

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 de 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** ».

Conçue 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 C.M.P. 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.

À 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 de 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 de 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. À 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 de 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 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. À 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 rapport 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. À 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'État portant sur les prestations d'études et de maîtrise d'œuvre du 04/06/2002 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.

À 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. »

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 C.M. du 14/03/2007, 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 cas de figure sont possibles:

- soit écarter la société en cause si la commission d'appel d'offres n'a pas encore désigné l'attributaire du marché ;
- soit annuler la procédure et 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 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. À 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.

À 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 serait 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. À 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 20/03/2013 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 d'insuffler un dynamisme aux projets présentés par les architectes. D'ailleurs, parmi les critères de choix d'un projet, on cite « l'originalité, la pertinence et 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 levées 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 de 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. En effet, 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, lesquels ont été effectués sur la base d'études techniques réalisées par des ingénieurs spécialisés en construction incluant 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 de 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, outre 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 ; celui-ci 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**

Les étapes pour la conception et le suivi de la réalisation d'une prestation architecturale.			
Étapes	Maître d'ouvrage	Consultant	Architecte
<b>PRISE DE CONTACT</b>	Documents à fournir : *Budgets *Définition de la demande et des besoins	*Étude de faisabilité Projet de financement  *Visite et appréciation des lieux	*Études d'esquisse  *Avant-projet sommaire (APS)
<b>AVANT-PROJET</b>	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)  *Études et plans Plans de construction Descriptifs  * Budget et planning
<b>PROJET</b>	*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 *Études plans réalisation *Dossier de consultation des entreprises (DCE) *Devis et contrats de travaux
<b>TRAVAUX</b>	*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
<b>RÉCEPTION</b>	*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'Économie 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 lotissement** 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 d'**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 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 juridique, 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 sélectionnés. 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 réalisées par le maître d'œuvre, 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 architectural de la ville ou du 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 ; il 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 État.

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. À 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 de « **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 de **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 meilleur 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, travaux et 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 d'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 de 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, par définition anticoncurrentielle, 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 des Prescriptions spéciales.

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'élément 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.

## **Section 2**

### ***La dématérialisation de la procédure de passation***

La dématérialisation a pour objet de mettre en œuvre des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations **sans support papier** afin de réduire les contraintes matérielles des traitements traditionnels de l'information, notamment en matière de délais de communication ou de disponibilité de l'information. À noter que cette opération de dématérialisation n'a aucun effet sur le contenu de ces informations qui restent ce qu'elles sont, abstraction faite de la forme que prend leur support.

Il faut dire qu'aujourd'hui les exigences de la bonne gouvernance imposent à tous, organismes publics comme secteur privé, des règles de transparence, de célérité et de simplicité des procédures et de gestion optimale des dépenses. Et cette exigence est d'autant plus forte qu'il s'agit en l'occurrence des commandes publiques, donc des deniers appartenant à la collectivité.

L'objectif est donc double : **utiliser rationnellement** l'argent du contribuable et **moraliser** la vie publique en rendant l'intervention humaine aussi neutre que peut le permettre une interface électronique. C'est d'ailleurs pour renforcer cette neutralité de l'administration, et pour faciliter encore plus le travail aux opérateurs économiques, que le programme de dématérialisation de la commande publique prévoit, à partir de janvier 2009, un système d'échange sécurisé de dossiers d'offres sous format électronique entre fournisseurs et ordonnateurs. Cette plate-forme de dématérialisation des offres

viendra donc compléter la dématérialisation des appels d'offres qui est déjà là. Par ailleurs, et pour faciliter les opérations de justification et de contrôle, la T.G.R. prévoit la constitution d'une base de données fournisseurs permettant d'accéder aux informations concernant les marchés en cours de ces fournisseurs.

Les enchères électroniques inversées constituent un nouvel outil formidable à la disposition des fournisseurs pour mener à bien leurs négociations, sous réserve de savoir maîtriser, pour les sécuriser juridiquement, tant les impacts contractuels que les impacts concurrentiels. Le principal objectif des enchères inversées est en effet, pour les acheteurs, de faire baisser le prix et concomitamment de réduire le temps de négociation. Le recours à cette pratique est, dès lors, de plus en plus répandu. Cependant, force de constater que la mise en œuvre d'enchères électroniques inversées ne change en rien le processus traditionnel d'achat qui comprend toujours un appel d'offres, visant à présélectionner des fournisseurs, un cahier des charges et un contrat.

### ***§1- Les enchères électroniques inversées***

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 en ligne, qui concerne en priorité les achats de fournitures courantes dont le critère d'attribution du marché est le prix, sur la base de spécifications techniques précises, 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.

Le principe consiste à mettre en concurrence en ***temps réel*** des concurrents pour aboutir au ***prix le plus bas*** sur la base d'un dossier de consultation donnant les spécifications techniques de la prestation à commander. Celui qui obtient le marché sera le concurrent ayant attribué l'offre la plus avantageuse économiquement et qualitativement.

Les enchères électroniques inversées démarrent par l'ouverture d'une « salle virtuelle » logée auprès de la Trésorerie générale du Royaume, sécurisée, accessible au maître d'ouvrage et à des fournisseurs invités à s'y connecter dans le cadre d'un calendrier précis (date et durée des enchères). Les soumissionnaires proposent des offres de prix qui évoluent à la baisse durant la plage horaire spécifiée, à l'issue de la durée impartie pour les enchères ; le

marché est attribué au concurrent-attributaire ayant proposé le prix le plus bas.

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**. L'arrêté du ministre des Finances 20-14 du 04/09/2014 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés constitue une sorte de charte de fonctionnement de l'enchère inversée. Il fixe précisément la mise en place du processus de la dématérialisation et des enchères inversées et constitue par conséquent une charte de fonctionnement de ce procédé.

En enchère inversée, **un produit est proposé à un prix de départ**, et les concurrents proposent des prix obligatoirement plus bas et de manière compétitive. Tout se passe en ligne pendant une durée déterminée, et **c'est l'offre unique et la plus basse qui emporte l'enchère**.

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 dématérialisée**, 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.

À cet égard, les modalités et conditions de recours et de mise en œuvre de cette procédure sont fixées par l'arrêté n° 20-14 du ministre de l'Économie et des Finances du 04/09/2014, notamment l'article 16§1 et 2 qui clarifie les mécanismes et la procédure de la publication des enchères électroniques inversées, conformément à l'article 151 du C.M.P. susvisé.

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.

En vertu de l'article 17 de l'arrêté du 04/09/2014, la mise en œuvre d'une enchère inversée nécessite tout d'abord l'établissement d'un dossier comprenant un **règlement** signé par le maître d'ouvrage, qui définit les critères d'admissibilité des concurrents, un **Cahier des Prescriptions spéciales** et un modèle de **déclaration sur l'honneur**, mais aussi 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 portent 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 maître d'ouvrage évalue une première fois les offres et procède à une sélection et à une classification effectuées sur la base d'un traitement automatique. L'article 16§4 de l'arrêté 20-14 indique que le nombre minimum des concurrents qui devront **s'inscrire** pour participer à l'enchère ne peut être inférieur à **trois concurrents**. Simultanément et électroniquement, le maître d'ouvrage invite les candidats **admis** à participer à l'opération des enchères en ligne. À cet égard, et conformément à l'article 16§5 de l'arrêté, le nombre des **concurrents admis** à enchérir **ne peut être inférieur à deux concurrents**. Le maître d'ouvrage établit **le prix ou les prix du début de l'enchère** ainsi que le ou les **pas d'enchère**.

À 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. À cet effet, le maître d'ouvrage établit en outre un montant minimum et un montant maximum de **révision des offres à la baisse** par les concurrents, dit **pas d'enchère**.

Par **pas d'enchère** il faut entendre la somme ajoutée au montant de l'enchère chaque fois qu'un membre enchérit sur l'objet. Il est prédéfini par le maître d'ouvrage en fonction de la meilleure enchère en cours.

L'enchère électronique prend fin, à une date et à une heure fixées à l'avance. L'article 27 de l'arrêté dispose que l'enchère électronique inversée est **automatiquement close par le portail** des Marchés publics à la date et à l'heure de fin fixées dans l'avis de l'enchère et **après écoulement du temps de prorogation éventuel** prévu par rapport à la dernière offre reçue.

Conformément à l'article 151§2 du C.M.P. et à l'article 27 de l'arrêté 20-14, la commission des enchères invite le concurrent ayant présenté l'offre la **moins-disante** de fournir les pièces prévues par l'article 25-A-2 du décret du 20/03/2014 et, après vérification, il lui attribue le marché. Le maître d'ouvrage retient donc, au terme de cette procédure, l'offre du concurrent le moins-disant, donc le choix s'effectue sur la base du prix.

### ***B : Une procédure dématérialisée***

Jusqu'en 2007 et de manière générale, le fonctionnement de notre système juridique était fondé uniquement sur la reconnaissance d'une valeur donnée aux faits et aux droits par l'intermédiaire d'un système probatoire qui donnait la suprématie à l'écriture manuscrite, qu'elle soit manuelle ou mécanique, sur un support papier.

C'est l'article 76 du décret abrogé du 05/02/2007 relatif aux marchés publics, qui a introduit la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics. Son contenu, repris intégralement avec des ajouts, figure aujourd'hui dans l'article 147 et suivants du décret du 20/03/2013 ; il est développé par l'arrêté du ministre des Finances n° 20-14 du 20/09/2014 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.

La législation a joué le rôle d'un accélérateur du mouvement de la dématérialisation. À cet effet, la loi 53-50 du 30/11/2007 et son décret d'application du 21/05/2007, tous deux **relatifs à l'échange électronique**, encadrent juridiquement cette procédure de dématérialisation.

À cet égard il faut noter que l'article 417-1 du Dahir des contrats et des obligations, modifié par la loi 53-50 susmentionnée, prévoit que « L'écrit sur **support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier**. L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. » Ainsi l'inscription ou la transcription d'information sur un support électronique peuvent être prises en considération directement dans les relations juridiques. C'est dans l'optique de donner une valeur juridique aux informations sur un support électronique qu'une nouvelle approche a été introduite, qui consiste à fixer préalablement par des textes les



caractéristiques qu'elles doivent présenter pour en tirer directement des conséquences juridiques, notamment les deux conditions requises : la garantie de l'identification de leur auteur et l'intégrité.

