gestion publique, réussir le pari d'un environnement sain des affaires, notamment en matière de marchés publics, constitue une nécessité et un atout, non seulement pour les acteurs économiques, mais aussi pour le pays.

A cet égard il faut remarquer que la moralisation est un dispositif ; par conséquent elle nécessite la mise en œuvre de moyens parfois chronophages, en amont au niveau des services gestionnaires - les ordonnateurs en l'occurrence - et en aval au niveau des juridictions compétentes, puisque le strict respect des règles juridiques est indispensable. Tout manquement à ces règles doit être, le cas échéant, sévèrement sanctionné par le juge : juge de référé précontractuel et contractuel, juge des comptes, juge pénal.

Cependant, afin de garantir un déroulement normal des procédures de la commande publique, et pour garantir la qualité d'un achat public et de préserver les deniers publics, l'acquisition d'une compétence requiert une formation particulière, notamment par la mobilisation de matière grise, c'est à dire de ressources humaines.

Pour guider les gestionnaires dans leur travail quotidien, il est nécessaire d'élaborer un manuel des procédures spécifiques à la commande publique et un guide de déontologie qui devra gouverner le comportement des services concernés ainsi que celui des décideurs.

Bibliographie

1. Ouvrages spécialisés

- BLIND Laurent, *Les marchés publics accessibles aux T.P.E.-P.M.E.*, 2010.
- BRECHON-MOULENES Christine (sous la dir. de), *Droit des marchés publics*, éd. Le Moniteur, Paris, 3 Vol.
- DE MAILLARD Jean, *Un monde sans loi : La criminalité financière en images*, Éd. Stock, Paris, 1999.
- EMERY C., *Passer un marché public*, éd. Delmas et Le Moniteur, 2e édition, Paris, 2004.
- LAJOYE Christophe, *Droit des marchés publics*, Mémentos L.M.D., Gualino Lextenso éd., 3ème édition, 2008.
- LINDITCH F., *Droit des marchés publics*, éd. Dalloz, 3e édition, Paris, 2004.
- MAKOWSKI Frédéric, *Marchés publics : informations pour les administrations et les entreprises*, 2002.
- MYHIE Ludovic, *Marchés publics : dimension juridique et économique*, éd. WEKA, Paris, 2013.
- MYHIE Ludovic, *Pilotez vos marchés publics*, éd. WEKA, Paris, 2012.
- PRIEUX Henri, *Traité pratique du droit des travaux publics et des marchés publics*, éd. Le Moniteur, Tomes I-II-III et IV. Paris, 1968.
- ROMEUF René, *La pratique des marchés publics*, éd. J. Delmas, 2e édition, Paris, 1977.
- SABIANI François, *Marchés publics de travaux*, éd. Delmas, 5e édition, Paris, 1995.

2. Ouvrages généraux partiellement consacrés aux thèmes « marchés publics »

- Acheter vert ; un manuel sur les marchés publics écologiques*, Commission européenne, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005.
- Actualité des marchés publics*, L'Actualité juridique, Droit administratif, N° spécial du 20 juillet/20 août 1994.
- BENOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, éd. Dalloz, Paris, 1986.
- Conseil d'Etat, *Le contrat : Mode d'action publique et de production des normes*, E.D.C.E., n° 59.
- GUETTIER Ch., *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. Thémis, 2011.

JEZE G., *Les principes généraux du droit administratif : théorie générale des contrats de l'Administration*, 3ème édition, 1er vol. Giard, 1934, 2ème et 3ème vol., L.G.D.J., 1936.

NOGUELLOU R. et STELKENS U., *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, 2010.

RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Coll. Manuels, 2010.

ROUSSET Michel, *Contentieux administratif*, éd. La Porte, Paris, 1993.

Réflexions transdisciplinaires :

AYNES Laurent, *La cession de contrat*, éd. Economica, 1984.

BONTOUX Charles, *Crédit documentaire : moyen de paiement et de financement*, L.G.D.J., 1998.

DAVID René, *L'arbitrage dans le commerce international*, éd. Economica, 1982.

DE LAUBADERE A., MODERNE F., DELVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, 2ème éd., 2 vol., L.G.D.J., 1984.

KIRAT T., *Economie et droit du contrat administratif*, La Documentation française, 2005.

LEBOULANGER Philippe, *Les contrats entre Etats et entreprises privées*, éd. Economica, 1985.

LEMAIRE S., *Les contrats internationaux de l'administration*, L.G.D.J., Coll. bibl. de droit privé, 2005.

LEVY Laurent, *La nationalité des sociétés*, L.G.D.J., 1984.

LICHERE F., *Droit des contrats publics*, Documentation Française, Dalloz, 2008.

MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2010.

MEKKI M., *Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., 2004.

OKITUNUNGU Mukoie, *Crédit documentaire : instrument de paiement et financement du commerce international*, Leuven, Oyez, 1976.

OUAZZANI CHAHDI Hassan, *Droit administratif*, éd. Najah, Casablanca, 1997.

SERVAN Roger, *Gestion communale*, éd. J. Delmas, 1985.

Articles

BOUTAQBOUT Abdelmajid, REMALD, n°7-8, avril-septembre 1994.

EL YAGOUBI Mohamed, *Le contrôle de la moralité administrative*, REMALD, n°38-39, mai-août 2001.

- FONTAINE M., *Aspects juridiques des contrats de compensation, D.P.C.I.*, 1981.
- GAUCHERY-LACROIX L., *Les compensations internationales*, Option Finance n° 196, 03/02/92.
- LINOTTE Didier, *Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat*, AJDA, n° 1/2005 du 10 janvier 2005.
- MONERA Frédéric, *Les financements innovants de services et de projets publics*, Revue de la Recherche juridique – Droit prospectif, P.U.A.M., 2005-1, p. 337 & s.
- PIERRE-VANTOL Benjamin, *L'influence de la pondération des critères d'attribution d'un marché public sur la commission d'appel d'offres*, Revue générale des Collectivités territoriales, n° 43, 2008.
- REGALA OUZZANI Abdallah, *L'arbitrabilité du droit public marocain*, REMALD, n°54-55, janvier-avril 2004.

المراجع بالعربية

كتب

- أحمد الصايغ محاضرات ألقاها على طلبية وحدة المهن القضائية والقانونية .
الفوج الأول 2004-2005 كلية الحقوق السويسي الرباط .

علمي هناء. أمين كوثر. منازعات الصفقات العمومية. طوب بريس 2010

2002 - عبد الله حداد : « صفقات الأشغال العمومية ودورها في التنمية »
منشورات عكاظ . شتنبر 2000

باينة عبد القادر . القضاء الإداري. طر , توبقال. 1988 ,

الصروح مليكة. الصفقات العمومية في المغرب. النجاح . 2009

مقالات

محمد البخاري : « منازعات العقد الإداري في نطاق القضاء الشامل » . مجلة الملحق
القضائي . 2002

محمد النجاري : « منازعات العقد الإداري في نطاق القضاء الشامل » مجلة -
الملحق القضائي . العدد 135 . سنة 2003

محمد الأعرج : « الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في منازعات العقود الإدارية »
مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية . العدد 47

حماد حمادي. الجزائر المطبقة في ميدان الصفقات العمومية. مقال منشور بالمجلة
المغربية للإدارة المحلية والتنمية . العدد 14-15 . 1996

أمزيد الجيلالي . منازعات الصفقات العمومية. مؤسسة هانس سايدل. 1991

Textes de base

- *Décret n°2-12-349 du 20/03/2013 relatif aux marchés publics.
- *Décret n°2-99-1087 du 04/05/2000 relatif au Cahier des clauses générales- applicable aux marchés de services ,prestations d'études et de maîtrise d'œuvre passés pour le compte de l'Etat (CCAG –EMO).
- *Décret n°2-01-2332 du 04/06/2002 relatif au Cahier des clauses générales- (CCAG- Travaux)
- *Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 1874-13 du 13/11/2013 relatif aux marchés publics.
- *Loi n°45-08 relative à l'organisation des finances des collectivités locales du 18/02/2009.
- *Arrêté du ministre de l'Intérieur n° 3575-13 du 10/12/2013 relatif aux modalités de la composition de la commission d'appel d'offre.
- *Arrêté du ministre de l'Intérieur n° 3576-13 du 10/12/2013 relatif aux modalités de la composition de la commission de suivi des marchés publics.
- *Arrêté du ministre de l'Intérieur n° 3610-13 du 10/12/2013 relatif aux modalités d'approbation des marchés des collectivités territoriales
- *Arrêté du ministre de l'Intérieur n° 3611-13 du 12/12/2013 relatif aux marchés négociés.
- *Arrêté du Premier ministre du 10/03/2008 fixant les règles et les conditions de révision des prix des marchés publics.
- *Circulaire du Premier ministre n°46/cab du 20 juin 1991 relative à la diffusion de trois textes CCAG –travaux-fourriture et services des marchés financés par l'Union Européenne.
- *Décret n° 2-94-223 du 16 juin 1994 relatif au système de qualification et de classification des entreprises de bâtiment et de travaux public.
- *Loi n° 69-00 du 11/11/2003 relative au contrôle financier de l'Etat sur les entreprises publiques et autres organismes.
- *Arrêté du ministre de l'économie et des finances n° 3535-13 du 28/11/2013 fixant la liste des établissements publics assujettis au décret des marchés publics.
- *Décret Royal n° 330-66 portant règlement général de comptabilité publique du 21 avril 1967 tel qu'il a été modifié et complété.
- *Décret n°2-07-1235 du 04/11/2008 relatif au contrôle des dépenses de l'Etat.
- *Dahir du 28/8/1948 relatif au nantissement des marchés publics.
- *Décret n°2-03-703 du 13/11/2003 relatif aux délais de paiement et aux intérêts moratoires en matière de marché de l'Etat.

- *Dahir n° 1-56-211 du 11/12/1956 relatif aux garanties pécuniaires exigées des soumissionnaires et adjudicataires de marchés publics.
- *Circulaire n° 72-cab du 26/11/1992 relative aux modalités d'application du dahir du 11/12/1956 relatif aux garanties pécuniaires.
- *Loi n°54-05 du 14/02/2006 relative à la gestion déléguée des services publics.
- *Loi n°15-97 du 1/06/2000 formant code de recouvrement.
- *Loi n° 61-99 du 03/04/2002 relative à la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics.
- *Loi n°41-90 du 10/09/1993 instituant des tribunaux administratifs.
- *Dahir du 12/08/1913 formant Code des obligations et des contrats.
- *Dahir n° 1-74-447 du 28/09/1974 formant Code de procédure civile.

LISTE DES ABREVIATIONS

A.M.P.	Accord plurilatéral sur les Marchés publics
A.T.D.	Avis à Tiers détenteur
C.C.A.G.	Cahier des Charges administratif général
C.D.C.	Caisse de Dépôt et de Consignation
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.	Crédit d'engagement
C.M.	Commission des Marchés
C.M.P.	Code des Marchés publics
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations unies pour le Droit commercial international
C.P.	Crédit de paiement
C.P.C.	Cahier de Prescriptions communes
C.P.C.	Code de Procédure civile
C.P.S.	Cahier de Prescriptions spéciales
D.C.P.	Décret de la Comptabilité publique
D.G.	Décompte général
D.G.D.	Décompte définitif général
D.O.C.	Dahir des Obligations et des Contrats
E.M.O.	Etude de Maîtrise d'œuvre
M.R.O.	Maintenance Repair Operating
O.M.C.	Organisation mondiale du commerce
O.R.M.	Operating System Resource
P.M.E.	Petite et moyenne entreprise
S.G.G.	Secrétariat général du Gouvernement
T.A.	Tribunal administratif
U.E.	Union européenne

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de pages.

A

- accès 15, 16, 17, 18, 28, 47, 48, 66, 79, 92, 93, 94, 107, 108, 116, 122, 133, 142, 147, 153, 161, 163, 171, 175, 227, 229, 292, 339, 341
- achèvement 11, 14, 52, 58, 61, 65, 76, 86, 97, 99, 101, 113, 114, 136, 142, 183, 184, 190, 192, 194, 204, 206, 207, 208, 212, 237, 240, 246, 250, 262, 263, 264, 270, 271, 280, 327, 332, 349
- acompte 11, 140, 203, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 245, 250, 253, 263, 266, 274
- adjudication 9, 15, 16, 18, 117, 181, 277, 293, 331
- affichage 181, 191, 323, 329
- agrément 47, 56, 81, 260, 261
- ajournement 15, 16, 17, 18, 28, 47, 48, 66, 79, 92, 93, 94, 107, 108, 116, 122, 133, 142, 147, 153, 161, 163, 171, 175, 227, 229, 292, 339, 341
- aléa 27
- appel d'offres 9, 10, 16, 18, 26, 52, 53, 55, 65, 92, 93, 105, 106, 117, 118, 119, 123, 124, 125, 126, 128, 136, 137, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 164, 166, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 191, 193, 194, 195, 225, 226, 237, 255, 261, 267, 298, 323, 331, 337, 340, 341, 342, 353
- Approbation 111, 187
- approvisionnement 73, 90, 91, 92, 93, 94, 231, 232, 233, 299
- arbitrage 13, 153, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 352
- architecte 7, 8, 11, 14, 43, 49, 50, 51, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 128, 134, 207, 231, 234, 243, 244, 245, 246, 247, 270, 343, 344
- assurance 101, 142, 206
- attachement 11, 201, 202
- avance 11, 31, 54, 72, 77, 78, 98, 121, 140, 203, 212, 215, 223, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 236, 241, 242, 245, 250, 255
- avant projet 11, 31, 54, 72, 77, 78, 98, 121, 140, 203, 212, 215, 223, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 236, 241, 242, 245, 250, 255
- avenant 75, 76, 77, 86, 88, 189, 200, 248, 249, 250, 256, 257, 262, 264, 287, 288, 290, 292
- avis 10, 23, 30, 41, 46, 52, 55, 79, 93, 97, 104, 105, 111, 113, 120, 122, 123, 126, 128, 130, 131, 132, 134, 136, 141, 149, 150, 151, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 167, 169, 175, 176, 177, 178, 181, 183, 188, 193, 219, 228, 248, 252, 261, 265, 274, 275, 276, 279, 282, 286, 288, 314, 315, 316, 317, 348