La sécurisation de ce procédé est affirmée par l'article 2-1 de la loi 30/11/2007 relative à la dématérialisation, qui indique que « lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 417-1 et 417-2 ci-dessous. Lorsqu'une mention écrite est exigée de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique, si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même. » Aussi, et conformément à l'article 417-3 du D.O.C, « une **signature** électronique est considérée comme sécurisée lorsqu'elle est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte juridique garantie, conformément à la législation et la réglementation en vigueur en la matière. » Cette panoplie juridique a été complétée par des dispositions du droit pénal, notamment l'article 607-3 qui dispose que « Le fait d'accéder, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni d'un mois à trois mois d'emprisonnement et de 2 000 à 10 000 dirhams d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement. » Par voie de conséquence, cette réglementation pose les quatre règles suivantes :

- le maître d'ouvrage doit mettre à la disposition des entreprises par voie électronique les documents nécessaires pour leur permettre de présenter leurs candidatures et leurs offres ;
- les offres peuvent être communiquées par voie électronique ;
- la possibilité est offerte au maître d'ouvrage d'organiser des enchères électroniques pour l'achat de fournitures courantes ;
- il est possible de remplacer tous les écrits mentionnés dans le C.M.P. par des documents sur un support ou par un échange électronique.

Cependant on est encore loin du tout dématérialiser. D'ailleurs, l'article 6 de l'arrêté du 04/09/2014 indique que le maître d'ouvrage complète l'avis par « la mention prévoyant la possibilité soit de la réception électronique des offres, soit de la **réception des offres sur support papier**. » Les concurrents peuvent donc déposer leurs dossiers sur support papier.

À 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 dématérialisés et concourant à la formation de l'offre sont visés 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, conformément à l'article 23 de l'arrêté du ministre des Finances du 04/09/2014, la conclusion du marché issu de l'enchère électronique inversée est effectuée sur la base d'un dossier sous format papier comprenant :

- le bordereau des prix – détail estimatif ;
- l'acte d'engagement ;
- le projet de CPS signé par les deux parties ; le rapport de présentation établi par l'ordonnateur ;
- les procès-verbaux de chaque réunion de la commission de l'enchère.

De ce fait, 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...) ;
- les pièces relatives 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 quantifiable de manière à pouvoir être exprimés en chiffres et en pourcentages ; c'est-à-dire des éléments dont les

spécifications peuvent être établies préalablement de manière précise ou selon les termes de l'article 151§4, 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.

### ***D : Un dispositif électronique itératif***

La transmission des documents par voie électronique repose sur l'utilisation d'un réseau de communication électronique, ce qui suppose que les utilisateurs doivent disposer d'un prérequis technique et d'envisager par voie de conséquence les fonctionnalités auxquelles l'équipement choisi pourrait répondre. Aussi, une procédure d'utilisation est prévue pour encadrer la transmission et la consultation des dossiers.

L'enchère se fera à partir de la plateforme de dématérialisation mise en place auprès de la Trésorerie générale du Royaume, et ce en vertu de l'article 2§3 de l'arrêté du 04/09/2014 : « Le nom de compte et le mot de passe sont créés par la Trésorerie générale du Royaume – **gestionnaire du portail** -. » Néanmoins, pour garantir un déroulement normal de l'enchère, le maître d'ouvrage et le prestataire doivent se conformer aux prérequis techniques d'accès aux fonctionnalités du portail des Marchés publics.

Les enchères électroniques inversées démarrent par l'ouverture d'une salle virtuelle sécurisée accessible à des fournisseurs invités à s'y connecter dans le cadre d'un calendrier précis (date et durée des enchères). À cet effet, le portail permet :

- d'assurer, par un mécanisme d'horodatage, la date certaine pour la

transmission électronique des plis et des offres ;

- de garantir la confidentialité des plis ;  
de garantir que personne ne peut avoir accès aux plis transmis par les concurrents ;
- de garantir l'authentification et la non répudiation des documents signés sur le portail ;
- de garantir l'intégrité des plis et des offres ;
- d'assurer l'archivage et la traçabilité de l'ensemble des documents.

## **§2 - Le déroulement de la procédure**

Plusieurs acteurs participent au déroulement de la procédure, qui nécessite un matériel adéquat et suit un processus réglementé.

### **1- Le rôle de la Trésorerie générale**

Ce rôle est neutre, dans la mesure où elle se consacre à la logistique et n'intervient pas dans le processus entre le maître d'ouvrage et les concurrents ; sa contribution est purement technique.

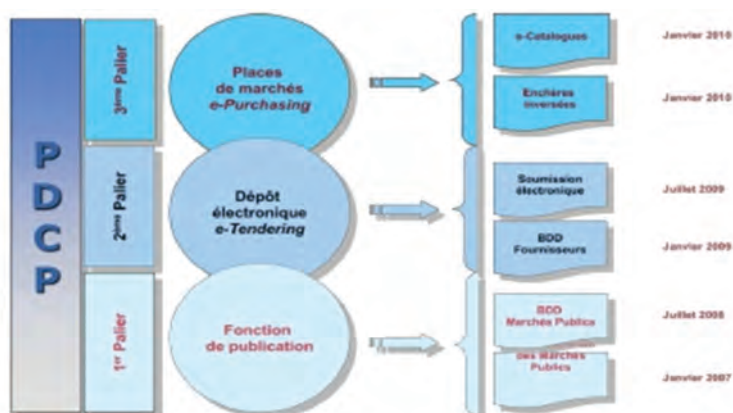
Par la décision du Premier ministre n° 3-71-07 du 18/09/2007, la Trésorerie générale du Royaume a été désignée **gestionnaire du portail des marchés** de l'État et se charge de :

- l'hébergement de l'infrastructure technique (matériel et logiciels) du portail ;
- la maintenance préventive et adaptative dudit portail ;
- la création des comptes utilisateurs des maître d'ouvrage, leur permettant l'accès audit portail ;
- la veille sur le respect de l'utilisation du portail ;
- la sécurité technique et cryptographique du portail ;
- la publication des textes législatifs et réglementaires relatifs aux Marchés de l'État et de tous autres documents, circulaires ou décisions, se rapportant au même objet.

La T.G.R. met aussi à disposition d'autres fonctionnalités informationnelles :

- la publication des programmes prévisionnels ;
- la publication des avis d'appels à la concurrence et des résultats ;
- le téléchargement des dossiers d'appels d'offres ;
- la publication des sociétés exclues des marchés publics ;
- la publication des rapports d'achèvement des marchés publics.

Ce schéma montre l'évolution des composantes du système du portail des Marchés publics.



Source : Portail des Marchés publics

À cet égard, l'article 2 de l'arrêté du 04/09/2014 confirme ce rôle et indique que la Trésorerie générale est gestionnaire du portail pour ce qui concerne les enchères inversées et se charge d'attribuer un nom de compte et un mot de passe au maître d'ouvrage et aux prestataires pour l'accès au portail. Le maître d'ouvrage et les prestataires restent responsables de la confidentialité de l'usage du nom de compte du mot de passe.

Parmi les attributions confiées à la T.G.R., nous avons évoqué l'**archivage** et la traçabilité de l'ensemble des documents. À cet effet, l'article 3 - dernier paragraphe - de l'arrêté du 04/09/2014 indique que le portail des Marchés publics permet « d'assurer l'archivage et la traçabilité de l'ensemble des documents des opérations effectuées tout au long de la **procédure de passation des marchés publics** ».

En application de l'article de la loi n° 69-99 du 30/11/2007 relative aux archives marocaines, « Les archives sont l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur **support matériel**, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé, dans l'exercice de leur activité. » L'article 6 de cette loi classe les archives en trois catégories : « **Les archives publiques sont des archives courantes, intermédiaires ou définitives.** » Les archives courantes sont les documents qui sont couramment utilisés pour une période déterminée. Les archives intermédiaires sont les documents qui ont cessé d'être considérés comme archives courantes, qui **peuvent être utilisés occasionnellement** par les organismes. La responsabilité de la T.G.R. se limite à ce niveau, dans la mesure où il lui appartient, en vertu de l'article 9 de la loi 69-99, d'établir et de

tenir à jour un calendrier de conservation qui détermine les délais de conservation des archives courantes et intermédiaires et leur sort final. Pour les marchés publics, une durée de dix (10) ans est estimée suffisante pour préserver les intérêts de l'administration au regard du Code du commerce.

Les dispositions de la loi 69-99 s'appliquent aux documents, quel que soit leur support matériel, donc aux documents électroniques également. Leur durée d'archivage suivra donc les règles énoncées ci-dessus.

## **2- Les prérequis techniques**

Nous avons déjà évoqué plus haut que la dématérialisation a pour objet de mettre en œuvre des **moyens électroniques** pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations **sans support papier**. Le maître d'ouvrage et le prestataire doivent disposer de ces moyens techniques et se conformer aux prérequis techniques d'accès aux fonctionnalités du portail des Marchés publics. L'objectif est triple :

- la possibilité pour les concurrents d'envoyer et de recevoir un certain nombre de documents par voie électronique ;
- la possibilité pour le maître d'ouvrage d'envoyer et de recevoir un certain nombre de documents par voie électronique ;
- la possibilité d'organiser des enchères électroniques.

Les utilisateurs du portail doivent disposer d'un matériel adéquat, c'est-à-dire se conformer aux prérequis techniques « hard et soft », exigés pour un accès facile et réussi. L'article 3 de l'arrêté du 04/09/2014 indique que « Le maître d'ouvrage et le prestataire **doivent se conformer aux prérequis techniques** d'accès aux fonctionnalités du portail des Marchés publics ».

À cet égard, il y a lieu d'assurer tout d'abord un accès Internet à haut débit pour permettre le transfert de fichiers et la navigation ergonomique entre les différentes parties de l'application. Ensuite il faut veiller à l'Environnement réseau, soit les éventuels équipements informatiques se trouvant en sortie du réseau Internet de l'utilisateur. Aussi, la configuration et le dimensionnement du poste du travail s'impose et il faut veiller à ce que le système d'exploitation corresponde aux systèmes d'exploitation préconisés, tels que Windows, Linux, Microsoft Internet Explorer, Mozilla, Firefox...

Enfin, le concurrent est obligé de disposer d'un **certificat de signature**. Cette obligation, ainsi que le niveau de la signature électronique, sont indiqués par l'article 9§1 et 3, qui dispose que « **La signature électronique** du concurrent ou de son représentant dûment habilité se fait au moyen d'un certificat électronique **délivré par une autorité de certification agréée** », et que « Les plis sont déposés moyennant le certificat de signature électronique précité. » Donc la capacité à signer implique l'utilisation d'un certificat, d'un dispositif de création de signature (par exemple une carte à puce et un logiciel

La signature électronique constitue ainsi un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. Conformément à l'article 417- 2 du Code des Obligations et des Contrats, « Lorsque la signature est électronique, il convient d'utiliser un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. » C'est donc la combinaison d'un dispositif organisationnel qui permet d'assurer la validité de la signature d'un acte ou d'un document. L'article 6 de la loi 53-05 du 30/11/2007 prévoit que « La signature électronique sécurisée, prévue par les dispositions de l'article 417- 3 du dahir formant Code des Obligations et des Contrats, doit satisfaire aux conditions suivantes :

- être propre au signataire ;
- être créée par des moyens permettant au signataire de la **garder sous son contrôle exclusif** ;
- garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure dudit acte soit détectable. » La signature doit être produite par un dispositif de création de signature électronique, attesté par un certificat de conformité.

Cela indique clairement qu'il s'agit d'un dispositif qui doit être en place chez les concurrents qui souhaitent envoyer leurs candidatures et leurs offres par voie électronique. Le fait d'entourer la signature de telles précautions montre son importance puisqu'elle sert à :

- identifier le signataire ;
- manifester sa volonté d'adhésion à l'acte signé ;
- garantir l'intégrité de l'acte.

Reste le cas de candidatures groupées : le mandataire assure la sécurité et l'authenticité des informations transmises au nom des membres du groupement si, comme le prévoit l'article 157-C§1 du décret du 20/03/2013 du C.M.P., « celui-ci justifie des habilitations sous forme de procurations légalisées pour représenter les membres du groupement lors de la procédure de passation du marché. » Cette disposition a pour seul effet de prévoir un mode de représentation spécifique des membres d'un groupement d'entreprises lorsqu'elles décident de présenter une candidature et une offre par voie électronique.

### **3- Le rôle du maître d'ouvrage**

En vertu de l'article 5 de l'arrêté du 04/09/2014, le maître d'ouvrage est tenu de mettre à la disposition des concurrents sur le portail des Marchés publics le dossier de l'appel d'offres. À cet effet, il associe des **bi-clés** de chiffrement à l'appel d'offres sur le portail des marchés publics.



Classiquement, en cryptographie, la clé de chiffrement et la clé de déchiffrement sont identiques. Dans les systèmes de cryptographie asymétrique, elles sont différentes et ne peuvent, en pratique, être déduites l'une de l'autre. L'ensemble de ces deux clés forme un tout appelé **bi-clés**.

Comme la connaissance de l'une des clés de la bi-clé ne permet pas de retrouver l'autre, on peut sans souci en rendre l'une des deux publique. Elle sera appelée **clé publique**. L'autre qui, a contrario, sera gardée secrète, est appelée **clé privée**. La différence entre ces clés n'est pas de nature mathématique, mais dans l'usage que l'on en fait.

Dans l'ensemble des applications, il est essentiel qu'une des clés soit privée, c'est-à-dire détenue, accédée et utilisée par une unique personne. Elle est aussi indispensable que l'autre clé publique, diffusée sous une forme liée à l'identité du possesseur de la clé privée : il s'agit du certificat.

À cet égard, l'article 11§3 de l'arrêté du 04/09/2014 indique que les droits d'accès et les clés de déchiffrement relatifs à l'appel d'offres sont délivrés au président de la commission, qui est en fait le représentant du maître d'ouvrage.

#### **4- Déroulement de la procédure**

La pratique des enchères inversées est encadrée par le décret du 20/03/2013 et l'arrêté du 04/09/2014, ce qui a le mérite de fixer précisément les règles du jeu de cette procédure.

Les règles qui s'appliquent sont donc celles du droit des marchés publics. La sécurisation juridique des enchères inversées doit, par conséquent, déboucher sur la liberté et l'égalité d'accès de tous les concurrents, la transparence et le respect de la règle de l'anonymat des enchérisseurs.

Avant les enchères, les articles 5-16 et 17 de l'arrêté du 04/09/2014 imposent au maître d'ouvrage, d'une part, de publier l'avis d'enchère électronique inversée et, d'autre part, de mettre à la disposition des concurrents sur le **portail des marchés publics** le dossier de l'appel d'offres ainsi que les documents. Il doit communiquer à ce sujet, de façon transparente et non discriminatoire, à l'ensemble des concurrents, les éléments déterminants des produits ou des prestations de services qu'il entend acquérir. Il précise les modalités de réponse électronique audit appel d'offres.

Il est en effet indispensable pour le maître d'ouvrage de s'assurer de la bonne compréhension du processus d'enchères par tous les concurrents. Cette bonne compréhension sera facilitée par l'établissement d'un règlement et d'un C.P.S., tous les deux signés par le maître d'ouvrage.

**Le règlement** constitue la pierre angulaire de la définition de la procédure des enchères. En effet, conformément à l'article 4 de l'arrêté du 04/09/2014, il

permet au maître d'ouvrage de rédiger le règlement qui définit les conditions techniques d'accès à l'enchère ; c'est encore lui qui fixe les modalités de l'enchère (type d'enchères, rang, durée de l'enchère et facultés de prorogation, modalités et conditions de la déconnexion en cours d'enchère). Le règlement précise également quels seront les critères d'attribution et fixe les règles de confidentialité applicables à toute procédure d'enchère. Enfin, en ce qui concerne l'issue de l'enchère, le C.P.S. précise notamment la nature de l'offre électronique, qui constitue un engagement ferme et définitif de contracter, ainsi que la durée de la validité de l'offre. Le C.P.S. va encore définir par exemple les règles applicables en cas de litige ou encore les possibilités offertes par l'outil pour dématérialiser l'ensemble du processus d'achat jusqu'à la signature électronique du contrat.

La réglementation par le biais de l'article 23 de l'arrêté du 04/09/2014 prévoit le déroulement des enchères en trois (03) phases :

Une première phase porte sur l'examen par la commission des plis déposés par les concurrents (dossier administratif et technique) et l'arrêt de la liste de ceux admis à enchérir. La commission examine les pièces du dossier administratif et écarte les concurrents qui ne remplissent pas les conditions.

À l'issue de cette première étape, le maître d'ouvrage adresse, au moins deux (02) jours avant la date fixée pour enchérir, une invitation électronique à travers le portail à chaque concurrent admis à participer à l'enchère.

Lors de la deuxième phase, celui qui est le dernier enchérisseur et qui offre le prix le plus bas sera déclaré dans un premier temps « le concurrent enchérisseur. » En effet, l'enchère est **automatiquement close** par le portail à la date et à l'heure de fin fixée dans l'avis.

La commission invite le « concurrent enchérisseur » ayant présenté le prix le moins disant à fournir les pièces prévues par l'article 25 du décret du 20/03/2013. Suite aux contrôles de ces pièces, le concurrent enchérisseur est déclaré **attributaire**.

L'attribution du marché **met fin à la procédure électronique**, puisque la conclusion du marché entre le maître d'ouvrage et l'attributaire est effectuée sur la base d'un dossier sous format papier. Dans ces conditions, le marché issu de l'enchère électronique inversée est opéré selon les mêmes formalités prévues par le C.M.P.

### **Section 3** **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. À 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.

À 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.

À 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** : il 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. À 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 4**

### **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 mission 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'œuvre** (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, concernant **l'aménagement du territoire**, 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<sup>er</sup> 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, tels 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 prévu 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. À 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. À 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 et 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, État, établissement public ou collectivité locale. Pour l'État 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 désigné 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 rédhibitoires 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. À 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 30/12/1998 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 14/10/1976 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 12/12/2013 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 defectueux** : 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.

À 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.

À cet égard, 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.

À 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 1-4 de l'article 47 qui contenait l'ancien décret du 14/10/1976 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 du C.M.P. prévoit que l'exclusivité peut-être réservée à « **des porteurs** de brevets d'invention » 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 55 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 55 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.

À 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 aucunement conduire à une modification, ni 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. À 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.

À 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** précisés, 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 200 000 DH (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.

Une telle procédure 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 07/04/1993. C'est une technique de gestion des crédits. Cette gestion reste néanmoins assujettie aux règles édictées par le Code des Marchés et les règles de droit budgétaire.

Le but en 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. À 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 publiques. 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 privés classent en deux catégories ces besoins :

- les produits ou services O.R.M. « Operating Resource Management », c'est-à-dire la gestion des ressources opérationnelles concernant les fournitures, les services d'hôtellerie et d'hébergement, de location de matériel, de prestations de nettoyage, etc. ;

- les produits ou services M.R.O. « Maintenance Repair Operating », c'est-à-dire les produits et services liés à la maintenance et à la réparation, regroupant l'entretien des logiciels, le montage et le démontage du matériel hydraulique, les travaux d'aménagement, d'entretien et de réparation des bâtiments administratifs, etc.

### **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 au travers des 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 pouvoir 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 200 000 Dh, sans toutefois dépasser le seuil de 500 000 Dh.

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, lequel indique que « Les prestations à effectuer par le biais de bons de commande doivent faire l'objet d'une concurrence préalable. » Néanmoins cette disposition a été atténuée par la suite. En conséquence, aucune mesure de publicité n'est imposée par le Code.

Une nouveauté, introduite par le décret 69-19-2, complète et modifie le décret n° 2.12.349 relatif aux marchés publics. Le maître d'ouvrage choisit entre ces deux modalités de réalisation des prestations, en fonction des avantages financiers ou techniques qu'elles procurent, ou lorsque l'allotissement est de nature à encourager la participation des petites et moyennes entreprises, **les coopératives et les autos-entrepreneurs**.

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 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, la marge de manoeuvre restant toutefois 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 200 000 Dh 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.

À cet égard, force est de constater que la rédaction de la circulaire du Premier ministre n° 83/cab du 07/04/1993 a fait appel au critère du **service habilité** en « s'inspirant » de l'instruction du 06/06/1965 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 29/07/2009 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

10/04/1957 relatif à la délégation de signature des ministres, secrétaires d'État et sous-secrétaires d'État ; celles du décret du 21/04/1967 portant règlement général de la comptabilité publique (art. 5), et celles de la loi n° 1-75-168 du 16/03/1977 relative aux attributions du gouverneur (art. 7).

L'article 2 du dahir du 26/04/1957 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 21/04/1967 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-ordonnancement. 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 200 000 Dh 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 200 000 Dh autorisé.

### ***§3- Nature des prestations***

Les alinéas 2 et 4 de l'article 88 prévoient que la limite de deux cent mille dirhams (200 000 Dh) 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 ; 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 200 000 Dh 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 **dépensé 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 29/07/ 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 200 000 Dh 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 la 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 rapport 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'appel 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 200 000 Dh ;

- 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. À 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 estime que la durée des bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés. À 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 30/12/1998 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 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.

**a) 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 la 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 ;néanmoins 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 choisi 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 l'objet de chaque marché soit mentionné, 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.

À 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. À 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 **67,9 millions de dirhams** hors taxes passé pour le compte de l'État, les collectivités territoriales ainsi que les établissements publics, et **1 600 000 Dh HT** pour les marchés de **fournitures et de services** passés pour le compte de l'État - outre **4 600 000 Dh 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.