B

- bâtiment 23, 24, 68, 91, 202, 206, 207, 241, 243, 354
- bordereau des prix 52, 55, 133, 237, 238, 239
- Bouleversement du contrat 52, 55, 133, 237, 238, 239

C

- cahier des clauses administratives générales 51, 104, 197, 257, 261, 287, 291
- Cahier des prescriptions communes 52, 55, 133, 237, 238, 239
- cahier des prescriptions spéciales 74, 85, 168, 177, 187, 197, 228, 261, 283, 286, 287, 289
- Caisse marocaine des Marchés 11, 224, 227
- calendrier 73, 86, 87, 193, 245, 347
- capacité 15, 24, 33, 55, 62, 90, 92, 107, 112, 124, 162, 163, 164, 165, 183, 198, 212, 307
- caution 12, 59, 101, 166, 230, 232, 233, 234, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269
- cautionnement 59, 60, 190, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 269
- certificat 56, 94, 126, 136, 139, 140, 163, 165, 166, 264, 269
- cessation des travaux 56, 94, 126,

- 136, 139, 140, 163, 165, 166,
 264, 269
 cession 56, 94, 126, 136, 139, 140,
 163, 165, 166, 264, 269
 classification 56, 121, 163, 354
 clause 29, 57, 64, 74, 76, 79, 80,
 88, 89, 106, 107, 154, 201,
 223, 230, 233, 247, 248, 250,
 251, 263, 270, 290, 292, 293,
 294, 295, 296, 306, 307, 308,
 309, 310, 311, 314, 321, 338
 coefficient 251, 252
 collectivité 25, 34, 35, 37, 44, 45,
 47, 67, 93, 132, 144, 147,
 153, 165, 171, 188, 216, 289,
 333, 336, 340, 346
 commission des marchés 13, 30,
 41, 67, 77, 97, 105, 120, 141,
 149, 150, 151, 177, 178, 219,
 228, 248, 252, 261, 265, 276,
 286, 288, 304, 314, 315, 316,
 317, 345
 composition des prix 13, 30, 41, 67,
 77, 97, 105, 120, 141, 149,
 150, 151, 177, 178, 219, 228,
 248, 252, 261, 265, 276, 286,
 288, 304, 314, 315, 316, 317,
 345
 concours 9, 55, 65, 95, 101, 109,
 110, 111, 114, 115, 117, 126,
 127, 128, 129, 130, 131, 132,
 133, 134, 136, 137, 171, 173,
 180, 181, 194, 211, 212, 224,
 225, 243, 315, 316, 341
 concurrence 9, 15, 16, 17, 18, 19,
 23, 31, 32, 33, 34, 37, 38, 40,
 41, 48, 49, 55, 59, 67, 71, 79,
 80, 81, 82, 92, 102, 104, 105,
 106, 108, 116, 117, 123, 125,
 126, 130, 131, 133, 135, 136,
 138, 139, 144, 145, 146, 147,
 154, 155, 156, 157, 158, 159,
 160, 163, 164, 169, 171, 176,
 177, 182, 183, 185, 186, 190,
 191, 193, 198, 218, 221, 223,
 227, 232, 233, 234, 248, 250,
 261, 267, 272, 298, 316, 319,
 323, 327, 328, 329, 339, 341,
 342, 347, 348
 conjoint et solidaire 9, 15, 16, 17,
 18, 19, 23, 31, 32, 33, 34, 37,
 38, 40, 41, 48, 49, 55, 59, 67,
 71, 79, 80, 81, 82, 92, 102,
 104, 105, 106, 108, 116, 117,
 123, 125, 126, 130, 131, 133,
 135, 136, 138, 139, 144, 145,
 146, 147, 154, 155, 156, 157,
 158, 159, 160, 163, 164, 169,
 171, 176, 177, 182, 183, 185,
 186, 190, 191, 193, 198, 218,
 221, 223, 227, 232, 233, 234,
 248, 250, 261, 267, 272, 298,
 316, 319, 323, 327, 328, 329,
 339, 341, 342, 347, 348
 constatation 10, 12, 100, 200, 201,
 202, 203, 233, 237, 252, 264,
 270, 271, 273, 275, 280
 contentieux 1, 3, 13, 19, 63, 166,
 235, 301, 304, 314, 318, 319,
 321, 326, 330, 331, 332, 333,
 335, 337
 contestation 93, 303, 313, 316,
 320, 322, 324, 326
 contrat 7, 8, 23, 24, 25, 26, 27,
 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36,
 37, 41, 43, 44, 46, 48, 49, 50,
 52, 53, 54, 57, 58, 60, 61, 62,
 63, 65, 72, 73, 74, 75, 76, 77,
 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 95,
 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102,
 105, 106, 110, 113, 128, 131,
 154, 184, 186, 187, 190, 191,
 192, 196, 198, 199, 200, 207,
 211, 212, 213, 221, 230, 235,
 236, 237, 239, 240, 241, 243,
 245, 246, 247, 249, 253, 254,
 255, 256, 258, 260, 263, 264,
 267, 269, 270, 271, 273, 276,
 279, 281, 282, 283, 284, 285,
 286, 287, 288, 295, 296, 297,
 298, 303, 306, 307, 308, 310,
 311, 313, 314, 319, 326, 327,
 328, 329, 330, 331, 332, 334,
 335, 336, 337, 338, 343, 344,
 351, 352
 Contrôle des marchés 7, 8, 23, 24,
 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33,
 34, 35, 36, 37, 41, 43, 44, 46,
 48, 49, 50, 52, 53, 54, 57, 58,
 60, 61, 62, 63, 65, 72, 73, 74,
 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 84,
 86, 87, 95, 96, 97, 98, 99,
 100, 101, 102, 105, 106, 110,
 113, 128, 131, 154, 184, 186,
 187, 190, 191, 192, 196, 198,
 199, 200, 207, 211, 212, 213,
 221, 230, 235, 236, 237, 239,
 240, 241, 243, 245, 246, 247,
 249, 253, 254, 255, 256, 258,
 260, 263, 264, 267, 269, 270,
 271, 273, 276, 279, 281, 282,
 283, 284, 285, 286, 287, 288,
 295, 296, 297, 298, 303, 306,
 307, 308, 310, 311, 313, 314,
 319, 326, 327, 328, 329, 330,
 331, 332, 334, 335, 336, 337,
 338, 343, 344, 351, 352