À 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 connaissance 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 tenter 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 04/10/2007. 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. À 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 du C.M.P. pour éviter des pratiques relatives aux conflits d'intérêts, sont prévus par les lois organiques 111-112-113/14 du 07/07/2015 relatives à la commune (article 65), la préfecture (article 66) et la région (article 68).

**a) Les capacités techniques des candidats :** L'article 25 définit les conditions que 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 16/06/1994, délivrée par le Ministère de l'Équipement. De tels 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 24/06/2005 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 ; au contraire, lorsqu'un système de qualification et de classification est prévu pour les marchés de l'État, des régions, des préfectures, 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 administratif, 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, 08/08/2008, Région de Bourgogne ; Commune de Nanterre, Centre hospitalier Edmond-Garcin).

Cette position pour le moindre 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 des 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.

Lorsque le concurrent est une **coopérative**, il doit fournir :

- au moment de la présentation de l'offre, outre le dossier technique et additif, le cas échéant, et en plus des pièces prévues à l'alinéa 1) du I-A de l'article 25 ci-dessus, l'attestation d'imposition au registre local **des coopératives**.

Lorsque le concurrent est un **auto-entrepreneur**, il doit fournir :

- au moment de la présentation de l'offre, outre le dossier technique et additif, le cas échéant, et en plus des pièces prévues à l'alinéa 1) du I-A de l'article 25 ci-dessus, l'attestation d'imposition au registre local **des auto-entrepreneurs**.

**b) Les capacités financières des candidats** : l'article 24 fait référence à deux conditions financières : 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'État 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 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 Trésoriers préfectoraux).

Aux termes du décret 69-19-2, cette attestation, qui n'est exigée que pour



les organismes soumis au régime de la fiscalité, doit mentionner l'activité au titre de laquelle la **coopérative** (le collectif des **coopératives**) ou l'**auto-entrepreneur** est imposée.

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'État et des collectivités locales à raison de l'activité professionnelle 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, lequel 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.

À 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 et des Créances publiques du 03/05/2000, 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 comptables 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'État.

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 la dite 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.

L'autorisation accordée **aux auto-entrepreneurs et aux coopératives** de soumissionner est conditionnée à l'existence des coopératives dans le registre local et à la présentation d'un dossier technique et complémentaire.

**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.

Aux termes 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 des Prescriptions 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. À 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, au travers d'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, enfin 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.

À 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 14/10/1976 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, lequel 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 10/12/2013.

D'abord pour la **commune**, c'est le président de la commune ou son représentant qui siège en tant que président de la commission. Assistent 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, qui est un membre à part entière de la commission, mais qui 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. 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 autant 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 dirhams, n'est plus exigée.

À 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. À la suite de ce processus, il donne lecture de la liste des concurrents admissibles ainsi que des concurrents non retenus.

À cet égard, il faut noter que chaque fois que la séance est publique, le rôle du président de la commission d'appels d'offres 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.

À 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.

À 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 à 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.

À 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'État 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'État 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. À 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, qui oblige à la fois le maître d'ouvrage et le concurrent l'ayant présenté, 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 02/09/1999 relatif à l'interprétation de la décision du Premier ministre n° 3.56.99 du 13/07/1999, relative au modèle d'appels d'offres ouverts qui doit préciser le lieu, le jour et l'heure limites pour la réception des échantillons, prospectus, notices, etc. À 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.

À 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 débouche 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.

Aussi faut-il entendre par l'offre la plus intéressante, l'offre ayant obtenu la



meilleure note technico-financière dans les conditions prévues à l'article 154 ci-dessous pour les marchés de services portant sur des prestations d'études. Dans le cas où plusieurs offres jugées les plus avantageuses sont tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, la commission, pour départager les concurrents, procède entre eux à un tirage au sort.

Dans le cas où les offres sont à égalité, la commission octroie la préférence à l'offre présentée par l'auto-entrepreneur ou la coopérative.

Dans le cas où les offres présentée par l'auto-entrepreneur ou la coopérative sont tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, la commission, pour départager les concurrents, procède entre eux à un tirage au sort.

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.

À cet égard, les coopératives et les auto-entrepreneurs auront la priorité si leurs offres sont jugées équivalentes à celles des autres catégories de concurrents. « En cas d'égalité entre les deux, la commission d'évaluation des offres devra procéder à un tirage au sort. » Il faudra également présenter, au moment de l'attribution d'un marché, une déclaration sur l'honneur, l'original du récépissé du cautionnement provisoire, les documents justifiant les pouvoirs du mandataire, ainsi qu'une attestation de régularité fiscale datant de moins d'un an. Le même dossier est à déposer dans le cas des auto-entrepreneurs qui doivent y ajouter l'attestation d'inscription au registre qui leur est dédié.

### **§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. À 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.

Afin de faciliter l'accès de tout auto-entrepreneur, P.M.E., ou **coopérative**, le décret 69-19-2 modifiant et complétant l'article 155 du décret du 20/03/2013 a prévu qu'aux seules fins de comparaison des offres relatives aux marchés de travaux et d'études y afférentes, et après que la commission d'appel d'offres ou le jury de concours ait arrêté la liste des concurrents admissibles et éliminé les concurrents dont les offres ne sont pas conformes aux spécifications exigées, et lorsque des entreprises étrangères soumissionnent à ces marchés, une préférence peut être accordée aux offres présentées par des entreprises nationales ou par l'auto-entrepreneur ou la **coopérative**.

## **§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 par 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, tandis que les offres portent sur des transformateurs d'une grande capacité, ou encore pour une demande de véhicules de tourisme, alors que 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 conformes 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. À 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 sur 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 déjà été choisi par la personne publique. L'action d'annulation arrive à son terme et ne peut plus être valablement mise 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 précise 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 sur le portail des marchés publics.

À 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 dudit 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 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.

### **§8- Mesures en faveur des P.M.E., auto-entrepreneurs et coopératives**

Les marchés publics seront désormais accessibles aux auto-entrepreneurs et aux coopératives. Afin de dynamiser et de donner un coup de pouce à ces deux acteurs de l'économie sociale et vecteurs de la dynamique de création d'emploi, tant au niveau local que national, le maître d'ouvrage est tenu de réserver trente pour cent (30 %) du montant prévisionnel des marchés qu'il compte lancer au titre de chaque année budgétaire, à la petite et moyenne entreprise et à l'auto-entrepreneur ou à la **coopérative** œuvrant au niveau national.

Le maître d'ouvrage est tenu de publier, au début de chaque année budgétaire, la liste des marchés attribués à la petite et moyenne entreprise et à l'auto-entrepreneur ou à la **coopérative** au niveau national, au titre de l'année précédente.

Cette liste contient le numéro, l'objet, le montant du marché, le nom et l'identifiant fiscal de l'entreprise titulaire du marché.

Aussi, le maître d'ouvrage peut prévoir dans le Cahier des Prescriptions spéciales une clause en vertu de laquelle le titulaire du marché est tenu, lorsqu'il envisage de sous-traiter une partie du marché, de la confier à des prestataires installés au Maroc, et notamment à des petites et moyennes entreprises, à un auto-entrepreneur ou à une coopérative.

## **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<sup>er</sup> du dahir n°1.57.068 et du dahir du 10/04/1957 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 du 20/03/2013 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 23/02/1966 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 ; à cet égard, l'autorité compétente diffère selon que l'organe est l'État, un établissement public ou une collectivité territoriale.

Pour ***l'État***, l'autorité compétente est le ministre. Ce dernier peut déléguer cette compétence à une autre personne.

### ***Les collectivités territoriales***

L'article 98 de la loi organique 14-113 relative aux communes du 07/07/2015 indique que « Le président exécute les délibérations du conseil, prend les mesures nécessaires à cet effet et en assure le contrôle. À 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.

Quant à l'approbation des marchés publics des collectivités territoriales - communes, préfectures et régions - le nouveau cadre juridique prévu par les lois organiques du 23/07/2015, n° 111-14 pour la région, 112-14 pour la province ou la préfecture et enfin 113-14 pour la commune, prévoit un schéma qui s'inscrit dans l'esprit d'une décentralisation qui respecte la volonté et les choix économiques des collectivités territoriales.

Ainsi, les articles 99 pour la commune, 100 pour la province et 106 pour la région des lois organiques susmentionnées donnent aux présidents de ces trois collectivités territoriales ***le droit d'approuver les marchés publics contractés*** par ces trois entités.

***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. » À 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'État 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. » À 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**, outre le fait 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. En effet le calcul de ce délai diffère selon que le délai est exprimé en jour, en mois ou éventuellement en année, puisque l'article 8 du C.C.A.G.-T. du 13/05/2016-3 dispose que « le C.P.S. fixe, pour chaque marché, le délai d'exécution ou la date limite pour l'achèvement des travaux. » Cet article 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. Le jour de départ est le jour suivant l'acte, l'événement, la décision ou la notification qui fait courir le délai au regard des dispositions prévues par les articles 512 et 513 du Code de Procédure civile ou l'article 131 du Code des Obligations et des Contrats. Ces délais ont été confirmés par la décision de la Cour suprême n°184 du 08/04/1970.

Les articles 8-7 du C.C.A.G.-T. et 7-3 du C.C.A.G.-E.M.O. indiquent que « 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 » et que 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. Le jour de départ est le jour suivant l'acte, le dernier jour compte entièrement dans le délai c'est-à-dire jusqu'à minuit, soit 23h59 inclus.

Le jour de départ est le jour suivant l'acte, le dernier jour compte entièrement dans le délai, c'est-à-dire jusqu'à minuit, soit 23h59 inclus.

Si le délai obtenu après calcul se termine un samedi, un dimanche ou un jour férié, le délai est prolongé jusqu'au 1<sup>er</sup> jour ouvrable suivant. C'est-à-dire que :

- si le délai se termine un samedi ou un dimanche, le dernier jour sera le lundi suivant. Par exemple, si le délai de trois (3) jours commence le jeudi et finit en principe le samedi, il est prolongé jusqu'au lundi ;
- si le délai se termine un jour férié, le dernier jour sera le lendemain. Si le lendemain de ce jour férié est un samedi ou un dimanche, le délai se termine le lundi qui suit. Par exemple, si le délai de trois (3) jours finit le vendredi du 11 janvier 2019 (manifeste de l'Indépendance), il est prolongé jusqu'au lundi 14 janvier.

Si, après report, le dernier jour obtenu est encore un jour férié, un samedi ou

un dimanche, il est à nouveau reporté, selon les mêmes principes. Si le délai comporte des mois et des jours, il se décompte comme délai exprimé en mois, auquel on ajoute un délai exprimé en jours.

Exemples pour un délai de <b>10 jours</b>		
Jour du départ	Dernier jour théorique	Dernier jour effectif
Jeudi 05 mars 2020	Dimanche 15 mars 2020	Lundi 16 mars 2020
Mardi 10 mars 2020	Vendredi 20 mars 2020	Vendredi 20 mars 2020
Mardi 21 avril 2020	Vendredi 1 <sup>er</sup> mai 2020	Vendredi 1 <sup>er</sup> mai 2020

Lorsque le délai est fixé en **mois**, il est compté en quantième correspondant dans le mois où se termine ce délai, et celui-ci expire à la fin du dernier jour du mois.

Selon l'article 8-8§3, 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.

Le jour du départ est celui de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai. Ce dernier se compte de date en date : il s'achève théoriquement le même jour que celui du départ, mais d'un autre mois (le dernier du délai). Le dernier jour compte entièrement dans le délai (jusqu'à minuit, c'est-à-dire à 23h59 inclus) :

- si le délai se termine un samedi ou un dimanche, le dernier jour sera le lundi suivant ;
- si le délai se termine un jour férié, le dernier jour sera le lendemain. Si le lendemain de ce jour férié est un samedi ou un dimanche, le délai se termine le lundi qui suit.

<b>Exemple pour un délai d'un an à partir de 2019</b>		
Jour de départ	Dernier jour théorique	Dernier jour effectif
Jeudi 14 février 2019	Vendredi 14 février 2020	Vendredi 15 février 2020
Vendredi 15 février 2019	Samedi 15 février 2020	Lundi 17 février 2020
Mardi 21 mai 2019	Jeudi 21 mai 2020 (jour férié)	Vendredi 22 mai 2020

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'État 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. À 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 21/04/1967 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 10/04/1957 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 délégataire 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 20/03/2013 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 ; 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 4 du décret n° 2-14-394 du 13/05/2016 (C.C.A.G.-T.) dispose que le maître d'ouvrage notifie, par ordre de service, à l'entrepreneur dans les quinze (15) jours qui suivent la date de notification de l'ordre de service prescrivant le commencement de l'exécution des travaux, le nom, la qualité et les missions :

- de l'agent chargé du suivi de l'exécution du marché ;
- du maître d'œuvre, le cas échéant.

Il lui notifie également le cas échéant, par ordre de service, les noms des organismes chargés du contrôle technique, du contrôle de qualité et d'assistance technique dès qu'ils soient connus.

Toute modification ultérieure relative à la désignation des intervenants précités est communiquée à l'entrepreneur par ordre de service du maître d'ouvrage. 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. À 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 correspondre à **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 20 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 du C.M.P.

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 20-1-§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 40§1 du C.C.A.G.-T. a innové en obligeant le maître d'ouvrage à ordonner le commencement des travaux dans un délai de trente (30) 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 40§2 susvisé prévoit un délai de dix (10) 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. Cela 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 (10) jours.

#### **§4- La mise en valeur de l'ordre de service**

D'une part l'article 6 du C.C.A.G.-T. confirme la consécration explicite du **caractère contractuel** de l'ordre de service - « Les pièces contractuelles postérieures à la conclusion du marché comprennent, les ordres de service » - et d'autre part l'article 11-1 du C.C.A.G. implique la **systématisation** du recours aux ordres de service à toutes les décisions du maître d'ouvrage à notifier à l'entreprise : « L'ordre de service est un document émis par le maître d'ouvrage qui a pour objet de notifier à l'entrepreneur des décisions ou des informations concernant le marché. »

Les ordres de service (O.S.) sont l'expression du pouvoir de contrôle et de direction du chantier qu'exerce le maître d'ouvrage. Ils **sont exécutoires**, quels que soient leurs effets.

Si **l'ordre de service** sert à l'exécution contractuelle des marchés publics de travaux, il ne doit surtout pas être confondu avec un **avenant**. **L'ordre de service est un acte unilatéral, à la différence de l'avenant**. Et pour cause, le périmètre de l'ordre de service ne concerne que « les modalités d'exécution » du contrat, et non son contenu ou son objet.

C'est toute la question de la délimitation des champs d'application respectifs de l'O.S. et de l'avenant, étant donné que l'objet du marché ne peut être changé ni par voie d'ordre de service, ni par voie d'avenant. L'ordre de service est devenu un **document essentiel** qui précise les modalités prévues au marché pour l'exécution des prestations.

### **a) L'ordre de service : un formalisme à bien maîtriser**

Décision unilatérale du maître d'ouvrage, traduisant le pouvoir de direction du contrat, l'O.S. intervient dans tous les aspects de l'exécution contractuelle. Il **règle** des questions substantielles, comme le **démarrage** des travaux. Il précise en effet la date à partir de laquelle s'ouvre la période de **commencement du processus du marché**.

En effet les ordres de service peuvent porter sur toutes les instructions nécessaires à l'exécution du marché, notamment :

- Commencement de l'exécution du marché ou d'une phase de marché ;
- Suspension de l'exécution du marché ;
- Reprise de malfaçons ;
- Modifications dans la nature des travaux.

### **b) L'ordre de service et les mesures coercitives**

La portée de l'O.S. est devenue majeure : lorsque le titulaire ne s'y conforme pas, et **après mise en demeure, il peut faire l'objet de mesures coercitives**, telles que la poursuite des travaux à ses frais et risques, ou plus encore, la résiliation du marché. Conformément à l'article 78 du C.C.A.G., si le maître d'œuvre présume l'existence d'un vice de construction dans l'ouvrage, Il adresse à l'entrepreneur une lettre de mise en demeure qui lui est notifiée par un ordre de service **en lui précisant exactement les manquements relevés et le délai dans lequel il doit remédier à ces manquements**. Ceci pouvant conduire, le cas échéant, à la démolition partielle ou totale de l'ouvrage.

### **c) Comment Notifier un O.S. ?**

L'O.S. doit être notifié de telle sorte que la date soit établie avec certitude. Cette notification peut être faite :

- soit par lettre recommandée avec accusé de réception (LR/AR) à l'adresse du titulaire du marché ou, à défaut, à son siège social ;
- soit par courrier porté contre récépissé ;

- la notification par courrier électronique n'a pas été évoquée ;
- citons la possibilité pour le maître d'ouvrage de recourir à la notification par **huissier de justice**, en cas de difficultés de notification par voie normale de l'O.S., ou de refus de sa réception par l'entrepreneur. Il convient d'établir un **P.V. de carence** en cas de difficulté de notification de l'O.S. par huissier de justice ou refus de recevoir ladite notification.

### ***Un entrepreneur est-il tenu de se conformer à un O.S. ?***

Le principe posé par l'article 11-4 du C.C.A.G. implique qu'il est **tenu de s'y conformer** puisque le C.C.A.G. indique que les ordres de service s'imposent à l'entrepreneur. Il doit donc s'y conformer. À défaut, il s'expose à la mise en œuvre de mesures coercitives. **Il existe néanmoins des exceptions.**

En effet, l'alinéa 5 de l'article 11 prévoit que l'entrepreneur **suspend, sous sa responsabilité**, l'exécution de l'ordre de service suite à des **précisions et explications formulées par l'entrepreneur** au sujet d'un O.S. Un autre O.S. est adressé à l'entrepreneur, dans un délai maximum de sept (07) jours à compter de la date de réception de l'écrit de l'entrepreneur, pour l'enjoindre de s'exécuter. Ceci étant, le délai d'interruption n'est pas pris en compte.

L'entrepreneur peut décider de ne pas obtempérer au 2<sup>e</sup> O.S. s'il estime que l'exécution :

- présente un **danger évident d'effondrement de l'ouvrage** ou constitue une menace pour la sécurité, avec présentation des justifications nécessaires ;
- n'a **aucun lien avec l'objet du marché**, modifie ledit marché ou change son lieu d'exécution ;
- entraîne une **augmentation dans la masse des travaux** ou travaux supplémentaires au-delà des seuils prévus.

Ceci peut signifier que le titulaire du marché jouit des droits qui lui permettent d'avoir la possibilité de demander la résiliation du contrat sous certaines conditions :

### ***Une clause le prévoyant était prévue ;***

- En effet « Si le désaccord entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur au sujet de l'ordre de service en question persiste, il est fait application des dispositions de l'article 81 du présent cahier » et ce, conformément à l'article 11-5 § 3 du C.C.A.G.-T de 2016.

***Le manquement contractuel de la personne publique est de nature à justifier la mesure ;***



- Si le contenu de l'ordre de service « n'a aucun lien avec l'objet du marché, modifie ledit objet ou change le lieu d'exécution du marché tel que prévu par le cahier des prescriptions spéciales.»

***Le principe de contradictoire a été respecté.***

- Si un motif d'intérêt général opposé au titulaire du contrat, le cocontractant de l'administration devait, préalablement à la résiliation, offrir à la personne publique la possibilité de s'opposer à la mesure pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences de service public. A cet effet l'article 11-5-§3 indique que « l'entrepreneur doit refuser d'exécuter le deuxième ordre de service », si l'exécution de l'ordre de service « présente un danger évident d'effondrement de l'ouvrage ou constitue une menace pour la sécurité. ***L'entrepreneur doit présenter à cet effet les justifications nécessaires, fournies par un expert, organe de contrôle technique ou tout autre organisme compétent en la matière.***»

***Le contrat ne confiait pas l'exécution du service au titulaire du marché.***

- Ce cas est prévu par l'article 11-5-§ 3 qui prévoit que l'exécution de l'ordre de « entraîne une augmentation dans la masse des travaux ou des travaux supplémentaires au-delà des taux prévus par les articles 55 et 57 du présent cahier.»

Pour pouvoir résilier le marché en cas de non-respect, par l'administration, de ses obligations contractuelles sus mentionnées, l'article 11 du C.C.A.G indique que le titulaire du marché doit donc au préalable épuiser les recours internes prévus par l'article 81 du C.C.A.G-T notamment un recours devant le maître d'ouvrage (un recours gracieux) et devant l'autorité compétente (recours hiérarchique). A défaut de cette précaution, la responsabilité de l'entreprise sera engagée et la résiliation sera prononcée à ses torts exclusifs.

***§5- Repositionnement de l'avenant.***

L'avenant est un ***contrat additif*** au marché initial constatant un accord de volonté des parties et ayant pour objet de ***modifier ou de compléter une ou plusieurs stipulations dudit marché, sans toutefois en modifier l'objet ni son lieu d'exécution*** et dans le respect des stipulations du présent Cahier. En conséquence, l'avenant est assujéti aux mêmes procédures que le marché « approbation ».