- D**
- Déchéance quadriennale 7, 8, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 41, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 65, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 105, 106, 110, 113, 128, 131, 154, 184, 186, 187, 190, 191, 192, 196, 198, 199, 200, 207, 211, 212, 213, 221, 230, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 243, 245, 246, 247, 249, 253, 254, 255, 256, 258, 260, 263, 264, 267, 269, 270, 271, 273, 276, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 295, 296, 297, 298, 303, 306, 307, 308, 310, 311, 313, 314, 319, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 335, 336, 337, 338, 343, 344, 351, 352
- déclaration 64, 113, 133, 177, 179, 182, 186, 187, 197, 259, 276, 340, 344, 345
- Décompte 355
- définition 8, 9, 17, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 31, 52, 54, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 95, 99, 102, 106, 114, 119, 125, 128, 129, 130, 151, 163, 168, 176, 192, 213, 238, 245, 248, 254, 285, 295, 335, 336, 341, 348
- délai de garantie 58, 207, 208, 235, 266
- Délai de recours 58, 207, 208, 235, 266
- délai d'exécution 52, 72, 79, 82, 92, 136, 144, 154, 197, 248, 250, 270, 283
- délégation de signature 149, 188, 189, 195, 204, 281
- délibération 67, 189, 281, 329
- dépenses contrôlées 11, 236, 240, 241, 242
- devis 50, 111, 113, 147, 148
- E**
- Echantillons 50, 111, 113, 147, 148
- Etablissements publics 50, 111, 113, 147, 148
- Etudes 111
- Exclusion du marché 111
- F**
- facture 140, 153, 214, 217, 231, 234, 271, 279, 281
- faillite 124
- faute 47, 50, 53, 58, 62, 64, 65, 67, 70, 99, 100, 126, 167, 168, 197, 198, 257, 276, 280, 287, 288, 326, 334, 337, 343, 346
- fiscale 25, 112, 124, 165, 166, 167, 345
- force majeure 12, 99, 200, 283, 284, 285, 286, 287, 288
- forfait 244
- formation du contrat 43
- G**
- garanties 7, 9, 11, 12, 52, 57, 59, 62, 95, 99, 101, 112, 142, 143, 155, 157, 165, 166, 206, 207, 211, 257, 258, 259, 261, 265, 266, 268, 269, 355
- groupement 7, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 95, 96, 97, 103, 197, 214, 216, 279
- guerre 298
- H**
- hypothèque 166
- I**
- impôt 165, 166, 167, 282
- imprévision 29, 284, 287, 289
- indemnité 86, 87, 88, 107, 184, 185, 190, 193, 199, 278, 283, 284, 285, 287, 288, 289, 328, 333
- Indexe 86, 87, 88, 107, 184, 185, 190, 193, 199, 278, 283, 284, 285, 287, 288, 289, 328, 333
- Inexécution du marché 86, 87, 88, 107, 184, 185, 190, 193, 199, 278, 283, 284, 285, 287, 288, 289, 328, 333
- infraction 315, 341, 344, 345
- Intérêt moratoire 315, 341, 344, 345
- interruption 74
- irrésistible 286
- J**
- jour férié 174
- jury 9, 101, 109, 111, 115, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 170, 171, 173, 180, 181, 183, 190, 193, 244, 327, 341