La réforme du C.C.A.G.-Travaux en 2016 a conduit à repositionner l'avenant comme ***le seul acte apte à modifier le contrat conclu***, l'ordre de service étant réduit au statut d'outil de droit commun de l'exécution technique du contrat. Selon le C.C.A.G.-T., il revient à l'avenant de modifier les conditions d'exécution du marché, sa durée ou la rémunération du titulaire dans des proportions fixées, sans toutefois pouvoir conduire à une modification substantielle de l'économie générale du contrat.

Dans certaines hypothèses de l'ajournement, le C.C.A.G. organise lui-même ***l'articulation entre O.S. et avenant***. Tel est le cas dans ***la gestion des délais d'exécution*** du marché. Le principe, souvent oublié dans la pratique



quotidienne, est bien que « **la prolongation du délai d'exécution ne puisse résulter que d'un avenant** ». L'article 48 indique que **l'ajournement de l'exécution des travaux** est **prescrit par ordres de service** motivés d'arrêt et de reprise de l'exécution. Néanmoins il faut que l'ajournement partiel de l'exécution des travaux donne lieu à **un délai supplémentaire** d'exécution sur demande de l'entrepreneur justifiée par un mémoire technique. **Le délai supplémentaire doit faire l'objet d'un avenant.**

### ***L'avenant, outil de modification***

Conformément aux articles 55-56 et 57 du C.C.A.G., le marché devra faire l'objet d'un avenant, non seulement dans les cas actuels mais également en cas :

- d'augmentation ou de réduction de la masse des travaux au-delà des limites respectives de 10 % et 25 % ;
- en cas de travaux supplémentaires ;
- en cas de force majeure ;
- en cas de changement de la provenance des matériaux.

En effet, le C.C.A.G. de 2016 prévoit des nouveaux cas de recours à l'avenant :

- redressement des **erreurs manifestes** relevées dans les documents du marché ;
- modification des dimensions des ouvrages ;
- exécution des ouvrages ou travaux supplémentaires ;
- changement de la provenance des matériaux ;
- prorogation du délai suite à l'augmentation de la masse des travaux.

L'**erreur** est une « **méprise** ». Le droit s'intéresse à l'erreur, soit pour la rectifier, soit pour en tirer des conséquences sur la validité de l'acte qui en est entaché. Une telle décision est entachée d'une d'appréciation lorsque l'administration s'est trompée de manière grossière dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision.

D'autres événements peuvent eux aussi provoquer l'établissement d'un avenant:

- ajout d'un délai supplémentaire, dûment justifié par un nouveau mémoire technique, en cas d'ajournements partiels ;
- désignation d'un nouveau mandataire du groupement en cas de défaillance du mandataire initial ;

- modification des conditions de règlement du marché ;
- pour constater **les modifications affectant le comptable assignataire** ou les conditions de règlement du marché, en application des dispositions de la loi n° 112-13 relative au nantissement des marchés publics.

L'avenant devient un élément en faveur de l'équilibre du contrat, dans la mesure où il restaure incontestablement la place du titulaire dans la discussion sur les fréquentes modifications de marchés, nécessitées par l'exécution des travaux.

## **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 42-4 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 50-1 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 04/06/2002. 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 (01) 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 ; au contraire, 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 15/01/1982, 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.

La cession du marché est interdite, **sauf dans les cas de cession de la totalité ou d'une partie du patrimoine** de l'entrepreneur à l'occasion d'une fusion ou d'une scission. Dans ces cas, le marché ne peut être cédé que sur autorisation expresse de l'autorité compétente.

L'article 27 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 du C.C.A.G. 2000 (abrogé), faisait **une distinction** entre les travaux exécutés suivant les pratiques du **génie civil** et ceux exécutés suivant les pratiques du **bâtiment**. Lorsqu'il s'agit de travaux exécutés suivant les pratiques du **génie civil**, l'évaluation de la dépense se fait au moyen de l'**attachement** ; lorsqu'il s'agit des travaux exécutés suivant les pratiques de bâtiment, cette évaluation s'effectue au moyen de la **situation**.

Le nouveau C.C.A.G., par le biais de l'article 61, a procédé à la **systématisation** du **concept d'attachement** au lieu du relevé, de la situation et de l'attachement.

L'article 61-A-1 du C.C.A.G.-T indique que « L'attachement est le relevé des travaux effectués **par l'entrepreneur**. C'est un document qui constate l'exécution des travaux. Il sert de base à l'établissement des décomptes. » C'est 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.

Dans l'hypothèse de la 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'estimer en justice.

### **A : La procédure des attachements**

**L'ancien** C.C.A.G. disposait que les attachements sont pris, **par l'agent chargé par le maître d'ouvrage** de la surveillance de ceux-ci, **en présence de l'entrepreneur**. **Le nouveau** C.C.A.G. prévoit que les attachements sont établis par **l'entrepreneur au moins à la fin de chaque mois** et remis au **maître d'ouvrage contre accusé de réception**.

Cette opération 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.

Les attachements sont **remis contre accusé de réception, au maître d'ouvrage**, qui les fait **vérifier et signer par l'agent chargé du suivi** de l'exécution du marché et par le maître d'œuvre le cas échéant. Or, dans le C.C.A.G. 2000, l'article 56-3 indique que les attachements sont présentés pour acceptation à l'entrepreneur qui peut en prendre copie dans les bureaux du maître d'ouvrage.

Le **maître d'ouvrage peut apporter les rectifications** qu'il juge nécessaires et ce, **dans un délai de quinze (15) jours**. Les rectifications demandées par le maître d'ouvrage doivent faire l'objet d'un seul envoi. Une copie des attachements dûment signés est **transmise à l'entrepreneur par le maître d'ouvrage**.

Si **l'entrepreneur n'accepte pas les rectifications** ou les accepte avec réserves, il est dressé un **procès-verbal de carence** par l'agent chargé du suivi de l'exécution du marché. Ce procès-verbal, qui relate les circonstances du

refus ou des réserves relevées par l'entrepreneur, est annexé aux attachements. L'article 61 du C.C.A.G. offre la possibilité pour ***l'entrepreneur de faire application de l'article 81 du C.C.A.G.*** pour la partie des attachements contestée (réclamation).

Les attachements avec les rectifications du maître d'ouvrage sont remis à l'entrepreneur qui doit alors, dans un délai de quinze (15) jours, renvoyer les attachements rectifiés revêtus de son acceptation, ou formuler par écrit ses observations.

Les mentions d'acceptation, avec ou sans réserves, doivent être écrites en entier de la main de l'entrepreneur ou de son représentant.

La ***date de signature*** des attachements ***vaut date de constatation du service fait. L'accord du maître d'ouvrage*** doit être donné dans un délai maximal de trente (30) jours, faute de quoi les attachements sont réputés être acceptés par le maître d'ouvrage. La constatation du service fait prend effet à compter du lendemain de l'expiration du délai de trente (30) jours précité.

Le décompte provisoire correspondant est établi sur la base des attachements tels que validés par le maître d'ouvrage.

### ***B : La portée de l'attachement***

Pour l'administration, l'attachement ne vaut pas, par lui-même, 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. Si l'entrepreneur accepte les rectifications avec réserves, il est dressé ***procès-verbal de carence*** par l'agent chargé du suivi de l'exécution du marché. Ce procès verbal, qui relate les circonstances du refus ou des réserves relevées par l'entrepreneur, est annexé aux attachements.

Le maître d'ouvrage doit faire connaître par écrit son accord à l'entrepreneur dans un délai maximum de trente (30) jours à compter de la date de la remise des attachements ou présenter, le cas échéant, contre accusé de réception, les attachements rectifiés. Les rectifications demandées par le maître d'ouvrage doivent faire l'objet d'un seul envoi.

Passé ce délai, ces attachements sont réputés être acceptés par le maître d'ouvrage et la constatation du service fait prend effet à compter du lendemain de l'expiration du délai de trente (30) jours précité.

La date de signature des attachements par l'agent chargé du suivi de l'exécution du marché, et par le maître d'œuvre le cas échéant, vaut date de constatation du service fait, sous réserve des stipulations du paragraphe 3 de l'article 61. Une copie des attachements dûment signés est transmise à l'entrepreneur par le maître d'ouvrage.

### **§3- Les situations de travaux inaccessibles**

Il s'agit de la constatation de l'état d'avancement des travaux exécutés. À cet égard l'article 61-1§3 du C.C.A.G. du 13/05/2016 indique les modalités de l'établissement de ce qui était qualifié auparavant de « situation », en cas d'inaccessibilité de l'ouvrage.

Lorsque les ouvrages seront ultérieurement cachés ou inaccessibles et que les quantités exécutées y afférentes ne seront plus susceptible de vérifications, l'entrepreneur doit en assurer le relevé contradictoirement avec l'agent chargé du suivi de l'exécution du marché et le maître d'œuvre, le cas échéant.

Les attachements sont remis par le maître d'ouvrage à l'agent chargé du suivi de l'exécution du marché pour les vérifier et signer, et par le maître d'œuvre le cas échéant, et y apporte les rectifications qu'il juge nécessaires et ce, dans un délai de quinze (15) jours.

L'entrepreneur doit alors, dans un délai de quinze (15) jours, renvoyer les attachements rectifiés, revêtus de son acceptation, ou formuler par écrit ses observations. Passé ce délai, ces attachements rectifiés sont censés être acceptés par 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 est une notion administrative. Remis par le maître d'ouvrage au titulaire du marché, il mentionne les sommes auxquelles il prétend du fait de l'exécution du marché. Le décompte précise les éléments permettant de déterminer les sommes.

C'est un **document contractuel**. L'aspect contractuel découle de l'alinéa 4 de l'article 68 de C.C.A.G., qui indique que l'acceptation des différents décomptes (D. provisoire - D. partiel- D. définitif- D.G.D.) par **l'entrepreneur** et leur **approbation** par **l'autorité compétente** lient le maître d'ouvrage et l'entrepreneur définitivement.

Conformément à l'article 68 du C.C.A.G.-T., **les attachements ne sont prise en compte** dans les décomptes qu'autant qu'ils ont été **admis par l'agent chargé du suivi de l'exécution** du marché après **vérification du maître d'œuvre**, le cas échéant, et suite à la **signature du maître d'ouvrage** indiquant la date d'acceptation des attachements. Cette signature constitue simplement une reconnaissance du bien-fondé des inscriptions susmentionnées.

Après la réception des travaux on établit :

- un décompte provisoire ;
- un décompte partiel ;



- un décompte définitif ;
- un décompte général et définitif.

**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 ». L'article 62 du C.C.A.G.-T. dispose que « L'agent chargé du suivi de l'exécution du marché dresse chaque fois qu'il est nécessaire et au moins une fois par mois, à partir des attachements, un décompte provisoire. ». Néanmoins, dans la pratique, l'opération peut prendre plus d'un mois, le titulaire remettant 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.

Une copie de ce décompte est communiquée à l'entrepreneur dans un délai n'excédant pas dix (10) jours à partir de la date de sa signature par le maître d'ouvrage.

À noter que l'article 61-2§3 du C.C.A.G.-T. prévoit, dans l'éventualité où l'entrepreneur n'accepte pas les rectifications ou les accepte avec réserves, que le décompte provisoire correspondant est alors établi sur la base des attachements tels que validés par le maître d'ouvrage.

En attendant l'approbation du décompte définitif, le dernier décompte provisoire, établi sur la base des attachements et des éléments acceptés par le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, doit lui être réglé.

Le projet de décompte mensuel est donc établi dans un premier temps par l'entrepreneur, puis 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.

En cas d'omission ou d'erreurs sur les éléments constituant le dernier décompte provisoire, un décompte provisoire rectificatif est établi pour tenir compte des omissions ou des erreurs précitées.

Le décompte mensuel comprend, en tant que de besoin, les différentes parties suivantes :

- les approvisionnements ;
- les quantités et les travaux exécutés ;

- les prix qui leur sont appliqués ;
- 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 d'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 68-A-1 du C.C.A.G.-T. 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. Le décompte provisoire ne devient définitif, et en conséquence intangible, qu'à compter de sa signature par le maître d'ouvrage.

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 68-4 du C.C.A.G.-T., 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.

L'article 68-5 prévoit qu'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. Dans ce cas, aucune réclamation n'est recevable.

Si l'entrepreneur signe lesdits décomptes en faisant des réserves, il doit, par écrit, adresser au maître d'ouvrage un mémoire de réclamation exposant en détail les motifs de ses réserves et précisant le montant correspondant, et ce dans un délai de **trente (30) jours** à compter de la date de la signature du décompte définitif avec réserve, **sous peine de forclusion**. Il est alors fait application de l'article 81 du présent Cahier. Passé ce délai, le décompte est censé être accepté par l'entrepreneur, suite à quoi un procès-verbal est établi par le maître d'ouvrage à cet effet.

**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 détail les décomptes partiels définitifs, 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 68-5, si l'entrepreneur ne défère pas à l'ordre de service prévu au paragraphe 3 du présent article ou refuse de signer lesdits décomptes, le maître d'ouvrage dresse un procès-verbal relatant les conditions de présentation de ces décomptes et les circonstances ayant accompagné cette présentation ; dans ce cas, aucune réclamation n'est recevable.

En somme le nouveau C.C.A.G.-T. prévoit deux dispositions complémentaires. D'une part l'article 68-4 indique 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'article 68-3 implique que le décompte définitif et le décompte général doivent être notifiés à l'entrepreneur par ordre de service 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 avoir un et un seul décompte général et définitif. Il a pour vocation de clore l'exécution juridique et financière du marché. Il fixe les droits à paiement des parties, détermine le droit à intérêts moratoires et le point de départ du délai de contestation.

Cependant, 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.

À 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 75 du C.C.A.G.-T.), la garantie de bon fonctionnement (article 769 du code civil) et la garantie décennale (article 769 du code civil).

En effet, et conformément à l'article 25-1 du C.C.A.G.-T., avant tout commencement des travaux, l'entrepreneur doit adresser au maître d'ouvrage une ou plusieurs attestations délivrées par un ou plusieurs établissements agréés à cet effet, justifiant la souscription d'une ou de plusieurs polices d'assurances pour couvrir les risques inhérents à l'exécution du marché et précisant leurs dates de validité.

Si le Cahier des Prescriptions spéciales le prévoit, cette ou ces polices d'assurance doivent couvrir les éventuels dommages à l'ouvrage ; à ce titre, doivent être garantis par l'entrepreneur, pendant la durée des travaux et jusqu'à la réception provisoire, les ouvrages provisoires objet du marché, les ouvrages et installations fixes ou mobiles du chantier, les matériels, matériaux et approvisionnements divers contre les risques d'incendie, vol, détérioration pour quelque cause que ce soit, sauf cataclysmes naturels.

#### **§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 la 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.

Si le Cahier des Prescriptions spéciales le prévoit, l'entrepreneur est tenu de présenter, à ses frais et au plus tard à la réception définitive du marché, la police d'assurance couvrant les risques liés à la responsabilité décennale de l'entrepreneur telle que celle-ci est définie à l'article 769 du dahir du 12/08/1913 formant Code des Obligations et des Contrats.

À cet effet, et avant le commencement des travaux, l'entrepreneur est tenu de présenter au maître d'ouvrage l'engagement auprès d'une compagnie d'assurance et de réassurance, et de lui délivrer ladite assurance.

Le maître d'ouvrage ne doit exiger cette garantie que pour les ouvrages neufs pour lesquels ladite assurance peut être délivrée.

La période de validité de cette assurance court depuis la date de réception définitive jusqu'à la fin de la dixième année qui suit la date de cette réception.

Le prononcé de la réception définitive du marché est conditionné par l'accord du maître d'ouvrage sur les termes et l'étendue de cette police d'assurance.

## **§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 d'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 75-A-1 du C.C.A.G.-Travaux. Pendant le délai de garantie, l'entrepreneur est tenu à une obligation dite **obligation de parfait achèvement**. Le délai de garantie est égal à la durée comprise entre la réception provisoire et la réception définitive des travaux. Pendant le délai de garantie, l'entrepreneur est tenu à l'obligation de parfait achèvement, indépendamment des obligations qui peuvent résulter de l'application de l'article 78 du C.C.A.G.-T.

Cette garantie est la plus étendue : elle couvre tous 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. À cet effet, l'entrepreneur doit, à ses frais :

- a) remédier à toutes les imperfections ou malfaçons signalées par le maître d'ouvrage ;
- b) procéder, le cas échéant, aux travaux confortatifs ou modificatifs jugés nécessaires par le maître d'ouvrage et présentés par lui au cours de la période de garantie.

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 de terrassement 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.

## ***DEUXIÈME 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 est de plus en plus couramment pratiquée, 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'un marché ne peut être effectué immédiatement. Il ne peut intervenir qu'après l'exécution de la prestation, c'est-à-dire l'accomplissement de la tâche confiée au prestataire, selon la règle comptable du service fait et du droit acquis. En conséquence, le paiement n'est effectué que plus tard, après la transmission des pièces justificatives au comptable, ce qui risque de créer des problèmes de trésorerie.

En effet, cette situation peut être résumée par le fait que lorsqu'une entreprise, de par sa situation de trésorerie négative, ne peut couvrir la totalité de ses besoins en fonds de roulement, elle doit solliciter un concours bancaire.

Donc, pour faire face aux 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 du titulaire 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, elle se matérialise par un **nantissement des créances** au profit de la banque.

Ainsi, 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. Cette définition corrobore en effet les dispositions de l'article 1170 du Code des Obligations et des Contrats (D.O.C.) du 12/08/1913.

Toutefois, on ne peut donner en gage que des droits qui constituent une sûreté réelle, puisqu'en vertu de l'article 1184 du D.O.C., « Le gage confère au créancier le droit de retenir la chose engagée jusqu'à parfait acquittement de la dette. » Un prestataire doit donc être titulaire du marché et non attributaire ; il s'agit donc d'un marché **exécutoire, approuvé et notifié** à ce prestataire. Cette opération consistant à céder les créances à une banque est formalisée par une convention entre le titulaire du marché et la banque.

La cession de créance est donc 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 visant à transmettre à l'organisme financier une créance issue de l'exécution du marché, conformément à l'article 189 du D.O.C. qui indique que « Le transport des droits et créances du créancier primitif à une autre personne peut avoir lieu, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une **convention** entre les parties », à condition que ses droits soient des droits réels et non éventuels.

Les acteurs qui sont impliqués dans l'exécution effective de cette opération sont le cédant, c'est-à-dire celui qui cède un actif par une opération

de cession, qui n'est autre que le **titulaire du marché** ; le cessionnaire, c'est-à-dire la personne physique ou morale qui acquiert ou reçoit un actif par une opération de cession, soit **l'organisme financier** en l'occurrence ; enfin, le comptable assignataire qui prend en charge le versement des montants ordonnancés par l'ordonnateur à la banque.

À ces trois intervenants s'ajoute **le maître d'ouvrage**, qui voit son rôle accru et sa responsabilité confirmée dans l'obligation de communiquer certains documents et informations au cédant et au cessionnaire.

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 créance futurs et réels** qui peuvent servir de gage pour la banque. À cet égard, l'article 190 du D.O.C. indique que « Le transport peut avoir pour objet des droits ou créances dont le droit n'est pas échu ; **il ne peut avoir pour objet des droits éventuels.** » L'entreprise cède ses créances à son banquier à cet effet. C'est le moyen par lequel la banque obtient une garantie, puisqu'il s'agit de sûretés réelles. Le financement des marchés publics par le biais du nantissement ou de la cession de créance à titre de garantie se réalise donc selon un processus facile, mais il est assujéti à certaines formalités de fond et de forme simples.

La procédure consistant à céder des créances, dite nantissement, est prévue par la loi 112-13 du 19/02/2015 relatif au nantissement ainsi que par l'arrêté du Ministère de l'Économie et des Finances n°1593-15 du 08/05/2015 fixant les modèles de documents pour le nantissement, qui organisent les procédures spécifiques relatives à l'affectation des marchés en nantissement.

## I - Le dispositif applicable

Le gage et le nantissement permettent à un débiteur de garantir une dette auprès d'un créancier, en lui cédant en garantie un bien ou une valeur dont il est propriétaire, tout en en conservant l'usage.

Le gage doit résulter d'un écrit, c'est-à-dire d'un acte constitutif, mais pour qu'il soit opposable, il doit être effectué selon la procédure prévue par la réglementation en vigueur.

**A. Le principe :** L'article 2 de la loi 112-13 du 19/02/2015 prévoit que le nantissement est « l'acte par lequel le titulaire d'un marché l'affecte à la garantie d'une obligation qu'il opère auprès d'un ou plusieurs établissements de crédit pour bénéficier du financement de ce marché, et confère auxdits établissements le droit de se payer sur le montant de ce marché, par préférence à tout autre créancier. » Cela implique que tout préfinancement accordé par un organisme de crédit au titulaire d'un marché de l'État, des collectivités territoriales 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 gages 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.

En outre, l'acte de nantissement est défini dans les conditions de fond et de forme prévues par les articles 1170 à 1174, 1191 et 1195 du dahir du 12/08/1913 formant Code des Obligations et des Contrats et par les dispositions de la loi 112-13 relative au nantissement.

Donc le nouveau décret ne modifie pas fondamentalement le contenu des dispositions de l'ancien dahir abrogé du 28/08/1948. Toutefois il vient combler un certain nombre de lacunes, dans le souci de sécuriser la procédure et de valoriser les documents qui servent comme support juridique pour accomplir en toute sérénité les démarches liées au nantissement.