L

livraison 25, 63, 92, 144, 145, 154,
207, 221, 233, 249, 291, 296,
297
location 24, 145, 340
lot 61, 90, 91, 93, 205, 206
lotissement 111, 243, 244, 245
louage d'ouvrage 207

M

majoration 118, 271, 278
malfaçon 266, 268
mandat 39, 46, 57, 58, 274, 275,
305, 312, 340, 342, 346
mandatement 48, 122, 151, 230,
235, 248, 252, 273, 274, 275,
278, 281
marchés 1, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 13,
15, 17, 19, 21, 23, 24, 25, 26,
27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35,
38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45,
46, 47, 48, 51, 53, 54, 56, 63,
65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73,
74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81,
83, 84, 85, 89, 91, 92, 93, 94,
95, 96, 97, 98, 101, 103, 104,
105, 106, 108, 111, 116, 117,
118, 119, 120, 121, 122, 124,
125, 126, 127, 128, 132, 135,
136, 137, 138, 139, 140, 141,
142, 144, 145, 147, 149, 150,
151, 152, 153, 154, 155, 157,
158, 161, 162, 163, 164, 165,
166, 167, 168, 169, 170, 171,
172, 175, 177, 178, 181, 184,
185, 187, 188, 189, 193, 194,
195, 198, 205, 206, 209, 211,
213, 217, 219, 224, 225, 226,
227, 228, 229, 230, 235, 236,
241, 245, 247, 248, 249, 250,
251, 252, 253, 254, 256, 257,
258, 259, 260, 261, 265, 266,
272, 273, 276, 286, 287, 288,
289, 290, 291, 292, 293, 294,
295, 297, 299, 301, 303, 304,
306, 311, 314, 315, 316, 317,
318, 319, 323, 326, 327, 330,
336, 337, 338, 339, 340, 341,
342, 343, 344, 345, 346, 347,
348, 349, 350, 351, 354, 355
Masse de travaux 1, 3, 7, 8, 9, 10,
11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 24,
25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32,
34, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 43,
44, 45, 46, 47, 48, 51, 53, 54,
56, 63, 65, 66, 67, 68, 70, 71,
72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79,
80, 81, 83, 84, 85, 89, 91, 92,

93, 94, 95, 96, 97, 98, 101,
103, 104, 105, 106, 108, 111,
116, 117, 118, 119, 120, 121,
122, 124, 125, 126, 127, 128,
132, 135, 136, 137, 138, 139,
140, 141, 142, 144, 145, 147,
149, 150, 151, 152, 153, 154,
155, 157, 158, 161, 162, 163,
164, 165, 166, 167, 168, 169,
170, 171, 172, 175, 177, 178,
181, 184, 185, 187, 188, 189,
193, 194, 195, 198, 205, 206,
209, 211, 213, 217, 219, 224,
225, 226, 227, 228, 229, 230,
235, 236, 241, 245, 247, 248,
249, 250, 251, 252, 253, 254,
256, 257, 258, 259, 260, 261,
265, 266, 272, 273, 276, 286,
287, 288, 289, 290, 291, 292,
293, 294, 295, 297, 299, 301,
303, 304, 306, 311, 314, 315,
316, 317, 318, 319, 323, 326,
327, 330, 336, 337, 338, 339,
340, 341, 342, 343, 344, 345,
346, 347, 348, 349, 350, 351,
354, 355
matériaux 63, 68, 83, 113, 129,
199, 201, 203, 230, 233, 234,
242, 250, 264, 289, 290
mémoire 64, 198, 231, 317, 320,
322, 323, 324, 325
Métré 64, 198, 231, 317, 320, 322,
323, 324, 325
mise en demeure 50, 201, 270,
271, 276
Modification de prix 50, 201, 270,
271, 276
Modification du contrat 50, 201,
270, 271, 276

N

nantissement 8, 11, 51, 64, 81,
140, 166, 194, 212, 213, 214,
215, 216, 217, 218, 219, 225,
279, 282, 354
négocié 18, 28, 71, 114, 136, 137,
138, 139, 140, 141, 142, 158,
182, 190, 223, 252, 268, 313,
327
notification 10, 23, 28, 47, 64, 82,
85, 86, 87, 122, 181, 183,
184, 186, 190, 191, 192, 193,
196, 197, 198, 205, 213, 214,
216, 219, 220, 223, 252, 253,
260, 262, 268, 269, 271, 291,
319, 321, 323, 324, 325, 336
nullité du contrat 235, 311

O

opposition 31, 216, 220, 239, 269,
279, 281, 282, 310, 326
ordre de service 10, 50, 74, 75, 82,
85, 86, 87, 122, 194, 196,
197, 198, 204, 205, 256, 257,
264, 281, 333, 349

P

paiement 12, 36, 38, 51, 52, 53,
64, 74, 75, 78, 83, 124, 151,
152, 203, 204, 211, 212, 214,
215, 217, 218, 219, 220, 221,
222, 223, 225, 228, 231, 233,
234, 235, 241, 246, 252, 253,
257, 260, 263, 266, 267, 270,
271, 272, 273, 274, 275, 276,
277, 278, 279, 280, 281, 288,
289, 290, 292, 297, 299, 333,
352, 354, 355
paramètre 27, 34, 137
passation du marché 57, 139, 140,
186, 192, 241, 256, 287, 328
pénalité de retard 270
pièces justificatives 12, 51, 52, 204,
212, 242, 271, 274, 280, 281,
291, 317, 346

prescription 51, 119, 168, 266
prestations 7, 8, 9, 17, 24, 27, 30,
32, 33, 34, 44, 46, 47, 49, 52,
53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60,
61, 64, 65, 66, 67, 72, 73, 74,
75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82,
83, 84, 85, 86, 90, 91, 95, 97,
98, 99, 100, 102, 104, 105,
107, 108, 110, 111, 112, 114,
116, 117, 118, 122, 123, 124,
125, 126, 127, 128, 129, 130,
132, 134, 136, 137, 138, 140,
141, 142, 144, 145, 146, 147,
148, 150, 152, 153, 154, 157,
160, 162, 163, 164, 165, 167,
168, 170, 171, 174, 176, 178,
181, 185, 187, 194, 200, 204,
206, 207, 211, 219, 225, 226,
228, 229, 230, 231, 232, 235,
236, 237, 238, 240, 242, 243,
244, 248, 249, 250, 252, 253,
254, 255, 256, 257, 262, 263,
265, 267, 270, 271, 273, 279,
280, 283, 284, 291, 333, 349,
354

prix 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 27,
49, 52, 55, 68, 69, 75, 76, 78,
79, 82, 87, 88, 89, 91, 92, 97,
101, 106, 107, 113, 116, 117,
118, 119, 121, 122, 123, 124,
133, 137, 140, 142, 168, 181,
182, 201, 202, 203, 204, 205,
229, 234, 235, 236, 237, 238,

239, 240, 241, 242, 243, 244,
245, 248, 249, 250, 251, 252,
253, 254, 255, 256, 257, 262,
278, 279, 283, 284, 288, 289,
290, 291, 297, 298, 354

Procédure amiable 8, 9, 11, 15, 16,
17, 18, 27, 49, 52, 55, 68,
69, 75, 76, 78, 79, 82, 87,
88, 89, 91, 92, 97, 101, 106,
107, 113, 116, 117, 118, 119,
121, 122, 123, 124, 133, 137,
140, 142, 168, 181, 182, 201,
202, 203, 204, 205, 229, 234,
235, 236, 237, 238, 239, 240,
241, 242, 243, 244, 245, 248,
249, 250, 251, 252, 253, 254,
255, 256, 257, 262, 278, 279,
283, 284, 288, 289, 290, 291,
297, 298, 354

procédure contentieuse 315, 319

Procès verbal 315, 319

programme 9, 14, 50, 51, 70, 82,
83, 84, 96, 104, 108, 109,
111, 114, 115, 128, 129, 130,
131, 134, 157, 180, 181, 244,
247, 255, 298, 347, 348

Q

qualification 23, 56, 62, 98, 99,
163, 173, 293, 336, 354
qualité 15, 16, 18, 36, 43, 46, 52,
54, 61, 62, 68, 69, 109, 112,
116, 119, 123, 124, 131, 142,
148, 172, 173, 177, 178, 247,
269, 308, 318, 341, 342, 350

R

rabais 9, 87, 117, 118, 242
réception définitive 208, 246, 263,
264
réception provisoire 204, 205, 208,
246, 263, 266, 271
reconduction 72, 73, 74, 76, 77,
78, 79, 80, 81, 206, 225
recours contentieux 13, 166, 314,
318, 319, 321, 326, 330
Recours excès de pouvoir 13, 191,
318, 319, 321
recours précontentieux 13, 191,
318, 319, 321
règlement amiable 13, 303, 304,
314, 315, 318
remboursement 107, 223, 228,
230, 231, 232, 235, 242, 263,
266, 292
résiliation 29, 74, 107, 142, 187,
199, 200, 201, 230, 235, 253,
260, 264, 265, 269, 271, 287,

309, 311, 329, 334
 responsabilité décennale 58, 100
 responsabilité de l'architecte 49,
 50
 révision des prix 52, 76, 89, 203,
 204, 205, 234, 235, 239, 248,
 250, 251, 252, 253, 262, 283,
 288, 289, 290, 291, 354

S

Saisie arrêt 52, 76, 89, 203, 204,
 205, 234, 235, 239, 248, 250,
 251, 252, 253, 262, 283, 288,
 289, 290, 291, 354
 sanction 23, 60, 112, 265, 270,
 308
 secret 179, 261, 342, 349
 signature du marché 28, 45, 186,
 190, 200, 252, 268, 327, 330
 signification 158, 215, 218, 220,
 282, 283, 286
 solde 11, 204, 205, 217, 228, 230,
 234, 235, 245, 273, 274, 276,
 278, 279
 sous-traitant 7, 43, 51, 56, 60, 61,
 62, 63, 64, 65, 81, 163, 164,
 217, 218, 262, 272, 344
 sujétion 285, 288
 surveillance 33, 49, 50, 199, 201,
 202, 227, 292, 344

T

tacite 74, 76, 80, 81
 taxe 243, 249, 251, 278, 291
 Tempête 243, 249, 251, 278, 291
 transaction 38, 152, 297, 299, 304,
 313, 314, 340

U

urgence 38, 70, 95, 112, 126, 136,
 137, 138, 154, 158, 160, 255,
 257, 310, 326, 327, 328, 340
 utilité 117, 267

V

validité 13, 28, 52, 121, 144, 194,
 223, 274, 307, 309, 310, 311,
 328, 338
 variante 71, 168, 170
 variation des prix 252
 vérification 95, 133, 142, 180, 202,
 204, 241, 242, 279, 292, 344,
 345
 vice 49, 126, 262, 312, 317, 331



L'auteur

Natif de Casablanca, l'auteur, juriste de formation, est titulaire d'un doctorat en droit public. Il a assumé plusieurs responsabilités, d'abord au sein du Ministère de l'Intérieur (Province de Safi), ensuite au Ministère des Finances (Trésorerie Générale du Royaume). Il a assuré la direction de plusieurs entités qui traitent principalement des marchés publics. Son parcours professionnel est ainsi centré sur la gestion des marchés publics. Il a fait partie de la Commission des Marchés durant neuf ans. Il a été enseignant vacataire à la Faculté de Droit de Rabat-Souissi, à l'E.N.A.P. et à l'E.N.A. Il est actuellement consultant dans les domaines de la comptabilité publique, des marchés publics et des finances publiques.

L'ouvrage

Instrument privilégié des rapports entre les organismes publics et les prestataires, les contrats de marchés publics constituent à eux seuls une des branches du droit administratif. Le problème crucial qu'ils soulèvent est celui de leur environnement juridique, voire politique, du droit qui leur est applicable et des hommes qui en ont la charge. Intéressé depuis longtemps par les problèmes soulevés par les marchés publics, l'auteur a choisi d'en étudier en particulier les aspects juridiques, financiers et contentieux. Le présent ouvrage examine le processus des marchés publics, depuis la naissance jusqu'à l'extinction du contrat du marché, en embrassant le cadre juridique (notion de marché, procédure de passation, d'attribution, d'approbation), le cadre financier (mode de financement, garantie, sanction financières, aléas économiques) et enfin le cadre juridictionnel (arbitrage, recours précontentieux et contentieux, pratiques frauduleuses).

La structure des subdivisions de cet ouvrage fournit un cadre d'analyse juridique toujours pertinent et constitue l'assimilation et la traduction d'une vision personnelle tirée de l'expérience. A cet effet, l'auteur ambitionne avant tout une meilleure compréhension et une vulgarisation de cette matière en alliant la théorie et la pratique, en insistant sur des cas tirés de la jurisprudence et en présentant des avis de la Commission des Marchés.

www.kas.de/marokko



Konrad
Adenauer
Stiftung