**B. La procédure :** L'article 3§3 de la loi 112-13 implique que pour son efficacité, l'acte de nantissement dûment signé par le titulaire du marché doit comporter toutes les indications nécessaires à son exécution, notamment :

- le montant pour lequel le nantissement est consenti ;
- la notification du nantissement au comptable assignataire désigné ;
- les références du marché (numéro, objet, maître d'ouvrage...) ;
- la remise de l'exemplaire unique certifié conforme du marché qui constitue en fait un instrument de preuve, et qui constate la créance.

L'article 4§1 de la loi 112-13 du 19/02/2015 relative au nantissement prévoit que l'autorité qui a conclu le contrat du marché avec le prestataire remet à celui-ci un exemplaire spécial du marché portant la mention « exemplaire unique » dûment signé et indiquant que ladite copie est délivrée en unique exemplaire, destiné à former titre pour le nantissement du marché.

Il s'agit en fait d'une **copie certifiée conforme**, revêtue d'une mention dûment signée, qui constitue l'exemplaire unique remis par le maître d'ouvrage, où est clairement indiqué que cette pièce formera titre en cas de nantissement. La certification de conformité et l'attestation de délivrance en un unique exemplaire seront assurées par l'autorité qui a signé le marché, c'est-à-dire par le maître d'ouvrage en l'occurrence, 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 ou qu'une entreprise ait la possibilité de céder (ou de nantir) la créance d'une autre. 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 à l'original. L'exemplaire certifié conforme établit le montant de la créance et permet de présenter le marché à un seul et unique organisme financier.

La cession entre le titulaire du marché et le cessionnaire produit ses effets juridiques entre les parties à la cession, à partir du moment où elles sont d'accord sur l'objet de la cession et sur son montant, mais **sans aucune novation**, et ce en vertu de l'article 5 de l'arrêté n° 15-1593 du 08/05/2015 du ministre des Finances, fixant les modèles de documents pour le nantissement des marchés publics.

En effet, une novation est une opération juridique résultant d'une transformation de l'obligation, et aboutissant à la création d'une obligation nouvelle. L'article 347 du Code des Obligations et des Contrats indique que la

novation « est l'extinction d'une obligation moyennant la constitution d'une obligation nouvelle qui lui est substituée. » La novation suppose donc la **modification d'un élément essentiel de l'obligation**.

Pour son efficacité, la cession de créance nécessite l'accomplissement de certaines formalités :

- **la remise de l'exemplaire unique** certifié conforme du marché constitue en fait un instrument de preuve qui constate la créance, et ce conformément à l'article 4 de la loi 112-13 ;
- **la notification du nantissement** doit être effectuée entre les mains du comptable assignataire sous peine de nullité, conformément à l'article 42§1 du décret du 21/04/1967 relatif à la comptabilité publique et en vertu de l'article 5 de la loi 112-13 relative au nantissement.

Ces formalités ont été détaillées par la loi 112-13 susmentionnée et par mesure de sécurité, l'article 4 invite le maître d'ouvrage à indiquer à côté de sa signature que ladite copie est délivrée en « unique exemplaire ». La même procédure, prévue par la circulaire 796/SGP du 15/04/1953, abrogée, indiquait que la certification de conformité et **l'attestation de délivrance en un unique exemplaire** sont 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.

Toutefois, l'article 4§2 de la loi 112-13 prévoit des atténuations lorsque le secret exigé en matière de défense fait obstacle à la remise au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de la copie intégrale du marché. Dans ce cas, l'article 4§2 permet au maître d'ouvrage de réduire la communication des informations du marché aux simples indications compatibles avec le secret et de ne délivrer au titulaire qu'un extrait du marché ne contenant que les indications nécessaires à l'exécution du nantissement.

Autrement dit, la cession ou le nantissement de créance ne comporte pas le droit pour le bénéficiaire d'avoir accès à toutes les informations relatives au marché. Cela montre clairement que la cession et le nantissement de créance ne sont pas des mécanismes de transmission du marché, mais purement et simplement des mécanismes financiers visant à garantir, pour le titulaire, l'exécution du marché public. Ainsi, le bénéficiaire du nantissement, le cessionnaire en l'occurrence, ne devient en aucune mesure titulaire du marché.

### **C. La multiplicité des acteurs :**

Les acteurs de l'opération du nantissement mentionnés ci-dessus ont été définis par l'article 2 de l'arrêté n°1593-15 : le titulaire du marché, le bénéficiaire du nantissement, le comptable assignataire et enfin le maître d'ouvrage. Quand l'acteur est réduit à une seule personne (titulaire, bénéficiaire ou comptable), le problème ne se pose pas. Mais dans l'éventualité de plusieurs personnes de chaque catégorie, la procédure doit être nuancée.

#### **1- Le titulaire est un groupement**

Quand l'exécution du marché est confiée à un **groupement conjoint** d'entrepreneurs et que les prestations sont individualisées dans le marché, et

que, par voie de conséquence, chacun d'eux fait l'objet d'un paiement direct, le même cantonnement de l'exemplaire spécial est pratiqué, c'est-à-dire qu'il convient de délivrer à chacun d'eux un exemplaire unique, limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Quand l'exécution est confiée à un **groupement solidaire**, l'exemplaire spécial est délivré seulement au mandataire, puisque les prestations réalisées par le groupement ne sont pas individualisées et qu'elles sont payées sur un compte unique ouvert au nom du groupement.

Mais si le marché prévoit l'individualisation des prestations dans un marché exécuté par un groupement solidaire et que les règlements sont effectués au nom de chacune des entreprises, un exemplaire unique est délivré à chacune des entreprises membre du groupement solidaire. Dans l'éventualité de l'exemplaire unique délivré à une entreprise membre d'un groupement et limité aux seules prestations qu'elle exécute, la mention d'exemplaire unique est complétée par « en ce qui concerne la partie de la prestation qui s'élève à la somme de ... et devrait être exécuté par l'entreprise x. »

## 2- La multiplicité des comptables assignataires

C'est une hypothèse qui peut être rencontrée. La nouvelle loi 112-13 n'évoque pas cette éventualité qui a été soulevée par l'article 2§3 du dahir du 28/08/1948 (abrogé), qui indiquait que l'on peut délivrer « autant d'exemplaires que de comptables », selon les termes de cet article. 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.

Afin de garantir le principe de la continuité du service public, l'article 6§4 de la loi 112-13 relative au nantissement indique que tout nantissement qui aura été valablement notifié au comptable continuera, en cas de désignation d'un nouveau comptable, de produire effet entre les mains de l'un de ces derniers. Ce principe est valable aussi quand le poste comptable est scindé en deux ou dans l'éventualité de la suppression d'un poste comptable et de son rattachement à un autre poste comptable suite à son réorganisation. Il s'agit bien là d'un principe directeur du service public qui gouverne son organisation et assure son fonctionnement régulier : c'est l'essence même du service public.

## 3. La multiplicité des bénéficiaires

Le principe prévu par l'article 10 de la loi n°112-13 et l'article 3 de l'arrêté 15-1593, selon lequel la production du nantissement au comptable permet à ce dernier de désintéresser le cessionnaire titulaire du marché, stipule qu'après la notification du nantissement, les paiements sont effectués par le comptable au seul profit du cessionnaire qui « encaissera seul les sommes revenant au



titulaire du marché, à concurrence du montant du nantissement. »

Cependant, dans le cas où le nantissement serait constitué au profit de **plusieurs bénéficiaires**, l'acte de nantissement doit prévoir la part revenant à chacun des bénéficiaires qui encaissera la part de créance qui lui aura été affectée dans l'acte notifié au comptable assignataire ou à la personne chargée du paiement.

#### 4- Nantissement et type de marché

Comme nous l'avons déjà analysé, les nantissements ne peuvent être consentis que sur des titres de **créances futurs et réels** qui peuvent servir de gage pour la banque. En outre, **ils ne peuvent avoir pour objet des droits éventuels**. Cependant l'exécution complète du marché ne peut pas être garantie pour des raisons liées à la nature du type de marché à exécuter. L'exécution de ces différents marchés est tributaire d'une reconduction de la part du maître d'ouvrage. C'est le cas des marchés cadres, des marchés reconductibles ou des marchés à tranches conditionnelles. D'autre part, la continuité de l'exécution du marché dépend de la disponibilité des crédits, notamment dans le cas des marchés à tranches conditionnelles. Donc il s'agit d'une partie dont l'exécution est « éventuelle », selon l'expression de l'article 190 du D.O.C. ; en conséquence, cette partie éventuelle ne peut pas faire l'objet d'un nantissement.

Pour les **marchés cadres**, il est possible de délivrer un exemplaire unique valable pour la prestation à passer pour une année mais sur le **montant maximum**, puisqu'en vertu de l'article 6, alinéa 6 du décret du 20/03/2013 relatif aux marchés publics, l'engagement comptable du marché porte chaque année sur le montant maximum. En outre il y a d'une part la possibilité de ne pas reconduire le marché et d'autre part la probabilité de résiliation du marché prévue par l'article 6-6, dernier paragraphe : « lorsque l'engagement comptable du montant du marché cadre n'a pas été effectué. »

La même démarche peut être appliquée aux **marchés reconductibles**, puisque ce sont les mêmes contraintes : reconduction non assurée, engagement comptable chaque année budgétaire.

Dans ce sens, le cas d'un **marché à tranches conditionnelles** pose un problème, dans la mesure où seule l'exécution de la tranche fixe est garantie ; or l'article 8§3 indique que « Les marchés à tranches conditionnelles portent sur la totalité de la prestation et définissent la consistance, le prix et les modalités d'exécution de chaque tranche », ce qui revient à dire que le montant indiqué dans la mention d'exemplaire unique correspond au montant global de l'ensemble des tranches. En effet, puisqu'il s'agit d'un même marché, et que l'exemplaire unique délivré vaut à la fois pour la tranche ferme et pour la ou les tranches conditionnelles, les **marchés cadres et reconductibles** n'échappent pas à cette démarche. Afin de respecter les dispositions de la loi 112-13 relative au nantissement, le maître d'ouvrage doit clarifier qu'il s'agit d'un type de marché dont la reconduction est tributaire de l'acceptation des deux contractants à la fin de chaque exercice ou de la disponibilité des crédits. Pour cette raison, le paragraphe 4 de l'article 8 susvisé prévoit que « **Les documents** visés aux alinéas précédents, **établis sous la responsabilité** du maître d'ouvrage, **seront transmis** par celui-ci directement à la partie bénéficiaire du nantissement avec communication d'une copie au titulaire du marché, et ce par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout